



Una visión práctica de las normas de transparencia fiscal internacional españolas y propuestas de futuro

Sara Asensio Giménez

Abogada Fiscal en Uría Menéndez

sara.asensio@uria.com

Teresa Morales Gil

Asociada Fiscal en IBFD Ámsterdam

t.moralesgil@gmail.com

Este trabajo ha obtenido un accésit del **Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Tributación**.

El jurado ha estado compuesto por: don Jesús Gascón Catalán, doña Ana María Juan Lozano, don Luis Alberto Malvárez Pascual, don José Pedreira Menéndez, doña Aurora Ribes Ribes y don Luis Fernando Trigo y Sierra.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

En este artículo se analizan las cuestiones más controvertidas que, desde un punto de vista práctico, presenta el régimen de transparencia fiscal internacional español. Las normas de transparencia fiscal internacional españolas se aprobaron en los años noventa. Desde entonces, el régimen ha cumplido una función principalmente disuasoria, con una aplicación práctica aparentemente residual. Las normas originales no han experimentado casi ninguna modificación o adaptación a lo largo de los años –con excepción de la aprobada en 2014, mediante la que se amplió su ámbito de aplicación– y los pronunciamientos administrativos o jurisprudenciales sobre la materia son muy escasos. Estas circunstancias, unidas a la limitada armonización de normas tributarias a nivel internacional, dan como resultado que la aplicación práctica del régimen de transparencia fiscal internacional plantee enormes dificultades a nivel técnico. En este artículo, se exponen las deficiencias que presenta el régimen español a la vista de sus objetivos, los avances en el Derecho de la Unión Europea y las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Asimismo, se aportan soluciones que permitirían actualizar y adaptar la norma española a la realidad tributaria internacional con el fin de que el régimen español resulte aplicable de una forma óptima y eficaz.

Palabras clave: transparencia fiscal internacional; territorialidad; antiabuso; diferimiento; fiscalidad internacional.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020 / Fecha de revisión: 26-01-2021

Cómo citar: Asensio Giménez, S. y Morales Gil, T. (2021). Una visión práctica de las normas de transparencia fiscal internacional españolas y propuestas de futuro. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 456, 5-52.





A practical view of the Spanish controlled foreign corporation rules and proposals for future

Sara Asensio Giménez

Teresa Morales Gil

Abstract

This article analyses the most controversial issues regarding the Spanish controlled foreign corporation regime from a practical point of view. The Spanish controlled foreign corporation rules were approved in the nineties. Since then, the regime has played a mainly dissuasive role, with an apparently residual application in practice. The original rules have hardly been amended or updated over the years –except for the amendment approved in 2014, which extended their scope of application– and administrative and judicial decisions on the topic are scarce. These circumstances, along with the limited harmonization of tax law at the international level, result in practical application of the controlled foreign corporation rules causing enormous difficulties at a technical level. This article sets out the shortcomings of the Spanish controlled foreign corporation regime in view of its objectives, developments in EU law, and the recommendations of the Organisation for Economic Co-operation and Development. Furthermore, it provides solutions that would enable the Spanish regulations to be updated and adapted to the realities of international taxation in order for the Spanish regime to be applied optimally and effectively.

Keywords: controlled foreign company rules; territoriality; anti-abuse rules; deferral; international taxation.

Citation: Asensio Giménez, S. y Morales Gil, T. (2021). Una visión práctica de las normas de transparencia fiscal internacional españolas y propuestas de futuro. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 456, 5-52.





Sumario

1. Planteamiento
2. Requisitos del régimen de TFI: dificultades prácticas e interpretativas
 - 2.1. Control sobre la SEC
 - 2.1.1. El grupo de control sobre la SEC
 - 2.1.1.1. El grupo de control en el IRPF
 - 2.1.1.2. El grupo de control en el IS
 - 2.1.1.3. Cómputo de las participaciones indirectas
 - 2.1.2. Magnitudes de control sobre la SEC
 - 2.1.3. Momento en el que debe verificarse el control
 - 2.1.4. Comentario crítico
 - 2.2. Régimen fiscal privilegiado de la SEC
 - 2.2.1. Tributación efectiva de la SEC según la normativa española
 - 2.2.2. Comentario crítico
3. Regla de sociedades instrumentales y la Cláusula de Escape UE: aspectos problemáticos y compatibilidad con el Derecho de la UE
 - 3.1. Antecedentes e implicaciones de la reforma de 2015
 - 3.2. Sociedades instrumentales
 - 3.2.1. Los «medios materiales y personales» de la SEC u otras entidades de su grupo
 - 3.2.2. Los motivos económicos válidos de la SEC
 - 3.2.3. Comentario crítico
 - 3.3. Compatibilidad de la Cláusula de Escape UE con el derecho primario europeo
 - 3.3.1. Antecedentes y enfoque de la cuestión
 - 3.3.2. Compatibilidad de los regímenes de TFI europeos con la libertad de establecimiento
 - 3.3.3. Compatibilidad de los regímenes de TFI europeos con la libertad de movimiento de capitales
 - 3.3.4. Comentario crítico: compatibilidad de la Cláusula de Escape UE con las libertades europeas



4. Renta imputable bajo el régimen de TFI español: incertidumbre en las reglas de cálculo
 - 4.1. Sujetos obligados a soportar la imputación
 - 4.2. Reglas de cálculo de la renta imputable
 - 4.2.1. Norma aplicable para calcular la renta imputable en TFI
 - 4.2.2. Determinación del importe de la renta positiva imputable en TFI para las rentas pasivas
 - 4.2.3. Pérdidas de la SEC
 - 4.2.4. Comentario crítico
5. Mecanismos para corregir la doble imposición: algunas cuestiones pendientes
 - 5.1. La regla de no integración en la base imponible del contribuyente de los beneficios procedentes de rentas que hayan tributado en TFI
 - 5.2. Deducción de los impuestos extranjeros satisfechos por la SEC
 - 5.3. Algunas realidades no resueltas por el régimen de TFI
 - 5.3.1. Cambios de residencia fiscal del accionista de la SEC
 - 5.3.2. Cambios de residencia fiscal de la SEC

6. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Planteamiento

Los regímenes de transparencia fiscal internacional (TFI) –o, como se conocen internacionalmente, *Controlled Foreign Corporations* (CFC)– son normas antiabuso que pretenden evitar que los contribuyentes difieran la tributación de beneficios mediante la deslocalización de activos en territorios de baja o nula tributación a través de sociedades extranjeras controladas (SEC).

Para ello, las normas de TFI obligan a los accionistas de la SEC a incluir en la base imponible de sus impuestos personales los beneficios obtenidos por la SEC en el momento en el que estos se obtienen, con independencia de su efectiva distribución a sus accionistas. De esta manera, se anticipa la tributación de estos beneficios en sede del accionista y se evita cualquier diferimiento en su gravamen.

Desde su introducción en los años noventa, la mayoría de los elementos que entonces dificultaban su aplicación se han mantenido prácticamente inalterados y las pocas reformas que se han realizado no han solucionado los problemas técnicos de la configuración del régimen.

El objeto de este artículo es exponer algunos de los aspectos, a nuestro juicio, más conflictivos de la configuración del régimen de TFI en la normativa española. En particular, se analizarán las dificultades prácticas e interpretativas de los requisitos de control y de régimen fiscal privilegiado de la SEC; las cuestiones problemáticas de la regla de las sociedades instrumentales y de la cláusula de escape prevista para las SEC establecidas en la Unión Europea (UE); la incertidumbre en las reglas de cálculo de la renta imputable; y el funcionamiento de los mecanismos para corregir la doble imposición que habilita el régimen.

A este análisis, orientado desde una perspectiva práctica, se acompañan una serie de propuestas que permitirían actualizar y adaptar la norma española a la realidad tributaria internacional. Los ajustes recomendados corregirían las deficiencias presentes en la regu-

lación actual, consiguiendo una aplicación efectiva del régimen, coherente con sus objetivos, el Derecho de la UE, las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y las nuevas tendencias en la fiscalidad internacional marcadas por los trabajos del Marco Inclusivo de la OCDE.

2. Requisitos del régimen de TFI: dificultades prácticas e interpretativas

La aplicación del régimen de TFI exige la concurrencia, de manera acumulativa, de tres requisitos respecto a la SEC¹: a) debe estar controlada por un determinado grupo de personas o entidades residentes en España²; b) debe beneficiarse de un régimen fiscal privilegiado³; y c) debe obtener rentas que no deriven del desarrollo de una actividad económica. Estos elementos constituyen las premisas para la aplicación del régimen de TFI; si alguna de ellas no se verificara, la aplicación del régimen de TFI decaería.

2.1. Control sobre la SEC

El control sobre la SEC se identifica con la capacidad de decidir sobre los aspectos relevantes que busca combatir el régimen de TFI. En su ausencia, el contribuyente no podría influir sobre cuestiones tales como la jurisdicción en la que localizar la SEC, su actividad o su política de distribución de beneficios. Por tanto, la inexistencia de control debería, en todo caso, hacer decaer la aplicación del régimen de TFI.

Pero ¿qué significa y cómo se determina el control sobre la SEC? A continuación, se tratará de dar respuesta a esta cuestión, para lo que se sistematizará el análisis en tres bloques: a) la determinación del grupo de control; b) las magnitudes de control sobre la SEC; y c) el momento en el que debe verificarse la existencia de control.

¹ Este artículo analiza la aplicación del régimen de TFI a las rentas de sociedades extranjeras según la normativa española vigente a 31 de diciembre de 2020. No queremos dejar de señalar que la adecuada transposición de la Directiva 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal (ATAD) requerirá modificar la normativa española para, entre otras cuestiones, añadir los establecimientos permanentes dentro del grupo de las SEC susceptibles de ser afectadas por el régimen de TFI en el impuesto sobre sociedades (v. Carballido y Mercader, 2017). El Proyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 33-1, de 23 de octubre de 2020) pretende modificar la normativa española en este sentido.

² Las referencias a contribuyentes designan a las personas o entidades residentes a efectos fiscales en España y sujetas a tributación por el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) o el impuesto sobre sociedades (IS) español.

³ En palabras de Sanz Gadea (1996), (2005) y (2007).

2.1.1. El grupo de control sobre la SEC

El legislador español ha regulado el grupo de personas o entidades a las que se debe de atender a la hora de determinar si existe control sobre la SEC. El objetivo de establecer un «grupo de control» es evitar aquellas situaciones que permitirían eludir la aplicación del régimen de TFI, mediante la fragmentación de la participación a través de otras entidades o personas con las que se mantiene una relación especial de influencia (Almudí Cid, 2009, p. 929).

2.1.1.1. El grupo de control en el IRPF

El artículo 91.1 a) de la LIRPF⁴ establece un umbral de participación del 50 %⁵ en el capital, los fondos propios, los resultados o los derechos de voto de la entidad, y que este podrá alcanzarse (a) individualmente, (b) con el grupo familiar previsto en la LIRPF⁶ o (c) conjuntamente con entidades vinculadas del artículo 18 de la LIS⁷ (el grupo por vinculación).

El cómputo de la participación de control a título individual no plantea problemas; si un contribuyente por sí mismo alcanza tal umbral, no será necesario verificar la concurrencia de control a nivel de grupo. De lo contrario, debe analizarse si conjuntamente con otras personas o entidades –el grupo de control familiar o por vinculación– ejerce una influencia significativa sobre la SEC que pueda resultar en la aplicación del régimen de TFI.

En el grupo de control familiar, la LIRPF se refiere a «otros contribuyentes» unidos por vínculos de parentesco con el contribuyente. Este grupo solo quedaría integrado por parientes que, además, sean residentes a efectos fiscales en España⁸ y las participaciones

⁴ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (LIRPF).

⁵ El proyecto de ley que introdujo en los años noventa el régimen de TFI en España establecía, tanto en el ámbito del IRPF como en el del IS, el umbral del control en un 25 %, pero una enmienda en el Congreso lo elevó al 50 %. Sanz Gadea (1996, p. 19).

⁶ «[...] o con otros contribuyentes unidos por vínculos de parentesco, incluido el cónyuge, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad hasta el segundo grado inclusive».

⁷ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS).

⁸ Si, por ejemplo, el cónyuge del contribuyente fuera residente en Suiza, su participación en la SEC no computaría a efectos del umbral de control del contribuyente. Entendemos que el hecho de que el grupo de control por vinculación se limite a las «entidades» (y no personas) vinculadas con el contribuyente permite apoyar la conclusión de que el grupo de control familiar únicamente debe incluir a contribuyentes sujetos a IRPF español. De lo contrario, bien podría haberse definido el grupo de control, en general, haciendo referencia tanto a las personas como a las entidades vinculadas al contribuyente sin discriminar en función de la residencia fiscal de los miembros de este grupo.

mantenidas por parientes no residentes en España no podrían incluirse en el grupo de control familiar del contribuyente⁹. Por el contrario, en la configuración del grupo de control por vinculación (San Frutos Gambín –citado en Almudí Cid, 2009, p. 958–), la norma no excluye a las entidades vinculadas no residentes en España a efectos fiscales¹⁰.

Una vez delimitada la composición de ambos grupos de control, la principal controversia se suscita en torno a la aceptación (o no) de los grupos de control mixtos (Sanz Gadea, 1996, p. 22; Almudí Cid, 2009, p. 958) –aquellos que quedarían integrados por el contribuyente junto con el grupo de control familiar y el de vinculación–. La cuestión que se plantea es si se puede adicionar la participación del contribuyente con ambos grupos o exclusivamente con uno de ellos.

Atender a grupos de control mixtos podría derivar en el cumplimiento del umbral de control a través de personas o entidades con las que el contribuyente podría mantener una relación de influencia muy tenue¹¹. La doctrina no alcanza una conclusión unánime en este punto¹² y tampoco existe aclaración o interpretación administrativa que arroje luz y disipe las dudas sobre este aspecto.

Esta conclusión es coherente con los principios más esenciales del régimen de TFI: los Estados deberían limitar la aplicación de las normas de TFI a rentas que se hayan desviado artificialmente hacia la SEC por sus propios contribuyentes. Lo contrario podría restarles competitividad internacional (especialmente, desincentivaría la inversión extranjera y el uso de vehículos y plataformas de inversión internacional localizados en dicho país), podría generar numerosos supuestos de doble imposición y podría contravenir los principios básicos del Derecho de la UE (e. g., libertad de establecimiento o libertad de movimiento de capitales).

⁹ La composición del grupo de control familiar en el ámbito de TFI no resulta extrapolable a otras normas. Por ejemplo, esta conclusión no sería trasladable a los grupos de parentesco definidos en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio al regular la exención de «sociedades familiares». Entre otros motivos y sin profundizar en un análisis técnico de este precepto, esta norma no requiere que el grupo familiar se integre por parientes que, además, sean «contribuyentes».

¹⁰ Este criterio resultaría menos respetuoso con la potestad tributaria que le correspondería al Estado español sobre esta renta y podría colisionar con los principios que rigen los regímenes de CFC en el ámbito internacional. Quizás esta diferenciación entre el grupo de control familiar y por vinculación a la hora de computar la participación en la SEC mantenida por sujetos no residentes en España obedezca a la mayor facilidad para deslocalizar la residencia fiscal de las entidades en comparación con las personas físicas. Entendemos que esta circunstancia y el objetivo antielusión de la norma permitiría explicar y dar coherencia al distinto tratamiento que otorga la norma a los dos supuestos.

En este sentido, las recomendaciones del informe final de la OCDE de octubre de 2015 sobre Acción 3 (el Informe Final) del plan de lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS) y las disposiciones de ATAD en este ámbito no establecen ninguna especialidad a este respecto (si bien el ámbito de aplicación de ATAD no se extiende a las SEC mantenidas por personas físicas).

¹¹ Esta situación resultaría difícil de conciliar con el objetivo último del establecimiento de estos criterios: incluir en el cómputo del control a personas con las que se mantiene una relación especial de influencia y que, por tanto, podrían ser determinantes en el proceso de toma de decisiones respecto a la SEC.

¹² A favor, Nieto Montero y Villaverde Gómez; en contra, Sanz Gadea (citados en Almudí Cid, 2009, p. 959).

Con base en lo anterior, los grupos mixtos no deberían tener como resultado el cumplimiento del requisito de control en aplicación del régimen de TFI. Especialmente, tomando en consideración la naturaleza del régimen de TFI que, como norma antiabuso, debería interpretarse restrictivamente.

Es más, de haber sido este el objetivo del legislador, le habría bastado con determinar el grupo de control por referencia a las personas y entidades vinculadas al contribuyente, sin necesidad de regular de manera autónoma un grupo de control familiar¹³.

2.1.1.2. El grupo de control en el IS

El artículo 100.1 a) de la LIS establece que el umbral del 50 % sobre las magnitudes de control podrá alcanzarse de manera conjunta con las personas o entidades vinculadas al contribuyente según el artículo 18 de la LIS.

El grupo de vinculación en el IS, incluye personas y entidades vinculadas, con independencia de su residencia fiscal¹⁴. De nuevo, la redacción del precepto lleva a plantearse (Sanz Gadea, 1996, p. 26) si la referencia a «conjuntamente con las personas o entidades vinculadas» pretende comprender a personas y entidades que, a su vez, deberían estar vinculadas entre sí¹⁵.

La interpretación adecuada del precepto debería comprender los supuestos en los que existe una auténtica unidad económica de decisión liderada por el contribuyente (Sanz Gadea, 1996, pp. 23-26) lo que requerirá, en última instancia, que el grupo de control se componga por personas o entidades vinculadas entre sí¹⁶.

¹³ En este sentido, el artículo 18.2 c) de la LIS considera vinculadas a «una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores». Este criterio de vinculación ya incluiría a todas las personas que conformarían el grupo de control familiar. De hecho, el alcance de este criterio es mayor, pues se extiende a las relaciones de parentesco hasta el tercer grado –el grupo de control por parentesco comprende hasta el segundo grado– y, además, toma en consideración a los sujetos no residentes en España.

¹⁴ Cabría plantearse en este punto si no habría sido más coherente con la regulación del régimen de TFI establecida en la LIRPF restringir el alcance de aplicación de la norma, en el caso de las personas físicas vinculadas, a aquellas que sean contribuyentes por el IRPF y limitar hasta el segundo grado el parentesco con el contribuyente relevante a efectos de determinar el grupo de control.

¹⁵ Son muchos los supuestos que podrían darse en la práctica; a efectos ejemplificativos, se elabora el siguiente: ¿bastaría considerar al administrador de la SEC como parte del grupo de control o sería necesario que el administrador, además fuera, por sí mismo, una persona vinculada con el contribuyente?

¹⁶ En nuestro ejemplo, si el administrador de la SEC no fuera a su vez una persona vinculada con el contribuyente, sería perfectamente posible que el contribuyente no tuviera ninguna capacidad de influencia sobre él. Esta conclusión es, además, coherente con lo dispuesto en el artículo 100.4 *in fine* de la LIS, que, a efectos de determinar la concurrencia de «los requisitos relativos al porcentaje de participación [...]», exige

2.1.1.3. Cómputo de las participaciones indirectas

Todos aquellos contribuyentes que no controlen la SEC, de manera individual o conjunta con el grupo de control definido según las reglas descritas en los epígrafes 2.1.1.1 y 2.1.1.2 anteriores, quedarán fuera del régimen de TFI.

No obstante, si existe control en la SEC, la renta atribuible al contribuyente por el régimen de TFI debería incluir la resultante de su participación directa e indirecta (a través de todo tipo de entidades extranjeras) en la SEC¹⁷.

En este sentido, tanto la LIRPF como la LIS, en la fijación de los criterios de imputación de rentas, precisan que los contribuyentes que controlen la SEC deberán calcular el importe de la renta positiva imputable en sus bases imponibles españolas tomando también en consideración la participación indirecta en la SEC¹⁸.

No precisa la norma cómo computar esta participación indirecta; consideramos que se deberían multiplicar entre sí los porcentajes de participación en las diferentes sociedades que formen parte de la cadena, siguiendo un criterio similar al que se aplica para la determinación de las participaciones indirectas en los grupos de consolidación fiscal del IS (Almudí Cid, 2009, p. 962).

2.1.2. Magnitudes de control sobre la SEC

Tanto la LIS como la LIRPF requieren la existencia de control sobre «el capital, los fondos propios, los resultados o los derechos de voto de la entidad» de la SEC.

La amplitud en la definición de estos conceptos pone en evidencia que el objetivo de la norma es amparar bajo el paraguas del régimen de TFI todos los posibles escenarios de control que podrían darse atendiendo a las distintas leyes mercantiles extranjeras potencialmente aplicables a la SEC¹⁹.

para los grupos de sociedades del artículo 42 del Código de Comercio que se atienda a la participación sobre la SEC de todas las entidades que formen parte del grupo.

¹⁷ La mecánica del régimen de TFI exige diferenciar dos planos. Por un lado, las reglas de determinación del control sobre la SEC y, por otro, los criterios de fijación del importe de la renta susceptible de ser imputada a los contribuyentes sujetos al régimen. Ambas reglas se encuentran íntimamente relacionadas, aunque deben ser diferenciadas en aras de una adecuada comprensión y aplicación del régimen de TFI.

¹⁸ No cabe duda de que se trata de un criterio aplicable exclusivamente al segundo plano: la participación indirecta del contribuyente a través de entidades no residentes en la SEC es relevante a la hora de calcular el importe de la renta atribuible en su base imponible conforme al régimen de TFI.

¹⁹ Esta intención ha sido confirmada por la Dirección General de Tributos (DGT) en distintas respuestas a consultas (v. las Consultas generales 1627/1998, de 8 de octubre –NFC008374–, y 2489/1997, de 28 de noviembre –NFC007062– o la Consulta vinculante V2701/2013, de 10 de septiembre –NFC049000–).

Se comprende la pretensión del legislador español y también la dificultad de su tarea. No obstante, estos conceptos que, sin ningún tipo de prelación o reserva, se refieren tanto a modalidades de participación en la SEC que sí encuentran un acomodo directo en la condición de accionista (e. g., participación en el capital), como otras cuyo encaje en esta posición puede resultar vidrioso y controvertido (por ejemplo, la participación en los resultados de una entidad), pueden llevar a situaciones indeseadas en las que se verifiquen formalmente los requisitos del régimen de TFI sin que el contribuyente español tenga un control material o real sobre la SEC.

Pensemos, por ejemplo, en un contribuyente que (a) fuera usufructuario de la mayoría de las acciones o participaciones de la SEC, pero no tuviera ningún derecho político, (b) participara en negocios jurídicos (e. g., cuentas en participación) o en instrumentos emitidos por la SEC que le otorgaran el derecho a la mayoría de sus beneficios sin disponer de derechos políticos (por ejemplo, instrumentos de deuda cuyo rendimiento estuviera asociado a los resultados de la entidad), o (c) mantuviera formalmente una participación de más del 50 % en el capital de la SEC que, *de facto*, no le otorgara su control (en entidades con acciones con asimetría de derechos de voto o beneficiarios de *trusts* discrecionales e irrevocables en los que los derechos políticos de las acciones de la SEC estuvieran cedidos al *trustee* o a un tercero). Complicándolo más, también se podría dar el caso opuesto: que un contribuyente no controlase la SEC (en los términos del régimen de TFI) y mantuviera el control material sobre la entidad (acuerdos contractuales entre la SEC o sus accionistas y el contribuyente que le otorgaran a este último una influencia significativa sobre la SEC).

Todos estos supuestos –y, sin duda, otros muchos– podrían quedar afectados por el régimen de TFI y, sin embargo, no podría concluirse de manera tajante que el contribuyente necesariamente dispondría del control a nivel decisorio sobre la SEC. Por otro lado, también podrían darse casos en los que el contribuyente podría controlar *de facto* la SEC escapando formalmente de la letra de la norma.

Es cierto que las magnitudes de control establecidas por la norma española están alineadas con la regulación de ATAD y con las recomendaciones del Informe OCDE. También que los desajustes derivados de la aplicación de estas reglas podrían subsanarse, al menos parcialmente, a través de los criterios de imputación de rentas en TFI²⁰.

Esta solución parcial no resulta satisfactoria en términos de equidad tributaria ni cumple con los objetivos del régimen de TFI: capturar los supuestos en los que los contribuyentes constituyen y controlan sociedades en el extranjero creadas para erosionar sus bases imponibles españolas. En este sentido, si el contribuyente no controla la SEC, no debería soportar las consecuencias tributarias tan onerosas que supone la aplicación del régi-

²⁰ Estas reglas, a la postre, someterían a gravamen por aplicación del régimen de TFI exclusivamente a las rentas obtenidas por el contribuyente.

men de TFI²¹; e, igualmente, si existiera cualquier tipo de control material sobre la SEC, el régimen debería desplegar todos sus efectos en el impuesto personal del contribuyente. La norma española debería hacer un esfuerzo por delimitar adecuadamente su ámbito de aplicación de manera que solo se contemplen los supuestos en los que el contribuyente controle de hecho la SEC.

2.1.3. Momento en el que debe verificarse el control

La norma de TFI establece que los umbrales de control deberán verificarse en «la fecha del cierre del ejercicio social»²² de la SEC. Se fija, por tanto, un momento temporal determinado.

El resultado de la aplicación de esta regla será binario: el régimen de TFI desplegará sus efectos si existe control el día de cierre del ejercicio de la SEC, y viceversa. No se admiten soluciones parciales que contemplen, por ejemplo, un esquema de imputación de rentas en TFI proporcional al número de días en el ejercicio en el que se haya verificado el control²³ o la aplicación del régimen si se mantiene una participación de control en cualquier momento del ejercicio²⁴.

Al tratarse del momento temporal seleccionado por el legislador, si el contribuyente transmitiera su participación en la SEC antes del cierre del ejercicio, el régimen del TFI no resultaría aplicable²⁵. De hecho, parecería difícil de sostener la posibilidad de aplicar las reglas de conflicto en la aplicación de las normas o de simulación a estos casos²⁶ pues (a) no se deberían aplicar normas generales antiabuso para combatir situaciones que son tratadas por cláusulas antiabuso especiales (como sería el régimen de TFI) y, (b) en ningún caso, se

²¹ Téngase en cuenta que el contribuyente que resulte afectado por el régimen de TFI se verá obligado a tributar anticipadamente por rentas que no necesariamente estaría percibiendo. En el ámbito del IRPF, además, estas rentas quedarán sujetas a tributación a los tipos marginales generales del impuesto. Sin embargo, a las rentas del ahorro que no quedaran sujetas a tributación por este régimen, en términos generales, les resultarían aplicables los tipos previstos para la base del ahorro (muy inferiores a los establecidos para las rentas de base general).

²² La norma aclara que el ejercicio social de la SEC no podrá ser superior a 12 meses.

²³ 29 países cuentan con este tipo de normas según la información disponible en IBFD (2019) –entre otros, Australia, Austria, Dinamarca, Francia Alemania, Reino Unido y Estados Unidos–.

²⁴ Como pasa, por ejemplo, en el régimen de Nueva Zelanda –v. Holmes, 2020–.

²⁵ Es cierto que la ganancia que, en su caso, se obtuviera en la transmisión de esta participación quedaría sujeta a tributación si bien quedaría sujeta a tributación a los tipos previstos para las rentas del ahorro, mientras que el resultado susceptible de ser imputado por el régimen de TFI tributaría por los tipos generales del impuesto.

²⁶ Artículos 15 y 16 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

estarían quebrantando los objetivos y deseos del legislador español (quien, de haberlo querido, podría haber optado por aplicar otras fórmulas que no dieran pie a estos supuestos).

2.1.4. Comentario crítico

El régimen de TFI podría resultar aplicable a contribuyentes que, materialmente, no controlen la SEC pero que queden formalmente «atrapados» en la norma; también podrían «escapar» de su aplicación contribuyentes que sí controlen la SEC y, sin embargo, no cumplieran con los umbrales objetivos definidos en la norma.

Desde la entrada en vigor del régimen de TFI son muchos los avances que se han logrado en el ámbito de la fiscalidad internacional y de la UE en materia de control *de facto* sobre entidades y rentas que sería recomendable trasladar a la norma española. Este aprendizaje debería trasladarse al ámbito de TFI para conseguir que el régimen español redefiniera su campo de aplicación y quedaran exclusivamente afectadas situaciones en las que los contribuyentes controlen la SEC y puedan decidir la desviación artificial de bases imponibles fuera de España. Esta solución sería coherente con los objetivos del régimen de TFI, la regulación de ATAD²⁷ y las observaciones del Informe OCDE.

Es cierto que, en términos generales, las recomendaciones internacionales respecto al grado de influencia o control que el contribuyente debe ejercitar sobre la SEC pivotan sobre un doble test alternativo de control legal y económico²⁸ (similar al del régimen de TFI español). También que las deficiencias del régimen del TFI español podrían quedar parcialmente corregidas por los criterios de imputación de rentas establecidos en la norma²⁹. Sin embargo, un análisis en profundidad de la regulación de ATAD y del Informe OCDE permite vislumbrar que, en el ámbito internacional, se está reaccionando ante estas situaciones, con el objetivo de corregir las desviaciones que las reglas objetivas de determinación del umbral de control pueden provocar³⁰.

²⁷ Considerando 12 de la Directiva ATAD.

²⁸ ATAD e Informe OCDE.

²⁹ Esta solución no resultaría plenamente satisfactoria, ya que, en todo caso, el contribuyente se vería obligado a soportar los efectos de la aplicación del régimen de TFI sin que materialmente exista control sobre la SEC. Tampoco se corregirían los supuestos de control *de facto* sobre la SEC que hoy por hoy podrían eludir la aplicación del régimen de TFI.

³⁰ Así, por ejemplo, ATAD, en la definición de las magnitudes de control, incluye los clásicos elementos ya tratados (mayoría de los derechos de voto, del capital o de los beneficios de la SEC). No obstante, parece suavizar los efectos de la aplicación del régimen en la regulación de la renta imputable. Esta regla aplica a los casos en los que las rentas no distribuidas de la SEC susceptibles de ser imputables al contribuyente derivan de «mecanismos falseados que se han establecido con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal». La redacción de esta regla podría llevar a la conclusión de que ATAD introduce un «doble filtro de control» para estos supuestos, que podría operar en beneficio o perjuicio del contribuyente. Primero, se atenderá al cumplimiento de los elementos de control objetivos establecidos

En este sentido, la modificación de la norma española a través de la introducción de un segundo filtro –el «test de control *de facto*»– a los umbrales de control actuales–el «test de control objetivo»– permitiría corregir casi todas las disfunciones de las que adolece el régimen en este ámbito. Este «test de control *de facto*» debería operar cumulativamente con el «test de control objetivo» en los supuestos en los que existan dudas sobre si este último da como resultado la aplicación del régimen de TFI a contribuyentes que no controlan la SEC, y alternativamente a ese test en los supuestos en los que no resulte suficiente³¹.

Podría alegarse que la introducción de un «test de control *de facto*» podría ocasionar una mayor carga y esfuerzo en términos de prueba y que no permitiría alcanzar una conclusión automática sobre la existencia de control. No obstante, consideramos que estos inconvenientes prácticos tendrían un alcance limitado (casos en los que la aplicación del «test de control objetivo» no resultara suficiente) y que las ventajas que se obtendrían (una aplicación óptima, equitativa y precisa del régimen de TFI) compensarían con creces unos mayores esfuerzos probatorios³².

en la norma (mayoría de capital, derechos de voto, participación en beneficios, etc.); no obstante, el contribuyente solo soportará los efectos fiscales del régimen en los casos en los que, además, tenga la capacidad de decidir sobre la SEC y asuma los riesgos de la inversión (v. art. 8 ATAD)

Por su parte, el Informe OCDE hace referencia expresa a los casos en los que se verifique el control *de facto* sobre la SEC. El Informe OCDE se refiere expresamente «a quién toma las decisiones de alto nivel sobre los asuntos» de la SEC, o «quién tiene la capacidad de influir en las actividades del día a día» o a «los vínculos contractuales entre el contribuyente y la SEC que permitan al primero desplegar una influencia relevante sobre la segunda».

³¹ Coincidimos con el Informe OCDE en que el «test de control *de facto*» implica la asunción de mayores costes y complejidad y, consecuentemente, debería tener un alcance limitado a determinados supuestos. No obstante, discrepamos con la conclusión de que su aplicación debe quedar limitada como mecanismo antielusión del «test de control objetivo». Deberían corregirse todas las disfunciones que el «test de control objetivo» pueda generar. Tanto los supuestos en los que el contribuyente pueda eludir la aplicación del régimen de TFI controlando la SEC como aquellos en los que quede afectado por el régimen sin que materialmente controle la SEC.

³² Todo ello sin entrar a analizar en profundidad, pero sin dejar de plantearnos, los efectos que el traslado de la jurisprudencia sobre el «beneficiario efectivo» (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16 –NFJ072658–, *N Luxembourg 1 y otros contra Skatteministeriet*, y también de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16 –NFJ072655–, *Skatteministeriet contra T Danmark e y Denmark Ap*) podría generar a la hora de atribuir las rentas positivas obtenidas por la SEC en concepto de intereses, cánones y dividendos, pues el beneficiario efectivo no necesariamente atiende al propietario del activo del que se trate. Para ello, resulta exigible la realización de un «test de sustancia económica» que ayude a concluir si el receptor de la renta es su beneficiario efectivo.

Conscientes de la dificultad de trasladar este concepto al ámbito de TFI (los supuestos contemplados por el TJUE no analizan este régimen), consideramos que la introducción de un «test de control *de facto*» en los términos señalados al régimen de TFI también colaboraría en la actualización y acercamiento de este régimen a las tendencias y criterios de atribución de rentas preponderantes en el seno de la fiscalidad internacional y de la UE.

2.2. Régimen fiscal privilegiado de la SEC

Otro de los requisitos clave para activar la aplicación del régimen de TFI exige la erosión de bases imponibles españolas mediante el traslado de beneficios al extranjero, es decir, el aprovechamiento de un «régimen fiscal privilegiado» por la SEC. En ausencia de la aplicación de un régimen de TFI, se podría diferir la carga fiscal sobre los beneficios de la SEC hasta el momento en el que se acordara su distribución o se desinvertiera en la estructura.

La normativa española, a la hora de determinar si la SEC queda sujeta a un régimen fiscal privilegiado, exige comparar la tributación efectiva que soporta por sus beneficios con el impuesto que se habría devengado por dichos beneficios de acuerdo con la normativa del IS. Si, de esta comparación, la tributación de la SEC resulta un 75 % inferior a la que correspondería en España, la SEC se estaría beneficiando de un régimen fiscal privilegiado conforme al régimen de TFI. Se incorpora, además, una lista negra de países (*i. e.*, países o territorios calificados como paraísos fiscales o de nula tributación³³) a modo de presunción de baja o nula tributación (y, en definitiva, de sujeción de la SEC a un régimen fiscal privilegiado), que admite prueba en contrario.

2.2.1. Tributación efectiva de la SEC según la normativa española

A fin de analizar la tributación efectiva de la SEC, se deben valorar qué impuestos satisfechos por la SEC serían equiparables al IS español³⁴. Atendiendo a su naturaleza, deberán considerarse los impuestos que graven directamente los beneficios de la SEC o aquellos que estimen su beneficio tributable tomando como referencia elementos indiciarios de la renta (*e. g.*, ingresos brutos, margen bruto de cada operación)³⁵, con independencia de que

³³ De conformidad con el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, y sus posteriores modificaciones.

³⁴ Serán aquellos que tengan como finalidad gravar la renta del contribuyente, a través de cualquier figura impositiva que consiga este efecto. Aunque el régimen de TFI no detalla qué criterios deben utilizarse para identificar los impuestos extranjeros «válidos» en este análisis, podría utilizarse como referencia la definición que se añade en la LIS en la regulación de la exención para la eliminación de la doble imposición económica (art. 21.1 b) LIS). La doctrina científica –v. Almuñí Cid, 2009, p. 971– y la DGT –v. Consulta vinculante V2701/2013, de 10 septiembre (NFC049000)– apoyan esta conclusión.

En esta línea, tendrán la consideración de impuestos análogos al IS «aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, con independencia de que el objeto del tributo lo constituya la renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de aquella». Se deberán excluir, por el contrario, los impuestos que utilizan como base imponible el valor del activo de la entidad (Consulta vinculante V2701/2013, de 10 septiembre –NFC049000–, o Consulta general 1627/1998, de 8 octubre –NFC008374–, en relación con la sujeción de fondos de inversión lujemburgueses a un impuesto sobre el valor del activo neto de dichas entidades).

³⁵ La DGT ha seguido, por lo general, un criterio finalista al interpretar que determinados impuestos que toman como referencia elementos indiciarios de la renta (*e. g.*, ingresos brutos, margen bruto de cada

se refieran a la renta mundial de la SEC o se configuren como tributos de base territorial³⁶. Además, se deben computar la totalidad de los tributos pagados por la SEC, en calidad de sujeto pasivo, cualquiera que fuese el Estado en el que queden sujetos a imposición³⁷.

Una vez identificados los impuestos relevantes, se debe llevar a cabo la comparativa de la tributación efectiva soportada por la SEC para concluir si los impuestos satisfechos por la SEC son un 75 % inferiores a los que por las mismas rentas se habrían devengado en aplicación de la normativa del IS.

Este es uno de los aspectos más problemáticos del régimen de TFI³⁸: la LIS simplemente se remite a la normativa del IS, sin incluir mayor desarrollo o instrucción sobre la forma adecuada de llevar a cabo este ejercicio.

La LIS se refiere simplemente a que «el importe satisfecho» por la SEC «sea inferior al 75 % del que hubiera correspondido de acuerdo con las normas» de la LIS³⁹. La doctrina administrativa tampoco ha aportado mayor claridad en torno a la recta interpretación de esta regla, y se ha limitado a señalar que:

[...] deberán tomarse en consideración las normas reguladoras del Impuesto sobre Sociedades español, lo que alcanza tanto a las normas relativas al tipo de gra-

operación) deben considerarse impuestos análogos al IS siempre que el efecto final de dicho impuesto sea gravar efectivamente la renta de la entidad participada (v. Consultas vinculantes V0666/2005, de 22 de abril [NFC029783] –impuesto sobre el margen bruto de cada operación– y V3528/2016, de 27 de julio [NFC061537] –impuesto sobre el volumen de ingresos–). En este sentido, lo determinante será que el efecto final consiga un gravamen efectivo sobre la renta de la filial extranjera, aunque se trate de un impuesto que esté, en palabras de la propia DGT, «alejado de la naturaleza personal del IS y [sea] más parecido a un impuesto de producto» (en este sentido, Consulta general 1907/2002, de 4 de diciembre –NFC017018–).

³⁶ De nuevo, lo relevante será que las rentas potencialmente sujetas al régimen de TFI tributen de manera efectiva. Entre otras, v. la Consulta general 1907/2002, de 4 de diciembre (NFC017018), y las Consultas vinculantes V0828/2012, de 19 de abril (NFC044319), y V0891/2016, de 9 de marzo (NFC058862).

³⁷ Se debe considerar no solo el importe último de la cuota a ingresar, sino también las posibles retenciones o ingresos a cuenta que haya soportado la SEC en terceros Estados. En este sentido, la Consulta vinculante V2830/2013, de 26 de septiembre (NFC049097); Subías Millaruelo (2002, p. 240), y Torres Diz (2012, p. 9).

³⁸ La LIS simplemente se refiere a que «el importe satisfecho» por la SEC «sea inferior al 75 por ciento del que hubiera correspondido de acuerdo con las normas» de la LIS (arts. 100.1 b) LIS y 91.1 b) LIRPF). La DGT no ha aportado mayor claridad en torno a la recta interpretación de esta regla, y se ha limitado a señalar que «deberán tomarse en consideración las normas reguladoras del Impuesto sobre Sociedades español, lo que alcanza tanto a las normas relativas al tipo de gravamen como a las que afectan al resto elementos del Impuesto (exenciones, imputación temporal de ingresos y gastos, compensación de bases imponibles negativas, deducciones...)» (Consultas vinculantes V0601/2016, de 15 de febrero –NFC058351–, y V4196/2016, de 3 de octubre –NFC062607–).

³⁹ Artículos 100.1 b) de la LIS y 91.1 b) de la LIRPF.

vamen como a las que afectan al resto de elementos del Impuesto (exenciones, imputación temporal de ingresos y gastos, compensación de bases imponibles negativas, deducciones...) ⁴⁰.

Se plantean dudas considerables sobre cuál sería el alcance que debería darse a la aplicación de la normativa del IS para efectuar esta comparativa. Por ejemplo: ¿qué tipo de ajustes deberían realizarse?, ¿se podrían compensar los resultados negativos de ejercicios anteriores de la SEC?, ¿deberían utilizarse las normas contables españolas?, ¿deberían cumplirse por la SEC los requisitos formales que establece la LIS para poder deducir los gastos en los que la SEC hubiera incurrido y aplicar créditos fiscales?

La respuesta a algunas de estas cuestiones es más evidente que a otras. Así, en este análisis, deberían tenerse en cuenta las exenciones y deducciones, similares a las reguladas por la LIS, para eliminar la doble imposición respecto de determinadas ganancias de capital o dividendos obtenidos por la SEC ⁴¹. También se debería permitir a la SEC compensar las bases imponibles negativas (BIN) procedentes de ejercicios anteriores, a la hora de llevar a cabo esta comparativa y, en particular, para determinar la tributación efectiva que soporta la SEC ⁴², sin que debieran resultar relevantes los criterios para el reconocimiento formal de estas pérdidas exigidos por la LIS.

Sin embargo, una remisión al contenido íntegro de la LIS podría conducir a resultados incoherentes con el propio funcionamiento del régimen ⁴³. En este sentido, aunque la LIS establece que para el cálculo de la base imponible del IS se atiende al resultado contable de la sociedad calculado de acuerdo con la normativa contable española, tampoco debería resultar exigible que la contabilidad de la SEC deba elaborarse aplicando la totalidad de los parámetros contables españoles de manera estricta. La SEC debería calcular su resultado conforme a la normativa contable que le resultara aplicable en su jurisdicción de residencia, en su caso, ajustada a los principios contables básicos españoles ⁴⁴.

⁴⁰ Consultas vinculantes V0601/2016, de 15 de febrero (NFC058351), y V4196/2016, de 3 de octubre (NFC062607).

⁴¹ V. la Consulta general 1150/1999, de 2 de julio (NFC009787).

⁴² Si la SEC hubiera estado sujeta a tributación en España, habría podido aplicar las pérdidas fiscales generadas en anteriores ejercicios con las rentas del ejercicio analizado en los términos de la LIS.

⁴³ Especialmente, si se tuvieran en cuenta ajustes que, en última instancia, no resultarían aplicables para determinar la renta imputable en TFI. Obsérvese que la renta imputable se calcula según los criterios y principios de la LIS (v. epígrafe 4.2), mientras que el requisito de régimen fiscal privilegiado se determina atendiendo a la totalidad de la normativa del IS.

⁴⁴ Una interpretación demasiado amplia de la LIS implicaría entender que hay que aplicar normas contables españolas para calcular el resultado contable de la SEC (v. art. 10.3 LIS). Ello equivaldría a una reformulación completa de la contabilidad de la SEC conforme a la norma contable española. Este ejercicio supondría una carga excesiva para los contribuyentes; debería poder atenderse a la contabilidad de la SEC elaborada conforme a la normativa de su Estado de residencia, en su caso, ajustada a los

Incluso así podrían generarse discordancias en la tributación efectiva de la SEC que obedecieran sencillamente a diferencias en las reglas relativas a la inscripción de ingresos y gastos, por divergencias en los requisitos formales para el reconocimiento de las pérdidas de la SEC⁴⁵, o simplemente por ajustes contables o fiscales que reviertan en ejercicios futuros⁴⁶.

En el ámbito internacional, el Informe OCDE aclara que, por ejemplo, diferencias temporales en la contabilidad o exenciones de determinadas rentas (en particular, dividendos) no deberían activar la aplicación de los regímenes de TFI, al entender, de manera acertada, que no todas las desigualdades de cálculo de la base imponible de la SEC deben ser problemáticas en la determinación del umbral mínimo de tributación efectiva de la SEC.

En palabras de la OCDE, lo determinante es identificar «aquellas diferencias que sean consecuencia de una ventaja fiscal en la jurisdicción de la SEC, en la medida en que la ventaja tenga como único fin atraer capital extranjero, incrementando por tanto el riesgo de traslado de beneficios»⁴⁷.

También en la propuesta *Global Anti-Base Erosion* (GloBE) (OCDE, 2019a, 2019b)⁴⁸ se promueve la búsqueda de soluciones que corrijan situaciones en las que no existiendo una erosión real de las bases imponibles del contribuyente⁴⁹, estos puedan quedar afectados por regímenes de este tipo.

principios contables esenciales de la normativa española. Aunque no existe unanimidad en la doctrina respecto a este extremo, Sanz Gadea (1996, p. 51), entre otros autores, alcanza una conclusión similar.

⁴⁵ Por ejemplo, ¿qué ocurre cuando la SEC no ha podido reconocer las pérdidas en su jurisdicción de residencia al no existir un IS?, ¿o si las reglas formales para su reconocimiento en el Estado de residencia de la SEC son distintas de las españolas?, ¿deberían, en cualquier caso, aplicarse a los resultados positivos obtenidos por la SEC? Una interpretación demasiado amplia de la remisión a las normas del IS podría llevar a considerar que no se cumple con los requisitos formales previstos bajo la norma española para el reconocimiento y compensación de las pérdidas de la SEC. Esta conclusión colisionaría con el objetivo último del régimen de TFI: no se trata de una situación en la que pueda considerarse que la SEC queda sujeta a un régimen fiscal privilegiado; simplemente de unas reglas formales fijadas por la LIS para la declaración de las pérdidas fiscales de sus contribuyentes. Esta es la conclusión a la que llega la DGT en las Consultas vinculantes V0601/2016, de 15 de febrero (NFC058351), y V4196/2016, de 3 de octubre (NFC062607).

⁴⁶ Este sería el caso si, por ejemplo, la legislación del contribuyente dispone la imputación de ingresos por el criterio de devengo, mientras que la de la SEC atiende a un sistema de caja; si se establecen porcentajes de amortización o criterios para deducir pérdidas por deterioro distintos entre ambas normativas contables (o fiscales).

⁴⁷ Informe OCDE (p. 43). Lo contrario supondría incidir en la soberanía tributaria de otros Estados más allá de lo estrictamente necesario para evitar el traslado de bases imponibles españolas y aplicar el régimen de TFI a situaciones distintas a las previstas en la finalidad de la norma.

⁴⁸ El marco inclusivo de BEPS (formado por 137 Estados según el listado actualizado a diciembre de 2019) ha propuesto introducir unas normas de tributación mínima global y, entre ellas, una regla de imputación por las sociedades matrices, en principio, similar en su funcionamiento a los regímenes CFC.

⁴⁹ Para solucionar estos problemas, GloBE propone que se reconozcan los eventuales créditos fiscales de la SEC que se hubieran generado por impuestos satisfechos que superen el umbral de tributación

Por tanto, una remisión general a la normativa del IS podría llevar a la conclusión de que la tributación efectiva de la SEC se situaría por debajo de los umbrales fijados en la LIS por situaciones que no implicarían, materialmente, su sujeción a un régimen fiscal privilegiado.

2.2.2. Comentario crítico

La indeterminación y la ausencia de instrucciones o directrices interpretativas respecto al adecuado método de cálculo del umbral mínimo de tributación de la SEC a efectos de determinar si está sujeta a un régimen fiscal privilegiado de la LIS, además de generar una absoluta inseguridad jurídica, podría llevar a conclusiones incoherentes con la finalidad del régimen de TFI.

Para mitigar estos inconvenientes, la normativa española debería (a), en todo caso, precisar qué ajustes de la normativa del IS deben tenerse en cuenta para determinar si la SEC disfruta de un régimen fiscal privilegiado de acuerdo con la finalidad del régimen de TFI y (b) incluir una lista blanca de jurisdicciones o de regímenes fiscales excluidos de la aplicación del régimen de TFI⁵⁰.

En la determinación del alcance concreto de los ajustes de la normativa del IS aplicables se debe dar una solución a aquellas situaciones en las que no se produzca, realmente, una erosión de bases imponibles y las divergencias en el tipo efectivo que soporta la SEC en un ejercicio determinado obedezcan a meras diferencias temporales que puedan corregirse en ejercicios siguientes. En todo caso, la normativa española debería regular de manera expresa el tratamiento de los ajustes respecto a los que ya existe un consenso tanto a nivel nacional como internacional. Es decir, confirmar la procedencia de (a) los ajustes derivados de los mecanismos para evitar la doble imposición sobre determinadas ganancias de capital y dividendos obtenidos por la SEC y (b) la compensación de BIN obtenidas por la SEC. Además, se debería seguir avanzando en una modificación del régimen de TFI que diera respuesta al correcto tratamiento de cada una de las diferencias que se pudieran ori-

en un ejercicio o que se establezcan mecanismos que permitan la devolución del impuesto pagado por aplicación de los regímenes de TFI en los casos opuestos (impuesto satisfecho por la SEC en un ejercicio inferior al umbral de tributación), cuando en ambos supuestos esta diferencia temporal revierta en el futuro. Estas normas se detallan en el informe sobre el proyecto GloBE, preparado por el Secretariado de la OCDE y aprobado por el marco inclusivo de BEPS (OCDE, 2020).

⁵⁰ De conformidad con el Informe OCDE (p. 35), esta solución no solo aportaría seguridad jurídica de los contribuyentes, que podrán saber con antelación si estarán sometidos o no a las normas de TFI, sino que también facilitaría el trabajo de las Administraciones tributarias a la hora de determinar si las normas de TFI resultan o no aplicables.

Según la información disponible en IBFD (2019), 9 países ya cuentan con una lista blanca de jurisdicciones –entre otros, Argentina, Países Bajos y Noruega–.

ginar por la aplicación de reglas distintas de imputación temporal. Estos ajustes deberían estar completamente alineados con las reglas de cálculo de la renta imputable que deban aplicarse para calcular el importe de renta atribuible en TFI en una fase posterior.

Por su parte, la inclusión de una lista blanca permitiría excluir, de manera directa, a ciertas SEC que cumplan elementos puramente objetivos.

Ambas modificaciones simplificarían el análisis de tributación mínima de la SEC, siendo completamente coherentes con los objetivos⁵¹ del régimen de TFI y con las recomendaciones internacionales existentes en esta materia.

3. Regla de sociedades instrumentales y la Cláusula de Escape UE: aspectos problemáticos y compatibilidad con el Derecho de la UE

3.1. Antecedentes e implicaciones de la reforma de 2015

La reforma de la LIS y de la LIRPF⁵² que entró en vigor a partir del año 2015 modificó sustancialmente el ámbito de aplicación del régimen de TFI español. La propia exposición de motivos que introdujo la LIS reconoció que se estaba llevando a cabo «una importante reforma del régimen de transparencia fiscal internacional» con el objetivo de crear «un conjunto normativo cuyo principal objetivo es atraer a territorio español la tributación de aquellas rentas pasivas, en su mayoría, que se localizan fuera del territorio español con una finalidad eminentemente fiscal»⁵³.

Hasta este momento, tanto en el ámbito de IS como en el del IRPF, las reglas de TFI resultaban aplicables siempre que se verificaran los criterios de control y baja tributación y, además, la SEC obtuviera un importe de «rentas pasivas»⁵⁴ superiores a los límites permi-

⁵¹ Una mayor determinación de los ajustes del IS relevantes para concluir sobre la concurrencia de un régimen fiscal privilegiado ayudaría a diferenciar aquellas SEC que realmente están aplicando incentivos fiscales cuyo objetivo sea erosionar las bases imponibles del contribuyente.

⁵² Estas reformas se introdujeron por la LIS y por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican, entre otras, la LIRPF.

⁵³ Más tímidamente, la modificación de la LIRPF hizo referencia a un refuerzo en los requisitos del régimen de TFI.

⁵⁴ Las que se integran en el listado cerrado establecido en el régimen de TFI, dado que, por su especial naturaleza y fuente de generación, son más fácilmente deslocalizables al extranjero.

sibles. Además, en el IRPF, la aplicación del régimen de TFI se excluía expresamente para las SEC localizadas en la UE.

La reforma de 2015 introdujo, en el ámbito del IS y del IRPF, entre otras modificaciones: a) una regla novedosa de imputación total de rentas en TFI para sociedades carentes de sustancia o «sociedades instrumentales»; b) una extensión del catálogo de rentas pasivas⁵⁵; c) una reducción de los umbrales de rentas pasivas permitidos por la norma⁵⁶; y d) modificaciones de alguno de los supuestos que excluyen la aplicación del régimen de TFI⁵⁷.

En el IRPF, la reforma eliminó la exclusión general respecto a la posibilidad de aplicar el régimen de TFI a las SEC residentes en la UE. Se incorporó una regla similar a la prevista en el ámbito del IS que permitía su aplicación a estas entidades salvo que el contribuyente acredite que la constitución y operativa de la SEC responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales (la Cláusula de Escape UE).

En este epígrafe, se analizarán fundamentalmente dos cuestiones derivadas de la reforma de 2015: la regla especial para las sociedades instrumentales y la compatibilidad de la Cláusula de Escape UE con el derecho primario europeo.

⁵⁵ El catálogo de rentas pasivas previsto en el régimen de TFI se mantuvo prácticamente inalterado hasta la reforma del año 2015, en el que se amplió su alcance. Históricamente, estaba conformado por rentas procedentes (a) de bienes inmuebles y derechos reales sobre ellos; (b) de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad o de la cesión a terceros de capitales propios en los términos del artículo 25.1 y 2 de la LIRPF; (c) de la transmisión de los activos inmobiliarios o mobiliarios anteriores; y (d) de actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios (excepto los directamente relacionados con actividades de exportación), realizadas, directa o indirectamente, con entidades vinculadas residentes en territorio español, en la medida en que generen gastos fiscalmente deducibles en España. Con la reforma de 2015, el catálogo se engrosó con tres tipologías de rentas adicionales derivadas de (a) las operaciones de capitalización y seguro –y las rentas procedentes de la transmisión de estos derechos– cuya beneficiaria sea la SEC; (b) la propiedad industrial e intelectual, asistencia técnica, bienes muebles, derechos de imagen y arrendamiento o subarrendamiento de negocios o minas, que no procedan de actividades económicas; y (c) instrumentos financieros derivados especulativos (es decir, aquellos que no estén designados para cubrir un riesgo específicamente identificado derivado de la realización de actividades económicas).

⁵⁶ Hasta hoy, la norma excluye la imputación de rentas pasivas cuando se corresponden con gastos fiscalmente no deducibles en entidades residentes en territorio español o cuando su importe total sea inferior al 15 % de la renta total obtenida por la SEC (salvo las rentas generadas por actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios mencionadas).

⁵⁷ Además de modificar la Cláusula de Escape UE en el IRPF, se introduce una nueva exclusión general para las rentas procedentes de instituciones de inversión colectiva armonizadas por la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, constituidas y domiciliadas en algún Estado Miembro (EM) de la UE, salvo aquellas constituidas en países o territorios calificados como paraísos fiscales.

3.2. Sociedades instrumentales⁵⁸

Por primera vez, se incorpora una regla, aplicable a sociedades carentes de sustancia⁵⁹, por la que se exige imputar al contribuyente la totalidad de las rentas obtenidas por la SEC, con independencia de que esta realice operaciones de carácter recurrente y aunque, por su naturaleza, las rentas que obtenga no estén incluidas dentro del catálogo de rentas pasivas de la norma o no se alcancen los umbrales permitidos por el régimen. Además, la regla no excluye de manera expresa a las sociedades instrumentales que desarrollen una actividad económica⁶⁰.

Como contrapeso, se incluyen dos excepciones a la aplicación de esta regla: a) la posibilidad de acreditar la existencia de «medios materiales y personales» en la SEC u otras entidades de su grupo; y b) la justificación de que su constitución y operativa responde a «motivos económicos válidos». A continuación, se elabora un análisis más detallado de ambas exclusiones.

⁵⁸ Lo dispuesto en este epígrafe no es aplicable a entidades *holdings* que perciben dividendos y rentas procedentes de la transmisión de determinadas participaciones en filiales de la SEC. La normativa de TFI regula una exclusión específica para aquellas participaciones que otorguen, al menos, el 5% de su capital y se posean durante al menos un año con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales y su participada no sea considerada como patrimonial.

En relación con la organización de medios materiales y personales exigible para estas entidades *holdings*, debería resultar plenamente aplicable la doctrina de la DGT desarrollada en el ámbito de las entidades de tenencia de valores extranjeros (ETVE). Esta doctrina concluye que, entre otros aspectos, la ETVE dispondría de medios materiales y personales suficientes cuando por lo menos uno de los miembros del órgano de administración de la sociedad, residente fiscal en España, se encarga del día a día de la ETVE, esto es, de la preparación y llevanza de la contabilidad de la ETVE, preparación y presentación de declaraciones fiscales periódicas, movimiento de las cuentas bancarias de la sociedad, ordenando los pagos tanto de los gastos corrientes –salarios, gastos notariales y registrales, etc.– como de los desembolsos no corrientes –inversiones adicionales de fondos en filiales, órdenes de distribuciones de dividendos a los accionistas, etc.– (v. Consultas generales 778/2002, de 22 de mayo –NFC016596–, 1995/2002, de 20 de diciembre –NFC017333–, y 898/2004, de 31 de marzo –NFC034972–; Consultas vinculantes, V0120/2003, de 29 de octubre –NFC018301–, V0411/2012, de 23 de febrero –NFC043768–, V1065/2016, de 16 de marzo –NFC058841–, y V3100/2016, de 5 de julio –NFC061264–).

⁵⁹ De conformidad con los artículos 100.2 de la LIS y 91.2 de la LIRPF «[l]os contribuyentes imputarán la renta total obtenida por la entidad no residente en territorio español, cuando esta no disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales para su realización, incluso si las operaciones tienen carácter recurrente».

⁶⁰ Hasta la reforma de 2015, estos supuestos no tenían cobertura por el régimen de TFI, salvo algún caso aislado en el que se podía provocar una erosión de las bases imponibles españolas vía la asunción de gastos deducibles por las entidades que formaban parte del grupo español (e. g., la realización de actividades crediticias, financieras, aseguradoras o prestaciones de servicios determinantes de un gasto deducible en una entidad vinculada a la SEC residente en España). La regla de las sociedades instrumentales da un paso más allá y no introduce ningún requisito de este tipo.

3.2.1. Los «medios materiales y personales» de la SEC u otras entidades de su grupo⁶¹

La ley no determina qué medios materiales y personales deben considerarse suficientes para que la regla de sociedades instrumentales no resulte aplicable. Como criterio interpretativo se podría atender a las consultas evacuadas por la DGT respecto a la dotación de medios materiales y humanos exigida para las ETVE –aquellos «adecuados para efectuar la dirección y gestión de las entidades participadas [...]»⁶²–.

Una recta extrapolación de esta doctrina al régimen de TFI debería llevarnos a concluir que, para que resulte aplicable esta exclusión, las SEC deberían contar con una dotación de medios materiales y humanos que resultara *adecuada* para el desarrollo de su actividad, lo que se deberá analizar caso por caso⁶³.

Por otro lado, los medios materiales y personales *adecuados* para el desarrollo de la actividad de la SEC podrían verificarse a nivel de grupo⁶⁴. Hay que destacar que esta excepción solo resultaría aplicable cuando los medios pertenezcan a una entidad del grupo no residente en territorio español⁶⁵. No se comprende por qué la exclusión no abarca a los

⁶¹ Resulta llamativa la diferencia que efectúa el legislador a la hora de regular este requisito a nivel de la SEC y de las entidades que forman parte de su grupo: para la SEC, la norma se refiere a que esta «no disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales para su realización», mientras que para el cómputo de los medios a nivel de grupo se requiere la acreditación de que las operaciones llevadas a cabo por la SEC se realicen «con los medios materiales y personales existentes en una entidad no residente». Parecería que, en el primer supuesto, bastaría con que la SEC dispusiera de los medios requeridos con independencia de su efectiva aplicación al desarrollo de su actividad económica, mientras que, en el segundo, claramente el legislador exige una utilización real de dichos medios por la SEC.

⁶² V. Consulta general 0336/1995, de 10 de noviembre.

⁶³ Siendo conscientes de la dificultad de dar una respuesta general, dada la amplia casuística de supuestos que podrían darse en la práctica, cabría demandar una mayor concreción de estos conceptos en el ámbito de TFI. Todo ello en aras de la seguridad jurídica y tomando en consideración las graves implicaciones que la aplicación de esta regla de imputación total acarrea para los contribuyentes.

⁶⁴ En el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

⁶⁵ La posibilidad de evaluar la existencia de medios materiales y personales a nivel del grupo de entidades no residentes ha sido ratificada por la DGT en la contestación a varias consultas vinculantes (v. V0601/2016, de 15 de febrero –NFC058351–, V2931/2016, de 23 de junio –NFC060771–, o V5234/2016, de 12 de diciembre –NFC063440–). Todas ellas validan la aplicación de esta exclusión cuando en el marco del grupo internacional concurren los medios materiales y personales adecuados para el desarrollo de la actividad de la SEC. La respuesta a la Consulta V0601/2016 (NFC058351) va incluso más allá, al admitir que, eventualmente, se puedan externalizar determinados servicios y, a la vez, cumplir con este requisito.

Echamos en falta que no se hayan utilizado estas consultas para dar un mayor desarrollo y definición a los criterios interpretativos que podrían resultar útiles y válidos para concluir sobre la existencia de medios materiales y personales en la estructura (bien a nivel de la SEC o de su grupo).

medios prestados por una entidad residente en España que forme parte del grupo. Quizás la norma busque combatir cualquier potencial disminución de bases imponibles españolas (e. g., los gastos deducibles que se podrían generar en las sociedades españolas por el aprovisionamiento de estos medios); no obstante, este riesgo ya quedaría cubierto por una correcta aplicación de las reglas de precios de transferencia⁶⁶.

3.2.2. Los motivos económicos válidos de la SEC

Esta exclusión requiere la acreditación por el contribuyente de que la constitución y operativa de la SEC responde a motivos económicos válidos. No queremos dejar de señalar las dificultades a las que deberá enfrentarse el contribuyente para justificar este extremo: es previsible que, en una potencial revisión administrativa, ante una sociedad instrumental que se beneficie de un régimen fiscal privilegiado, prime un sesgo negativo hacia los elementos de la estructura que, en la práctica, dificulte de manera notable (o casi imposibilite) una prueba de motivos económicos válidos por el contribuyente.

Aunque no se regule literalmente en la norma, esta exclusión debería, en todo caso, aplicarse a los supuestos en los que la SEC desarrolle una actividad económica en su lugar de residencia. El desarrollo de una actividad económica debería ser un motivo económico válido suficiente por sí mismo para descartar la aplicación de la regla de sociedades instrumentales. Los casos más evidentes serán aquellos en los que, además, la propia actividad desarrollada por la SEC exija, para su desempeño, su constitución en el país en el que le resulta aplicable un régimen fiscal privilegiado⁶⁷ o un régimen fiscal especial temporal⁶⁸. En

⁶⁶ Que, en términos generales, llevarían a la sociedad española que cede los medios a la SEC a registrar un ingreso tributable en la prestación de servicios.

⁶⁷ Esta parece ser la solución adoptada por la DGT al analizar supuestos de rentas pasivas si existen motivos económicos (distintos a los fiscales) en la constitución de la SEC. Las respuestas a las Consultas V4475/2016, de 18 de octubre (NFC062603), y V0471/2008, de 29 de febrero (NFC028549), textualmente, entienden:

[...] debe analizarse la finalidad de este precepto, que no es otra que incluir en la base imponible aquellas rentas procedentes de la realización de determinadas actividades (financieras, crediticias, aseguradoras o de prestación de servicios) con el objeto de evitar la deslocalización en la realización de actividades por motivos meramente fiscales cuando por la naturaleza de estas actividades pueden ser objeto de prestación efectiva desde cualquier territorio. No es este, sin embargo, el supuesto que se da en este caso concreto, puesto que el gasoducto es un elemento fijo a través del cual se transporta el gas, lo que significa la presencia real, efectiva e imprescindible para la adecuada prestación de este servicio en territorio argelino, servicio de transporte que única y exclusivamente puede ser prestado en ese territorio, sin que sea susceptible de ubicarse en otro distinto. Por tanto, una interpretación finalista de la norma nos llevaría a considerar que las rentas derivadas de la prestación de este servicio a través de un gasoducto situado en Argelia no deben ser objeto de inclusión en el régimen de transparencia fiscal internacional.

⁶⁸ Es frecuente encontrar regímenes fiscales especiales, con carácter temporal, habilitados para sociedades que, por realizar actividades económicas que se consideran estratégicas en su jurisdicción de

estos supuestos, no se está eligiendo el lugar de constitución de la SEC por motivos fiscales y existen motivos económicos válidos y empresariales en la toma de esta decisión.

También se deberían comprender aquellos escenarios en los que la SEC desarrolle una actividad económica utilizando los medios materiales y personales de una entidad de su grupo residente en España o, simplemente, subcontratando en su totalidad los medios para el desempeño de su actividad a un tercero.

De hecho, una interpretación finalista de este precepto, coherente con la naturaleza anti-abuso del régimen de TFI, debería llevar a concluir que, siempre que los motivos existentes no se limiten exclusivamente a la obtención de una ventaja fiscal, deberían considerarse justificaciones válidas a los efectos de la aplicación de esta exclusión. Este es el objetivo que persigue el régimen de TFI y, por tanto, el que debería estar amparado por su regulación.

3.2.3. Comentario crítico

Hoy por hoy, no existen directrices claras respecto al funcionamiento de las exclusiones establecidas en la regla de sociedades instrumentales. No se han desarrollado criterios administrativos o interpretativos en los que el contribuyente pueda «descansar» para asegurar el cumplimiento y la aplicación de estas excepciones.

En todo caso, consideramos que la regla de sociedades instrumentales únicamente debería resultar aplicable a las SEC que no desarrollen actividades económicas⁶⁹. También que el análisis sobre la concurrencia de medios materiales y personales adecuados para la SEC podría conllevar una importante carga de inseguridad jurídica⁷⁰.

Además, no queremos dejar de reiterar las dificultades probatorias a las que deberá enfrentarse el contribuyente a la hora de acreditar la existencia de motivos económicos válidos o la concurrencia de medios adecuados a nivel de grupo. En estos casos, la carga de

residencia y quedan exoneradas de tributación durante los primeros años de actividad; en particular, nos referimos a los comúnmente denominados regímenes de «vacaciones fiscales». Los incentivos fiscales que prevén estos regímenes podrían hacer que las SEC que se acojan a ellos pudieran cumplir formalmente los requisitos de TFI. Además, en un momento cercano a la constitución de la SEC, podría no estar dotada de medios materiales y personales para el desempeño de su actividad y aun así ser claro que su incorporación responde a motivos económicos válidos.

⁶⁹ Este enfoque resultaría más respetuoso con las libertades europeas y más coherente con el propio funcionamiento del régimen de TFI español –que, incluso para determinadas rentas pasivas, excluye su aplicación en los casos en los que la SEC realiza una actividad económica–.

⁷⁰ En nuestra opinión, las conclusiones de Sanz Gadea (1996, pp. 135-136) sobre la exigencia de medios materiales y personales en la definición de «participación empresarial» serían igualmente aplicables en la valoración de este requisito en las sociedades instrumentales a la vista de la similitud entre ambas normas.

la prueba se traslada íntegramente al contribuyente que tiene en su contra una presunción de aplicación de esta regla.

Entendemos que esta regla es innecesaria y únicamente introduce problemas prácticos e interpretativos en el régimen de TFI. Los supuestos que se combaten a través de la regla de sociedades instrumentales⁷¹ ya podrían quedar cubiertos por: a) la aplicación de una norma antiabuso general o b) la atracción de la residencia de la SEC a España (si aquí radicara su sede de dirección efectiva), sin necesidad de que se introdujera en el régimen de TFI una regla de este tipo. Alternativamente, el legislador español podría aprovechar la transposición de ATAD para restringir la aplicación de esta regla a supuestos de abuso en la línea con la regulación de esta directiva⁷².

En conclusión, para que la regla de sociedades instrumentales estuviera alineada con los objetivos del régimen de TFI y con la normativa internacional, debería aplicarse únicamente a situaciones de abuso, en las que las rentas se desvíen artificialmente a la SEC⁷³, introduciéndose un mecanismo más equitativo de distribución de la carga de la

⁷¹ Supuestos en los que se produce una erosión fraudulenta de las bases imponibles españolas a través de la deslocalización de rentas a territorios de baja imposición vía la constitución de la SEC. Sin embargo, el alcance en la aplicación de esta regla de imputación total podría llegar a ser más extenso, ya que únicamente se refiere a la concurrencia de medios materiales y humanos en la SEC o a la existencia de motivos económicos válidos en la estructura como excepciones a su aplicación. Estas exclusiones son más restrictivas que la creación de mecanismos fraudulentos con fines de elusión fiscal como requisito para la aplicación del régimen de TFI.

⁷² De conformidad con ATAD, los EM podrán optar por incluir (a) la regla de sociedades instrumentales (o «mecanismos falseados que se han establecido con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal» en los términos de ATAD), (b) el catálogo de rentas pasivas o (c) los dos criterios de manera acumulada. El espíritu de la regla de sociedades instrumentales en la redacción de ATAD es muy loable, ya que busca «atrapar» bajo los regímenes de TFI exclusivamente supuestos de abuso y desviación artificial de bases imponibles. Además, no resulta aplicable a los beneficios que hayan sido distribuidos por la SEC ni a las rentas que no hayan sido desviadas artificialmente al extranjero por el contribuyente –la imputación en ATAD se limita a «los importes generados a través de los activos y los riesgos vinculados a las funciones de las personas influyentes ejercidas por la sociedad que realiza el control»–.

Con independencia de lo anterior, no queremos dejar de resaltar que al referirse a criterios subjetivos (e. g., «mecanismos falseados» o «activos y riesgos vinculados a las funciones de las personas influyentes»), la eficacia y el éxito de esta regla como medida antiabuso estará estrechamente vinculado con cómo sea aplicada por las autoridades fiscales de cada uno de los EM que opten por introducirla en su normativa interna.

⁷³ La norma española no requiere la existencia de una estructura falseada que haya sido creada para obtener una ventaja fiscal –el elemento subjetivo del abuso en la jurisprudencia del TJUE–; basta con que no existan medios materiales o personales o no se pueda probar (con las dificultades que esta prueba puede conllevar) la concurrencia de motivos económicos subyacentes en la estructura. Asimismo, tampoco limita su aplicación a las rentas que no hayan sido distribuidas por la SEC ni establece ninguna limitación (asociada a situaciones de abuso provocadas por el contribuyente) al importe de la renta imputable en TFI: se trata de un supuesto de imputación total del beneficio obtenido por la SEC

prueba entre la Administración tributaria y el contribuyente. En su defecto, esta regla se podría directamente eliminar, ya que los casos a los que, eventualmente, resultaría aplicable ya tendrían respuesta en los mecanismos antiabuso generales articulados en el conjunto normativo español.

3.3. Compatibilidad de la Cláusula de Escape UE con el derecho primario europeo

3.3.1. Antecedentes y enfoque de la cuestión

La LIS y la LIRPF prevén una Cláusula de Escape UE que impide aplicar el régimen de TFI a las SEC residentes en la UE siempre que «el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas»

No queremos dejar de resaltar que, aunque el régimen de TFI determine que esta exclusión opera tanto para rentas pasivas como para sociedades instrumentales, en la práctica, solo tendría efectos para las rentas pasivas. En la redacción actual del régimen de TFI, las exclusiones a la regla de sociedades instrumentales pueden abarcar más supuestos que los establecidas en la Cláusula de Escape UE⁷⁴.

En sus inicios, el régimen de TFI no incluía ninguna Cláusula de Escape UE. A partir de 2004, se incluye una referencia de este tipo que impedía expresamente la aplicación del régimen a las SEC residentes en la UE, salvo que estuvieran constituidas en territorios que tuvieran la consideración de paraísos fiscales⁷⁵.

En 2008, y con un alcance limitado al IS, la Cláusula de Escape UE sufre una modificación que elimina la referencia a las SEC constituidas en paraísos fiscales y, directamente, condiciona su aplicación a que se acredite que la constitución y operativa de la SEC responde a motivos económicos válidos y, además, que la SEC realiza actividades empresariales. Ello con independencia del EM de la UE en el que la SEC esté constituida. Según la

que no se ve modulado por ningún elemento que permita excluir la renta que no esté asociada a una situación de abuso.

⁷⁴ Como se ha analizado en el epígrafe 3.2 anterior, las exclusiones a la regla de sociedades instrumentales contemplan aquellas situaciones en las que la SEC (a) cuenta con medios materiales y personales o (b) su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos.

⁷⁵ Esta modificación se introduce en la normativa vigente en el IS y en el IRPF a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, con efectos desde el 1 de enero de 2004.

exposición de motivos de la ley que modifica la Cláusula de Escape UE, este cambio pretendía ajustar la norma al Derecho de la UE⁷⁶.

La introducción y la reforma de la Cláusula de Escape UE vinieron motivadas por varios pronunciamientos del TJUE⁷⁷, anteriores o coetáneos a estas modificaciones, que analizaban la compatibilidad del régimen CFC inglés con el derecho europeo. En 2015, se modificó la Cláusula de Escape UE del IRPF para ajustarla a la redacción que desde el año 2008 estaba vigente en el ámbito del IS.

Desde su origen, la doctrina cuestionó la compatibilidad de la Cláusula de Escape UE con las libertades fundamentales de la UE (Almudí Cid, 2009, pp. 1.006-1.014). Estas dudas persisten y son mayores hoy por hoy, especialmente, si se toman en consideración los posteriores pronunciamientos del TJUE en este ámbito.

En este sentido y en coherencia con su naturaleza de normas antiabuso, los regímenes de TFI deben fundamentarse sobre un elemento objetivo, que evalúe la realidad económica subyacente a la estructura, y un elemento subjetivo, que valore los motivos que impulsan su creación (Marín Benítez, 2019, p. 45). En esta línea, el TJUE considera que los regímenes de TFI solo resultarían compatibles con el Derecho de la Unión cuando permitan al contribuyente descartar su aplicación si la estructura responde a una realidad económica o existen motivos económicos válidos para su constitución⁷⁸.

En este epígrafe se actualizará el análisis sobre la compatibilidad de la Cláusula de Escape UE con el Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE⁷⁹, proponiendo soluciones para su me-

⁷⁶ La Ley 4/2008, de 23 de diciembre, modifica el apartado 15 del artículo 107 de la LIS entonces vigente. Según la exposición de motivos de la Ley 4/2008, esta modificación «tiene por objeto evitar una posible vulneración del Derecho comunitario en materia de discriminación y de restricción de la libertad de movimiento de capitales». Para ello, se generaliza «la aplicación de determinadas medidas a todos los Estados miembros de la Unión Europea, a condición de que el sujeto pasivo acredite que la constitución de la entidad en este ámbito responde a motivos económicos válidos y, además, realiza actividades empresariales». Esta modificación surte efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2008.

⁷⁷ Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04 (NFJ023535), *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*, y Auto del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 23 de abril de 2008, asunto C-201/05 (NFJ080363), *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation y Commissioners of Inland Revenue*.

⁷⁸ Según la jurisprudencia del TJUE, las normas de TFI podrían suponer una restricción a las libertades de la Unión que solo es compatible con el Derecho de la UE si su objetivo es combatir situaciones de abuso. Es decir, casos en los que se crean montajes puramente artificiales que no reflejan una realidad económica y que están destinados a eludir la aplicación de la legislación de un EM (Sentencia del TJUE [Gran Sala] de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04 –NFJ023535–, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*).

⁷⁹ Entre otras, se podrían plantear las siguientes cuestiones: ¿qué ocurre con aquellas situaciones en las que la SEC residente en UE obtenga rentas pasivas pero su constitución u operativa no responda a motivos

jora. El análisis distinguirá entre SEC residentes en el Espacio Económico Europeo (EEE) y SEC residentes en terceros Estados a efectos de examinar las libertades potencialmente afectadas.

3.3.2. Compatibilidad de los regímenes de TFI europeos con la libertad de establecimiento

Según la jurisprudencia del TJUE, los regímenes de CFC europeos solo podrían resultar aplicables a las SEC establecidas en la UE cuando: a) representaran «montajes puramente artificiales» y b) carecieran de motivos económicos válidos⁸⁰.

En coherencia con la interpretación que da el TJUE, no existirá un «montaje puramente artificial»⁸¹ si la SEC realiza actividades económicas, disponiendo de los medios materiales y personales adecuados, con independencia de que pueda concurrir una motivación fiscal⁸².

Además, ambos requisitos –actividad y sustancia económica– deberían interpretarse de forma amplia. Así, el concepto de actividad económica no se restringe a actividades productivas o comerciales⁸³, sino que abarca otras actividades, como por ejemplo⁸⁴ actividades de financiación intragrupo⁸⁵ o gestión de tesorería –incluso sin ser desarrolladas por entidades *holdings* o de cartera⁸⁶–. Por su parte, de conformidad con el TJUE, la sustan-

exclusivamente fiscales?, ¿y si hay razones económicas en la creación de la estructura o la SEC cuenta con una sustancia relevante o realiza actividades económicas?, ¿y si la SEC no es residente en la UE?

⁸⁰ Entre otras, v. Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04 (NFJ023535), *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*.

⁸¹ El TJUE ha utilizado el concepto de «montaje puramente artificial» para referirse a situaciones en las que, atendiendo a elementos objetivos y verificables por terceros, no exista una realidad económica en la estructura, que en términos de la libertad de establecimiento significa una actividad económica e implementación efectiva de la SEC en su jurisdicción de residencia. *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*, párrafo 66.

⁸² En línea con la sentencia en el caso *Cadbury*, el «test de motivos» no es un criterio válido *per se* si no respeta situaciones con presencia y actividad económicas de la SEC. Para un análisis detallado, v. Calderón Carrero (2015) y García Torres (2019).

⁸³ V. Sentencia del TJUE (Sala Segunda) de 29 de marzo de 2007, asunto C-347/04 (NFJ025222), *Rewe Zentralfinanz G, sucesora universal de ITS Reisen GmbH*.

⁸⁴ Con carácter ejemplificativo no limitativo, el TJUE también se ha pronunciado sobre otro tipo de actividades como medios de pago, derechos de crédito, títulos-valores y participaciones o valores patrimoniales análogos (v. Sentencia del TJUE [Sala Primera] de 6 de diciembre de 2007, asunto C-298/05 –NFJ026989–, *Columbus Container Services BVBA & Co, y Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*) o la gestión de bienes en el marco de un fideicomiso (v. Sentencia del TJUE [Sala Primera] de 14 de septiembre de 2017, asunto C-646/15 –NFJ067704–, *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements y Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*).

⁸⁵ Analizadas específicamente en el ámbito de TFI en el caso *Cadbury Schweppes*.

⁸⁶ V. Ordonnance de la Cour (Sixième chambre) de 14 juin 2018, l'affaire C-440/17, *GS contre Bundeszentralamt für Steuern*.

cia económica adecuada de la SEC debería evaluarse atendiendo a la actividad económica que desarrolle⁸⁷ y a su función dentro del grupo societario⁸⁸. Además, estos medios podrían verificarse a nivel de grupo⁸⁹.

Alternativamente, las normas de TFI deben permitir al contribuyente probar la motivación económica de la estructura⁹⁰. Así, el contribuyente que no pueda probar que existe una realidad económica que excluya la presencia de «un montaje puramente artificial», siempre debería poder acreditar los eventuales motivos comerciales de la SEC y desactivar la aplicación de los regímenes CFC.

3.3.3. Compatibilidad de los regímenes de TFI europeos con la libertad de movimiento de capitales

Los contribuyentes con inversiones en terceros Estados podrían también quedar amparados por la libre circulación de capitales en si el régimen de TFI europeo que le aplique

⁸⁷ García Torres (2019) señala la importancia de la sentencia *Columbus* en este ámbito (Sentencia del TJUE [Sala Primera] de 6 de diciembre de 2007, asunto C-298/05 –NFJ026989–, *Columbus Container Services BVBA & Co*, y *Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*). En palabras del autor, supondría:

[...] una relativización de la sustancia económica, o mejor aún, la superación de un enfoque meramente cuantitativo (recursos humanos y materiales), para imponer una valoración cualitativa, que exige atender a la calidad de la actividad económica real desarrollada, y a una concreta aportación de valor (en la de gestión de cartera, o función financiera efectiva) de estas sociedades intermedias ajustada a su específico objeto social.

⁸⁸ Para ello será necesario tomar en consideración las características organizativas, económicas o de otro tipo del grupo de sociedades, así como sus estructuras y estrategias (v. Sentencia del TJUE [Sala Sexta] de 20 de diciembre de 2017, asuntos acumulados C-504/16 y C-613/16 –NFJ069234–, *Deister Holding AG*, anteriormente *Traxx Investments NV* (C-504/16), *Juhler Holding A/S* (C-613/16) y Bundeszentralamt für Steuern).

⁸⁹ En palabras del TJUE:

[...] el hecho de que la actividad económica de la sociedad matriz no residente consista en la administración de activos de sus filiales o de que los ingresos de esta sociedad matriz solo procedan de esta administración no puede, por sí solo, implicar la existencia de un montaje puramente artificial, carente de toda realidad económica.

El TJUE precisa, además, que el hecho de que no se considere que la administración de activos constituye una actividad económica en el marco del impuesto sobre el valor añadido es irrelevante, dado que el impuesto controvertido en los litigios principales y el impuesto mencionado tienen marcos jurídicos distintos y cada uno de ellos persigue objetivos diferentes. Sentencia del TJUE (Sala Sexta) de 20 de diciembre de 2017, asuntos acumulados C-504/16 y C-613/16 (NFJ069234), *Deister Holding AG*, anteriormente *Traxx Investments NV* (C-504/16), *Juhler Holding A/S* (C-613/16) y Bundeszentralamt für Steuern.

⁹⁰ El elemento subjetivo es condición necesaria pero no suficiente *per se*, v. Marín Benítez (2019) y Smit (2014). Auto del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 23 de abril de 2008, asunto C-201/05 (NFJ080363), *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation* y *Commissioners of Inland Revenue* (párrafo 84), y Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04 (NFJ024996), *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* y *Commissioners of Inland Revenue* (párrafo 82).

podiera comprender a las SEC no controladas⁹¹, con independencia del porcentaje que se mantenga en esta entidad en el caso concreto⁹².

En este ámbito, el TJUE concluye, por un lado, que las normas de TFI deben permitir a los contribuyentes probar la justificación comercial de la estructura creada en Estados terceros (motivos económicos válidos) para excluir la aplicación del régimen de TFI⁹³ y, por otro, que no se puede presumir la existencia de abuso –a baja tributación de la SEC y la naturaleza pasiva de las actividades que realice no son criterios suficientes para determinar la aplicación de un régimen de TFI⁹⁴–. Consecuentemente, para que un régimen CFC resulte compatible con la libertad de movimiento de capitales debería permitir al contribuyente demostrar, sin verse sometido a cargas administrativas excesivas, las posibles razones comerciales o motivos económicos válidos de su inversión. Ello al menos en todos aquellos casos en los que exista un marco normativo que faculte a las autoridades tributarias a comprobar la realidad de información aportada sobre la SEC a efectos de acreditar el juicio de motivos económicos⁹⁵.

3.3.4. Comentario crítico: compatibilidad de la Cláusula de Escape UE con las libertades europeas

La Cláusula de Escape UE, tal y como está configurada hoy, resultaría incompatible con la libertad de establecimiento, con base en los siguientes motivos:

⁹¹ Concretamente, el TJUE ha analizado la normativa de TFI desde la perspectiva de la libertad de circulación de capitales cuando esta no se restringe exclusivamente a las situaciones en las que la sociedad matriz ejerce una influencia decisiva en la sociedad (v. Sentencias del TJUE [Sala Octava] de 13 de noviembre de 2014, asunto C-112/14, *Comisión Europea contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte* y [Gran Sala] de 26 de febrero de 2019, asunto C-135/17 –NFJ072759–, *X GmbH y Finanzamt Stuttgart – Körperschaften*).

⁹² En el ámbito de mecanismos para evitar la doble imposición de dividendos, el TJUE ha precisado que, en los casos en los que la normativa puede quedar cubierta en ambas libertades, el contribuyente puede invocar la libre circulación de capitales para cuestionar la legalidad de la normativa con independencia de la magnitud de la participación que posea en la sociedad establecida en un tercer Estado en el caso concreto (v. Sentencias del TJUE [Sala Quinta], de 20 de septiembre de 2018, asunto C-685/16, *EV y Finanzamt Lippstadt*, y de 24 de noviembre de 2016, asunto C-464/14, *SECIL – Companhia Geral de Cal e Cimento SA y Fazenda Pública*).

⁹³ V. Sentencias del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019, asunto C-135/17 (NFJ072759), *X GmbH y Finanzamt Stuttgart – Körperschaften*, y (Sala Octava) de 13 de noviembre de 2014, asunto C-112/14, *Comisión Europea contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*.

⁹⁴ V. Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019, asunto C-135/17 (NFJ072759), *X GmbH y Finanzamt Stuttgart – Körperschaften* (párrafo 86).

⁹⁵ En palabras del propio tribunal (Sentencia del TJUE [Gran Sala] de 26 de febrero de 2019, asunto C-135/17 –NFJ072759–, *X GmbH y Finanzamt Stuttgart – Körperschaften*):

[...] un marco normativo que establezca, en particular, obligaciones convencionales que faculten a las autoridades tributarias de dicho Estado miembro para comprobar, en caso necesario, la realidad de la información sobre esa misma sociedad aportada para demostrar que la participación de dicho sujeto pasivo en esta última no procede de una estructura artificial.

- a) No se extiende, según el literal de la ley, a las SEC constituidas en el EEE que no sean EM de la UE⁹⁶; y
- b) Exige acreditar, de manera conjunta, (i) el desarrollo de una actividad económica por la SEC y (ii) la concurrencia de motivos económicos válidos en su constitución y operativa.

Atendiendo a la jurisprudencia del TJUE, se podría probar cualquiera de estas circunstancias de manera autónoma y alternativa para desactivar la aplicación del régimen de TFI español⁹⁷.

Además, también resultaría contraria a la libertad de movimiento de capitales⁹⁸ en la medida en que no permite excluir la imputación de rentas pasivas procedentes de SEC residentes en terceros Estados⁹⁹ mediante la acreditación de motivos económicos válidos¹⁰⁰ en la constitución y operativa de la SEC.

Estas deficiencias podrían corregirse mediante: a) la inclusión de una cláusula de escape UE que resultara aplicable, sin limitaciones específicas, para las SEC establecidas en el

⁹⁶ La jurisprudencia del TJUE también puede utilizarse para interpretar la libertad de establecimiento de las SEC residentes en el EEE que no sean parte de la UE (*i. e.*, Noruega, Liechtenstein e Islandia). V. Sentencia del TJUE (Sala Octava) de 13 de noviembre de 2014, asunto C-112/14, *Comisión Europea contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, y Helminen (2019, p. 35). El Proyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal pretende modificar de nuevo esta cláusula para excluir las SEC situadas en el EEE que realicen actividades económicas, sin requerir que se acrediten también los motivos económicos válidos que justifican la constitución y operativa de la SEC.

⁹⁷ La transposición de ATAD no alteraría esta conclusión –v. Ferrer e Irazusta (2018) y Danon (2018)– si bien la modificación propuesta en el Proyecto de Ley permitiría, al menos en parte, salvar la disconformidad de la normativa española con el Derecho de la UE en la medida en que permita excluir a aquellas SEC situadas en el EEE que realizan actividades económicas, sin necesidad de acreditar además que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos.

⁹⁸ Obsérvese que, como se ha mencionado en el epígrafe 2.1, la redacción actual del requisito de control implica que las normas de TFI podrían aplicarse a supuestos en los que el contribuyente no controla materialmente la SEC. Al igual que los regímenes CFC analizados por el TJUE (v. Sentencias del TJUE [Sala Octava] de 13 de noviembre de 2014, asunto C-112/14, *Comisión Europea contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, y [Gran Sala] de 26 de febrero de 2019, asunto C-135/17 –NFJ072759–, *X GmbH y Finanzamt Stuttgart – Körperschaften*), nuestra norma de TFI no se restringe a situaciones en las que el contribuyente ejerce un control *de facto* sobre la SEC y, por tanto, los contribuyentes con SEC en terceros Estados podrían ampararse por la jurisprudencia del TJUE sobre la libre circulación de capitales.

⁹⁹ Al menos, a todas aquellas SEC que sean residentes en un Estado tercero que hayan concluido un acuerdo de intercambio de información o un convenio para evitar la doble imposición con España (CDI) que resulte de aplicación y que incluya cláusula de intercambio de información.

¹⁰⁰ Con independencia de que la SEC realice una actividad económica y, como mínimo, para aquellas SEC residentes en Estados terceros con los que España haya firmado un CDI con cláusula de intercambio de información.

EEE y b) la introducción de una cláusula de escape para las rentas pasivas obtenidas por las SEC no establecidas en el EEE que condicione la aplicación del régimen de TFI español a un juicio de motivos económicos válidos en la constitución y operativa de la SEC.

De este modo, se conseguiría un cumplimiento escrupuloso del régimen de TFI con el Derecho de la UE sin que, en la práctica, se produjera un menoscabo en su ámbito de aplicación; pues las situaciones de abuso que, conforme a la jurisprudencia del TJUE podrían quedar afectadas por la aplicación del régimen de TFI podrían combatirse a través de las cláusulas generales antiabuso de la normativa española¹⁰¹.

Esta solución, además, permitiría un reparto más equitativo de la carga de la prueba entre el contribuyente y la Administración, reduciendo las enormes dificultades prácticas a las que se enfrenta el contribuyente a la hora de acreditar exclusiones del régimen de TFI. Asimismo, esta solución estaría más alineada con el criterio del TJUE. El tribunal, al analizar la compatibilidad con las libertades de la Unión de las normas de distribución de la carga de la prueba en cláusulas antiabuso, ha aclarado que las medidas fiscales que vayan en detrimento de libertades fundamentales no pueden justificarse mediante una presunción general de fraude y abuso; las autoridades tributarias deben proceder a un examen individual del conjunto de la operación de que se trate para concluir sobre la existencia de abuso¹⁰².

4. Renta imputable bajo el régimen de TFI español: incertidumbre en las reglas de cálculo

4.1. Sujetos obligados a soportar la imputación

Están obligadas a soportar la imputación bajo el régimen de TFI las personas físicas o jurídicas residentes a efectos fiscales en territorio español que participen, directa o indirectamente, en la SEC verificando los requisitos de control –la renta imputable debe calcularse computando también la participación indirecta en la SEC¹⁰³–.

¹⁰¹ En particular, por vía de la existencia de conflicto en la aplicación de la norma o simulación, según se regulan en los artículos 15 y 16 de la LGT.

¹⁰² Esto se traduce, en palabras del TJUE, en que «la Administración Tributaria esté obligada a aportar al menos un principio de prueba o indicio del fraude o abuso»; si esto no fuera así, la norma, «excedería de lo necesario para evitar dichos fraude o abuso» (v. Sentencia del TJUE [Sala Sexta] de 7 de septiembre de 2017, asunto C-6/16 –NFJ067536–, *Eqiom y Enka*), párrafos 30-32.

¹⁰³ Artículos 100.7 de la LIS y 91.6 de la LIRPF. Obsérvese que estas normas establecen una cierta jerarquía entre contribuyentes: una persona física que participa indirectamente en una SEC mediante una participación en una sociedad residente en España no estará obligada a imputar rentas en TFI; esta deberá imputarse por la sociedad española.

No resuelve la norma cómo aplicar el régimen de TFI cuando existan sociedades intermedias, entre el contribuyente y la SEC, que estén sujetas a normas de TFI en sus correspondientes jurisdicciones de residencia. ATAD tampoco ofrece una solución al respecto. En el seno de la OCDE, se recomienda que los Estados establezcan algún tipo de jerarquía que determine qué países deberían tener prioridad o, en su defecto, algún mecanismo para eliminar la doble imposición (e. g., crédito fiscal por los impuestos extranjeros resultantes de normas de TFI en jurisdicciones intermedias)¹⁰⁴. A pesar de la recomendación, España no ha dado una solución a este problema; por tanto, se mantiene el riesgo cada vez más alto –la difusión a nivel mundial de las normas de TFI¹⁰⁵ es muy amplia y es especialmente patente en la UE por la transposición de ATAD– de que se generen situaciones de doble imposición imposibles de resolver.

4.2. Reglas de cálculo de la renta imputable

En nuestra experiencia, las indicaciones que incluye el régimen de TFI español a efectos de calcular el importe de la renta susceptible de ser imputada en la base imponible del contribuyente resultan sencillamente insuficientes¹⁰⁶. Sin ánimo de ser omnicomprendivos –la realidad, sin duda, planteará más dudas de las que aquí se exponen–, se han seleccionado y se desarrollarán a continuación algunas de las cuestiones más conflictivas respecto al cálculo de la renta imputable en TFI, y se proponen soluciones de futuro.

4.2.1. Norma aplicable para calcular la renta imputable en TFI

No existe hoy por hoy una respuesta clara a esta cuestión. Los artículos 91.6 de la LIRPF y 100.9 de la LIS se refieren a que el importe de la renta imputable en TFI debe calcularse atendiendo, por un lado, a «principios y criterios» y, por otro, «a las restantes disposiciones» de la LIS. Esta formulación legal tan ambigua despierta un sinfín de dudas prácticas.

¹⁰⁴ Informe OCDE (p. 35).

¹⁰⁵ 53 países cuentan con este tipo de normas según la información disponible en IBFD (2019).

¹⁰⁶ Desde su entrada en vigor, la ley se limita a señalar que:

[...] el importe de la renta positiva a imputar en la base imponible se calculará de acuerdo con los principios y criterios establecidos en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, y en las restantes disposiciones relativas al Impuesto sobre Sociedades para la determinación de la base imponible.

Y aclara simplemente que «se entenderá por renta total el importe de la base imponible que resulte de aplicar estos mismos criterios y principios» y «se utilizará el tipo de cambio vigente al cierre del ejercicio social de la entidad no residente en territorio español».

Lo único que parece claro es que la norma fiscal a la que hay que atender para calcular el importe de la renta imputable en TFI es la LIS. Y, a partir de ahí, todo son cuestiones sin resolver.

La primera es qué se incluye dentro de los «principios y criterios» de la LIS y cómo casa esta referencia con la que se efectúa a renglón seguido a las «restantes disposiciones» de la norma. Parece que «principios y criterios» debe ser algo distinto del conjunto de los ajustes que establece la LIS¹⁰⁷. Asumiendo que esta es la interpretación adecuada, cabe plantearse cuáles son estos principios y criterios¹⁰⁸.

Podríamos transitar por todos los preceptos de la LIS y preguntarnos qué ajustes se corresponden con los «principios y criterios» de la norma sin que exista un criterio normativo o administrativo que conceda una respuesta válida al contribuyente sobre este punto. No existe una mínima indicación sobre los ajustes de la LIS que deben considerarse incluidos dentro de sus «principios y criterios» y aquellos que deberían ignorarse a la hora de calcular la base imponible imputable bajo el régimen de TFI.

Discrepamos con la doctrina que considera que, atendiendo a la naturaleza de las rentas susceptibles de ser imputadas en TFI, debería existir un estrecho margen para la divergencia entre las normas españolas y las extranjeras¹⁰⁹. Esta afirmación podría ser válida

¹⁰⁷ De lo contrario, el legislador no habría hecho ninguna diferenciación, tanto más si se toma en consideración que el Proyecto de Ley original por el que se introducía el régimen de TFI en España se refería exclusivamente al término «normas», que fue matizado en el proceso legislativo –Sanz Gadea (1996, p. 250).

¹⁰⁸ Por ejemplo, desde lo más básico, lo que podríamos considerar como un principio general de la LIS es que la base imponible se obtiene por referencia al resultado contable de la SEC, resultado contable que, a su vez, conforme al artículo 10.3 de la LIS, se determina «de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas».

¿Cómo debe interpretarse el alcance de este principio?, ¿puede el contribuyente basarse en el resultado contable de la SEC calculado conforme a la normativa de su jurisdicción de residencia o debe rehacerse la contabilidad, atendiendo a las normas contables españolas, para poder calcular la renta imputable en TFI de conformidad con los «principios y criterios» de la LIS? A nuestro juicio, se debería respetar la contabilización realizada conforme a la normativa aplicable en el país de residencia de la SEC; no obstante, no se dispone de ninguna aclaración administrativa que confirme este criterio y pueda dar un confort mínimo a los contribuyentes.

La misma cuestión (también sin respuesta) surge respecto al criterio de imputación temporal al que debe atenderse en el registro de los ingresos y gastos. Entendemos que el respeto a la norma contable del país de residencia de la SEC debería llevarnos a una conclusión similar a la apuntada en el párrafo anterior.

¹⁰⁹ Sanz Gadea (1996, p. 250) entendía, a la vista de la redacción original de la norma, que la naturaleza de las rentas susceptibles de inclusión (básicamente, intereses, dividendos, cánones arrendaticios y

en los años noventa, cuando los ajustes de la LIS vigente no estaban tan desarrollados y el régimen de TFI español no contemplaba la regla de imputación total de rentas prevista para sociedades instrumentales o las nuevas fuentes de rentas incluidas en el catálogo de rentas pasivas.

Hoy la diversidad de los ajustes previstos por la LIS y la amplitud de supuestos que se recogen bajo el paraguas de la norma de TFI son tales que se hace necesaria una aclaración normativa que precise qué «principios y criterios» y, en particular, qué ajustes son los relevantes a la hora de determinar el importe de la base imponible imputable en TFI.

La respuesta a nivel internacional tampoco ofrece soluciones concretas a este problema¹¹⁰: el Informe OCDE y ATAD¹¹¹ se limitan a hacer una remisión a la normativa de la jurisdicción del contribuyente como sistema para calcular la renta atribuible en TFI.

Se comprende la enorme dificultad de dar una solución completamente armonizada a nivel internacional a estos problemas –dependerá en gran medida de las particularidades de las distintas leyes nacionales potencialmente aplicables–. Por ello, (si cabe) con más razón, debe apelarse a una respuesta normativa española que dote de seguridad jurídica a los contribuyentes, estableciendo unos criterios claros respecto al modo de aplicar la LIS para calcular la base imponible imputable en TFI.

4.2.2. Determinación del importe de la renta positiva imputable en TFI para las rentas pasivas

La norma establece que «se imputará únicamente la renta positiva que provenga» de cada una de las fuentes de rentas establecidas en el catálogo de rentas pasivas. Por tanto, en el caso de que concurra más de una renta de las catalogadas, deberá realizarse un cálculo independiente de cada una de ellas para determinar su imputación bajo el régimen de TFI (Sanz Gadea, 1996, p. 251; Almudí Cid, 2009, p. 990). En este ejercicio, es inevitable que se plan-

plusvalías) dejaba probablemente un margen muy estrecho para la divergencia entre normas españolas y normas extranjeras.

¹¹⁰ Añaden, eso sí, a la lista de potenciales inconvenientes la realidad del elevado coste que puede suponer al contribuyente el cumplimiento de esta regla. Arnold (2019, p. 6) remarca que este sistema no simplifica los costes administrativos y de cumplimiento del régimen de TFI en comparación con otras opciones disponibles por el legislador para calcular la renta imputable.

¹¹¹ ATAD se remite a la normativa del contribuyente para calcular la renta imputable por las categorías de rentas pasivas. En cambio, establece que la renta imputable por la existencia de «mecanismos falseados» se calcula «de conformidad con el principio de plena competencia», por lo que puede entenderse que los Estados que imputen rentas por esta categoría lo harán según sus normas de precios de transferencia, sin que tengan que considerar otros ajustes del correspondiente IS.

teen problemas, cuya respuesta práctica puede llegar a ser muy compleja, en el desglose de los ingresos y gastos que deben atribuirse a cada una de las categorías de rentas pasivas.

Además, tal y como está configurada la regla, no se podrán compensar categorías de rentas con resultado positivo con aquellas cuyo resultado sea negativo¹¹²; solo cuando el resultado de las distintas categorías de rentas sea positivo se podrán adicionar dichas bases imponibles con el objetivo de obtener la base imponible total imputable en TFI al contribuyente.

No obstante, el régimen prevé un límite: no se podrá imputar como base imponible en TFI «una cantidad superior a la renta total de la entidad no residente». Este límite global, materialmente, tomará en consideración los eventuales resultados negativos de la SEC, al menos, a la hora de establecer un importe máximo de renta imputable.

4.2.3. Pérdidas de la SEC

El análisis será distinto si nos referimos a pérdidas del ejercicio en curso o a pérdidas procedentes de ejercicios anteriores. En relación con las pérdidas del ejercicio, para las sociedades instrumentales significará la inexistencia de renta imputable en TFI al contribuyente; mientras que, para las rentas pasivas, el efecto será el analizado en el epígrafe 4.2.2 anterior, con los límites que allí se señalan.

Las bases imponibles procedentes de ejercicios anteriores deberían, en todo caso, tomarse en consideración; su compensación representa uno de los «criterios y principios» básicos de nuestra LIS¹¹³.

¹¹² Lo que podría disminuir (o incluso neutralizar) la renta global susceptible de ser imputada bajo el régimen de TFI.

¹¹³ Esta conclusión es coherente con las recomendaciones de la OCDE incluidas en el Informe OCDE y con ATAD. Ambos establecen que, aunque las pérdidas de la SEC no puedan imputarse directamente para compensar beneficios de la matriz, sí deberían poder compensar beneficios de ejercicios siguientes. De hecho, el Informe OCDE da un paso más allá y aclara que este debería ser el tratamiento incluso de las pérdidas que se hayan generado con anterioridad a la calificación de la entidad como SEC.

Nos llama la atención el criterio seguido por el Tribunal Económico-Administrativo Central en su Resolución de 12 de septiembre de 2003 (y mantenido por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 10 de noviembre de 2006, rec. núm. 911/2003 –NFJ080522–) –entre otras que analizaban el mismo supuesto en distintos contribuyentes– al negar la posibilidad de compensar pérdidas fiscales cuando la SEC no ha podido declarar tales pérdidas por no estar sujeta a un IS en su jurisdicción.

Este criterio es extremadamente formalista y no se corresponde con una adecuada interpretación de la referencia a los «criterios y principios» de la LIS. En este sentido, compartimos la opinión de Sanz Gadea (1996), que analiza con detalle la posibilidad de compensar pérdidas fiscales, aunque no se encuentren declaradas previamente como BIN.

Y, de nuevo, en este punto vuelven a surgir dudas sobre las reglas que deben regir esta compensación. Por ejemplo, para las sociedades instrumentales será claro que las BIN deben atribuirse a la totalidad de la renta obtenida por la SEC y podrán compensarse con cargo a resultados positivos futuros de la SEC íntegramente. No obstante, cuando la imputación en TFI se origine por las rentas pasivas, es posible que las BIN solo puedan asociarse parcialmente a determinadas fuentes de rentas.

Al igual que ocurre a la hora de determinar los gastos e ingresos relevantes para determinar la «renta positiva» imputable en TFI al contribuyente por cada una de las categorías de rentas pasivas, deberían diseccionarse las BIN generadas por la SEC para determinar en qué importe y con cargo a qué rentas pueden compensarse.

No será una tarea fácil y el régimen no establece el mecanismo a seguir en estos casos. Un sector de la doctrina aboga por asignar las BIN a cada una de las categorías de rentas pasivas en la proporción en que dichas clases de rentas contribuyeron a la generación de la pérdida, pudiendo atribuir cualquier exceso (si lo hubiera) al resto de las fuentes de renta (Sanz Gadea, 1996, p. 255).

Desde una perspectiva internacional, ATAD dispone que las pérdidas «no se incluirán en la base imponible, pero se podrán aplazar, de conformidad con la legislación nacional, y tener en cuenta en periodos fiscales subsiguientes». No se establece que esta disposición sea optativa para los EM; por tanto, la normativa de TFI española debe modificarse para aclarar qué rentas negativas deben tenerse en cuenta para compensar rentas positivas de ejercicios siguientes (Cruz Padial, 2017, p. 95).

La transposición a la normativa española de ATAD, además de confirmar la procedencia de la compensación de BIN en el cálculo de la renta imputable en TFI, debería aprovecharse para aclarar el sistema de asignación y compensación de las BIN procedentes de rentas pasivas.

4.2.4. Comentario crítico

Con tres mínimas instrucciones, la norma española pretende resolver el mecanismo de cálculo de la base imponible en TFI de un contribuyente. Lo cierto es que muchas de las cuestiones que, en la práctica, surgen a la hora de efectuar este cálculo, no se resolverían. La parquedad de estas directrices suscita innumerables dudas respecto a su aplicación y coloca al contribuyente en una situación de incertidumbre.

Sería conveniente la aprobación de criterios formales que concedan un adecuado respaldo jurídico-positivo al régimen y garanticen un mínimo de seguridad jurídica a los contribuyentes españoles. La transposición de ATAD ofrece al legislador español una oportunidad

que debería aprovechar para aclarar extremos tan importantes como el alcance de la aplicación de la LIS a la hora de calcular la renta imputable o confirmar la posibilidad de compensar las BIN de la SEC, regulando un mecanismo para su compensación.

5. Mecanismos para corregir la doble imposición: algunas cuestiones pendientes

5.1. La regla de no integración en la base imponible del contribuyente de los beneficios procedentes de rentas que hayan tributado en TFI¹¹⁴

Como ya se ha dicho, el régimen de TFI es una norma antidiferimiento que supone, en la práctica, una anticipación de la tributación de los beneficios obtenidos por la SEC a través de su imputación en la base imponible del contribuyente en el ejercicio de su obtención¹¹⁵. La propia mecánica del régimen provocará que se genere una doble imposición en el contribuyente cuando la SEC le distribuya los dividendos procedentes de beneficios que ya hayan tributado por aplicación de esta norma.

Para corregir estos supuestos de doble imposición interna, el régimen de TFI dispone que deben eliminarse de la base imponible del contribuyente «los dividendos o participaciones en beneficios en la parte que corresponda a la renta positiva que haya sido incluida en la base imponible»¹¹⁶. La norma extiende este tratamiento a los «dividendos

¹¹⁴ También puede generarse doble imposición interna en la transmisión de la participación. Para evitar esto, la norma de TFI prevé que no se integrará la ganancia que se corresponda con rentas incluidas en TFI. Concretamente, los artículos 100.12 de la LIS y 91.11 de la LIRPF disponen que:

[...] para calcular la renta derivada de la transmisión de la participación, directa o indirecta, el valor de adquisición se incrementará en el importe de los beneficios sociales que, sin efectiva distribución, se correspondan con rentas que hubiesen sido imputadas a los socios como rentas de sus acciones o participaciones en el periodo de tiempo comprendido entre su adquisición y transmisión.

¹¹⁵ Además, el régimen español, a diferencia de lo que sucede mayoritariamente en un análisis de derecho comparado, no excluye su aplicación en los supuestos en los que los beneficios de la SEC sean objeto de distribución a sus accionistas en el ejercicio en el que se obtienen. Resulta completamente coherente con la finalidad de la norma la introducción de una exclusión de este tipo. Es obvio que si la SEC distribuye sus resultados a sus accionistas en el periodo en el que se obtienen, esta renta ya quedaría sujeta a tributación en sede del accionista conforme al régimen general y no existiría ninguna justificación para que se activara una norma antidiferimiento (pues no existiría diferimiento alguno en tal supuesto).

¹¹⁶ Artículos 100.10 de la LIS y 91.9 de la LIRPF. Estas normas hacen referencia a la «renta positiva que haya sido incluida en la base imponible», lo que exigirá una efectiva inclusión. No bastará con que el contribuyente hubiera estado obligado a su inclusión; para que tenga aplicación este precepto habrá sido

a cuenta»¹¹⁷ del beneficio del ejercicio distribuidos por la SEC. Se trata, pues, de una eliminación de la base imponible en TFI de aquellas rentas que ya hayan tributado por aplicación de este régimen en ejercicios anteriores, buscando neutralizar el efecto de una previa imputación anticipada de beneficios de la SEC. En este sentido, la norma aclara que «una misma renta positiva solamente podrá ser objeto de imputación por una sola vez, cualquiera que sea la forma y la entidad en que se manifieste».

Este mecanismo de corrección de doble imposición funciona para los casos en los que la SEC obtuviera beneficios que no distribuya a sus accionistas y que, por tanto, podrían no quedar sujetos a tributación hasta su efectiva distribución en ausencia del régimen de TFI.

No obstante, el régimen actual no daría una adecuada respuesta a supuestos en los que los beneficios del ejercicio se distribuyen a los accionistas de la SEC y no existe, en consecuencia, el diferimiento de rentas o la ventaja fiscal combatida por el régimen de TFI. La norma española debería excluir cualquier situación en la que la SEC distribuye sus beneficios en el ejercicio en el que se obtienen, sin que se produzca el diferimiento perseguido por el régimen.

La solución que se propone es coherente con la regulación de ATAD¹¹⁸. En ATAD, la imputación se restringe a las «rentas no distribuidas» y no está limitada únicamente a distribuciones cuyo beneficiario sea contribuyente, sino que también se aplicaría a distribuciones realizadas a sociedades intermedias (Groot y Larking, 2019, p. 267).

La transposición de ATAD a la normativa española debería corregir el defecto de la norma española con la consecuencia de que el régimen de TFI solo resultara aplicable a situaciones en la que sí exista un diferimiento de rentas, cuya doble imposición se corrija cuando se produzca la distribución de los beneficios que han sido gravados con anterioridad¹¹⁹.

necesaria una efectiva tributación del contribuyente por estas rentas. Asimismo, aclaran que cuando la SEC distribuya reservas, a efectos de la aplicación de esta norma correctora de la doble imposición, se atenderá a la designación contenida en el acuerdo social y, en su defecto, se entenderá que se aplican las últimas cantidades abonadas a dichas reservas.

¹¹⁷ Las cantidades susceptibles de ser distribuidas por las sociedades a cuenta de los beneficios del ejercicio en curso con carácter previo al cierre de sus cuentas anuales (v. art. 277 LSC).

¹¹⁸ La OCDE no aporta ningún análisis a este problema y se limita a recomendar que los Estados incorporen normas que mitiguen el riesgo de doble imposición cuando la SEC distribuya dividendos con carácter general, sin distinguir si los dividendos se distribuyen con cargo al resultado del ejercicio o proceden de rentas de ejercicios anteriores sujetas a TFI.

¹¹⁹ En este sentido, el artículo 8.5 de ATAD establece que el importe distribuido se deducirá de la base imponible cuando se trate de rentas incluidas con anterioridad en la base imponible del contribuyente por aplicación del régimen de TFI.

Esta solución permitiría, además, evitar situaciones que podrían llegar a considerarse incompatibles con el Derecho de la UE. Si no existe diferimiento por haberse distribuido los beneficios de la SEC¹²⁰, tampoco debería existir una necesidad de prevenir el fraude o la evasión fiscal que justificara una restricción de las libertades fundamentales de la UE que pudiera habilitar la aplicación de un régimen de TFI.

5.2. Deducción de los impuestos extranjeros satisfechos por la SEC

Con el objetivo de corregir la doble imposición internacional, el régimen de TFI establece la posibilidad de deducir de la cuota líquida del IS o IRPF los impuestos pagados en el extranjero. En lógica coherencia con las disposiciones generales de ambos impuestos, el alcance de la deducción es distinto para los contribuyentes del IS y los del IRPF. En el primer caso, se permite corregir la doble imposición jurídica y económica; mientras que, en el segundo, la corrección se limita a la jurídica.

En ambos casos, la deducción se puede practicar aun cuando los impuestos correspondan a periodos impositivos distintos a aquel en el que se realizó la inclusión y tiene como límite la cuota íntegra que habría correspondido pagar en España por la renta positiva incluida en la base imponible del contribuyente sujeto al régimen de TFI¹²¹.

Es preciso señalar que la norma no permite la deducción de los impuestos satisfechos en países o territorios calificados como paraísos fiscales. Esta limitación no encuentra ninguna justificación técnica, es incoherente con los mecanismos generales aplicables para la eliminación de la doble imposición internacional vigentes en la normativa española y podría llegar a cuestionarse su constitucionalidad.

También es contraria a la regulación de ATAD que obliga a que los EM permitan la deducción del impuesto pagado por la SEC, sin excluir los impuestos pagados en un paraíso fiscal¹²². En la misma línea, en el Informe OCDE, se recomienda que las normas TFI

¹²⁰ Siempre que esta renta quede sujeta a tributación en sede del contribuyente.

¹²¹ Artículos 100.11 b) de la LIS y 94.10 de la LIRPF. En cualquier caso, la doble imposición debería corregirse cuando la SEC sea residente en un Estado que haya concluido con España un CDI por el mecanismo específico del convenio.

¹²² No es claro si esta obligación incluye también la retención en la distribución de dividendos, practicada y satisfecha por la SEC, pero a cargo del contribuyente, lo que permite a algunos autores concluir que ATAD no regula ningún mecanismo para evitar la doble imposición internacional que puede surgir en este supuesto, si bien destaca la intención de la Directiva de evitar la doble imposición. Casadevall (2018) y Groot y Larking (2019).

incorporen disposiciones que garanticen la eliminación de la doble imposición, sin distinguir los impuestos pagados en paraísos fiscales¹²³. En el mismo sentido, también se recomienda corregir la doble imposición internacional en caso de retención sobre los dividendos pagados.

Por tanto, la norma de TFI española debería eliminar la limitación a la deducción de los impuestos satisfechos en paraísos fiscales para ajustarse a la regulación de ATAD.

5.3. Algunas realidades no resueltas por el régimen de TFI

5.3.1. Cambios de residencia fiscal del accionista de la SEC

Los accionistas de la SEC que trasladen su residencia fiscal a España quedarán sujetos a tributación por el régimen de TFI español con efectos desde el periodo impositivo en el que sean considerados residentes en España conforme a la normativa española. En estos casos, se plantean problemas prácticos en la aplicación del régimen de TFI que no encuentran una respuesta clara en nuestra regulación y que, de no resolverse adecuadamente, podrían generar problemas de doble imposición para el accionista.

Por ejemplo, ¿cuál es el tratamiento fiscal en España de los dividendos que se distribuyan por la SEC que procedan de reservas que hubieran quedado sujetas a tributación por un régimen equivalente al de TFI en el país de residencia anterior del accionista?, ¿y de las rentas que se generen con la transmisión de la SEC que procedan de rentas imputadas previamente al contribuyente en régimen de TFI?

Si los beneficios obtenidos por la SEC ya hubieran quedado sujetos a tributación en sede de un contribuyente por la aplicación de un régimen CFC equivalente y análogo al de TFI ya se habría «imputado» en el impuesto personal del accionista esta «renta positiva», sin que el dividendo pudiera quedar sujeto de nuevo a tributación en España¹²⁴. Entendemos que la misma conclusión es aplicable para las rentas generadas con la transmisión de la SEC¹²⁵.

¹²³ En particular, la OCDE considera que conceder un crédito equivalente al impuesto extranjero pagado por la SEC es el mecanismo idóneo para eliminar este tipo de doble imposición. La referencia al impuesto efectivamente pagado garantiza que no se concederá el crédito en los casos en que el impuesto extranjero sea objeto de devolución o de reclamación de reembolso (Informe OCDE, p. 68).

¹²⁴ La norma de TFI española establece que «no se integrarán en la base imponible los dividendos o participaciones en beneficios en la parte que corresponda a la renta positiva que haya sido imputada», y aclara que «una misma renta positiva solo podrá ser objeto de imputación por una sola vez, cualquiera que sea la forma y la entidad en que se manifieste».

¹²⁵ Con base en una interpretación equiparable a la efectuada para los dividendos, pero extrapolada a los artículos 100.12 de la LIS y 91.11 de la LIRPF.

Materialmente, se estarían cumpliendo todas las premisas para que el mecanismo interno de corrección de doble imposición del régimen de TFI resultara plenamente aplicable. Esta solución sería la más coherente con el funcionamiento del régimen español: de haberse aplicado siempre el régimen de TFI español, estos dividendos nunca habrían quedado sujetos a tributación de nuevo en sede del accionista.

Alternativamente, incluso si se llegara a la conclusión de que el dividendo debería incluirse en la base imponible del contribuyente, se debería permitir, en todo caso, la aplicación de los mecanismos para evitar la doble imposición, bien los previstos en el CDI aplicable¹²⁶, bien en la norma interna española.

La movilidad internacional es una realidad cada vez más común. Ello unido a la gran extensión de los regímenes CFC a nivel internacional genera que, en la práctica, cada vez sea más recurrente que los accionistas de una SEC puedan verse inmersos en problemas de este tipo. Cuanto más se consiga armonizar los regímenes de CFC a nivel internacional, más sencillo será solucionar este tipo de problemas. Entretanto, en beneficio de la seguridad jurídica de los contribuyentes españoles, sería conveniente que se aclarara a nivel interno cuál es la respuesta adecuada para eliminar la doble imposición sobre estas rentas.

5.3.2. Cambios de residencia fiscal de la SEC

La incertidumbre y complejidad del régimen de TFI tienen como consecuencia que muchos contribuyentes se planteen reorganizar su estructura, trasladando la residencia de la SEC a España o a jurisdicciones en las que no exista un régimen fiscal privilegiado.

Al margen de las consecuencias fiscales que esta operación pueda generar en sede del accionista de la SEC, estas reorganizaciones plantean posibles situaciones de doble imposición que podrían no resolverse adecuadamente. Se exponen a continuación algunos ejemplos.

Imaginemos que la SEC traslada su residencia y deja de estar sujeta a un régimen fiscal privilegiado. Parece claro que, a partir del ejercicio en el que no se verifique este presupuesto básico, el régimen de TFI no resultará aplicable. Sin embargo, ¿qué ocurrirá cuando se

¹²⁶ Esta conclusión es independiente al debate histórico sobre la posibilidad de aplicar normas de TFI en una situación regulada por un CDI. Los mecanismos para eliminar la doble imposición solo tendrán sentido cuando se apliquen las normas de TFI en una situación regulada por un CDI (y que, por tanto, se genere doble tributación internacional). Por tanto, aunque no entremos a valorar las sucesivas modificaciones de los comentarios al artículo 1 del modelo de convenio de la OCDE en torno a esta cuestión, simplemente aclaramos que la situación de doble imposición solo tiene sentido cuando el resultado del debate permita aplicar las normas de TFI en el ámbito de un CDI.

distribuyan los dividendos con cargo a rentas que han estado sujetas a TFI y estas rentas queden sujetas a retención en la nueva jurisdicción de residencia de la entidad no residente?

Con base en la regla de no integración de dividendos del régimen de TFI (v. epígrafe 5.1 anterior), esta renta no debería incluirse en la base imponible del contribuyente. Ello evitaría la doble imposición interna, pero ¿cómo se corrige la doble imposición internacional provocada por la retención extranjera? La deducción general para evitar la doble imposición prevista en la LIS y en la LIRPF no resultaría aplicable en estos casos, ya que en la base imponible del contribuyente correspondiente al periodo impositivo en que tiene lugar la distribución no se estará integrando renta alguna (precisamente por la aplicación de la regla de no integración del régimen de TFI). En todo caso, entendemos que debería ser aplicable la regla especial de deducción de impuestos extranjeros prevista en el régimen de TFI. Esta parece ser la solución que más se acomoda a la regulación española, que permite practicar esta deducción de impuestos extranjeros devengados en ejercicios distintos a aquel en el que se realizó la inclusión del beneficio.

Como puede observarse, nuestra normativa de TFI no establece reglas específicas que aporten seguridad jurídica a cuestiones de este tipo. En la práctica, las dudas e inconvenientes que plantean las reorganizaciones que buscan evitar que la filial no residente quede sujeta a un régimen fiscal privilegiado desincentivan estas operaciones o las transforman en objetivos imposibles. Esta complejidad choca con el objetivo del propio régimen de TFI, que, en todo caso, debería fomentar el retorno de activos españoles deslocalizados en el extranjero o, al menos, su tributación bajo regímenes fiscales no privilegiados.

6. Conclusiones

Desde su introducción en la normativa española en los años noventa, el régimen de TFI ha cumplido una función principalmente disuasoria y, salvo por las excepciones analizadas a lo largo de este artículo, no ha experimentado modificaciones sustanciales desde su aprobación original. Además, su escasa aplicación práctica ha resultado en la ausencia de pronunciamientos administrativos o jurisprudenciales relevantes sobre la materia que puedan servir como guía para una adecuada aplicación de este régimen.

A todo ello hay que añadir que, a lo largo de los años, el TJUE ha desarrollado una jurisprudencia aplicable a los regímenes CFC europeos que también resultaría trasladable a la normativa española. Asimismo, la OCDE ha impulsado el análisis internacional de los regímenes CFC proponiendo recomendaciones concretas a los Estados y señalando varios puntos de mejora.

Como resultado de lo anterior, en determinados aspectos, las reglas originales del régimen de TFI habrían quedado obsoletas e insuficientes y sería recomendable que se actua-

lizaran para garantizar su aplicación efectiva y una mejora de la seguridad jurídica de los contribuyentes. Con este fin, se resumen a continuación algunas propuestas que podrían ayudar a alcanzar estos objetivos:

- a) A efectos del requisito de control sobre la SEC, el régimen debería introducir una cláusula de control *de facto* sobre la SEC. Este filtro debería operar (i) de manera acumulada al «test de control objetivo» en los supuestos en los que existan sobre el control material del contribuyente sobre la SEC y (ii) con carácter alternativo al «test de control objetivo», cuando este resulte insuficiente.

De este modo, la aplicación del régimen de TFI quedaría restringida a los supuestos en los que el contribuyente adoptara las decisiones relevantes respecto a la SEC que pudieran resultar en una erosión de bases imponibles españolas.

- b) Con el fin de alcanzar una conclusión satisfactoria sobre la tributación efectiva que soporta la SEC y el mecanismo adecuado para calcular la renta imputable al contribuyente, sería recomendable: (i) incluir una lista blanca de jurisdicciones o de regímenes fiscales excluidos de la aplicación del régimen de TFI y (ii) aclarar qué ajustes de la normativa del IS deben tenerse en cuenta para determinar si la SEC disfruta de un régimen fiscal privilegiado y calcular el importe de renta atribuible al contribuyente por este régimen. En tal aclaración, el legislador debería aprovechar para armonizar los criterios de cálculo utilizados para estimar la tributación efectiva de la SEC y los que, posteriormente, deban aplicarse en la determinación de la renta imputable al contribuyente.

Esta modificación debería estar enfocada a que el régimen de TFI se centrara en los supuestos en los que se produce realmente una erosión de bases imponibles españolas, dejando al margen meros ajustes temporales o requisitos formales. Así, se podría lograr una mejora en la seguridad jurídica del contribuyente y una aplicación más equitativa y precisa del régimen de TFI con sus objetivos.

- c) La imputación de rentas procedentes de sociedades instrumentales debería restringirse a situaciones de abuso. A este fin, se propone bien su eliminación (las situaciones que la norma pretende combatir ya tendrían respuesta en los mecanismos antiabuso generales) o su reconfiguración para que su aplicación quede expresamente limitada a supuestos de abuso, en línea con la regulación de ATAD.
- d) La Cláusula de Escape UE en su redacción actual resultaría incompatible con la libertad de establecimiento y con la libertad de movimiento de capitales y debería ajustarse a lo exigido por el TJUE. Para ello, propondríamos: (i) la inclusión de una cláusula de escape UE que resulte aplicable, sin limitaciones específicas, para las SEC establecidas en el EEE y (iii) la introducción de una cláusula de escape para las rentas pasivas obtenidas por las SEC no establecidas en el EEE

que condicione la aplicación del régimen de TFI español a la existencia de motivos económicos válidos.

- e) La plena corrección de la doble imposición cuando el régimen de TFI resulte aplicable debería ser prioritario. Además de ajustar aquellas disfunciones que puedan plantearse en situaciones concretas, la norma de TFI no debería resultar aplicable cuando los beneficios obtenidos por la SEC se distribuyan a sus accionistas en el ejercicio de su obtención ya que, en estos casos, no existiría el diferimiento de rentas o la ventaja fiscal combatida por el régimen.

El legislador debería aprovechar la transposición de ATAD para introducir estas mejoras y, cualquier otra, que permitiera una aplicación del régimen de TFI alineada con sus objetivos, las recomendaciones de la OCDE y las exigencias del Derecho de la UE.

Referencias bibliográficas

- Almudí Cid, J. M. (2009). Régimen Especial de Transparencia Fiscal Internacional. En J. Galán Ruiz, M. Gutiérrez Lousa (Coord.), *El impuesto sobre la renta de las personas físicas* (pp. 953-1.021). Civitas.
- Arnold, B. J. (2019). The Evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and Beyond. *Bulletin for International Taxation 2019, volumen 73, núm. 12*. Journal Articles & Papers IBFD.
- Calderón Carrero, J. M. (2015). Revisitando la Transparencia Fiscal Internacional al hilo de la sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el caso Olsen. *Quincena Fiscal*, 1.
- Casadevall, J. J. (2018). La transparencia fiscal internacional en la Unión Europea. *Quincena Fiscal*, 15-16.
- Concha Carballido, C. y Sánchez Mercader, M. M. (2017). Acción 3: diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces. En Garrigues, *Plan de Acción BEPS: una reflexión obligada* (pp. 65-93). Fundación Impuestos y Competitividad.
- Cruz Padiel, I. (2017). Transparencia fiscal internacional: una realidad inacabada. *Crónica Tributaria*, 166, 71-106.
- Danon, R. J. (2018). Chapter 10: EU Fiscal Protectionism versus Free Movement of Capital: The Case of the ATAD CFC Categorical Model in European Tax Integration: Law, Policy and Politics. En P. Pistone (Ed.), *European Tax Integration: Law, Policy and Politics*. Books IBFD.
- Ferrer, C. e Irazusta, P. (2018). The Application of Spanish CFC Rules to Investments in EU Alternative Funds: Current Over-

- view and the Impact of the ATAD Directive. *Derivatives & Financial Instruments 2018, volumen 20, núm. 2*. Journal Articles & Papers IBFD.
- Ferrer Vidal, D. (2017). Operaciones vinculadas y Transparencia fiscal internacional (TFI): Análisis de su compatibilidad. Efectos de los ajustes (primario, bilateral y secundario) en escenarios de TFI. *Revista española de Derecho Financiero*, 174.
- García Torres, M. J. (2019). «Motivos económicos válidos» como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades. *Quincena Fiscal*, 17.
- Groot, I. y Larking, B. (2019). Implementation of Controlled Foreign Company Rules under the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164). *European Taxation 2019, Volumen 59, núm. 6*. Journal Articles & Papers IBFD.
- Helminen, M. (2019). *EU Tax Law Direct Taxation*. Amsterdam: IBFD.
- Holmes, K. J. (2020). *New Zealand - Corporate Taxation sec. 10*. Country Tax Guides IBFD.
- IBFD. (2019). *BEPS Country Monitor*. Tables IBFD. <https://research.ibfd.org/#/> [consultado el 15 de marzo de 2020].
- Marín Benítez, G. (2019). The European Union, the State Competence in Tax Matters and Abuse of the EU Freedoms. En J. M. Almuñí Cid; J. A. Ferreras Gutiérrez, P. A. Hernández González-Barreda (Eds.), *Combating Tax Avoidance in the EU. Harmonization and Cooperation in Direct Taxation*. AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- OCDE. (2016). *Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces, Acción 3 - Informe final 2015*. Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Ediciones OCDE. Paris, p. 24. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264267091-es> [consultado el 1 de abril de 2020].
- OCDE. (2019a). *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*. OECD. Paris. <http://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm> [consultado el 1 de abril de 2020].
- OCDE. (2019b). *Public consultation document Global Anti-Base Erosion Proposal («GloBE») - Pillar Two 8 November 2019 – 2 December 2019*. <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf.pdf> [consultado el 1 de abril de 2020].
- OCDE. (2020). *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing. Paris. <https://doi.org/10.1787/beba0634-en> [consultado el 1 de diciembre de 2020].
- Sanz Gadea, E. (1996). *Transparencia Fiscal Internacional*. (1.ª ed.). Centro de Estudios Financieros.
- Sanz Gadea, E. (2005). *Medidas Antielusión Fiscal*. Instituto de Estudios Fiscales.
- Sanz Gadea, E. (2007). *Transparencia Fiscal Internacional*. En T. Cordón Ezquerro (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, volumen II. (3.ª edición) (revisada y ampliada) (pp. 1.693-1.739). Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.
- Smit, D. S. (2014). Substance Requirements for Entities Located in a Harmful Tax Jurisdiction under CFC Rules and the EU Freedom of Establishment. *Derivatives &*



Financial Instruments 2014, volumen 16, núm. 6. Journal Articles & Papers IBFD.

Subías Millaruelo, M. T. (2002). Análisis de la imputación de rentas en transparencia fiscal internacional. En M. Pont Mestres y J. Pont Clemente (Coord.), *Estudios de Fis-*

calidad Empresarial (pp. 233-260). Escola Universitària d'Estudis Empresarials.

Torres Diz, C. J. (2012). *Comentarios en torno a la transparencia fiscal internacional. Carta Tributaria – Monografías* (n.º 11-12 Junio 2012). CISS.