

**Abelardo Delgado Pacheco\***

# LAS MEDIDAS ANTIELUSION EN LA FISCALIDAD INTERNACIONAL

*La fiscalidad internacional incluye el régimen de las medidas antielusión llamadas a evitar planificaciones fiscales abusivas. Esas medidas se distinguen según que su régimen se halle en el ordenamiento doméstico de cada Estado o en los Convenios de doble imposición (CDI) suscritos por ese Estado con otros países. Las medidas domésticas pueden, además, ser propias de la fiscalidad internacional o tener carácter general. Precisamente, una cuestión siempre debatida y que ha preocupado a la OCDE ha sido la de la compatibilidad entre las normas generales antielusión de cada ordenamiento nacional y los CDI. Como también es cuestión clásica la compatibilidad de los CDI, o del Derecho comunitario, con medidas tradicionales como la subcapitalización o la transparencia fiscal internacional.*

**Palabras clave:** fiscalidad internacional, convenios de doble imposición, elusión fiscal.

**Clasificación JEL:** H26, H87, K34.

## 1. Introducción

En este artículo se presenta una panorámica de las medidas aplicadas para combatir la elusión fiscal internacional. Para ello se analiza, en primer lugar, el significado de la llamada planificación fiscal internacional y de las medidas antielusión. Seguidamente, se exponen las principales medidas antielusión en la legislación doméstica, así como las normas antiabuso propias de los convenios de doble imposición y el papel de las normas generales antielusión de la Ley General Tributaria. Por último, se trata el tema del intercambio de información y la cooperación entre las Administraciones tributarias.

## 2. Significado de la llamada planificación fiscal internacional y de las medidas antielusión

### La planificación fiscal internacional

La expresión «planificación fiscal internacional» tiene sin duda un significado ambiguo y refleja una realidad de contornos muchas veces imprecisos. Frecuentemente, cuando se alude a la «planificación fiscal internacional», se esconde una referencia al puro fraude fiscal internacional, a la ocultación de bienes o rentas aprovechando la existencia de soberanías y jurisdicciones fiscales diversas. Tampoco faltan quienes sostienen, o piensan, que no existe esa «planificación fiscal internacional», de modo y manera que ésta no reflejaría sino ese mismo fraude fiscal con proyección internacional o transnacional. Y, sin embargo, para evitar equívocos y enfocar correctamente el papel de las me-

---

\* Abogado. Garrigues Abogados y Asesores Tributarios.

didadas antielusión, resulta imprescindible que nos planteemos el significado de esta planificación fiscal internacional.

En mi opinión, dicho en pocas palabras, la «planificación fiscal internacional» existe, los Estados son los primeros actores de esta planificación y las medidas antielusión constituyen el instrumento para intentar confinar esa planificación a sus justos límites, desde la perspectiva de cada uno de los ordenamientos nacionales implicados.

Por lo que se refiere a la primera de estas ideas, la planificación fiscal internacional no sería sino el aprovechamiento que hacen los grupos multinacionales o transnacionales de las diferencias entre los distintos ordenamientos fiscales nacionales o entre los diferentes ordenamientos vigentes en cada país o territorio con mayor o menor soberanía fiscal. En suma, esta planificación no es sino el resultado del arbitraje que permiten esas diferencias entre los ordenamientos de los distintos países o territorios. Es obvio que esta planificación no existiría si todos los ordenamientos tributarios fuesen idénticos o estuviesen armonizados. Como obvio resulta que esas diferencias entre los ordenamientos nacionales no son casuales sino que los Estados, todos los Estados aunque algunos en mucha mayor medida, provocan esas diferencias precisamente para situarse en la línea de estas planificaciones fiscales, atraer inversiones extranjeras y obtener determinados efectos económicos que son, en este punto, el objetivo de su política fiscal. Sin esta actuación consciente de los Estados, tampoco existiría la planificación fiscal internacional<sup>1</sup>.

La situación actual del Impuesto sobre Sociedades en Europa, en el ámbito de la propia Unión Europea, es ilustrativa de esta realidad. En un espacio económico común, los propios Estados han utilizado el tipo, nominal y efectivo, del Impuesto sobre Sociedades para

atraer inversiones extranjeras reales. Por supuesto, los grupos multinacionales han reaccionado teniendo en cuenta estas diferencias de tributación cuando toman decisiones de inversión. De esta manera, esta circunstancia se ha convertido en uno de los factores, aunque desde luego no el único ni el más importante, de las decisiones de inversión y, si se quiere, de posibles deslocalizaciones. Si continuásemos viendo ejemplos de planificación observaríamos que los Estados y territorios con soberanía fiscal actúan en Europa creando las más variadas opciones de planificación fiscal internacional, desde diferentes regímenes de sociedades *holding*, como el existente en España, hasta verdaderos «nichos fiscales» para centros financieros o de servicios, gestión de intangibles o aprovechamiento de entidades o instrumentos híbridos.

En esta concepción de la planificación fiscal internacional, no obstante el *statu quo* relativamente aceptado, los Estados incluyen también en sus ordenamientos tributarios, domésticos o convenidos, normas antielusión para evitar que esa planificación traspase los límites de lo que ese mismo Estado considera justo o legalmente correcto. Por supuesto, si ese Estado es coherente con su propia política fiscal, sus normas antielusión serán el resultado de sus propias opciones de «planificación fiscal internacional». Si un Estado ha decidido intervenir activamente, ofreciendo atractivas opciones a la planificación fiscal internacional, sus normas antielusión respetarán desde luego esas opciones y se preocuparán poco de los resultados globales de esa misma planificación en la que ese Estado ha intervenido. Por el contrario, aquellos Estados que se sienten perjudicados por las decisiones de política fiscal adoptadas por otros, instrumentarán medidas antielusión para ceñir esas opciones de planificación a las que aquellos Estados consideraran aceptables.

Así entendida la planificación fiscal internacional, va a suponer, en esencia, la consideración de estos factores fiscales en la toma de decisiones de inversión por una empresa transnacional. Más específicamente, será la ubicación de los diferentes factores de producción lo

---

<sup>1</sup> Curiosamente, los comentarios al artículo 1.º del MCOCE incluían, en los párrafos 7 y 8, una referencia a esta forma de entender la planificación fiscal internacional, referencia que ha desaparecido como tal en los últimos comentarios de 2003.

que se decidirá atendiendo, entre otros criterios, a razones fiscales derivadas de las ventajas fiscales que ofrecen diferentes ordenamientos. Tradicionalmente, se viene diciendo que esos factores de producción, a los efectos de esta planificación, se dividirían en cinco grandes categorías:

a) Actividades productivas, terreno en el que los factores fiscales tendrían un menor peso relativo, si bien mayor en los últimos tiempos precisamente por la utilización intensa de la tributación de los beneficios de las empresas como instrumento de atracción de inversiones extranjeras, junto a determinadas ventajas fiscales para los directivos y trabajadores expatriados.

b) Centros financieros, donde el régimen de estos centros se une a la utilización de instrumentos híbridos dada la diferente calificación que ciertas rentas merecen en distintas jurisdicciones, principalmente como dividendos o intereses.

c) Centros de servicios intragrupo, donde ciertas jurisdicciones, tal sería hoy el caso de Suiza, promueven con regímenes fiscales ventajosos la ubicación en su territorio de centros corporativos, de servicios administrativos, contables, legales... dentro de los grupos multinacionales o transnacionales.

d) Centros de gestión de intangibles, bien intangibles industriales, vinculados a actividades, también incentivadas, de I+D+i, bien intangibles comerciales de importancia creciente en el comercio internacional.

e) Finalmente, la estructura corporativa del grupo, basada en los diferentes regímenes específicos para sociedades *holding*, incluyendo el español de las llamadas entidades de tenencia de valores extranjeros.

A todo lo anterior, habría que añadir el papel que en esta planificación fiscal internacional desempeñan las normas sobre precios de transferencia, desde una triple perspectiva. Primero, estas normas son utilizadas a veces abusivamente para desplazar beneficios de unas jurisdicciones fiscales a otras, como otras veces permiten a los Estados provocar supuestos no deseables de doble imposición. Segundo, estas normas, en teoría, deberían ser cruciales para distribuir la renta mundial de

un grupo entre las distintas jurisdicciones donde se ubican sus factores de producción. Y, tercero, como consecuencia de lo anterior, estas normas desempeñan ya en la práctica el papel propio de normas antielusión, aunque lo sean con una naturaleza peculiar.

En esta concepción de la planificación fiscal internacional, ésta se diferencia claramente de la ocultación de rentas o patrimonios o, como se suele decir en la literatura fiscal, de la evasión fiscal. También los Estados intervienen en esta evasión, en la medida en la cual ofrecen opacidad fiscal. Nos hallaríamos en el terreno propio de los llamados paraísos fiscales, caracterizados hoy no por su régimen fiscal sino por la ausencia de cooperación con otras Administraciones tributarias y la opacidad que ofrecen para los inversores extranjeros. Precisamente por este motivo, poco puede tener que ver la planificación fiscal internacional con la utilización de países o territorios caracterizados como paraísos fiscales o bancarios. Y frente a estas jurisdicciones, los Estados reaccionan a todos los niveles, bien exigiendo la celebración de convenios de intercambio de información o bien mediante específicas normas antiparaíso en su legislación doméstica, normas éstas también ajenas al objeto de estas líneas.

### Significado de las medidas antielusión

De esta manera, las medidas antielusión propias de la fiscalidad internacional son aquellas normas domésticas o convenidas que, basadas en la técnica propia de las normas antielusión, tratan de evitar que actos o negocios con trascendencia internacional obtengan un tratamiento o unas ventajas fiscales impropias, dada la verdadera naturaleza de esos negocios, la realidad de las operaciones efectuadas o el carácter abusivo de aquéllos.

Como ya hemos anticipado, estas normas antielusión se clasifican principalmente en dos grandes grupos según sean normas domésticas o convenidas. Las primeras se establecen unilateralmente por cada Estado y se incorporan pues a su derecho interno, bien como normas antielusión *ad hoc* de carácter internacional, bien

como normas generales antielusión, de uno u otro tipo, aplicables también en el terreno de la fiscalidad o de las transacciones internacionales. Las segundas, son aquellas normas que se incorporan a los Convenios de Doble Imposición con la finalidad de evitar concretamente el llamado abuso de convenio en cualquiera de sus modalidades.

En consecuencia, el siguiente análisis de las normas antielusión va a seguir esta triple clasificación. En primer lugar, haremos referencia a las principales normas domésticas dirigidas específicamente contra las planificaciones fiscales abusivas; en concreto nos detendremos en la norma de subcapitalización y en el régimen de la transparencia fiscal internacional. En segundo lugar, analizaremos las normas *ad hoc* contenidas sin embargo no en la legislación doméstica sino en los Convenios de Doble Imposición (en adelante CDI). En particular, analizaremos las normas de limitación de beneficios, la llamada cláusula de beneficiario efectivo, propia de determinadas rentas, y el régimen de las sociedades inmobiliarias y de artistas o deportistas. Finalmente, haremos mención al significado que tiene la aplicación de las normas generales antielusión, contenidas en nuestro caso en la Ley General Tributaria (en adelante LGT).

### 3. Principales medidas antielusión de la legislación doméstica

#### La subcapitalización

En el ordenamiento tributario español, como en muchos otros ordenamientos, son dos, principalmente, los regímenes que merecen ser considerados como normas antielusión en el terreno de la fiscalidad internacional, si bien hoy esta tradicional especificidad internacional representa un obstáculo a la aplicación de estos regímenes desde la perspectiva del Derecho comunitario europeo. En concreto, estos dos regímenes son los que se refieren a la llamada subcapitalización y a la transparencia fiscal internacional.

El ordenamiento tributario español regula la subcapitalización en el artículo 20 del actual Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante TRLIS). En síntesis, esta norma impide la deducción como gastos de los intereses devengados como consecuencia de un endeudamiento que el legislador reputa excesivo y merecedor del tratamiento de los fondos propios, cuya retribución en forma de dividendos no resulta deducible. De esta manera, el artículo 20 del TRLIS, en su apartado 1, dispone que cuando el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad, excluidas las entidades financieras, con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español con las que esté vinculada, exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal, los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos.

Esta norma de subcapitalización es consecuencia de tres características de los regímenes fiscales. Por una parte, la generalidad de los ordenamientos, y en particular el español, consideran deducibles los gastos financieros, incluidos los intereses devengados por cualquier préstamo concertado por una entidad para financiar el desarrollo de sus actividades. Por otra parte, no es deducible en cambio la retribución de los fondos propios de esa entidad y, en particular, los dividendos distribuidos. Finalmente, no existen normas, mercantiles o fiscales, que regulen la proporción que deben observar los recursos propios y ajenos en la financiación de una sociedad.

Implícitamente, la fiscalidad internacional vigente en los diferentes Estados viene a aceptar que el beneficio empresarial, después de los gastos financieros, debe tributar en el Estado donde se desarrolla esa actividad económica. En cambio, los rendimientos del crédito que genera el endeudamiento con el que se financia esa actividad, tributan principalmente en el Estado de residencia del prestamista. Inicialmente, o si se prefiere primitivamente, este esquema se completaba con la tributación compartida en los CDI para dividendos e intereses. Al gravar los intereses, el Estado de la fuente recupera-

ba parte de la fiscalidad teóricamente perdida al aceptar la deducción de aquéllos. Al mismo tiempo, el gravamen en la fuente sobre dividendos, unido a la eliminación de cualquier doble imposición, por el Estado de la residencia del accionista, acentuaba la ubicación de la carga fiscal del beneficio empresarial en el Estado de la residencia de la entidad participada.

Actualmente, el gravamen en la fuente sobre los intereses se ve disminuido por los CDI o eliminado en áreas integradas o por la normativa interna, como sucede en España para prestamistas comunitarios. Por otro lado, el gravamen en la fuente sobre dividendos también se ve normalmente atenuado por los CDI y, en áreas como la Unión Europea, el efecto combinado de la directiva matriz filial y de la extensión del sistema de exención como método para evitar la doble imposición reduce el gravamen del beneficio empresarial al que corresponda al Estado de residencia de la entidad participada, eso sí, después de la deducción de los gastos financieros.

De esta manera, el sistema es neutral respecto de la decisión acerca de distribuir o no dividendos, pero no es neutral en cuanto a la forma de financiación de una compañía, pues la ubicación del beneficio gravable dependerá de los gastos financieros que se detraigan o deduzcan del beneficio de la actividad. La planificación de los grupos transnacionales va a buscar obviamente que los gastos financieros mermen la base imponible de jurisdicciones de elevada tributación sobre el beneficio empresarial, al mismo tiempo que los correlativos ingresos financieros se someten a imposición en jurisdicciones favorables, bien por su menor tributación sobre ese beneficio empresarial o bien por contemplar un tratamiento favorable de esos rendimientos. Más aún, esa planificación fiscal va a apalancar, es decir, va a incrementar los recursos ajenos de aquellas sociedades situadas en las primeras jurisdicciones. Y es en este punto donde estas jurisdicciones van a utilizar la norma de subcapitalización como un instrumento para evitar lo que ya consideran una elusión fiscal, es decir, el endeudamiento excesivo de esas sociedades residentes.

En el derecho comparado, la norma de subcapitalización ofrece una serie de características comunes en aquellos ordenamientos que la recogen:

a) Suele actuar frente a entidades vinculadas no residentes. Más concretamente, suele actuar frente a centros financieros de grupos multinacionales. Los legisladores fiscales actúan lógicamente preocupados por la erosión de sus bases imponibles nacionales. Tratan de evitar que unos gastos financieros excesivos trasladen a otra jurisdicción bases nacionales, sin que la norma sea precisa cuando el traslado se produce entre entidades vinculadas sujetas a la misma jurisdicción fiscal. Cuestión distinta es que esta utilización de la norma de subcapitalización, sólo para prestamistas no residentes, plantee graves problemas de compatibilidad entre la propia norma y, por un lado, los CDI, y, por otro, el Derecho comunitario europeo.

b) La norma de subcapitalización se construye normalmente sobre una ratio de endeudamiento, una relación entre el endeudamiento con entidades no residentes vinculadas y los fondos propios de la entidad prestataria, en sede de la cual se aplica la norma. En consecuencia, la norma de subcapitalización actúa también como un *safe harbour*, como una fuente de seguridad jurídica en la medida que puede ser entendida como el límite que el propio legislador ofrece, hasta el cual acepta la financiación de una entidad con recursos ajenos del propio accionista, directa o indirectamente.

c) Finalmente, la norma de subcapitalización resultaría compatible con las normas sobre precios de transferencia y distinta de éstas. Aunque ésta sea ya una cuestión controvertida en su alcance último y aunque la norma de subcapitalización comparta fundamento con las normas sobre precios de transferencia, aquélla afectaría concretamente a la ratio de endeudamiento, de suerte que otros aspectos de la estructura financiera y, sobre todo, la remuneración de ese endeudamiento, podría ser enjuiciada a la luz de las normas generales sobre precios de transferencia.

Como ya hemos apuntado, el artículo 20 del TRLIS responde a esta estructura común de las normas de subcapitalización. Únicamente añade lo siguiente:

a) La ratio elegida por el legislador español es 3 a 1. La norma refiere esta ratio al endeudamiento neto remunerado el cual, como el capital fiscal, se tomará por su estado medio a lo largo del período impositivo. El capital fiscal es igual a los fondos propios de la entidad, sin incluir el resultado del propio ejercicio.

b) La norma alude expresamente al endeudamiento indirecto entre la entidad prestataria residente y una entidad vinculada no residente.

c) La entidad residente puede someter a la Administración tributaria una propuesta para la aplicación de ratio o coeficiente distinto, y lógicamente más alto. Esta propuesta se rige por las normas relativas a los acuerdos previos sobre precios de transferencia, a los que se refiere el artículo 16.6 del mismo TRLIS, y debe fundarse en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiera podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas.

d) La norma de subcapitalización se aplica también cuando el prestamista reside en un país o territorio calificado de paraíso fiscal. En este caso, la entidad residente no puede someter propuesta alguna para alterar el coeficiente de endeudamiento. Además, la norma de subcapitalización es compatible con la norma antiparaíso recogida en el artículo 14.1.g) del TRLIS, conforme a la cual no serán deducibles los gastos por servicios correspondientes a operaciones realizadas, directa o indirectamente, con personas o entidades residentes en países o territorios calificados como paraísos fiscales, o que se paguen a través de personas o entidades residentes en estos, salvo que el sujeto pasivo pruebe que dichos gastos responden a una operación o transacción efectivamente realizada.

e) Finalmente, y ésta es hoy una característica fundamental, la norma de subcapitalización no se aplica cuando el prestamista resida en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

La aplicación del artículo 20 del TRLIS no ha estado libre de problemas. Estas dificultades han sido fundamentalmente cuatro.

El primero de los problemas surgidos, en la aplicación del artículo 20 del TRLIS, ha sido el relativo a la noción de endeudamiento indirecto. Como hemos dicho, el apartado primero, de este artículo 20 del TRLIS, se refiere al endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad residente con otra, vinculada y no residente. Pocas dudas caben acerca de la inclusión dentro de ese llamado endeudamiento indirecto de los conocidos como «préstamos *back to back*», operaciones próximas en la simulación negocial, en las cuales una entidad no vinculada, normalmente una entidad de crédito, recibe unos fondos, del prestamista último del grupo, con la finalidad y el encargo de entregar esos fondos como préstamo a la entidad del grupo destinataria finalmente de esa financiación. Sin embargo, más dificultades reviste la apreciación de este endeudamiento indirecto cuando se trata de préstamos simplemente avalados o garantizados por el grupo o inclusive de líneas de crédito solidariamente a favor de diferentes compañías del grupo. Igualmente, la noción de endeudamiento indirecto plantea dificultades a la hora del cómputo del coeficiente de endeudamiento, en el seno de grupos españoles, cuando una entidad vinculada y no residente presta a una entidad residente, la cual distribuye esos fondos entre las empresas del grupo residentes en España.

En cuanto a la cuestión de los préstamos avalados o garantizados por una entidad vinculada y no residente, la Dirección General de Tributos (Resolución 1210-01; 20/06/2001) ha venido sosteniendo que la noción de endeudamiento indirecto comprende tales préstamos, si bien, la Administración española ha aceptado que la aplicación del límite que supone la norma de subcapitalización exige probar bien que, por las circunstancias de las operaciones, la entidad no residente avalista está llamada a hacer frente al préstamo, o bien que la entidad prestataria no habría obtenido en condiciones normales de mercado tales garantías, que le hubieran

permitido lograr esa financiación de un tercero independiente. Esas garantías han de ser formales, extendiendo el riesgo al avalista, no bastando la mera confianza que da al prestamista la pertenencia del prestatario a un determinado grupo. En suma, la doctrina administrativa española ha extendido la norma de subcapitalización al terreno de las garantías prestadas por entidades vinculadas, si bien ha hecho depender este criterio inicial de unas condiciones de incierta apreciación. Además, esa doctrina no ha afrontado el problema que representa el hecho de que, en este caso, la entidad prestamista, que cobra los intereses, es un tercero no vinculado que inclusive puede ser residente fiscalmente en España, de suerte que difícilmente parece posible extender sin más la norma de subcapitalización a estos supuestos, salvo que la Administración acredite que se produce o se va a producir la base y razón de ser de la norma de subcapitalización, que no es otra que la erosión de las bases tributarias españolas a favor de las propias de otra entidad del mismo grupo y no residente en España.

Por lo que se refiere al cómputo del endeudamiento indirecto en el supuesto de distribución entre entidades españolas de financiación recibida por una de ellas de otra vinculada no residente, el TEAC (Resoluciones de 9 de febrero de 2001 y 10 de junio de 2004) y la Dirección General de Tributos (Resolución 1615-01; 4/09/2001) han coincidido al señalar que, en esa cadena, surge un endeudamiento indirecto entre la entidad residente que finalmente recibe en parte, o en su totalidad, esa financiación y la entidad no residente que remitió los fondos al subgrupo español. El coeficiente de endeudamiento debe calcularse a nivel de cada prestatario último y no únicamente en sede de la entidad que sea la primera prestataria residente en España. Aunque el primer prestatario español respete el límite de subcapitalización, sin descontar lo que presta a su vez, esta norma se aplica en sus consecuencias, si el endeudamiento de una de las entidades así financiadas indirectamente por otra no residente, supera la ratio 3 a 1 sobre su capital fiscal. Sin embargo, siendo ya discutible este criterio, la

Administración española no ha dado una respuesta uniforme, respecto a las consecuencias de ese endeudamiento indirecto. Así, para la Dirección General de Tributos, la norma de subcapitalización se aplicaría en sede del primer prestatario, al ser éste el que satisface los intereses a un no residente, aun cuando las condiciones de la subcapitalización se valoren en la entidad que recibe finalmente los fondos. En cambio, el TEAC parecería inclinado a calcular el coeficiente en el nivel último y aplicar allí también las consecuencias de la subcapitalización<sup>2</sup>.

El segundo problema surgido en la aplicación del artículo 20 del TRLIS ha sido el de las consecuencias exactas de la norma de subcapitalización, no sólo en el Impuesto sobre Sociedades de la entidad prestataria sino a efectos del IRNR del prestamista. No ofrece dudas que la consideración como dividendos de los intereses correspondientes al endeudamiento excesivo, supone la consideración de esa cantidad como gasto no deducible en sede de la entidad que paga esos intereses. Ahora bien, la coherencia del sistema exigiría que esa calificación se aplicase también a efectos del IRNR. El ordenamiento español no deja plenamente clara esta cuestión, más allá de la afirmación contenida en el artículo 20.1 del TRLIS, al señalar que esos intereses «tendrán la consideración de dividendos». Aunque aceptásemos que esa calificación se hace a efectos generales, y no sólo del Impuesto sobre Sociedades de la entidad prestataria, quedaría por determinar si esa calificación sirve también para la aplicación del CDI propio de la entidad prestamista y de la exención derivada de la directiva matriz filial y contenida en el artículo 14.1.h) del Texto Refundido de la Ley del IRNR (en adelante TRIRNR). A mi juicio, la calificación de la renta como dividendo tiene efectos plenamente generales. En un CDI, esa calificación debe fundarse en lo que es el ar-

<sup>2</sup> En caso de consolidación fiscal en España, la DGT ha entendido que deben tenerse en cuenta el endeudamiento y el capital fiscal de cada entidad, sin que proceda acumular los de las sociedades integrantes del grupo de sociedades (Resolución 1709-00, 4/10/2000).

título 11.6 del MCOCDE. Y aún restaría la dificultad de compaginar la calificación fiscal como dividendo con la inexistencia mercantil de ese dividendo o su inviabilidad cuando la entidad prestamista no es socio de la prestataria. A efectos de un CDI o del régimen matriz filial, sobre todo en este último, podría decirse que se incumplen los requisitos de aplicación de la norma cuando la renta no es cobrada por una entidad que sea socio o matriz de la entidad prestataria. Sin embargo, podría entenderse que la norma de subcapitalización encierra una ficción legal que ha de llevarse a sus últimas consecuencias de modo que la calificación de la renta como dividendo ha de entenderse fundada en la calificación del endeudamiento como capital a todos los efectos.

Un tercer problema, problema además clásico, es el de la compatibilidad de la norma de subcapitalización con un CDI. Actualmente, la OCDE, a través de los comentarios al artículo 24 del MCOCDE, sostiene claramente esta compatibilidad. Es decir, para la OCDE la norma tipo de subcapitalización no atentaría contra el principio de no discriminación, a pesar de la redacción del apartado 5 de ese artículo 24 del MCOCDE. Conforme a este precepto, una entidad residente en un Estado, controlada o participada por entidades residentes en el otro Estado, no puede ser sometida en el primero a tributos más gravosos que los que recaigan sobre el resto de las entidades residentes en aquel Estado. Podría entenderse pues que la norma de subcapitalización resulta contraria a este principio, al afectar sólo a entidades vinculadas a otras no residentes. Sin embargo, el párrafo 58 de los comentarios a este artículo 24 señala que esta norma debe ponerse en relación con el apartado 4 anterior y, en suma, con lo previsto en los artículos 9.1 y 11.6 del propio MCOCDE. La norma de subcapitalización encajaría pues en el ámbito de las normas relativas a operaciones entre entidades asociadas o vinculadas. En este contexto el párrafo 3 de los comentarios al artículo 9 proclama la compatibilidad entre un CDI y la norma de subcapitalización siempre que ésta responda al principio de libre competencia.

Así entendida esta compatibilidad, parece requerir una norma de subcapitalización flexible, en lugar de ratios o coeficientes rígidamente predeterminados. La norma de subcapitalización no atentaría contra un CDI siempre que las empresas afectadas puedan demostrar que habrían obtenido esa financiación de una entidad independiente en condiciones de mercado de libre competencia.

Sin duda debido a esta interpretación, el artículo 20 del TRLIS trata de acoger esta técnica. Pero lo hace de forma tal que aún plantea dudas acerca de la compatibilidad entre esa norma y un CDI. Como hemos dicho, el precepto prevé que la entidad sujeto pasivo del impuesto pueda proponer una ratio de subcapitalización distinta, pero no admite, al menos en principio, que la entidad pueda justificar ya en fase de inspección esa misma compatibilidad de su ratio de endeudamiento a favor de entidades vinculadas, con las condiciones de libre competencia<sup>3</sup>.

El último problema que plantea la norma de subcapitalización es el de su compatibilidad con el Derecho comunitario. Es éste un problema que al día de hoy el legislador español ha resuelto drásticamente, como hemos señalado, excluyendo la aplicación de esta norma cuando el prestamista resida en otro Estado miembro de la Unión Europea. Esta decisión nace sin duda como efecto de la Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002 (asunto C-324/00; *Lankhorst-Hohorst*). Frente a una norma alemana semejante a la española, el TJCE entendió esencialmente que dicha norma de subcapitalización era contraria al Derecho comunitario y, en concreto, a la libertad de establecimiento, dentro de las libertades fundamentales derivadas de los tratados. De acuerdo con lo que es ya su consolidada doctrina, el

---

<sup>3</sup> Sobre esta compatibilidad y en contra de la misma, en relación con la norma de subcapitalización recogida entonces en el artículo 16.9 de la Ley 61/1978, ver las Sentencias del TSJ de Madrid de 23 de febrero de 2000 y de 15 de enero de 2004. Ver también las decisiones del Consejo de Estado francés de 28 de junio de 2002 y de 30 de diciembre de 2003.

TJCE entendió que el riesgo de evasión fiscal no podía justificar una ficción legal de estas características, que sólo se aplicaba cuando el prestamista era no residente. Tampoco podía encontrar apoyo esta norma en la coherencia del sistema fiscal, puesto que entre otras razones esa coherencia debía advertirse a nivel del mismo sujeto pasivo y no de dos personas distintas aunque estuviesen vinculadas.

Ante esta sentencia, el legislador español optó por suprimir sin más la norma de subcapitalización en el ámbito de la Unión Europea. Con esta solución, sin embargo, se han abierto otros problemas. El principal surge de la erosión potencial de las bases tributarias españolas que esta situación supone cuando la diferencia de tributaciones efectivas de los beneficios empresariales alienta la existencia de centros financieros en otros Estados miembros. Por ello, se ha planteado si aun en ausencia de esta norma de subcapitalización, ciertas estructuras financieras no podrían cuestionarse por la Administración española desde una doble perspectiva. En primer lugar, cabría aplicar extramuros de la propia Unión la noción de endeudamiento indirecto, aplicando la norma de subcapitalización cuando el prestamista europeo recibiera esos fondos de una entidad vinculada y no residente en la Unión Europea. De nuevo, esta idea, como otras normas antielusión, puede actuar sin duda en relación con los préstamos *back to back*, siendo mucho más dudoso que pueda actuar, respetando el derecho comunitario, en relación con verdaderos centros financieros situados en el territorio de la Unión. Por otra parte, no han faltado quienes han sostenido que estas estructuras deben ser abordadas con las normas sobre precios de transferencia, artículo 9 de cada CDI y artículo 16 del TRLIS. De esta manera, un endeudamiento excesivo sería una operación que no se habría concertado en esas condiciones entre entidades independientes, de tal manera que la Administración rechazaría el gasto financiero correspondiente al exceso de endeudamiento como contrario al principio de libre competencia. Sin embargo, esta tesis ofrece también varios puntos débiles. El principal, su dudosa compatibilidad de nuevo con

el derecho comunitario al predicarse sólo como tal de relaciones con entidades no residentes. Además, la redacción actual del artículo 16, y el procedimiento consiguiente, se compadecen mal con la técnica propia de la subcapitalización. En este contexto, la aplicación directa del principio al que responde el artículo 9 del MCOODE, sin coordinarlo con lo que nuestro ordenamiento dispone en el artículo 16, sería dudosamente viable y más bien contrario, a mi juicio, al principio de no discriminación.

En suma, el legislador español deberá afrontar globalmente, en el más inmediato futuro, los desequilibrios surgidos como consecuencia de la eliminación parcial de la norma de subcapitalización. En todo caso, las soluciones que se arbitren deberán ser respetuosas con el Derecho comunitario y los CDI, por todo lo cual deberá ser como mínimo prudente en sus planteamientos y flexible en su aplicación, salvo que el legislador fiscal optase por un replanteamiento más global del tratamiento de la retribución de las diferentes fuentes de financiación en el Impuesto sobre Sociedades<sup>4</sup>.

### La transparencia fiscal internacional

La transparencia fiscal internacional apunta directamente a la utilización de las llamadas *base companies*, aquellas compañías situadas en territorios de favorable o baja tributación, destinadas a remansar rentas sin que éstas lleguen a tributar en el Estado de residencia de su beneficiario último. Nuestra transparencia fiscal internacional se encuadra, pues, en el tratamiento de las llamadas, por la doctrina y en el derecho comparado, «*controlled foreign companies*».

La justificación de la transparencia fiscal internacional se halla en el propio principio de gravamen de la renta mundial por el Estado de la residencia del contri-

<sup>4</sup> Sobre la subcapitalización, véase SANZ GADEA, E., *Impuesto sobre Sociedades (II)*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2004, páginas 1103 y siguientes.

buyente. Dicho Estado grava toda la renta de sus residentes, con independencia del lugar donde se encuentre la fuente de la que esa renta procede. Sin embargo, ningún Estado ha llevado este principio a su última consecuencia exigiendo lo que supondría una consolidación fiscal de la renta mundial. En particular, la mayoría de los Estados aceptan, de una u otra forma, que entidades no residentes del grupo desarrollen actividades y obtengan rentas, que sólo deben tributar en residencia cuando deban ser retribución de servicios prestados en este Estado o cuando se produce la distribución de los dividendos procedentes de esas entidades no residentes. En consecuencia, la transparencia fiscal internacional queda sujeta de salida a una limitación fundamental, puesto que esta norma antielusión sólo se aplica respecto de determinadas rentas, aquéllas que podrían encajar en la categoría de las denominadas rentas pasivas.

La transparencia fiscal internacional conecta también con las ideas de neutralidad en la importación y exportación de capitales. El principio de gravamen de la renta mundial contribuiría a la neutralidad en la exportación de capitales, al pretender un gravamen de las rentas con independencia de la localización de su fuente. Sin embargo, esa neutralidad se rompe en la medida en que no se produce esa consolidación global de la base gravable. De esta manera, adquiere trascendencia la neutralidad en la importación de capitales, desde la perspectiva de las consecuencias que tiene la repatriación de las rentas de fuente extranjera. Estas rentas van a ser gravadas en la práctica por el Estado de residencia sólo cuando se repatrian efectivamente o cuando se ven atraídas a la jurisdicción de ese Estado por sus normas de transparencia fiscal internacional. Éstas velan pues porque no se remasen rentas virtualmente repatriadas a disposición del residente y plasmadas en bienes o derechos ajenos ya a una verdadera actividad económica. Sin embargo, la transparencia fiscal internacional se ve afectada también por la neutralidad en la importación de capitales cuando ésta aboca a la exención en el Estado de residencia de las rentas de fuente

extranjera. Dicho con pocas palabras, la transparencia fiscal internacional perdería parte de su sentido si ese método de exención se generalizase para las rentas de fuente extranjera, como lo pierde respecto de los dividendos acumulados cuando esos dividendos gozan del método de exención en el Estado de residencia.

El TRLIS dedica a la transparencia fiscal internacional su artículo 107. Y el Texto Refundido de la Ley del IRPF (en adelante TRLIRPF) recoge esta misma norma, para personas físicas residentes, en su artículo 92. Ambas normas responden a los esquemas comunes en el derecho comparado, de forma que la transparencia fiscal internacional sólo se aplica respecto de entidades no residentes controladas por un residente, sólo actúa respecto de determinadas rentas y tiene en cuenta en su aplicación el bajo nivel de tributación de la entidad no residente.

En cuanto a lo primero, el control de la entidad sometida a transparencia, el artículo 107 del TRLIS dispone que la transparencia fiscal internacional se aplicará a entidades no residentes en las cuales el sujeto pasivo residente, por sí solo o conjuntamente con personas o entidades vinculadas, tenga una participación igual o superior al 50 por 100 en el capital, los fondos propios, los resultados o los derechos de voto de la entidad no residente en territorio español, en la fecha de cierre del ejercicio social de esta última. En este terreno se ha planteado el problema de las participaciones fiduciarias o de las rentas obtenidas por cuenta de una entidad no residente susceptible de hallarse en transparencia internacional. En mi opinión, más que de una cuestión de interpretación o redacción de la norma, nos hallamos ante un problema de prueba de esa relación fiduciaria. La transparencia fiscal internacional debe aplicarse a entidades cuya titularidad real corresponda a una entidad o una persona física residente en España, aunque esa participación aparezca a nombre de otro que no es el verdadero titular o aunque este último sea el verdadero titular legal, a través de un *trust* de derecho extranjero, cuando el residente es el beneficiario de esa situación jurídica con unos derechos actuales

definidos. Igualmente, la entidad en transparencia debe entender suyas las rentas que realmente le pertenezcan aunque sean obtenidas y mantenidas fiduciariamente por un tercero.

En cuanto a la tributación de referencia que permite actuar a la norma de transparencia internacional, las leyes españolas atienden al umbral del 75 por 100. La entidad no residente, por las rentas susceptibles de imputación, ha de haber satisfecho, por un gravamen comparable al Impuesto sobre Sociedades, una cantidad inferior al 75 por 100 de la que hubiera correspondido con arreglo a la ley española. Con esta redacción, parece que esta comparación ha de hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de la renta y el gravamen que en España hubiera correspondido para rentas de ese tipo.

Finalmente, en cuanto a las rentas susceptibles de transparencia, las leyes españolas responden, como hemos señalado, a la idea de atraer determinadas rentas, rentas pasivas. En concreto, las rentas, positivas, imputables pertenecen a tres categorías de fuentes fundamentalmente:

a) Rentas derivadas de la titularidad de bienes inmuebles o derechos reales que recaigan sobre los mismos, salvo que esos inmuebles estén afectos a una actividad económica, en el sentido de los artículos 25 y 27 del TRLIRPF, o se hallen cedidos a entidades del grupo no residentes.

b) Participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad y cesión a terceros de capitales propios, sin que se incluyan aquí distintas rentas, entre las que destacan las derivadas de activos financieros que incorporen derechos de crédito nacidos en el desarrollo de actividades empresariales, las propias de entidades de crédito y, especialmente, las que procedan de otras entidades participadas en más del 5 por 100, cuando la entidad no residente, susceptible de transparencia, dirija y gestione las participaciones con la correspondiente organización de medios personales y materiales y las entidades participadas por aquélla obtengan su renta de ingresos que procedan al menos en el 85 por 100 del ejercicio de actividades empresariales.

En consecuencia, la norma española excluye de transparencia fiscal a las entidades *subholding* no residentes siempre que se den estos requisitos que acabamos de mencionar.

c) Actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios, excepto las directamente relacionadas con actividades de exportación. No obstante, estas rentas se imputan sólo cuando esas actividades suponen en definitiva un gasto deducible de una entidad residente y vinculada a la entidad no residente, siempre que, además, menos del 50 por 100 de los ingresos derivados de estas actividades procedan de operaciones realizadas con entidades no vinculadas.

d) Transmisión de los bienes y derechos contemplados en las letras a) y b) anteriores.

En el caso concreto de las rentas procedentes de actividades financieras, la regulación española resulta un tanto confusa pero viene a distinguir tres situaciones. En primer lugar, quedan fuera del ámbito de la transparencia fiscal las rentas propias de entidades de crédito o aseguradoras, actuando frente a terceros en el desarrollo de sus actividades propias. Por otra parte, en el caso de la renta positiva derivada de la cesión a terceros de capitales propios se aplicaría la transparencia fiscal internacional salvo que los activos financieros de los que procedan las rentas se encuentren en alguna de las categorías excluidas. Por último, en el supuesto de centros financieros de grupos de sociedades, es decir cuando el cedente de los fondos y el cesionario sean del mismo grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, estas rentas se entienden procedentes de actividades crediticias o financieras, de suerte que sólo son imputables cuando dan lugar a un gasto deducible de una entidad vinculada residente en España. Por lo tanto, la norma española permite excluir de la transparencia fiscal internacional a los centros financieros de grupos españoles siempre que esos centros no erosionen la base imponible del grupo en España.

Además, las rentas mencionadas en las letras a), b) y d) no se imputarán cuando representen menos del 15 por 100 de la renta total o del 4 por 100 de los ingresos

totales de la entidad no residente. En general, la transparencia fiscal internacional no actúa respecto de rentas que se corresponden con gastos que no han sido fiscalmente deducibles en España.

Como regla general, la imputación se hace en el período impositivo en el que la entidad no residente cierre su ejercicio y se calcula de acuerdo con las normas españolas de determinación de la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades. Cualquier doble imposición se evita ajustando la base imponible de la entidad residente para excluir los dividendos procedentes de la distribución de rentas ya imputadas en transparencia internacional. De la cuota serán deducibles, en el caso de entidades, los impuestos y gravámenes de naturaleza análoga efectivamente satisfechos por la entidad no residente en la parte que corresponda a la renta imputada y, en el caso de personas o entidades, el impuesto o gravamen que grave en su momento la distribución de los dividendos correlativos. El régimen de transparencia fiscal se completa con una serie de normas acerca de la información a suministrar por la entidad residente respecto de las entidades no residentes que controle y se vean afectadas por este régimen.

La aplicación de este régimen de transparencia fiscal internacional ha tenido también sus dificultades. La más destacada ha sido sin duda la relativa a la compatibilidad de este régimen con un CDI y con el Derecho comunitario, problema pues semejante al que acabamos de analizar respecto de la norma de subcapitalización. En cuanto al significado de este régimen en un CDI, los comentarios al MCOUDE, en los párrafos 23 y 26 de los comentarios al artículo 1.º; 10.1, del artículo 7; y 37, del artículo 10, vienen a aceptar la viabilidad de la transparencia fiscal internacional aunque la entidad cuyas rentas se imputan resida en un Estado convenido. Como se señala en los comentarios al artículo 1.º del MCOUDE, párrafo 23, las normas sobre transparencia fiscal internacional se conciben y aceptan internacionalmente como un instrumento legítimo para proteger la base imponible del Estado de residencia. La presencia de un CDI, a juicio de la OCDE, exigiría sólo evitar la transpa-

rencia fiscal internacional cuando las rentas a imputar hayan soportado un nivel equivalente de tributación en el Estado de residencia de la otra sociedad, así como evitar cualquier doble imposición de acuerdo con las previsiones del artículo 23 del propio MCOUDE. A pesar de todo, no deja de ser esta compatibilidad una cuestión controvertida como pone de manifiesto sin ir más lejos la jurisprudencia comparada.

En el marco del Derecho comunitario, parecería inviable la transparencia fiscal internacional cuando la entidad no residente reside en otro Estado miembro<sup>5</sup>. Al menos así la ha entendido el legislador español, como reflejo de la propia Sentencia del TJCE en el ya citado asunto *Lankhorst-Hohorst*. Por ello, las leyes españolas excluyen la transparencia fiscal internacional cuando la entidad transparente reside en otro Estado miembro de la Unión Europea. Precisamente, esta decisión legislativa ha afectado a otro de los problemas clásicos de este régimen como era el de su posible aplicación a Instituciones de Inversión Colectiva. La Dirección General de Tributos había aceptado esta aplicación siempre que, como es obvio, se dieran los señalados requisitos de control. Sin embargo, la frecuente residencia de estas instituciones en países como Irlanda o Luxemburgo supone la pérdida de valor de esa doctrina ante entidades residentes en otro Estado miembro.

Por último, el régimen español no contempla específicamente las rentas procedentes de la gestión de intangibles, como marcas, diseños, derechos de autor... De esta manera, las rentas procedentes de la cesión del uso de estos intangibles se hallarían en el ámbito general de las rentas derivadas de servicios, sin que quepa la transparencia fiscal cuando esas operaciones se realizan con personas no residentes, aunque sean vinculadas, sin que esa cesión se traduzca en gasto deducible alguno en España.

---

<sup>5</sup> Ver en otro sentido, en conexión con la noción de *abus de droit*, la reciente decisión del Consejo de Estado francés de 18 de mayo de 2005, que revoca una decisión en sentido contrario del Tribunal de apelación de Nantes, fechada el 18 de febrero de 2004.

#### 4. Las normas antiabuso propias de los Convenios de doble imposición

##### La noción de abuso de CDI<sup>6</sup>

Junto a las normas ad hoc del ordenamiento doméstico, los propios CDI, recogiendo el contenido del MCOCDE y los resultados de la experiencia internacional, recogen normas antielusión dirigidas específicamente a combatir el llamado *treaty shopping* o, más ampliamente, cualquier invocación de un CDI en abuso del mismo.

La idea del abuso de CDI y la necesidad de evitarlo han recibido un fuerte impulso tras los comentarios al artículo 1.º del MCOCDE, en la versión revisada de éste en 2003. Como ha señalado la doctrina, estos comentarios, desbordando claramente la función interpretativa tradicional de los mismos, han abordado principalmente dos cuestiones, como son el propio significado del abuso de convenio o *improper use of the convention* y la compatibilidad con un CDI de las normas antielusión domésticas.

En cuanto a lo primero, los comentarios han incluido como fin u objeto de un CDI, no sólo evitar la doble imposición y el fraude fiscal, sino asimismo evitar la elusión fiscal o *tax avoidance*, siendo sin duda una forma de elusión fiscal el propio abuso de convenio. Por lo que se refiere a lo segundo, el párrafo 9.2, de estos comentarios al artículo 1.º, señala que las normas domésticas antielusión son compatibles con un CDI en la medida en la cual esas normas van dirigidas a determinar los hechos que provocan la sujeción a gravamen y no a modular la propia aplicación del CDI. Luego volveremos sobre esta idea. Ahora en cuanto a la primera, baste decir que

en un ordenamiento como el español, los nuevos comentarios deben suponer a su vez una triple observación. Estos comentarios suponen algo diferente a unos meros criterios para la interpretación de cualquier CDI que siga el MCOCDE. En particular, los nuevos comentarios al artículo 1.º del MCOCDE recogen un verdadero elenco de posibles normas antielusión a incluir en los convenios bilaterales, de suerte que esas posibles normas carecen de valor alguno en la aplicación de un CDI concreto que no las incorpora. Cuestión distinta es la relativa a la propia interpretación del CDI que desde luego, en el contexto del ordenamiento español, ha de hacerse de acuerdo con la finalidad de ese CDI. Esa finalidad no es otra que evitar la doble imposición y prevenir el fraude fiscal. En consecuencia, la interpretación del CDI a efectos domésticos y por los Tribunales españoles no debe amparar fórmulas de planificación fiscal fundadas en una interpretación del CDI contraria al espíritu y finalidad del mismo y, en ese sentido, en fraude o abuso del convenio. El rechazo de tal planificación no supone ignorar de modo alguno el valor del CDI. Finalmente, los CDI españoles no se caracterizan por la frecuente presencia de normas antiabuso, pero este tipo de normas es cada vez más frecuente en nuestros CDI de suerte que, en cada caso, han de tener la virtualidad que les corresponda.

##### Las cláusulas o normas sobre limitación de beneficios

Un primer tipo de normas antielusión propias de un CDI son las llamadas normas de limitación de beneficios. Como ponen de manifiesto los tantas veces citados comentarios al artículo 1.º del MCOCDE, estas normas están estrechamente relacionadas con las llamadas *conduit companies*<sup>7</sup>. Estas compañías son aquellas

<sup>6</sup> Sobre la noción de abuso de convenio, ver VEGA BORREGO, F. A., *Las medidas contra el Treaty Shopping*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003. Ver también SERRANO ANTÓN, F., «Las medidas anti-abuso en los Convenios para evitar la doble imposición internacional», en SOLER ROCH, M. A. y SERRANO ANTÓN, F. (dirs.), *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002.

<sup>7</sup> La OCDE elaboró previamente a los actuales comentarios dos informes sobre *Double Taxation Conventions and the use of Base Companies* y *Double Taxation Conventions and the use of Conduit Companies* fechados ambos el 27 de noviembre de 1986.

constituidas con el fin principal de invocar desde ellas el CDI del Estado de su residencia, frente al Estado de la fuente, en detrimento de este último, cuando, económica o efectivamente, la renta se obtiene desde un Estado distinto, desde el cual una compañía no tendría derecho a los mismos beneficios o ventajas sobre la tributación del Estado de la fuente.

Respecto de estas compañías, como forma de abuso de convenio, los actuales comentarios al artículo 1.º del MCOUDE, en sus párrafos 13 y siguientes, ofrecen una serie de fórmulas o normas, a incluir en los convenios bilaterales, para excluir a estas entidades de los beneficios de ese CDI. Básicamente, estas normas obedecen a cuatro tipos o modelos básicos:

a) *Look through approach*. En este caso, la norma busca excluir del ámbito de aplicación del CDI aquellas compañías residentes en un Estado, que sean propiedad de o estén controladas por personas o entidades residentes en otro Estado, salvo, suele añadirse, que la primera compañía tenga sustancia o realice una verdadera actividad económica en el Estado de su residencia u ofrezca otros motivos económicos válidos para su residencia fiscal.

b) *Subject to tax approach*. La norma ofrecida por los comentarios exige, como requisito para la aplicación del CDI, que la renta en cuestión quede sujeta a imposición en el Estado de residencia del perceptor. Consciente el legislador modelo de que estas compañías suelen aprovechar la complacencia del Estado de su residencia fiscal, ofrece a los Estados de la fuente la cobertura de esta condición de efectiva sujeción a imposición. En los comentarios, en realidad, esta norma se combina con la anterior, de forma que este requisito sólo se exigiría cuando la compañía que invoca el CDI esté controlada por personas no residentes en ese Estado o éstas tengan en esa entidad una participación sustancial.

c) *Channel approach*. Este tipo de normas atendería directamente a la circulación de la renta y a los acuerdos que la permiten y ponen de manifiesto el abuso de convenio. No obstante, de nuevo, los comentarios conectan esta norma con el primer enfoque de modo que,

cuando una entidad es controlada por o es propiedad de personas residentes en un tercer Estado, esa compañía no puede invocar el CDI, si la mayor parte de la renta no queda en sus manos sino que es pagada por ella, para atender derechos de crédito de esas mismas personas o como consecuencia de la depreciación del intangible que da origen a esa renta.

En cualquier caso, los comentarios recomiendan completar las anteriores normas con previsiones que eviten una injustificada no aplicación de un CDI. Al hablar de la primera de estas normas tipo ya hemos hecho alusión a estas fórmulas de salvaguardia, relativas a la actividad económica u otros motivos que justifiquen la residencia de esa compañía. Los comentarios aluden asimismo a otras cláusulas que podrían hacer referencia al ahorro fiscal conseguido con la interposición de la entidad, cuyo montante debería justificar la no aplicación del CDI y a la cotización de la compañía, de suerte que esta negociación le daría derecho siempre a invocar el CDI. Más aún, tomando una tesis clásica en la cláusula de beneficiario efectivo, estas normas deberían tener en cuenta la residencia real de las personas o entidades, presentes tras la sociedad interpuesta, de tal modo que estas normas antielusión no actuarían si el CDI al que tendrían derecho esas personas o entidades otorgara la misma protección que el CDI del Estado en el que esa sociedad interpuesta tiene su residencia fiscal.

d) La cláusula general de limitación de beneficios o *LOB provision*, típica de los CDI de los Estados Unidos. El párrafo 20 de estos últimos comentarios al artículo 1.º del MCOUDE ofrece a los Estados en sus negociaciones bilaterales, como alternativa, la cláusula general de limitación de beneficios, siguiendo el tipo de norma habitual de los CDI celebrados por los Estados Unidos. Esta norma, en realidad, va más allá de una norma estrictamente antielusión y trata de delimitar mejor el ámbito de aplicación del CDI, sobre la base de la noción de *qualified person*. Este residente apto para invocar el CDI sería, esencialmente, una persona física, un ente público, una entidad cotizada, una entidad sin ánimo de lucro o una entidad que sea propiedad, directa o indirecta-

mente, de cualquiera de las personas o entidades anteriores. Además, cualquier persona o entidad residente tendría derecho a los beneficios del CDI, si desarrolla en ese Estado una actividad económica, que no sea una gestión privada de inversiones, y la renta que obtiene guarda relación con dicha actividad.

Finalmente, estos comentarios al artículo 1.º del MCOCDE contienen normas específicas en relación con los llamados *preferential tax regimes* así como para ciertos tipos de rentas o actividades. En cuanto a los primeros, nos hallamos de nuevo ante la protección que se ofrece al Estado de la fuente, frente a la connivencia del Estado de residencia con la interposición de compañías. Por lo tanto, la OCDE viene a justificar la incorporación a los convenios de normas que tengan en cuenta la exención o práctica exención de una entidad en el Estado de su residencia o la aparición de estos regímenes fiscales después de la firma del CDI. Por lo que se refiere a ciertas rentas, los comentarios, en coherencia con el espíritu de todas estas normas, atienden a aquellas rentas que hoy se obtienen frecuentemente en ciertas jurisdicciones, por la baja tributación que allí se ofrece a este tipo de actividades, que, por añadidura, no exigen una sustancia económica significativa. Tal es el caso de las rentas procedentes de actividades financieras, comercio electrónico, centros de servicios compartidos o sedes corporativas, así como, en general, dividendos, intereses y cánones. Para terminar, el párrafo 21.4 ofrece una cláusula general para dividendos, intereses, cánones y otros rentas, de modo que una persona no tenga derecho a la aplicación del CDI, respecto en concreto de esas rentas, cuando el propósito único o principal del título que da origen a esas rentas haya sido la utilización abusiva del CDI que se invoca.

Desde luego, llaman la atención estas propuestas finales de los últimos comentarios al artículo 1.º del MCOCDE. Y lo hacen por tres motivos. En primer lugar, estas propuestas se refieren a aspectos cruciales de la fiscalidad internacional actual. Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la planificación fiscal internacional descansa en buena medida en la localización de actividades con una

menor sustancia económica, en jurisdicciones que ofrecen amplias ventajas fiscales a esas actividades, incluyendo los beneficios de la red de convenios de ese país. Las propuestas de la OCDE apuntarían al centro de la cuestión al ofrecer la posibilidad de eliminar para tales casos esos beneficios. Sin embargo, y ése es el segundo motivo de observación, la mayor parte de los países no incluyen hoy estas previsiones en sus convenios. Inclusive, y éste es el tercer motivo de extrañeza, los propios nuevos comentarios tampoco dan a esta cuestión la importancia que hoy tiene, centrados aún en cuestiones que siendo importantes tenían mayor importancia hace años.

### **Algunas cláusulas antiabuso o de limitación de beneficios en los CDI españoles**

Tradicionalmente, los CDI celebrados por España no incluían este tipo de normas antielusión. Sin embargo, recientemente los CDI españoles incorporan con frecuencia previsiones de este tipo. Básicamente, y sin entrar en las particularidades de cada CDI, estas normas responden en los CDI españoles a cuatro tipos:

a) El CDI con los Estados Unidos, en su artículo 17, respondiendo a la práctica negociadora de dicho país, recoge una cláusula general de limitación de beneficios. En realidad, el CDI incorpora una norma inspirada en la típica *LOB provision* americana, si bien estas normas han ido alcanzando una sofisticación y complejidad mayor en los CDI celebrados por los Estados Unidos en los últimos años.

b) El protocolo del CDI con Luxemburgo dispone que dicho CDI no se aplica a las sociedades *holding* luxemburguesas a las que se refiere la Ley del Gran Ducado de 31 de julio de 1929. No se aplica tampoco a las rentas que un residente de España obtenga de acciones u otros títulos de sociedades similares, ni al patrimonio representado por acciones u otros títulos de participación en tales sociedades que esa persona posee. Además, como es sabido, estas entidades están incluidas en la lista de paraísos fiscales española, de modo que Luxemburgo no es como tal un Estado

calificado de paraíso fiscal sino únicamente en cuanto a estas sociedades *holding* de la Ley de 1929 y las demás que sean similares<sup>8</sup>. En realidad, esta norma del CDI con Luxemburgo responde a una finalidad distinta a la de las normas antielusión que estamos viendo, de forma que más bien nos hallamos ante una peculiar y específica norma antiparaíso. Una norma cuya aplicación ha sido controvertida, especialmente por la dificultad de precisar la noción de sociedades similares, con respeto además al Derecho comunitario, y por los diferentes niveles que la norma tiene, en la medida que pudiera entenderse que no excluye de igual modo a las entidades *holding* de la Ley de 1929 que a las demás sociedades similares, ya que, respecto de éstas, el protocolo sólo prevé que no se aplique el CDI a las rentas que un residente de España obtenga de esas sociedades pero no a las sociedades similares en cuanto tales.

c) El reciente CDI con Chile contiene en su protocolo una cláusula antielusión amplia, que parece inspirada en el contenido actual del párrafo 21.4 de los comentarios al artículo 1.º del MCOCDE. Esta cláusula, aplicable respecto de dividendos, intereses y cánones, afectaría a cualquier situación creada con el propósito de obtener los beneficios del CDI. También, el protocolo del CDI con Venezuela contiene una norma amplia antielusión si bien sólo respecto de la exención para los dividendos prevista en el artículo 10.

d) Finalmente, otros CDI recientes como los celebrados con Portugal, Israel, Irlanda, Eslovenia, Bélgica, Letonia o Estonia incorporan normas antielusión del tipo *look through*. Curiosamente, las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros podrían en ocasiones verse afectadas por estas normas, que atienden al control o dominio de una entidad por residentes en un tercer país, en ausencia además de razón económica válida que justifique la residencia fiscal de aquélla.

## La noción de beneficiario efectivo

La noción de beneficiario efectivo aparece vinculada en los CDI a la obtención de determinadas rentas, concretamente dividendos, intereses y cánones. En consecuencia, esta noción aparece recogida en los artículos 10, 11 y 12 del MCOCDE. De nuevo, nos hallamos ante una norma antielusión que comparte su finalidad con las normas anteriormente analizadas. La noción de beneficiario efectivo surge en el caso de típicas rentas de tributación compartida, con un indudable carácter defensivo de la tributación en la fuente, similar al del llamado antes *channel approach*. En el caso de dividendos, intereses y cánones, los beneficios del CDI requieren que el perceptor de esas rentas, que invoca el CDI, sea el beneficiario efectivo de aquéllas. Dicho de otra manera, una persona no tendrá derecho a las reducciones de tipos derivadas de los artículos 10, 11 ó 12 del CDI cuando, aun siendo residente en ese Estado, no sea el beneficiario efectivo de tales rentas y dicho beneficiario resida en un tercer Estado. En este caso, suele aceptarse que sería de aplicación el CDI que pudiera invocar efectivamente el beneficiario efectivo.

La noción de beneficiario efectivo aparece en el MCOCDE de 1977. Esta circunstancia ha planteado un problema práctico en la medida en que muchos CDI españoles, inspirados en la versión anterior del MCOCDE, no recogen esa noción de beneficiario efectivo. Un caso especialmente significativo en la práctica es el del CDI entre España y los Países Bajos. Por supuesto, hay quienes entienden que esta noción ha de entenderse incorporada a todos los CDI celebrados por España, al menos con países miembros de la OCDE, de acuerdo con la llamada interpretación dinámica de los CDI. Sin embargo, esta interpretación dinámica es de dudosa viabilidad, cuando nos hallamos ante una modificación del propio texto del MCOCDE y no de sus comentarios interpretativos, sin perjuicio de la aplicación de otras normas antielusión internas distintas, como la relativa a los efectos de la simulación en los negocios conforme al artículo 16 de la LGT.

<sup>8</sup> Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

La noción de beneficiario efectivo ha sido perfilada y ampliada en los comentarios últimos a los artículos 10, 11 y 12 del MCOCDE. Puesta en relación esta noción con la lucha contra el *treaty shopping* y el uso de *conduit companies*, el perceptor de la renta no será su beneficiario efectivo no sólo, por supuesto, cuando medie una simulación en el negocio que habilite a aquél para cobrar esa renta, ni únicamente cuando el perceptor actúe como fiduciario o nominee. Tampoco podrá invocar el CDI quien no es considerado titular real de la renta en el Estado de su residencia o quien actúa por cuenta de un tercero, el cual es quien se beneficia realmente de esa renta.

### **Sociedades inmobiliarias o de artistas y deportistas**

El MCOCDE, y con él los CDI que siguen este modelo, recogen finalmente dos tipos de normas antielusión para otras tantas sociedades interpuestas.

El primer supuesto es el recogido hoy en el artículo 13.4 del MCOCDE. Conforme a este precepto, en el caso de transmisión de acciones o participaciones en sociedades, cuyo activo consiste en más de su 50 por 100 en inmuebles situados en un país, éste puede gravar la ganancia de capital resultante, como si procediera de tales bienes inmuebles. Esta norma es consecuencia del esquema de tributación de las ganancias de capital en el artículo 13 del MCOCDE. Las ganancias de capital procedentes de bienes inmuebles situados en el otro país son en principio rentas de tributación compartida, de modo que el Estado de la fuente, donde se halla el inmueble transmitido, puede gravar esas ganancias de capital. Por el contrario, las ganancias de capital procedentes de acciones o valores sólo tributan en el Estado de residencia, aunque sea frecuente, más allá del MCOCDE, la tributación compartida de rentas procedentes de la transmisión de participaciones significativas en sociedades residentes en el otro Estado. Por lo tanto, cabría la utilización de sociedades interpuestas para transmitir inmuebles a través de la transmisión de las acciones o participaciones correspondientes en esa

sociedad. Como norma antielusión surge así este artículo 13.4 del MCOCDE, semejante a la norma recogida en el artículo 14.1.c).1.º del TRLIRNR.

Sin embargo, este tratamiento de las sociedades inmobiliarias está ausente de muchos CDI españoles, dada la tardía incorporación de esta norma al MCOCDE. De nuevo surge la cuestión de la interpretación dinámica, si bien en el caso de estas sociedades, al menos en el supuesto de puras entidades instrumentales, posiblemente una mera interpretación finalista de los artículos 6 y 13 del CDI permitirían sostener la equiparación de esas plusvalías a las procedentes de bienes inmuebles.

El segundo caso viene recogido en el artículo 17.2 del MCOCDE. Como es sabido, de acuerdo con el artículo 17 del MCOCDE, las rentas procedentes de la actuación personal de artistas o deportistas pueden quedar sometidas a tributación en el Estado de la fuente, donde esa actuación tiene lugar. La utilización de sociedades interpuestas permitiría recalificar esas rentas como puros beneficios empresariales, de tributación exclusiva en el Estado de residencia. Por este motivo, el artículo 17 incorpora hoy un apartado segundo, conforme al cual ese tratamiento de tributación compartida procede también cuando esa actuación personal se contrata a través de una entidad.

Esta norma plantea, en primer lugar, la cuestión de la diferenciación entre la contraprestación propia de la actuación personal de artista o deportista y la derivada de otras actividades desplegadas por la entidad. Pero, sobre todo, esta norma antielusión ha planteado, una vez más, el problema de la interpretación dinámica, como consecuencia de su ausencia en muchos CDI españoles, con opiniones encontradas en el propio TEAC y en la Audiencia Nacional<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> La Audiencia Nacional en su sentencia de 3 de octubre de 2002 entendió que no era aplicable una norma como la contenida en el artículo 17.2 del MCOCDE en ausencia de la misma en el CDI con los Países Bajos. En contra sigue pronunciándose el TEAC, por ejemplo en su Resolución de 22 de noviembre de 2002.

## 5. El papel de las normas generales antielusión de la Ley General Tributaria

### Normas domésticas y Convenios de doble imposición

La Ley General Tributaria española, como cuerpo legal general del ordenamiento tributario, recoge una serie de normas antielusión, que, en un sentido amplio, pueden considerarse las normas generales antielusión del sistema tributario español. Estas normas tienen ese carácter general, en la medida que son aplicables a todos los tributos y respecto de cualquier acto o negocio que pudiera suponer esa elusión fiscal. Son así normas de cierre en la aplicación del ordenamiento tributario que, para salvar la integridad de ese ordenamiento, facultan a la Administración para recalificar actos o negocios jurídicos, para apreciar la existencia de simulación o para exigir el tributo prescindiendo de actuaciones elusivas del contribuyente o realizadas en fraude de ley.

Desde el punto de vista de la fiscalidad internacional, como ya hemos tenido ocasión de indicar, ha sido una cuestión clásica la del significado de estas normas antielusión domésticas a la hora de evitar la elusión fiscal mediante el abuso de un CDI. Y a esta cuestión se refieren hoy los párrafos 22, 22.1 y 22.2 de los comentarios al artículo 1.º del MCOCDE, en relación con los párrafos 7.1 y 9.2 de los mismos comentarios, siempre de la versión de 2003 del MCOCDE. De acuerdo con el párrafo 9.2, la aplicación de un CDI es compatible con la aplicación de las normas antielusión domésticas en la medida en que estas últimas se refieren a los elementos de hecho sobre los que recae el tributo. El párrafo 22.1 reitera esta misma idea, lo que parecería dar a entender que para los comentarios al MCOCDE, las normas antielusión domésticas y los convenios tienen esferas o ámbitos de aplicación distintos. Finalmente, el párrafo 22.2 trata de evitar que la aplicación de estas normas antielusión ponga en peligro la propia integridad de un CDI, para lo cual hace un llamamiento a las Administraciones tributarias a fin de que éstas apliquen esas nor-

mas antielusión sólo cuando exista una evidencia clara de la existencia de un abuso de convenio.

De acuerdo con la doctrina más reciente sobre esta materia<sup>10</sup>, los criterios de la OCDE sobre la aplicación coherente de un CDI y de las normas domésticas antielusión, merecerían al menos tres puntualizaciones:

a) En primer lugar, resulta discutible y limitada la visión de las normas antielusión como normas referidas al puro presupuesto de hecho del tributo, al elemento objetivo del hecho imponible. Ciertamente, la reacción frente a los negocios simulados o la recalificación de actos o negocios jurídicos pueden afectar especialmente a la determinación de los hechos que constituyen el presupuesto para la aplicación de la norma tributaria, aunque esos hechos consistan en este caso en los actos o negocios jurídicos realmente realizados por los contribuyentes. Sin embargo, las normas antielusión se refieren también a la interpretación de la norma tributaria y a la salvaguardia del ordenamiento evitando el fraude de ley o el abuso en la utilización de formas jurídicas.

b) En consecuencia, parecería necesario distinguir entre aquellas normas domésticas que habilitan a la Administración tributaria para determinar correctamente si ha tenido lugar el presupuesto de hecho del tributo, o de la aplicación de un CDI, y aquellas otras normas, verdaderas normas antielusión de cierre, que tratan de evitar el abuso propiamente dicho en la conducta del contribuyente.

c) En particular, no parece posible que la Administración española entienda que un acto o negocio es abusivo, incurre en el conflicto en la aplicación de la norma tributaria o es contrario a la interpretación finalista y sistemática de nuestro ordenamiento tributario, cuando

---

<sup>10</sup> Ver MARTÍN JIMÉNEZ, A., «The 2003 Revision of the OCDE Commentaries on the Improper Use of Tax Treaties: A Case for the Declining Effect of the OCDE Commentaries?», ARNOLD BRIAN J., «Tax Treaties and Tax Avoidance: The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model», y ZIMMER, F., «Domestic Anti-Avoidance Rules and Tax Treaties -Comment on Brian Arnold's Article», en *Tax Treaty Monitor*, International Bureau for Fiscal Documentation, enero 2005.

ese acto o negocio se realiza al correcto amparo de un CDI. La integridad del CDI, que garantiza la propia Constitución española, exige que una interpretación sistemática del ordenamiento tributario se realice incluyendo en ese ordenamiento al propio CDI. El abuso de convenio habrá de juzgarse de acuerdo con las pautas internacionales y no desde la perspectiva del resto del ordenamiento, hecha abstracción del CDI y de lo que éste significa.

### **Calificación, simulación y el llamado conflicto en la aplicación de la norma tributaria**

Los artículos 13, 15 y 16 de la LGT contienen las que pudieran ser consideradas como las normas generales antielusión del ordenamiento tributario español, si bien, ciertamente, es el artículo 15 el que, al regular el llamado conflicto en la aplicación de la norma tributaria, recoge propiamente una cláusula antielusión.

Antes de analizar cada uno de esos preceptos de la LGT, conviene recordar el papel que desempeñan las técnicas habituales de interpretación jurídica. De acuerdo con el artículo 12.1 de la LGT, las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los criterios de interpretación comúnmente aceptados y recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil. En consecuencia, las normas tributarias, como cualesquiera otras, han de ser entendidas de acuerdo con su espíritu y finalidad y teniendo en cuenta el contexto representado por el conjunto del ordenamiento tributario y, más aún, del ordenamiento jurídico. Estos criterios de interpretación finalista y sistemática han ido adquiriendo una importancia decisiva, precisamente para evitar negocios abusivos realizados al amparo de una pretendida interpretación literal de la norma tributaria, contraria a la finalidad y coherencia del ordenamiento tributario en su conjunto.

Sin duda, un hito importante en esta relevancia de la interpretación es el representado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004, en un caso con connotaciones internacionales como es el relativo al tratamiento de determinadas minusvalías procedentes

de la negociación de bonos austriacos. Para la Sala, *«debe evitarse una interpretación de las normas tributarias basada en la naturaleza económica del hecho imponible... Ello no es óbice, sin embargo, para que sea necesario examinar la realidad económica de la operación de compra con cupón corrido de los «bonos austriacos» y su inmediata venta. El artículo 25.3 de la Ley General Tributaria, tras la redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, suprimió la interpretación económica de las normas tributarias para, entre otras razones, evitar menoscabar el principio de seguridad jurídica; de lo que se trata es de averiguar la verdadera significación jurídica de las instituciones en juego (por lo que aquí interesa, de la alteración patrimonial por la adquisición y enajenación de los «bonos austriacos») a la luz de los criterios deducidos del art. 3.1 del Código Civil y de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo sobre la interpretación de las normas jurídicas».* Lo cual va a llevar a la Sala a negar virtualidad fiscal a esas minusvalías.

Entrando ya en una norma antielusión, el artículo 13 de la LGT recoge el principio de calificación, que se reitera en el artículo 115.2. La Administración queda habilitada para calificar los hechos, actos o negocios realizados por el obligado tributario, con independencia de la previa calificación que éste hubiera dado a los mismos, puesto que, como reza el artículo 13, las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la verdadera naturaleza de esos hechos, actos o negocios, cualquiera que sea la forma o denominación dada a los mismos por los interesados. Nos hallamos ante un principio clásico en el ordenamiento tributario español que responde a principios aún más generales y coincidentes con los que representa la idea propia de los ordenamientos anglosajones del *substance over form*.

Este principio de calificación debe entenderse sin olvidar dos aspectos principales. El primero de estos aspectos hace referencia a la noción de «complejo negociado», un concepto trascendente en otros casos pero especialmente cuando se trata de determinar la base negociada del tributo. El principio de calificación debe entenderse proyectado, no sobre cada negocio aislado,

sino sobre el conjunto de todos los negocios realizados, simultánea o sucesivamente, cuando esos negocios pretenden un fin único. En segundo lugar, este principio de calificación actúa en ausencia de cualquier ocultación del contribuyente. La Administración recalifica a la vista de las propias declaraciones de voluntad de los interesados, como declaraciones ciertas, si bien esas declaraciones dan lugar a un negocio distinto del que las partes manifestaron haber realizado. Esta sutil distinción es importante desde el punto de vista del Derecho tributario sancionador. La ocultación caracteriza a la simulación, la cual a su vez integra el tipo de la infracción tributaria e inclusive el dolo propio del ilícito penal tributario. En cambio, en ausencia de ocultación, la recalificación dará lugar a la infracción tributaria si la previa calificación del obligado tributario no ha sido razonable por estar fundada en la propia complejidad de los negocios realmente realizados.

El artículo 16 de la LGT recoge el tratamiento en el Derecho tributario de la institución general de la simulación. En caso de simulación, la Administración tributaria exigirá el tributo conforme al acto o negocio realmente realizado. En realidad, el artículo 16 no incorpora un tratamiento tributario propio de la simulación sino la habilitación a la Administración para que pueda, por sí misma, apreciar y probar la existencia de esa simulación, sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional civil con este propósito.

Sin embargo, la jurisprudencia más reciente en España ha ampliado, en cierto sentido, el ámbito de la simulación, al reputar simulados negocios ficticios, es decir, negocios formalmente realizados y queridos por las partes, pero sin efectos económicos reales sino realizados con el exclusivo fin de obtener una ventaja fiscal. Estos negocios aparentes se realizan sobre todo entre partes vinculadas, bien por tratarse de sociedades de un mismo grupo bien por la existencia de vínculos familiares. La ausencia de una verdadera dualidad de voluntades, ante la existencia de una unidad de dirección del grupo o de la voluntad decisoria de un miembro de la familia, explican esa inexistencia de contenido o causa del ne-

gocio. El negocio ficticio surge como un negocio sin causa, con el tratamiento propio de la simulación.

La LGT de 2003 incorporó como novedad, en su artículo 15, la figura del llamado conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Sin lugar a dudas<sup>11</sup>, esta figura sucede al fraude de ley, regulado antes en el artículo 24 de la LGT. Y, al sucederle, hereda algunas de sus características y problemas de aplicación. Así, el propio artículo 15 de la LGT prevé que la apreciación de este conflicto en la aplicación de la norma tributaria, excluye la imposición de sanciones. Asimismo, esa apreciación exige el previo informe favorable de una Comisión consultiva. El artículo 159 de la misma LGT regula la composición de esta Comisión y el procedimiento ante la misma.

El llamado conflicto en la aplicación de la norma tributaria supone la existencia de actos o negocios que, aisladamente o teniendo en cuenta el correspondiente complejo negocial, sean artificiosos o propios y, sobre todo, aparezcan realizados sin motivo económico válido alguno, sino únicamente para obtener una ventaja fiscal. De esta manera, la nueva institución reitera la introducción en nuestro derecho de esa necesidad de motivos económicos válidos, del llamado *business purpose test* del derecho anglosajón. Por supuesto, el conflicto en la aplicación de la norma requiere como presupuesto un acto o negocio correctamente calificado y real, no ficticio ni simulado. Sólo en tal caso, el conflicto actuaría como verdadera norma de cierre llamada a salvar la integridad del sistema fiscal. El acto o negocio debe reputarse impropio, un acto o negocio buscado a propósito para eludir el impuesto. Y, además, o más bien principalmente, ese acto o negocio debe carecer de otra explicación razonable que no sea la búsqueda de esa ventaja

---

<sup>11</sup> Como recuerda la reciente e interesante Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo de 2005. Esta Sentencia, además, entiende que la exclusiva presencia del fraude de ley no puede fundar una condena por delito contra la Hacienda Pública, puesto que esa condena resulta contraria a las exigencias del principio de legalidad penal como *lex certa*, conforme al artículo 25 de la Constitución española.

fiscal. Ahora bien, en este punto, la norma abre una cuestión controvertida. Frecuentemente, un acto o negocio va a realizarse por motivos fiscales, de forma que la racionalidad económica de ese negocio se explica por las ventajas fiscales pretendidas. Sin ir más lejos, una Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros normalmente se creará por razones fiscales, sin que exista otro motivo económico que explique esa forma fiscal. Ahora bien, no puede considerarse que un negocio es artificioso o impropio, cuando el contribuyente se acoge a una institución o ventaja fiscal explícitamente ofrecida por el legislador. Y ello debe ser así, a mi juicio, aun cuando esa ventaja fiscal sea la única razón o el motivo decisivo para la realización de ese acto o negocio, siempre que éste produzca efectos patrimoniales efectivos<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> La idea de motivos económicos válidos que justifiquen la obtención de una ventaja fiscal aparece asimismo en dos normas antielusión de especial importancia en el ordenamiento tributario español. La primera de estas normas es la contenida actualmente en el artículo 96.2 del TRLIS. Esos motivos se exigen en este caso para justificar la aplicación del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores. Unos motivos económicos que han de consistir principalmente en la reestructuración o racionalización de las actividades de las entidades que intervienen en la operación.

Desde el punto de vista de la fiscalidad internacional, reviste aún mayor importancia la norma antielusión contenida en el artículo 14.1.h) del TRIRNR. Incorporando las normas europeas de la Directiva Matriz Filial, Directiva 90/435/CEE, modificada recientemente por la Directiva 2003/123/CE, este precepto exime de tributación a los dividendos satisfechos por filiales españolas a sus matrices europeas. Sin embargo, esta exención, en el IRNR, se sujeta a determinados requisitos cuando la mayoría de los derechos de voto de la matriz se poseen por personas físicas o jurídicas que no residen en la Unión Europea, salvo cuando dicha matriz realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad empresarial desarrollada por la sociedad filial o tenga por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales o pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en este párrafo h).

Recientemente, el TEAC ha dictado una importante Resolución en este terreno, Resolución 00/5275/2002 de 15 de octubre de 2004. El criterio del TEAC resulta especialmente discutible en cuanto a la concurrencia de las circunstancias que justificarían la residencia comunitaria de una matriz. El TEAC reconoce que la matriz prestaba ayuda en los procesos de producción de la filial, aunque fuera según las instrucciones de los laboratorios centrales del grupo. En cuanto a su intervención en la gestión de la filial, niega relevancia a las pruebas aportadas por la entidad, con el argumento de que la filial gastó una media de 100 millones de pesetas al año en gastos de administración.

## 6. El intercambio de información y la cooperación entre las Administraciones tributarias

Para terminar estas líneas, sólo unas breves referencias a una cuestión que sin duda va a tener especial relevancia en el futuro. Hasta ahora, hemos analizado las medidas antielusión como normas jurídicas incorporadas al ordenamiento con el fin de evitar o prevenir la elusión fiscal. Éste ha sido pues el objeto de este texto. Sin embargo, en el futuro más inmediato van a adquirir cada vez mayor importancia aquellas medidas antielusión, que no revisten el carácter de normas jurídicas dictadas con ese fin, sino de instrumentos de organización de las Administraciones tributarias, con una base jurídica, pero con un significado fundamentalmente material o informativo.

La lucha contra el fraude y la evasión fiscal han de descansar principalmente en la cooperación y el intercambio de información entre las Administraciones tributarias. Por añadidura, esa cooperación puede significar también un medio de asistencia y protección de los derechos de los contribuyentes. En un mundo económico presidido por los intercambios comerciales transnacionales de todo tipo, las Administraciones tributarias no pueden actuar aisladamente sino que han de reforzar sus instrumentos de cooperación.

Actualmente, el marco legal de esta cooperación se desarrolla en tres planos diferentes. En primer lugar, la cooperación se ha reforzado especialmente en el marco de la Unión Europea e, incluso en este ámbito, el intercambio de información es especialmente intenso en el terreno del IVA. Las Directivas 77/799/, 76/308 y 2001/44/CEE, así como el Reglamento 1798/2003, en materia de IVA, constituyen los instrumentos legales de estas relaciones entre Administraciones. En segundo lugar, el intercambio de información, así como la asistencia mutua en materia de recaudación, aunque ésta con

Por todo lo cual, niega el TEAC la existencia de motivos económicos válidos para la aplicación de esta exención.

menor frecuencia en la práctica, pueden encontrar apoyo en los CDI que incorporan los artículos 26 y 27 del MCOCDE. Por último, caben los acuerdos específicos de intercambio de información, así como los convenios aduaneros, completándose así todo este marco legal de cooperación entre administraciones tributarias.

Sin embargo, el desarrollo de esta cooperación administrativa va a plantear también problemas nuevos. Sin entrar en su análisis, vamos sólo a mencionar algunos de los que pueden resultar más importantes. El primer problema va a surgir como consecuencia de la ausencia de una regulación adecuada, desde el punto de vista procedimental, en nuestro derecho, para esta cooperación administrativa. Sólo esa regulación podría solucionar problemas como el de la intervención del interesado en los intercambios internacionales de información, cuestión hoy sólo tratada en el artículo 31 bis del RGIT,

para diferir esa intervención al momento de la puesta de manifiesto del expediente derivado de las actuaciones inspectoras. Sin duda, este intercambio de información va a plantear delicados problemas en materia probatoria, en cuanto al valor probatorio de la documentación trasladada por otra Administración. La propia LGT de 2003 no precisa la aplicación en el ámbito internacional de una norma como la contenida en su artículo 108.4, que atribuye al obligado tributario el derecho a solicitar la ratificación de la información facilitada por terceros. Por último, esta cooperación va a plantear problemas especialmente acusados cuando se trate de la recaudación, como señalan los propios comentarios al nuevo artículo 27 del MCOCDE, reconociendo la necesidad de una homogeneidad previa de los ordenamientos afectados para hacer posible esa asistencia mutua en materia de recaudación tributaria.