

La Transparencia Fiscal Internacional (TFI): el régimen fiscal español de las Controlled Foreign Companies¹

Fernando Fernández Marín²

1. Fundamento y Naturaleza de la Transparencia Fiscal Internacional

La denominación utilizada en España para hacer referencia al régimen jurídico de las sociedades extranjeras controladas (CFC en su acrónimo inglés) es el de transparencia fiscal internacional (TFI), con ello el legislador español pone «el acento en los efectos fiscales que se derivan de su aplicación» frente a la denominación utilizada de Controlled Foreign Company que «se centra en las circunstancias que dan lugar a la aplicación de dicho régimen»³.

El régimen de la transparencia fiscal internacional responde a la necesidad de hacer efectivo el principio de la tributación de la renta mundial de los contribuyentes en un contexto de globalización económica. Si éstos ejercen la libertad de movimientos de capitales para situarlos, por motivos fundamentalmente fiscales, en países (o territorios, Gibraltar) con un régimen tributario privilegiado, para evitar la integración en sus bases imponibles de las rentas generadas por esos capitales. Si no se arbitran medios correctores de la situación quebrará aquel principio y con él el de capacidad económica en el reparto del sostenimiento de los gastos públicos, tal y como sanciona el art. 31 de la Constitución española de 1978⁴.

¹ Cómo citar este artículo:

FERNÁNDEZ MARÍN, F.: "La Transparencia Fiscal Internacional (TFI): el régimen fiscal español de las Controlled Foreign Companies", *Estudios Tributarios Europeos*, núm. 1/2013, (ste.seast.org/es), págs. 38-65.

² Profesor de Derecho Fiscal en la Universidad de Almería.

³ ALMUDÍ CID, J.M., El régimen antielusivo de Transparencia Fiscal Internacional, en *Fiscalidad Internacional*. Monografías Ed. CEF. 2007.3ª ed., página 995.

⁴ Constitución Española, BOE núm. 311, de 29/12/1978.

La falta de una armonización adecuada y de una clara colaboración entre Estados en materia de imposición directa, tanto dentro como fuera de la UE, hace que los Estados adopten medidas unilaterales, propias del Derecho Tributario Internacional, para dar una respuesta a esta situación. Así, nos encontramos ante una cláusula antievasión, unilateral del Estado, que puede plantear problemas en el plano internacional, con los convenios para evitar la doble imposición, y en el ordenamiento jurídico de la UE. Todo ello, sin perjuicio, de las fricciones internas que crea con los principios de justicia tributaria.

Ahora bien, la regulación española de la TFI, aunque quiera potenciar el principio de la renta mundial de los socios, no lo lleva hasta sus últimas consecuencias, pues ello no puede suponer un desconocimiento absoluto del principio de tributación independiente de las sociedades no residentes, pues éstas tienen una personalidad jurídica diferente de sus socios.

Relacionada con esta justificación básica del régimen de la TFI, está el principio de neutralidad en la exportación de capitales (NEC) que implica que las rentas obtenidas por una sociedad residente, directamente o a través de sociedades filiales, soporten la misma tributación, esta premisa se podría obviar fácilmente si no existiesen normas de TFI. No obstante, la regulación española de la TFI no llega hasta el punto de imponer el principio NEC respecto de todo tipo de rentas, se limita a las llamadas «rentas de naturaleza pasiva» o «rentas de las sociedades pantalla». Como contrapartida lógica desde el punto de vista de la neutralidad en la importación de capitales (NIC) ésta sólo se aplicará a las rentas derivadas de la realización de actividades empresariales.

Desde esta perspectiva, «la transparencia fiscal internacional es el punto de encuentro entre los principios de neutralidad en la importación y exportación de capitales y también entre los principios de renta mundial y de tributación independiente de las entidades jurídicas. La pacífica convivencia entre los referidos principios se fundamenta, en el fondo, en un juicio de valor respecto de la naturaleza de la renta»⁵.

⁵ SANZ GADEA, E., *Medidas antielusión fiscal*. Documentos del IEF. Núm. 8/09, pág. 111.

La renta obtenida por la sociedad extranjera puede tener un origen diverso: ingresos provenientes de un inversión pasiva, que no deriven de actividades empresariales reales –rentas pasivas, *passive income*, tales como, dividendos, intereses, o cánones cuando no tienen naturaleza empresarial-; los que si derivan de una actividad empresarial, ingresos empresariales activos y los llamados ingresos de sociedades base –*base company income*, que tienen la finalidad de erosionar la base imponible de los socios residentes.

Desde una perspectiva teórica es posible distinguir distintos regímenes CFC en función de si se someten a tributación en la base imponible de los socios residentes, bien, algunos de estos rendimientos, llamados «*tainted income*», sería el régimen conocido como «*transactional approach*»; bien, todos o ninguno de los mismos, sería el caso del régimen del «*entity approach*» (or «*all or nothing approach*»), en función del lugar de residencia, de la tributación aplicable o del grado de implantación de la sociedad no residente en su lugar de residencia. Este último régimen se aplica normalmente junto con el régimen del «*jurisdictional approach*» que se concentra en la localización de la entidad no residente⁶. Un régimen puro del «*transactional approach*» se centra en el tipo de renta obtenida por la sociedad no residente, independientemente de su localización, por tanto, sólo los «*tainted income*» se atribuirán a los socios. En cambio, en un régimen puro del «*jurisdictional approach*» lo relevante es el lugar de localización y no el tipo de renta obtenida, por tanto toda la renta obtenida por la sociedad no residente será atribuida a los socios⁷.

En el caso de la TFI española, esta separación teórica tajante de regímenes no existe. La determinación de la aplicación o no de esta normativa se articula tomando los criterios propios mencionados para determinar la aplicación del régimen del «*jurisdictional approach*» y que llevarían a la aplicación del régimen del «*entity approach*», (lugar de residencia, fiscalidad, ...), sin embargo, una vez que se concluye que la TFI es aplicable, ésta se aplica de acuerdo con el régimen «*transactional approach*», para

⁶ *Controlled Foreign Company Legislation. OCDE. 1996. Página 99.*

⁷ *Controlled Foreign Company Legislation. OCDE. 1996. Página 46.*

determinar las rentas atribuibles, por ello, el legislador español delimita las rentas imputables a los socios.

Se han identificado tres modelos teóricos⁸ que justificarían dicha tributación en la base imponible de los socios de una sociedad no residente:

- La renta gravada a través del régimen CFC es un dividendo presuntamente obtenido por el contribuyente, un dividendo ficticio («*deemed dividend approach*»). Sin embargo, como acabamos de señalar la TFI sólo grava determinados rendimientos obtenidos por la entidad extranjera lo que impide que encaje bajo este criterio, además tampoco se considera la tributación en el régimen de la TFI como una imposición a cuenta del gravamen que correspondiera en el momento de la percepción del dividendo.

- La renta se grava en los socios de la sociedad no residente mediante un régimen de atribución de rentas, lo que supone desconocer, a efectos fiscales, la personalidad jurídica que tiene la sociedad respecto a sus socios, se produciría el levantamiento del velo de la sociedad («*piercing of the veil approach*»). La objeción a esta tesis es que no se gravan todos los rendimientos de la sociedad, y en algunos casos no se aplica la TFI, si la sociedad paga un impuesto análogo superior al 75% del Impuestos sobre Sociedades español.

- El incremento de la capacidad económica («*increased ability to pay approach*»). Esta perspectiva es la que mejor se ajusta a la TFI española, pues el legislador a través del régimen de la TFI identifica como obtención de renta (de determinadas rentas), es decir identifica con el hecho imponible, la participación en una sociedad extranjera, claro está, siempre que cumpla los requisitos establecidos legalmente.

La Ley 42/1994, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social, introdujo en España la llamada «transparencia fiscal internacional», tanto para personas físicas (artículo 2) como jurídicas (artículo 10) y entró en vigor el 1 de enero de 1995. En la actualidad, para las personas físicas residentes se regula en la Ley 35/2006, reguladora del Impuesto sobre la

⁸ *International Tax Avoidance and Evasion. OCDE. 1987. Página 66 y Controlled Foreign Company Legislation. OCDE. 1996 Página 20.*

Renta de las Personas Físicas (IRPF), en su artículo 91 «Imputación de rentas en el régimen de transparencia fiscal internacional» y para las sociedades residentes en el Real Decreto Legislativo 4/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), en su Capítulo XI «Transparencia fiscal internacional», art. 107. «inclusión en la base imponible de determinadas rentas obtenidas por entidades no residentes».

La Exposición de Motivos de la esta ley deja clara la justificación práctica y en contexto en el que se introduce la TFI en nuestro país, «para evitar el diferimiento en el pago de los impuestos mediante el uso instrumental de sociedades no residentes sometidas a baja tributación» y «para evitar la minoración de la base imponible gravada en España a través de la facturación de gastos desde sociedades vinculadas no residentes sometidas a baja tributación». La expresión del uso instrumental de una sociedad, indica que no pretende evitar todo diferimiento de rentas, sino tan sólo el de las rentas pasivas.

Así pues, «el objetivo básico de la TFI es contrarrestar o anular las ventajas de utilizar, por las personas físicas y entidades residentes en España entidades interpuestas (estructuras internacionales instrumentales) en territorios extranjeros de baja o nula tributación con el fin exclusivo de evitar o diferir el pago de los impuestos personales sobre la renta españoles»⁹. A pesar de ello, también se les puede aplicar el régimen de TFI a las empresas que realicen actividades empresariales, actividades productivas si adquieren activos de carácter estrictamente instrumental en un porcentaje significativo y no repatrian sus beneficios, con esta medida se incentiva la repatriación de beneficios, pero a su vez supone una restricción a las libertades fundamentales de la UE.

2. Los requisitos para la aplicación de la TFI

⁹ RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A y RUBIO GUERRERO, J.J. «La transparencia fiscal internacional: protocolos para su aplicación». Revista Crónica Tributaria núm.96. 2000. Pág. 123.

El régimen de la TFI española se configura sobre tres elementos que deben necesariamente concurrir. La falta de alguno de ellos determina la inaplicación de la TFI.

- El primero, el grado de participación en la sociedad no residente o control sobre la sociedad no residente.
- El segundo sería el régimen fiscal de la sociedad no residente.
- El tercero sería el tipo de rentas obtenidas por la sociedad no residente.

2.1. El control de la sociedad no residente

Para la aplicación de la TFI se exige que los contribuyentes del IRPF o del IS tengan una participación igual o superior al 50% en el capital, en los fondos propios, en los resultados o en los derechos de voto de la entidad no residente (arts. 91.1 a) LIRPF y 107.1 a) TRLIS). Este porcentaje se debe poseer en el momento del cierre del ejercicio económico de esta entidad, con lo que fácilmente se puede eludir este régimen transmitiendo las acciones con anterioridad a este momento, no obstante, fiscalmente se generaría una plusvalía que se gravaría por el régimen ordinario o por el de la TFI.

Al fijar este porcentaje la normativa española quiere que se tenga un control efectivo sobre la entidad. Esta exigencia se relaciona con el principio de capacidad económica, pues pretende evitar que los accionistas minoritarios paguen por unos dividendos que puede que no reciban al no poder decidir sobre su reparto¹⁰.

La adopción de criterios variados es para que tengan cabida los distintos supuestos de control de la sociedad no residente en función de su normativa. Basta, por tanto, con que se alcance dicho porcentaje en cualquiera de estos criterios, no existe una prelación entre ellos, para aplicar la TFI, y ello, sin perjuicio, de las anomalías que se pueden presentar en el caso de no tener el derecho de voto, a la hora del control, o en el caso de mantener el derecho de voto habiéndose transmitido los derechos económicos de tal participación.

¹⁰ ALMUDÍ CID, J.M., El régimen antielusivo de Transparencia Fiscal Internacional, *Op.cit., págs.. 1008 y 1013*, RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, E.. en *Transparencia fiscal internacional*. Revista Impuestos núm.2. 1995. Pág. 177.

En principio, se podría pensar que se excluyen a los accionistas minoritarios, pero con las reglas acumulativas del cálculo del porcentaje de participación directa e indirecta¹¹ éstos pueden acabar cumpliendo este requisito. No obstante, el criterio del control tal y como está regulado en la TFI española se burla fácilmente «a través de la agrupación de personas o entidades no vinculadas entre sí»¹².

Este porcentaje de participación, en el IRPF, puede referirse a una persona física de manera individual, o de manera conjunta, bien, ésta con las entidades vinculadas del art. 16 TRLIS, es decir, con las entidades sometidas a su poder de decisión, o bien, del contribuyente con otras personas físicas residentes¹³: el cónyuge y parientes hasta el segundo grado consanguíneo o por afinidad.

En el Impuesto sobre Sociedades el porcentaje de participación se determina de manera individual o conjuntamente de ésta sociedad con otras personas (residentes o no)¹⁴ o entidades vinculadas del art. 16 TRLIS.

Esta disparidad en la determinación acumulativa del control puede provocar que se aplique la TFI a una persona física, pues junto con los parientes y una entidad vinculada residente alcance el 50% del control y que no se le aplique a la entidad vinculada, pues el cálculo acumulativo del control no se toman en consideración a los parientes.

La prueba del control sobre una entidad no residente recae sobre la Administración tributaria, sin que exista ninguna presunción que invierta la carga de la prueba¹⁵.

¹¹ La participación indirecta sólo se tiene en cuenta si estamos ante una entidad vinculada no residente.

¹² SANZ GADEA, E., *Transparencia fiscal internacional*. Documentos IEF núm. 18/02. Pág.12.

¹³ RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, E., en *Transparencia fiscal internacional*. *Op.cit.*,. Pág. 178.

¹⁴ Los socios, los consejeros, los administradores de una entidad y sus cónyuges y parientes hasta tercer grado consanguíneo o por afinidad, y la relación entre una entidad y estas personas de otra entidad si ambas entidades pertenecen a un mismo grupo, art. 16.3 letras a, b, c y g TRLIS. En estos casos, la participación de las personas físicas deberá ser al menos de un 5% o de un 1% si son valores admitidos a negociación en un mercado organizado. Véase RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, E., en *Transparencia fiscal internacional*. *Op.cit.*, pág. 179.

¹⁵ RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, E., en *Transparencia fiscal internacional*. *Op.cit.*, pág. 177.

2.2. *El régimen fiscal de la sociedad no residente: la identificación de un régimen privilegiado de tributación*

Para la aplicación de la TFI, además de la participación estudiada, se requiere que el importe satisfecho por la entidad no residente, en relación con alguna de las rentas susceptible de inclusión en la base imponible de los contribuyentes residentes por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades español (IS), sea inferior al 75% de lo que resultaría de aplicar las normas del IS (artículos 91.1 b) LIRPF y 107.1 b) TRLIS).

Por tanto, el legislador español fija en este porcentaje el umbral para determinar si un territorio goza o no de una tributación privilegiada, pero lo hace, con independencia de que el nivel general de tributación en el país extranjero sea equivalente al español, pues la menor tributación que resulte puede tener su origen, no en un régimen fiscal privilegiado, sino por aplicar con distinto criterio, varias técnicas previstas en el IS. Así, sucederá cuando la compensación de pérdidas no tenga plazo y supere los 18 años previstos en el IS; o la existencia de un criterio distinto a la hora de aplicar las amortizaciones o deducciones¹⁶.

Junto a este método comparativo, para la determinación de territorios de baja tributación, la normativa española establece un sistema de «lista gris», recogida en el RD 1080/1991, de 5 de julio¹⁷, por la que se establece la relación de países y territorios a los que cabe atribuir el carácter de paraísos fiscales¹⁸. Dentro de esta lista, todavía existen Estados miembros de la UE

¹⁶ RODRIGUEZ-PONGA SALAMANCA, E., en *Transparencia fiscal internacional*. Págs.. 190-193 y 219. SANFRUTOS GAMBIN, E., *La transparencia fiscal internacional (TFI) en el IRPF*. Crónica Tributaria núm.89/1999, pág. 140.

¹⁷ Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

¹⁸ Lista actualizada el 1 de febrero de 2003. Esta debería ser variable, ya que, la propia norma dispone que dejarán de ser paraísos fiscales cuando se firme con ellos convenios de doble imposición o acuerdos de intercambio de información.

(Chipre, Malta y Luxemburgo para determinados tipos de renta¹⁹) y territorios como Gibraltar. Cuando la sociedad no residente lo sea en estos territorios la normativa de la TFI (arts.91.11 LIRPF y 107.12 TRLIS) establece tres presunciones *iuris tantum*²⁰, que suponen trasladar la carga de prueba al contribuyente: el importe satisfecho es inferior al 75%; la renta obtenida es del tipo del que se integra en la base imponible de los socios residentes, y el importe de la renta obtenida es del 15% del valor de adquisición de la participación. Por tanto, pueden desvirtuarse mediante prueba, es decir, justificando fehacientemente la percepción de otro tipo de rentas o el grado efectivo de tributación. Lo único que no se presume es el control, por lo que también en este caso debería ser probado por la Administración Tributaria²¹.

La normativa se refiere al *importe satisfecho*, al impuesto pagado y no al impuesto devengado, que corresponde a las rentas que deben incluirse en la base imponible, por tanto, tampoco se refiere al importe total satisfecho. Por éste no sólo debe considerarse el importe de la cuota a ingresar, también las retenciones e ingresos a cuenta producidos, el criterio del importe satisfecho, provoca que los beneficios e incentivos fiscales otorgados a la sociedad no residente tengan un efecto negativo al hacer dicho importe menor, en principio, estos beneficios deberían imputarse, si es posible, a la categoría de renta que los genera. Ahora bien, este criterio provoca ciertas disfunciones a favor de la administración tributaria española en los casos de la falta de pago del impuesto análogo por la entidad residente, de solicitud de un aplazamiento o fraccionamiento del mismo, y en contra cuando se satisface un importe alto y con posterioridad se solicita

¹⁹ Y ello a pesar de que Luxemburgo y Malta tienen convenio para evitar la doble imposición y que en todo caso resultan aplicables las directivas sobre asistencia mutua.

²⁰ No procede esta presunción si la entidad participada consolida sus cuentas de acuerdo con el art. 42 Código de Comercio.

²¹ CALDERÓN GONZÁLEZ, J.M. La transparencia fiscal interna e internacional: su regulación en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades y en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. *Quincena Fiscal. Núm. 18/2001. Documento electrónico BIB 2001/2435, Westlaw*. Última página.

la devolución del impuesto, que hacen que se considere más apropiado el criterio del impuesto devengado²².

La exigencia de que el importe satisfecho sea por un impuesto de naturaleza análoga o idéntica, supone tomar en consideración todo tributo que grave las rentas obtenidas por la sociedad no residente²³, sea en su Estado de residencia o en otro, en consecuencia, como la sociedad no residente también puede operar en España entre estos tributos análogos estaría el Impuesto sobre la Renta de no Residentes español –IRNR– (aplicable tanto a personas físicas como personas jurídicas). A pesar de ello, el importe satisfecho por otros tributos, que no tengan una naturaleza análoga al Impuesto sobre Sociedades, no queda totalmente al margen de la comparación, en cuanto que puede ser tomado en consideración para saber lo que resultaría de aplicar las normas del IS español, y ello al amparo de la expresión que «sea inferior al 75 por ciento del que hubiera correspondido de acuerdo con las normas del citado impuesto». En consecuencia, podrían ser tomados en consideración como gastos deducibles para determinar la base imponible del IS español (como sucedería con el Gravamen Especial sobre Bienes Inmuebles de Entidades no Residentes)²⁴.

En efecto, la comparación debe realizarse aplicando la normativa del IS español de manera independiente para cada una de las rentas gravadas con el importe satisfecho por cada una de éstas por la entidad no residente, aplicando la normativa del IS que corresponda a la entidad extranjera si hubiese sido residente en España y no la que corresponda al socio residente²⁵.

²² ALMUDÍ CID, J.M., El régimen antielusivo de transparencia fiscal internacional, en *Fiscalidad Internacional*. Op.cit., pág. 1.034.

²³ SANZ GADEA, E Transparencia Fiscal Internacional. Revista de Contabilidad y Tributación. *CEF*, pág. 38, RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, E. en Transparencia fiscal internacional Op.cit. y SANFRUTOS GAMBIN, E., en La transparencia fiscal internacional (TFI) en la Ley del IRPF. Op.cit., pág.118. Incluyen también el impuesto sobre el patrimonio, sobre elementos patrimoniales o sobre la fortuna que pueda satisfacer una entidad extranjera.

²⁴ Resolución de la Dirección General de Tributos a la Consulta núm. 0054-01.

²⁵ RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, E., en Transparencia fiscal internacional. Op.cit., pág. 192.

2.3. El tipo de rentas obtenidas por la sociedad no residente

Sólo se incluirá en la base imponible del socio residente la renta positiva que provenga de las siguientes fuentes.

a) Rendimientos de bienes inmuebles. Son rentas pasivas. Se incluyen las rentas de derivadas de la titularidad de bienes inmuebles rústicos y urbanos o de la titularidad de derechos reales sobre los mismos, salvo que los mismos estén afectos a una actividad empresarial o estén cedidos en uso a entidades no residentes que sean del mismo grupo de sociedades de la titular, aunque no tengan carácter empresarial.

b) Rendimientos de capital mobiliario. Son rentas pasivas. Se incluyen tanto los derivados de la participación en beneficios de otras entidades, consecuencia de la participación en fondos propios de una entidad, como los rendimientos procedentes de un préstamo o de un crédito, debido a la cesión a terceros de capitales propios. Sin embargo, no se incluirá la renta positiva que proceda de los siguientes activos financieros:

- Los tenidos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias originadas por el ejercicio de actividades empresariales;
- los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales consecuencia del desarrollo de actividades empresariales;
- los tenidos como consecuencia del ejercicio de actividades de intermediación en mercados oficiales de valores; y
- los tenidos por entidades de crédito y aseguradoras como consecuencia del ejercicio de sus actividades empresariales.

c) Rendimientos de actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios. Son rentas cuya finalidad es la erosión de bases imponibles españolas. Se incluirán, salvo que estén relacionadas con actividades de exportación, las realizadas directa o indirectamente con personas o entidades vinculadas y residentes en territorio español y siempre que supongan gastos fiscalmente deducibles en estas entidades. Tampoco se incluyen cuando más del 50% de estos ingresos, excepto los directamente relacionados con la exportación, procedan de operaciones efectuadas con personas o entidades no vinculadas cualquiera que sea su residencia. La cesión de capitales propios

a terceros, se considera como una actividad crediticia o financiera, cuando el cedente, que es una entidad no residente instrumental, y el cesionario pertenecen al mismo grupo de sociedades y los ingresos del primero procedan al menos en un 85% del ejercicio de actividades empresariales.

d) Rendimientos procedentes de la transmisión de bienes inmuebles o valores representativos de la participación en fondos propios de una entidad, que generen ganancias o pérdidas patrimoniales. Son rentas pasivas. Como lo que se imputará es la renta positiva, en este supuesto, al hablar de ganancias o pérdidas patrimoniales el legislador permite que se compensen sin límites entre sí y sólo el resultado positivo se imputará.

e) Rentas no imputables. No todas las rentas positivas procedentes de las anteriores fuentes de renta son objeto de imputación, de acuerdo con diferentes criterios:

(1) Según el grado de participación (arts. 91.2 *in fine* LIRPF y 107.2 *in fine* TRLIS): no se incluyen las rentas de las anteriores letras a, b y d obtenidas por la entidad no residente (*holding*) si proceden de entidades (en España o en el extranjero) en las que participe directa o indirectamente en más del 5%. Siempre que la entidad no residente dirija y gestione las participaciones mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales y que los ingresos de las entidades participadas provengan al menos en un 85% del ejercicio de actividades empresariales. En tal caso se considerarán como rentas empresariales.

(2) Según la importancia cuantitativa de las rentas pasivas, la llamada excepción de minimis (arts. 91.3 LIRPF y 107.3 TRLIS): no se incluyen las rentas derivadas de las anteriores letras a, b y d, si la suma de sus importes es inferior, a elección del contribuyente, al 15% de la renta total o al 4% de los ingresos totales de la entidad no residente. Para la aplicación de esta regla de minimis se permite que tales porcentajes se refieran al conjunto de entidades no residentes en territorio español pertenecientes a un mismo grupo de sociedades, según el art. 42 del Código de Comercio. Si se supera uno de los mínimos, supone la inclusión de la totalidad de la renta

positiva, pues estos umbrales no actúan a modo de mínimo exentos²⁶. «La ausencia de un límite de carácter cuantitativo en unión a lo elevado del porcentaje sobre ingresos determina que la regla del minimum (...) sea extraordinariamente permisiva»²⁷.

(3) *Según la naturaleza del gasto*: como regla especial del Impuesto sobre Sociedades, no se incluirán las rentas del art. 107.2 TRLIS cuando se correspondan con gastos fiscales no deducibles en las entidades residentes en España.

(4) *Límite de la renta total*: En ningún caso se imputará una renta cantidad superior a la renta total de la entidad no residente (arts. 91.3.3º LIRPF y 107.3.3º TRLIS).

3. Los sujetos implicados en la Transparencia Fiscal Internacional

3.1. Los sujetos pasivos residentes

La normativa de la TFI se aplica tanto a las personas físicas como a las entidades residentes en territorio español, por tanto, se aplica a los sujetos pasivos del IRPF y del IS. Están obligados a la inclusión de la renta en su base imponible las personas físicas residentes o las entidades residentes que participen bien, directamente en una entidad no residente, o bien participen en ella indirectamente a través de otras sociedades no residentes, en este caso el importe de la renta positiva es el correspondiente a la participación indirecta (arts. 91.4 LIRPF y 107.5 TRLIS).

Los establecimientos permanentes no son sujetos pasivos del IRPF ni del IS, por lo que no les será de aplicación la TFI. Los establecimientos permanentes en territorio español son sujetos pasivos del IRNR.

3.2. La entidad no residente

²⁶ RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, E., en *Transparencia fiscal internacional*. Op.cit., pág. 188.

²⁷ SANZ GADEA, E., *Transparencia Fiscal Internacional*. IEF Documentos núm.18/02. Pág.13.

Por entidades no residentes para poder aplicar la TFI se podría entender «en primer lugar, aquellas que posean personalidad jurídica propia (exceptuando las sociedades civiles) y, en segundo lugar, aquellas otras que carezcan de naturaleza jurídica idéntica o análoga a las sociedades civiles y demás entes a los que alude el art. 35.4 de la LGT»²⁸, es decir, aquellas entidades a las que no les sea de aplicación el régimen de atribución de rentas²⁹. El régimen de la TFI no resultará aplicable tampoco a los establecimientos permanentes, de sociedades españolas, situados en territorios o Estados con un régimen fiscal privilegiado o de baja tributación, pues no tienen personalidad jurídica distinta de la entidad de la que dependen, en consecuencia sí se aplicaría a los establecimientos permanentes de las entidades extranjeras controladas. El requisito de que sean controladas excluye del ámbito de aplicación a las sociedades matrices extranjeras de sociedades españolas y a las extranjeras pertenecientes al mismo grupo pero sobre las que la española no ejerza control³⁰.

La regulación española de la TFI no exige a las entidades no residentes que tengan una infraestructura o presencia mínima en su país de residencia, si bien, como hemos visto se toma en consideración para excluir determinadas rentas.

4. La determinación de las rentas imputables y su imputación a los contribuyentes

El importe de la renta positiva a incluir en la base imponible de cada contribuyente se determinará, preferentemente, en proporción a su participación, directa o indirecta, en los resultados y, en su defecto, a la participación en el capital, los fondos propios o los derechos de voto de la entidad (arts. 91.1 a) LIRPF y 107.1 a) TRLIS). La diversidad de criterios es debida a querer abarcar las distintas realidades jurídicas plasmadas en los

²⁸ ALMUDÍ CID, J.M., El régimen antielusivo de Transparencia Fiscal Internacional, en *Fiscalidad Internacional*. Op.cit., página 1.023.

²⁹ SANFRUTOS GAMBIN, E. La transparencia fiscal internacional (TFI) en el IRPF, Op.cit., pág. 114.

³⁰ RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, E., en *Transparencia fiscal internacional*. Op.cit., pág. 176.

ordenamientos extranjeros, ello es así, porque existen entidades en otros ordenamientos, *trusts* y fundaciones, en las que el sujeto que obtiene rentas no tiene ninguna participación en el capital.

Una vez vistas la rentas que determinan la aplicación de la Transparencia Fiscal Internacional, el importe de la renta positiva a incluir en la base imponible, de una persona física o jurídica residente, se calculará de acuerdo con los principios y criterios establecidos en el TRLIS para el cálculo de la base imponible (arts. 91.6 LIRPF y 107.7 TRLIS). Se excluye, por tanto, la imputación en España de pérdidas de una filial extranjera, pues no se cumple el requisito de baja tributación, al no surgir tampoco en España obligación tributaria alguna.

Se imputará la renta positiva que provenga de cada una de las fuentes de renta vistas, de tal modo que se permite la compensación de rentas de distinto signo de la misma naturaleza.

En el caso de las personas físicas se dispone que no se imputará en la base imponible del contribuyente el impuesto de naturaleza idéntica o similar al IS, efectivamente satisfecho por la sociedad no residente por la parte de renta a incluir (art.91.3 *in fine* LIRPF), con lo que se incluirá la renta pasiva positiva después de restar el impuesto que satisfizo la entidad no residente por tales rentas. Ello es coherente, porque tales impuestos no se deducen de la cuota (art.91.8 LIRPF). A diferencia del IS, donde se debe incluir, pues se permite su deducción de la cuota (art.107.8 TRLIS).

Ahora bien, este planteamiento resulta discriminatorio en relación con el tratamiento jurídico que recibiría una persona física si hubiese obtenido directamente tales rentas en el extranjero, pues el art. 80 LIRPF permitiría la deducción de tales impuestos.

Se entenderá por renta total el importe de la base imponible que resulte de aplicar aquellos principios y criterios. Para ello, se utilizará el tipo de cambio de moneda vigente al cierre del ejercicio social de la entidad no residente (arts. 91.6 LIRPF y 107.7 TRLIS)-.

Cuando la persona física o sociedad residente proceda a transmitir su participación directa o indirecta en la sociedad instrumental no residente, la renta derivada de esta operación se obtiene por la diferencia entre el valor

de transmisión de la participación y el valor de adquisición, incrementado, en la renta positiva que, sin efectiva distribución, hubiese sido incluida en la base imponible del socio como renta de sus acciones o participaciones durante el periodo de adquisición y transmisión de la participación. Esta corrección sobre el valor de adquisición sin duda actúa como un mecanismo para evitar la doble imposición.

En el caso de que la entidad no residente tenga como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, el valor de la transmisión a computar será como mínimo, el valor teórico del último balance cerrado, una vez sustituido el valor contable de los inmuebles por el valor que resulte del impuesto sobre el patrimonio o por su valor de mercado si resulta inferior (arts. 91.9 LIRPF y 107.10 TRLIS).

5. Periodo impositivo en el que imputan las rentas

Como la aplicación de la TFI depende del cumplimiento de los requisitos en el momento del cierre del ejercicio social de la entidad no residente, la imputación se realizará en el período impositivo que comprenda dicho momento. La duración de dicho ejercicio no puede ser superior a 12 meses. No obstante, se permite a la persona física o entidad residente optar por realizar la inclusión en el período impositivo que comprenda el día en el que se aprueben las cuentas correspondientes a dicho ejercicio, siempre que no hayan transcurrido más de seis meses desde el cierre del mismo.

La opción debe manifestarse por el sujeto residente en la primera declaración de IRPF o IS en que haya de surtir efectos y debe mantenerse durante tres años (arts. 91.5 LIRPF y 107.6 TRLIS). La aplicación del criterio del devengo en el IS podría ser contrario al principio de capacidad económica del art. 31 CE «pues la norma no establece ninguna previsión destinada a reparar los indeseables efectos que para los socios derivan cuando la sociedad extranjera padece los efectos de un impago o de una

insolvencia»³¹, pues resultará gravado por una renta que nunca se ha obtenido por la entidad extranjera.

6. La corrección de la doble imposición

La TFI puede provocar dos supuestos de doble imposición: interna (por el gravamen previo de unos dividendos a su percepción) e internacional (al gravar renta que ha podido ser gravada en otro Estado).

6.1. Doble imposición interna

Para corregir la doble imposición interna, la TFI sólo establece que no se integrarán en la base imponible dividendos o participaciones en beneficios en la parte correspondiente a la parte de renta positiva que haya sido incluida en la base imponible (arts. 91.7 LIRPF y 107.8 TRLIS). Esto supone que el régimen español de la TFI se aplicará incluso cuando los dividendos se distribuyan regularmente, hecho que podría resultar no proporcionado en la UE. Sin embargo, mayores dificultades entrañan extender el mismo tratamiento a los pagos de dividendos a cuenta realizados por la entidad no residente, sobre todo si se realizan, como es posible con carácter previo al cierre del ejercicio de la sociedad no residente. Pues en este caso la TFI sería de aplicación en un periodo impositivo posterior al de inclusión en la base imponible del dividendo a cuenta, provocándose una situación de doble imposición que no encuentra solución en la normativa de TFI pues aunque afirma que «una misma renta positiva solamente podrá ser objeto de inclusión por una sola vez, cualquiera que sea la forma y la entidad en que se manifieste» (arts. 91.7 LIRPF y 107.8 TRLIS), ésta se refiere «a bases imponibles doblemente imputadas y no a supuestos en los que la renta obtenida por la entidad no residente controlada se ha integrado en la base imponible de los socios en ejercicios anteriores»³². Situación que al someter

³¹ ALMUDÍ CID, J.M., El régimen antielusivo de Transparencia Fiscal Internacional. Op.cit. pág. 1053.

³² ALMUDÍ CID, J.M., El régimen antielusivo de Transparencia Fiscal Internacional, Op.cit.,pág. 1.056.

doblemente a tributación al socio residente una renta obtenida de una sociedad extranjera sería contraria al principio de capacidad contributiva del art. 31.1 CE.

En el caso de distribución de reservas se atenderá a la designación contenida en el acuerdo social, entendiéndose aplicadas las últimas cantidades abonadas a dichas reservas. Es decir, se aplica el método LIFO.

6.2. Doble imposición internacional

La normativa de la TFI española establece una regulación distinta a la hora de corregir la doble imposición internacional según si los socios residentes que son personas físicas (contribuyentes del IRPF) o personas jurídicas (contribuyentes el IS), (arts. 91.8 LIRPF y 107.9 TRLIS).

Las personas jurídicas podrán deducir de cuota tributaria, los impuestos o gravámenes de naturaleza idéntica o análoga al IS, efectivamente pagados, en la parte que corresponda a la renta positiva incluida en la base imponible. Se consideran efectivamente satisfechos, tanto por la entidad no residente como por las sociedades en las que ésta participe, siempre que el porcentaje de participación sea igual o superior al 5%. A diferencia del régimen general del IS, el régimen de la TFI no permite trasladar a ejercicios posteriores las cantidades no deducidas por insuficiencia de la cuota, este diferente trato no se justifica y por tanto sería contrario al art. 31.1 CE³³, ya que no se podría corregir la doble imposición.

En ambas regulaciones de la TFI, la de la LIRPF y la de LIS, se permite la deducción del impuesto efectivamente satisfecho en el extranjero, en virtud de un convenio para evitar la doble imposición o de una norma interna, con motivo de la distribución de los dividendos o participaciones en beneficios, en la parte que corresponda a la renta positiva incluida con anterioridad en la base. Esta deducción se practicará aun cuando los impuestos correspondan a períodos impositivos distintos a aquél en que se realizó la inclusión.

³³ ALMUDÍ CID, J.M., El régimen antielusivo de Transparencia Fiscal Internacional, Op.cit., pág.1.058.

En ningún caso, ni en el IRPF ni en el IS, se deducirán los impuestos satisfechos en países o territorios calificados como paraísos fiscales. Si bien, esta solución es coherente con el régimen del IRPF, pues no se permite la deducción del impuesto satisfecho en el extranjero (art. 91.8 LIRPF) pues no se ha incluido en la base imponible (art.91.3 *in fine* LIRPF), sin embargo, carece de justificación en el ámbito del IS.

En efecto, una vez que resulta aplicable el TFI, su normativa (art. 107.12 TRLIS) permite al socio residente la aportación de pruebas que desvirtúen la presunción *iuris tantum* probando que el pago efectivo del impuesto es superior al 75%, si prueba su pago efectivo debería permitírsele la deducción de acuerdo con el art. 107.9 TRLIS (previa su inclusión en la base imponible del IS) o al menos, no deberá de incluirse en la base imponible, de lo contrario la regulación de la TFI podría ser contraria al art. 31.1 CE³⁴.

Como resulta obvio, las deducciones a practicar por este régimen no pueden exceder de la cuota íntegra que resulte a pagar por la renta positiva incluida en la base imponible. (arts. 91.8 LIRPF y art. 107.9 TRLIS).

7. Obligaciones formales

Los sujetos pasivos a los que les sea aplicable el régimen de la TFI deben presentar junto a la declaración del impuesto correspondiente (IRPF o IS) los siguientes datos de la entidad no residente:

- el nombre o razón social y lugar del domicilio social;
 - una relación de administradores;
 - el balance y cuenta de pérdidas y ganancias;
 - el importe de la renta positiva que deba ser incluida en la base imponible;
- y

- la justificación de los impuestos satisfechos respecto de la renta positiva que deba ser incluida en la base imponible (arts. 91.10 LIRPF y 107.11 TRLIS).

³⁴ ALMUDÍ CID, J.M., El régimen antielusivo de Transparencia Fiscal Internacional, Op.cit., pág.1.058

8. La TFI y el modelo de Convenio de la OCDE

El criterio de la doctrina española sobre la compatibilidad de la norma interna unilateral reguladora de la TFI y los convenios suscritos por un Estado para evitar la doble imposición, con base en el Modelo de Convenio de la OCDE, no es pacífica a la vista del tenor de sus arts. 7.1 y 10.5, respectivamente referidos al principio de tributación independiente de «los beneficios empresariales» de las de las entidades de las de sus socios y a la imposibilidad de gravar los beneficios de la sociedad con carácter previo a su distribución. La posición doctrinal varía en función del valor jurídico que se reconozca a los comentarios del modelo de Convenio³⁵.

Los comentarios al modelo de Convenio son favorables a la compatibilidad, así en el comentario 22.2 del art. 1 del MCOCDE afirma que «A veces se ha argumentado, basándose en una interpretación específica de las disposiciones del Convenio, tales como el apartado 1 del artículo 7 y el 5 del 10, que el citado rasgo común de las legislaciones sobre transparencia fiscal internacional (un Estado contratante grave a sus residentes por la renta atribuible a su participación en determinadas entidades extranjeras) va en contra de dichas disposiciones. Por las razones dadas en el apartado 10.1 de los Comentarios al artículo 7 y en el 37 de los Comentarios al artículo 10, la mencionada interpretación no es conforme al texto de las disposiciones. Tampoco puede mantenerse esta interpretación cuando se leen estas disposiciones en su contexto».

Sin embargo, la administración española acoge el criterio de la compatibilidad desde el inicio en una resolución de la Dirección General de Tributos de 10 de noviembre de 1995, y de manera reciente, al aprobar CDI donde se manifiesta explícitamente la compatibilidad entre ambas disposiciones³⁶.

³⁵ En contra, ALMUDÍ CID, J.M., El régimen antielusivo de Transparencia Fiscal Internacional, Op.cit., págs.1.060 y ss, GONZÁLEZ POVEDA, L. Comentarios sobre la nueva transparencia fiscal internacional. Repercusión en la actividad exterior de las sociedades españolas. Impuestos tomo II. 1995. Págs. 240 a 242.

³⁶ Así, los CDI suscritos con, Suiza (2006), Moldavia (2007), Bosnia-Herzegovina, Jamaica (2008), Trinidad Tobago, Serbia, Uruguay (2009), Albania, Armenia,

Por su parte, la propia normativa reguladora de la TFI aborda su relación con los CDI (art.91.12 LIRPF y el art. 107.13 TRLIS), considerándose aplicable sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales. En consecuencia habrá que estar a lo que dispongan estos Tratados. Hasta hace poco los CDI no se referían a esta cuestión, pero desde 2006 muchos de los convenios suscritos acogen de manera explícita su compatibilidad. La compatibilidad normativa se pone de manifiesto, tanto en el art. 107. 9 b) TRLIS como en el art. 91.8 pº1º LIRPF al hacer referencia a la deducción de los impuestos satisfechos en el extranjero «por razón de la distribución de los dividendos o participaciones en beneficios, sea conforme a un *convenio para evitar la doble imposición* o de acuerdo con la legislación interna del país o territorio de que se trate, en la parte que corresponda a la renta positiva incluida con anterioridad en la base imponible»³⁷.

La doctrina de la OCDE ha mantenido la compatibilidad de los CDI con la TFI pero siempre que se cumplan determinadas recomendaciones³⁸:

Las normas sobre TFI serían contrarias a un convenio bilateral si afectasen a actividades empresariales realizadas efectivamente en el país o territorio en el que reside la entidad afectada. Como hemos visto la TFI española cumple con este requisito, pues se refiere a las rentas pasivas y determinadas rentas empresariales que quieren erosionar la base imponible de sociedades residentes en España. En los comentarios a la versión del MCOEDE de 2003 desaparece la referencia a las actividades empresariales como restricción a la aplicación de la TFI.

Las normas TFI no deben aplicarse en relación a los países en los que el nivel de imposición es comparable al del país de residencia del contribuyente. En la identificación de un régimen privilegiado de tributación hemos visto como la TFI española incumple este requisito.

Barbados (2010) y Singapur (2011) donde se dispone que «el presente Convenio no impedirá a los Estados contratantes la aplicación de sus normas internas relativas a la transparencia fiscal internacional».

³⁷ SANZ GADEA, E., Medidas de antielusión fiscal. Documentos IEF núm. 8/09. Página 154.

³⁸ RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A. y RUBIO GUERRERO, J.J., La transparencia fiscal internacional: protocolos para su aplicación. Op.cit., pág. 146; RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, E., Transparencia fiscal internacional, Op.cit., pág. 218.

Las normas sobre transparencia fiscal internacional no respetarían los principios en los que se basan los convenios si provocan situaciones de doble imposición. La TFI española cumple parcialmente con este requisito, por el distinto régimen de deducción en la cuota aplicable en el IS y en el IRPF, pues en este último no se permite la deducción de los impuestos pagados por la entidad no residente en el extranjero, lo que si sucedería si las ingresos hubiesen sido obtenidos directamente por una persona física residente³⁹.

9. La TFI y el Derecho de la Unión Europea

La TFI puede plantear problemas de compatibilidad con el ordenamiento de la UE. En relación con el derecho originario de la UE, la TFI constituye un desincentivo, una restricción a la aportación de capitales de los sujetos residentes a entidades no residentes (por los posibles casos de doble imposición y las obligaciones formales que recaen sobre los contribuyentes residentes).

Esta restricción puede afectar tanto a la libertad de establecimiento en otros Estados miembros (si la participación del contribuyente es igual o superior al 50%, pues supone un control efectivo de la entidad) o a la libertad de circulación de capital en el seno de la UE y de terceros Estados (si la participación del contribuyente es menor al 50%, pues no hay que olvidar que el requisito del control se puede cumplir cumulativamente entre varios sujetos relacionados).

De hecho, la normativa española se ha adaptado, con distinta suerte, en dos ocasiones a las exigencias del ordenamiento de la UE indicadas por el TJUE.

La primera, como consecuencia de la STJUE de 12 de diciembre de 2002, caso *Lankhorst—Hohorst*, C-324/00, relativa a la subcapitalización, con la Ley 62/2003, en la que se establecía tanto para el IRPF⁴⁰ como el IS, que la TFI «no será de aplicación cuando la entidad no residente en territorio

³⁹ SANFRUTOS GAMBIN, E., La transparencia fiscal internacional (TFI) en el IRPF. Op.cit., pág. 140. Compárese los arts. 91.8 y 80 «deducción por doble imposición internacional» LIRPF.

⁴⁰ Redacción que se mantiene en el actual art.91.13 LIRPF.

español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal». De este modo, no se aplicaría la TFI a los Estados miembros, evitándose, sólo aparentemente, los problemas de compatibilidad con el ordenamiento de la UE. Sólo aparentemente, primero, porque las libertades de la UE se aplican también a otros Estados del Espacio Económico Europeo y la circulación de capital de la UE, se aplica también a terceros Estados, no previstos en la norma, y, segundo, por los problemas derivados de considerar reglamentariamente como paraísos fiscales a dos nuevos Estados miembros incorporados a la UE en 2004, Malta y Chipre.

Además, esta automutilación de la aplicación de la TFI española sobre las sociedades residentes en otros Estados miembros ha resultado ser excesiva pues el TJUE en su Sentencia de 12 de septiembre de 2006, asunto *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, admite con determinados requisitos la compatibilidad de las normas CFC/TFI con el ordenamiento de la UE, en concreto, con la libertad de establecimiento⁴¹.

En efecto, a pesar de que la CFC/TFI supone una restricción a la libertad de establecimiento y de circulación de capital, la misma puede resultar de aplicación en los casos de abuso o utilización fraudulenta de estas libertades, siempre que la medida adoptada esté justificada por razones imperiosas de interés general y sea proporcionada. En esta Sentencia se afirma que la constitución de una sociedad «con la finalidad reconocida de beneficiarse del régimen fiscal favorable que proporciona tal establecimiento no constituye en sí mismo un abuso (ap.38)», y, por tanto, no puede justificar la restricción de estas libertades. Tras esta afirmación se queda en un segundo plano uno de los requisitos para la aplicación de la TFI española, la identificación de territorios con un régimen fiscal privilegiado o de baja tributación. El TJUE considera que la TFI puede estar justificada «por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el

⁴¹ Planteamiento confirmado en el Auto de 23 de abril de 2008 del TJUE en el asunto *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, C-201/05.

objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional (ap.55)». El TJUE admite como criterio para valorar la proporcionalidad de la medida que existan supuestos que impidan la aplicación de la CFC/TFI, «en situaciones en las que la existencia de un montaje puramente artificial con fines exclusivamente fiscales quede excluida (ap.61)» tales como, la distribución por la sociedad controlada de la práctica totalidad de sus beneficios a una sociedad residente, circunstancia que no se toma en consideración por la TFI española, o la realización por la sociedad controlada de actividades comerciales.

El TJUE construye su teoría sobre la base de un concepto de difícil delimitación «montaje puramente artificial», que no obstante, trata de precisar este concepto jurídico, considerando que la constatación de la existencia de este montaje exige «además de un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener una ventaja fiscal», que este resulte de elementos objetivos, que indiquen que «no se ha alcanzado el objetivo perseguido por la libertad de establecimiento (ap.64)», esto es «un ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en dicho Estado por una duración indeterminada» lo que supone «una implantación real de la sociedad de que se trate en el Estado miembro de acogida y el ejercicio de una actividad económica efectiva en éste (ap.54)». Tal constatación «debe basarse en elementos objetivos y verificables por terceros relativos, en particular, al nivel de existencia física de la SEC por lo que a locales, personal y equipos se refiere (ap.67)» y debe ser apreciada por los jueces nacionales.

De tal modo, que si la TFI limita su ámbito de actuación a estos montajes puramente artificiales, sociedades filiales *fantasmas* (*letterbox*) o *pantalla* (*front*) será conforme al derecho de la UE, debiéndose descartar «cuando resulte, en función de elementos objetivos y verificables por terceros, que, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la citada SEC está implantada realmente en el Estado miembro de acogida y ejerce en él actividades económicas efectivas (ap.75)».

De la conexión entre «el objetivo perseguido por la libertad de establecimiento» y el régimen de la TFI, parece claro que la compatibilidad entre ambos se manifiesta más nítidamente en aquellos regímenes que adoptan el criterio del «*entity approach*», como el del Reino Unido. Sin embargo, esta afirmación, a mi juicio, no sería absoluta si la libertad analizada hubiese sido la de circulación del capital, donde podría tener más sentido los regímenes que adoptasen el criterio del «*transactional approach*».

Desde la perspectiva de la «libertad de establecimiento» la TFI española presentaba notables carencias⁴² al no hacer referencia a «montajes artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate (ap.51)», ni al haber sido redactada para «oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica (55 ap)». La TFI se aplica ignorando los detalles de la entidad extranjera participada, principalmente si su «constitución ha de corresponderse con una implantación real que tenga por objeto la realización de actividades económicas efectivas en el Estado miembro de acogida (ap.66)». Ni tampoco se ofrecía «a la sociedad residente, que es la mejor situada al efecto, la posibilidad de aportar elementos relativos a la realidad de la implantación de la SEC y al carácter efectivo de las actividades de ésta (ap. 70)».

Esta Sentencia provoca la segunda modificación en el régimen de la TFI, pero sólo para los contribuyentes del IS, con la Ley 4/2008, así el art. 107.15 TRLIS establece que la TFI «no será de aplicación cuando la entidad no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales».

A pesar de que la TFI española no recoge la expresión «montajes puramente artificiales», pretende cubrir con la nueva redacción del precepto

⁴² MALHERBE, J., et alli en Atribución de rentas en el caso de sociedades extranjeras controladas. Revista Española de Derecho Financiero núm. 141, Enero-marzo 2009. Pág. 155.

las deficiencias apenas enumeradas de la regulación anterior⁴³. A mi juicio, los elementos que tras esta Sentencia se añaden al ordenamiento español son más propios del «*entity approach*» aplicado en el Reino Unido y objeto de la sentencia analizada, que del «*transactional approach*» aplicado en España, y a través de ellos se pretende hacer compatible con la libertad de establecimiento la TFI española.

Este precepto establece una presunción *juris tantum* de aplicabilidad de la TFI salvo que el contribuyente residente acredite tales extremos, solventando otro de los puntos débiles de la regulación anterior. A su vez suprime, la mención a los paraísos fiscales, difícilmente sostenible en relación con Estados miembros de la UE, si bien, no hace referencia a que sucede si están en un territorio considerado paraíso fiscal (Gibraltar).

Para la actual regulación de la TFI en el IRPF, se puede entender plenamente vigente la petición de la Comisión enviada a España para que modificase ciertas normas, entre ellas las relativas a la TFI⁴⁴, que se oponen al derecho de la UE, a pesar de no resultar inicialmente de aplicación a los Estados miembros, pues, en el caso de los paraísos fiscales y del resto de Estados del Espacio Económico Europeo «la legislación española no sólo se aplica a los montajes puramente artificiales, sino también a las empresas matrices que contralan filiales que llevan a cabo actividades económicas efectivas en esos Estados miembros o territorios...».

Respecto de la compatibilidad de la TFI con el derecho derivado de la UE, en particular con la Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, el objeto de esta Directiva es eliminar la doble imposición económica respecto de los beneficios que una sociedad matriz reciba de su filial, bien mediante su exención o bien gravándolos pero permitiendo la deducción del impuesto pagado por la filial en relación con tales beneficios. La Directiva no excluye expresamente a la imputación de dividendos y su art.1.2 permite la aplicación de disposiciones nacionales para evitar fraude y

⁴³ Al respecto interesa recordar que «los comentarios de la OCDE no limitan la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional para combatir montajes puramente artificiales» SANZ GADEA, E., Medidas antielusión fiscal. Documentos del IEF. Núm. 8/09, pág. 158.

⁴⁴ De lo que da noticia la nota de prensa IP/08/342, de 28 de febrero de 2008.

abusos. Por tanto, la TFI española podría ser compatible con la Directiva pues prevé un mecanismo de deducción similar al de la Directiva en el art. 107.9 a) TRLIS⁴⁵.

Por último, indicar que la Dirección General de Tributos en su resolución de 10 de noviembre de 1995 ha entendido que el Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios entre empresas asociadas no será de aplicación cuando las «rentas obtenidas por una entidad residente en un Estado contratante sean incluidas en la base imponible de otra entidad que controla a la primera y reside en otro Estado contratante por aplicación de las normas del último Estado sobre transparencia fiscal internacional».

10. Conclusiones

El régimen español de la Transparencia Fiscal Internacional presenta grandes carencias de las que hemos dejado constancia más arriba. Algunas de estas deficiencias son intrínsecas a la propia regulación de este régimen especial como lo demuestra, la existencia de dos regímenes diferenciados para las personas físicas y las jurídicas sin un claro motivo que lo justifique. A su vez, esta realidad provoca soluciones diversas en cuanto al cumplimiento de los requisitos para la aplicación de la transparencia fiscal internacional, para la eliminación de la doble imposición internacional o para determinar su aplicación y compatibilidad con el ordenamiento jurídico de la UE. Esta regulación y las lagunas de la misma provocan situaciones contrarias a algunos principios de justicia tributaria, el de igualdad y el de capacidad económica de la Constitución Española.

Como es lógico estas circunstancias internas tienen su reflejo externo. En primer lugar, la Transparencia Fiscal Internacional provoca situaciones incompatibles con los postulados de la OCDE, y, en segundo lugar, plantean dudas sobre su viabilidad desde la perspectiva del derecho de la UE.

⁴⁵ GARCÍA HEREDÍA, A., La inversión española en la Unión Europea: Transparencia fiscal internacional, en Ed. Bosch. Págs. 358 y 359.

La respuesta del legislador español tras la STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, ha sido limitada. Si bien, no hay que olvidar que esta sentencia sólo se pronuncia sobre la compatibilidad de la regulación sobre sociedades extranjeras controladas con la libertad de establecimiento, sin pronunciarse sobre su compatibilidad con la libre de circulación de capital, como podría necesitar el análisis de la regulación española de la Transparencia Fiscal Internacional.

La respuesta del legislador español es limitada, se refiere sólo a las personas jurídicas. No regula que debe entenderse por montajes puramente artificiales. Y pretende adecuar la normativa española al Derecho de la UE estableciendo que la Transparencia Fiscal Internacional no será aplicada si el contribuyente del Impuesto sobre sociedades demuestra que la constitución y actividad de la sociedad extranjera controlada responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales, siempre que esta entidad sea residente en un Estado de la UE.

Esta solución supone dotar de una eficacia diversa en el ámbito de la UE a los tres requisitos que determinan la aplicación del régimen de la Transparencia Fiscal Internacional, pues aunque pudieran concurrir su eficacia se subordina a esta prueba. A pesar de ello, tenemos que indicar, primero, que no se han modificado en este sentido el contenido de las obligaciones formales del contribuyente, y segundo, que aunque el contribuyente es el que más fácilmente podría aportar la prueba, ello no debería impedir que los Estados miembros pudieran obtenerla a través del intercambio de información que posibilita la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad⁴⁶. Esta Directiva también podría ser utilizada para, en su caso, desvirtuar el cumplimiento de esos tres requisitos.

La respuesta del legislador, es obviamente una solución limitada pues olvida a los países del Espacio Económico Europeo, donde se aplica también la libertad de establecimiento. Tampoco, se prevé esta posibilidad en relación

⁴⁶ Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE.

con terceros países en el caso de que se tenga que determinar la compatibilidad de la transparencia fiscal internacional con la libertad de circulación.