



ESTUDIOS

■ **Las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros como instrumento de planificación fiscal**

■ **Adolfo J. Martín Jiménez**

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario Universidad de Cádiz
Miembro de la AEDAF

■ **SUMARIO:**

1. Introducción
2. La ETVE: características esenciales (art. 116 TRLIS)
3. El régimen de las rentas obtenidas por la ETVE (art. 117 TRLIS)
 - 3.1 Dividendos o participaciones en beneficios
 - 3.2 Rentas obtenidas como consecuencia de la transmisión de la participación
 - 3.3 Cláusulas antiabuso e incompatibilidades
4. La obtención de rentas por el socio o partícipe de la ETVE (art. 118 TRLIS)
 - 4.1 Distribución de beneficios por la ETVE
 - 4.2 Transmisión de la participación sobre la ETVE
5. Aplicación del régimen y peculiaridades en la constitución y gestión de la ETVE
6. Conclusiones: la ETVE como instrumento de planificación fiscal
7. Referencia bibliográfica

I. Introducción

La utilización de sociedades holding es frecuente en la práctica fiscal internacional como instrumento de planificación o de optimización de la carga fiscal, especialmente de los grupos societarios. La Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros ("ETVE") no es más que la versión española del fenómeno de las sociedades holding, o, por expresarlo en otros términos, el "producto español" destinado a captar capitales que utilicen España como puente y a competir con regímenes similares, cada vez más numerosos, que se ofrecen en otros Estados, notablemente, Holanda, Luxemburgo, Suiza, Dinamarca, Austria, o, más recientemente, por ejemplo, Australia o Irlanda.

En esencia, la ETVE no es más que un régimen especial del IS. Pero, ¿en qué radica esta especialidad? Sin perjuicio de que más tarde entremos a detallar estas reflexiones iniciales, básicamente, podríamos decir que nos hallamos ante un régimen especial en atención a la actividad que desarrolla la ETVE y a la obtención de rentas por sus accionistas o partícipes. Lógicamente, este régimen tiene especiales ventajas en relación con ciertas rentas que puede obtener la ETVE, pero las mismas no son propias y específicas de la ETVE, puesto que cualquier sociedad española podrá acceder a ellas. Sin embargo, apartándonos del dato positivo, la auténtica especialidad del régimen de las ETVEs se encuentra en que, con él, deliberadamente el legislador español pretende atraer hacia España inversiones que utilicen nuestro país como puente y este intento no sólo se limita a inversiones productivas, a actividad empresarial, sino a meras inversiones con escasa conexión e integración en nuestra economía, abriendo incluso las puertas a las inversiones desde paraísos fiscales o países con regímenes especialmente privilegiados (ya veremos cómo más adelante).

Esta especialidad del régimen de las ETVEs no ha motivado, hasta el momento, que, en el contexto del Código de Conducta de la UE en materia de fiscalidad empresarial o de las iniciativas de la OCDE en materia de competencia fiscal dañina, la ETVE sea considerada como un régimen pernicioso (a diferencia de lo que ha ocurrido en otros Estados). No obstante, el desmantelamiento desde el 1 de enero de 2004 del régimen de transparencia fiscal internacional y de subcapitalización para sociedades residentes en la Unión Europea (salvo las ubicadas en paraísos fiscales), junto con otras reformas operadas también con efectos a 1 de enero de 2004 en el art. 21 TRLIS pudieran situar a la ETVE bajo sospecha a la luz de estas iniciativas. A esta cuestión también nos referiremos más adelante.

Hecha esta introducción, en las páginas siguientes estudiaremos las tres notas definitorias del régimen de las ETVEs:

1. Características esenciales de la ETVE
2. El régimen de las rentas obtenidas por la ETVE
3. El régimen de las rentas obtenidas por los socios o partícipes de la ETVE.

2. La ETVE: características esenciales (art. 116 TRLIS)

Podrán acogerse al régimen especial las “entidades”, esto es, los sujetos pasivos del IS, normalmente sociedades anónimas o limitadas, con la excepción, por imperativo legal de las agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, las UTEs y las sociedades patrimoniales. No se exige a estos efectos que la sociedad esté formalmente constituida en España, lo cual implica que entidades constituidas en otros Estados y que trasladan a España la sede de dirección efectiva podrán acceder también al estatuto de ETVE si son consideradas como residentes en España (Resolución de la DGT de 6 de junio de 2001). Se facilitan, de esta forma, ciertas planificaciones fiscales con ETVEs doblemente residentes (como claramente pone de manifiesto la estructura que la DGT consideró en la Resolución de 12 de diciembre de 2003 para una inversión en Sudáfrica).

No obstante, la entidad que tenga el estatuto de ETVE presenta una serie de particularidades:

- Su objeto social debe comprender “la actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español”. Este objeto social no es exclusivo ni primordial por lo que cualquier sociedad de capital podrá ser una ETVE, o por decirlo en otros términos, la ETVE, además de la tenencia de acciones o participaciones en empresas extranjeras, podrá realizar otras actividades. Esta característica permite que, por ejemplo, la ETVE tenga un establecimiento permanente en otra jurisdicción que realice otras actividades (v.gr: comercialización, financiación etc.) con un régimen especialmente ventajoso cuando tales rentas estén exentas en España (mediante Convenio para la Eliminación de la Doble Imposición o por aplicación de la legislación interna). Tampoco otras actividades que realice la ETVE plantearán problema alguno (v.gr: tenencia de participaciones en sociedades españolas o en sociedades extranjeras que no tengan las características definidas en el art. 21 TRLIS).
- La gestión debe realizarse “mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales”. Éste es uno de los requisitos más problemáticos por su indefinición y porque el incumplimiento del mismo puede hacer que sociedades cuyo único activo sean participaciones en entidades no residentes en España caigan en el régimen de sociedades patrimoniales. La doctrina de la DGT ha contribuido a aclarar este requisito. Especialmente ilustrativa es la Resolución de 22 de mayo de 2002 no porque establezca una doctrina especialmente novedosa, sino, más bien, por el supuesto de hecho en relación con el cual la DGT dio su contestación: el único fin de la entidad consultante es la tenencia del 60 por 100 del capital social de una sociedad residente en Brasil (sin perjuicio de que en el futuro adquiera más participaciones en otras sociedades) y, por tanto, su actividad de gestión y administración de la participación es mínima, haciéndose únicamente las necesarias reuniones del Consejo de Administración con la periodicidad conveniente, y en lo que se refiere al aspecto administrativo, dicho servicio lo presta una entidad que tiene el 50 por 100 de la consultante”.

La contestación de la DGT ante esta “mínima sustancia” de la consultante fue la reiteración de su ya tradicional doctrina en el sentido siguiente: “Para aquellas entidades cuyo

único activo esté constituido por participaciones en el capital de otras entidades, tanto el art. 75.I LIS [actual art. 61.I TRLIS], a efectos del régimen de transparencia fiscal como el art. 129 [actual art. 116 TRLIS], a efectos de la aplicación del régimen de las ETVE, requieren, al menos, una mínima actividad consistente en la gestión y administración de los valores poseídos, la cual incluiría todas aquellas actividades colaterales derivadas del cumplimiento de su objeto social, como pueden ser las de carácter administrativo consecuencia de las obligaciones contables, mercantiles y fiscales a las que esté sujeta. Para ello se ha de disponer de la correspondiente organización empresarial, la cual resultará apreciable en la medida en que se disponga de medios materiales y personales adecuados para tomar las decisiones necesarias en orden a la correcta administración de las participaciones. La entidad tendrá que tener la organización correspondiente no para controlar la gestión de la entidad participada sino para ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones derivadas de la condición de socio, así como tomar las decisiones relativas a la propia participación. Puede entenderse que existen medios personales adecuados, a estos efectos, cuando algún miembro del Consejo de Administración se ocupe asimismo de la gestión ordinaria de la entidad, medios que se considerarán suficientes si con su actividad se lleva a cabo la dirección y gestión de las participaciones. Lo importante a estos efectos será que algún miembro de aquél se ocupe de la gestión ordinaria de la entidad consultante, mediante la adecuada administración de las participaciones poseídas, sin perjuicio de que esta gestión no implique, en sí misma y a efectos del IS, el desarrollo de una actividad empresarial. Por el contrario, si la gestión y administración de las participaciones o las actividades meramente administrativas derivadas del desarrollo de su objeto social, se realizan por medios ajenos a la consultante, se entendería incumplido ese requisito y por tanto no podría aplicarse el régimen de las ETVE". La Resolución DGT de 31 de marzo de 2004, desarrolla esta idea para concluir que este requisito se incumplirá si la gestión y administración de las participaciones o las actividades meramente administrativas derivadas del desarrollo de su objeto social se realizaran por medios ajenos a la ETVE "en su totalidad o bien parcialmente cuando dichos medios tienen atribuidas las facultades de gestión y administración de valores".

En realidad, parece que la DGT exige una estructura mínima que se concreta en (1) dirección y gestión de la participación (no de la filial) con una estructura que, simplemente, permita el ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a la condición de socio o partícipe, es decir, bastaría con un consejo de administración que tome las decisiones relativas a la participación y cumpla las obligaciones propias de la sociedad (administrativas, contables, fiscales etc.); (2) no se permitirá la aplicación del régimen de ETVEs cuando la gestión y administración de la participación se realizaran, total o parcialmente, por medios ajenos a la consultante; la DGT parece admitir, tras la consulta de 31 de marzo de 2004, que las actividades administrativas se realicen con medios externos a la ETVE, siempre y cuando las actividades de gestión y administración de las participaciones se realicen con medios internos.

En realidad, debe tenerse en cuenta que los medios materiales y personales que necesita una holding pura para el desarrollo de su actividad son mínimos, por lo que es fre-

cuenta encontrar que una empresa de “outsourcing” proporciona los medios materiales y humanos necesarios (una práctica habitual en otras jurisdicciones con regímenes holding). Queda claro que la DGT admite que estas empresas presten los servicios administrativos (declaraciones, contabilidad etc) de la ETVE, pero, sobre todo tras la consulta de 31 de marzo de 2004, parece que no se admite que la dirección y gestión de las participaciones esté atribuida a tales empresas externas, total o parcialmente. Probablemente, la entrada en el Consejo de Administración de profesionales de estas entidades haría que el cumplimiento de la doctrina de la DGT no presente, al menos formalmente, demasiados problemas (estructuras de este tipo son habituales en países como Holanda, Luxemburgo, Dinamarca etc. donde las sociedades holding, en muchos casos, son administradas por empresas de servicios, por lo que un ataque a ETVEs con menos sustancia determinaría una huida de capitales a estos países). Otra cuestión será si, especialmente, tras el desarrollo de la doctrina de la OCDE en materia de sede de dirección efectiva, ETVEs (o sociedades holding de otros Estados) de este tipo podrían ser consideradas residentes también en el país de procedencia de los inversores.

- El capital de la ETVE debe estar representado en valores “nominativos”, esto es, se excluyen los valores al portador; todo ello con la finalidad de garantizar una cierta transparencia a la ETVE y que el régimen no pueda ser calificado como “dañino o pernicioso” en las iniciativas en materia de competencia fiscal que están desarrollando la Unión Europea y la OCDE. Este requisito determinará que ciertos sujetos pasivos del IS (v.gr. fundaciones, Cajas de Ahorro, fondos de inversión¹) no puedan ser en sí mismos ETVEs, pero sí que podrán constituir una ETVE (a esta conclusión llegó, con respecto a las Cajas de Ahorro, la Resolución de la DGT de 21 de diciembre de 2000).

3. El régimen de las rentas obtenidas por la ETVE (art. 117 TRLIS)

Desde el punto de vista de las rentas obtenidas por la ETVE, la especialidad del régimen se limita a reconocer la exención a efectos del IS de los dividendos o participaciones en beneficios y plusvalías obtenidas por la transmisión de participaciones que cumplan, con alguna especialidad menor, los requisitos del art. 21 TRLIS. Por consiguiente, desde la perspectiva de las rentas percibidas u obtenidas por la ETVE, más que ante un régimen especial, nos encontramos con un régimen general, pues existe una remisión explícita al art. 21 TRLIS (la especialidad, como veremos, se centra en algún detalle concreto) e implícita al resto de las disposiciones generales de la LIS (v.gr. normas sobre correcciones de valor del art. 12, las reglas de valoración del art. 15, las normas sobre operaciones vinculadas del art. 16 LIS etc).

Veamos, pues, cuáles son las condiciones que establecen los 21 y 117 TRLIS para eximir del IS ciertas rentas en sede de ETVE.

¹ Las sociedades y fondos de capital-riesgo tienen un régimen muy similar al propio de las ETVEs en los art. 55 a 56 TRLIS, por lo que no necesitan aplicar el régimen de ETVE.

3.1. Dividendos o participaciones en beneficios

3.1.1. Requisitos para beneficiarse del método de exención para dividendos o participaciones en beneficios

1. Porcentaje de participación: El porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o los fondos propios de la entidad no residente debe ser, al menos, del 5 por 100 o, y ésta es la única especialidad para las ETVEs en esta materia, el valor de adquisición de la participación sea superior a 6 millones de euros, aunque no alcance el 5 por 100 (el valor de adquisición se determinará de conformidad con la norma de valoración 8ª del Plan General de Contabilidad). Esta especialidad en sede de ETVE tiene por finalidad permitir o facilitar la inversión de la ETVE en sociedades cotizadas en mercados de valores extranjeros.

La LIS requiere la participación en el “capital o los fondos propios” (siendo indiferentes las participaciones en los resultados o los derechos de voto), lo cual ha planteado algún problema en la consideración de participaciones híbridas que, en algunos Estados, tienen un tratamiento tributario similar al propio de los préstamos y no de los dividendos, pero que, desde la óptica española, pueden ser calificados como participaciones de capital. A nuestro juicio, la calificación española debe ser, probablemente, la que prime a estos efectos (o la que la Administración tenga en cuenta). No nos estamos refiriendo con ello a los préstamos participativos, con respecto a los cuales la Resolución de la DGT de 16 de febrero de 2001 ya dejó claro que no podrán beneficiarse del art. 20 bis LIS. También se plantean dudas en relación con participaciones en sociedades de personas, “partnerships”, pues si cumplieran el resto de los requisitos, en particular, el requisito de sujeción a un “impuesto idéntico o análogo” y se encontraran gravadas por el IS, podría argumentarse que a los beneficios que recibía la ETVE de este tipo de entidades se les aplicará la exención del art. 21 LIS. No hay que desconocer que tanto en el art. 21 como en el art. 117 TRLIS se hace referencia a la participación en el “capital o los fondos propios”, expresión que parece querer vincular la participación en la entidad extranjera a la forma capitalista de la sociedad. En este punto, sin embargo, nos parece que existe una falta de coordinación con el régimen de atribución de rentas del art. 6 TRLIS y 88 y siguientes TRLIRPF: si la entidad extranjera no está dentro del ámbito de aplicación del régimen de atribución de rentas y se encontrara sujeta a imposición en su Estado de residencia sin ser una entidad capitalista no hay razón para excluir a los beneficios distribuidos por esta entidad del régimen del art. 21 TRLIS.

Con respecto a la participación indirecta en filiales de segundo o ulterior nivel, el porcentaje de participación deberá ser del 5 por 100 salvo, y esta es una especialidad para las ETVEs, que dichas filiales reúnan las circunstancias a que se refiere el art. 42 Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades con la entidad extranjera directamente participada y formulen estados contables consolidados². La especialidad en

² Las circunstancias a las que se refiere el art. 42 Código de Comercio son alguna de las siguientes: a) que una sociedad que es socio de otra posea la mayoría de los derechos de voto de la segunda; b) que tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) que pueda disponer, en virtud de acuerdos con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto; d) que haya nombrado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración que desempeñan su cargo en el momento que deban formularse cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

sede de ETVEs es importante, puesto que permite la aplicación del régimen con respecto a rentas procedentes de filiales de segundo grado incluso cuando la ETVE no alcanza el umbral del 5 por 100 de participación indirecta en el capital de esta última (basta con que la filial de segundo grado forme parte del grupo de sociedades de la subholding controlada por la ETVE y ambas consoliden sus cuentas).

2. Tiempo de tenencia de la participación: La participación correspondiente se deberá mantener de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo, pudiendo tener en cuenta en dicho cómputo el período en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que reúnan las circunstancias a que se refiere el art. 42 Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades (con independencia de que exista o no obligación de formular estados contables consolidados, según aclara la Resolución de 29 de enero de 1999). Con respecto a este último punto se plantea la cuestión de si, a efectos de cumplir el plazo del año, debe o no tenerse en cuenta el período de tiempo que la participación aportada a la ETVE haya sido mantenida por una persona física. Ciertamente, la redacción literal del art. 21.1.a) TRLIS se refiere a "entidades", lo cual, en principio, excluiría a las personas físicas. No obstante, no debe olvidarse que, de conformidad con las normas mercantiles (art. 42.7 Código de Comercio), también una persona física puede actuar como cabecera de un grupo consolidado, por lo que, una interpretación más ajustada a la finalidad del precepto (facilitar la constitución en España de sociedades holding) y que garantice una simetría con el art. 119 TRLIS debiera conducir a que también se compute, en sede de ETVE, el período de tenencia por la persona física a efectos de completar el año necesario para aplicar la exención.

Una vez alcanzado el umbral del 5 por 100 está claro que las sucesivas participaciones adquiridas no están afectadas por el período de un año. Ahora bien, qué ocurre con el valor de adquisición de 6 millones de euros, ¿debe o no mantenerse durante un año anterior o posterior a la adquisición de la participación? Probablemente, sea razonable exigir el mantenimiento de la participación durante un período de un año (Res. DGT de 19 diciembre 2001) sin que sea necesario que mantenga el valor la participación en ese período: es decir, el cómputo del período comienza en el momento en el que se adquiere una participación superior a 6 millones de euros, sin perjuicio de que si, por ejemplo, a los seis meses la filial distribuyera dividendos y el valor de la participación descendiera por debajo del umbral mínimo este descenso de valor sea irrelevante siempre y cuando se mantenga la participación hasta completar el año.

Por último, es importante subrayar que la Resolución de la DGT de 5 de marzo de 2000 también admitió la aplicación de la exención si la ETVE enajena una participación con una antigüedad inferior al año (la participación de una subholding creada por la ETVE) cuando los activos subyacentes (participaciones) aportados a la subholding habían sido mantenidos por la propia ETVE o por las sociedades de su grupo durante un período superior al año.

3. *Realización de actividades empresariales*: La renta de la filial de la ETVE debe proceder de la realización de actividades empresariales en el extranjero en los términos previstos en el art. 21.1.c) LIS. El propio párrafo c) concreta la tipología de rentas que son susceptibles de calificarse como “rentas empresariales” que generarán dividendos exentos en España. En efecto, este requisito se considerará cumplido cuando al menos el 85 por 100 de los ingresos del ejercicio correspondan a:

a. Rentas empresariales en sentido estricto obtenidas en el extranjero y definidas en el art. 21.1.c).1º): La redacción de este párrafo es un tanto equívoca, puesto que expresamente menciona y define como actividades empresariales el comercio al por mayor, los servicios, las actividades crediticias o financieras y las aseguradoras o reaseguradoras. Sin embargo, la enumeración que hace este párrafo es a los efectos de determinar cuándo ciertas rentas se consideran realizadas en el extranjero, no para fijar el concepto de renta empresarial, es decir, el dato relevante es, más bien, que se trate de rentas no sometidas al régimen de transparencia fiscal internacional del art. 107 TRLIS³. Por consiguiente, el 85 por 100 de los ingresos del ejercicio de la filial o del EP debe proceder de rentas obtenidas en el extranjero y que no estén comprendidas entre aquellas rentas a las que podría resultar de aplicación el régimen de transparencia fiscal internacional.

La delimitación negativa del concepto actividades empresariales (por referencia a las rentas no incluidas en el régimen de transparencia fiscal internacional) es especialmente interesante, pues determinadas rentas pasivas (v.gr. cánones por explotación de propiedad industrial o intelectual, derechos de imagen, ciertas actividades financieras en sentido amplio, ciertas actividades de arrendamiento etc.) obtenidas a través de una filial situada en el extranjero podrán beneficiarse del régimen de exención en España en cuanto que no sean rentas sometidas al régimen de transparencia fiscal internacional.

Por otra parte, la exigencia de la no obtención en España de la renta empresarial permite un cierto juego incluso en relación con actividades con una fuerte vinculación con España. En primer lugar, es preciso tener en cuenta que, el art. 21.1.c) TRLIS presume obtenidas en el extranjero las rentas procedentes de ciertas actividades. Si tomamos una de ellas, por ejemplo, el comercio al por mayor, observaremos que la renta se entiende obtenida en el extranjero cuando los bienes “sean puestos a disposición de los adqui-

³ Esto es, no son renta empresarial a los efectos del art. 21 y 22 TRLIS la renta positiva de la filial que proceda de la titularidad de inmuebles rústicos o urbanos o derechos reales sobre los mismos, salvo que estén afectos a una actividad empresarial o cedidos en uso a entidades del mismo grupo; los derivados de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad y cesión a terceros de capitales propios, con ciertas excepciones; las actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios, excepto las directamente relacionadas con actividades de exportación, con personas o entidades residentes en territorio español y vinculadas en cuanto determinen gastos deducibles en dichas entidades residentes, aunque tales rentas no se incluirán cuando más del 50 por 100 de los ingresos del establecimiento permanente procedan de operaciones con personas o entidades no vinculadas (se entenderán incluidas en este supuesto las procedentes de la cesión a terceros de capitales propios cuando el cedente y el cesionario pertenezcan a un grupo de sociedades y los ingresos del cesionario procedan al menos en un 85 por 100 de la realización de actividades empresariales); la transmisión de los bienes y derechos relativos a la titularidad de inmuebles o participaciones en sociedades que genere rentas (habrá que tener en cuenta que el artículo prevé importantes excepciones que podrían determinar la exclusión de la renta del régimen de transparencia fiscal internacional y, por consiguiente, su inclusión en el régimen de rentas empresariales del art. 21 y 22 TRLIS).

rentes en el país o territorio en el que resida la entidad participada [o se encuentre el EP] o cualquier territorio distinto del español, siempre que las operaciones se realicen a través de la organización de medios personales y materiales con que cuente la entidad participada". Pues bien, se considerará, de conformidad con la Resolución DGT de 22 de enero de 2004, que la renta se obtiene por la filial o el EP en el extranjero cuando la entrega de los bienes se realice en el extranjero, esto quiere decir que la entidad compradora puede, perfectamente, ser española pero la única condición exigible para obtener el beneficio de la exención será que la entrega se realice en el extranjero. En el caso de servicios y de actividades crediticias y financieras, el hecho de que se opere con entidades españolas significará únicamente que no se aplica la presunción del art. 21.1.c) TRLIS, pero, mientras no caiga la renta en transparencia fiscal internacional, será renta empresarial a los efectos de este artículo.

Es también interesante, a efectos de planificación, el hecho de que, si la filial de la ETVE obtiene rentas procedentes de paraísos fiscales o susceptibles de ser calificadas como rentas sometidas al régimen de transparencia fiscal internacional o incluso que proceden del territorio español, en este caso, los dividendos que distribuya la filial o las rentas que obtenga el EP estarán exentos en España siempre y cuando, en el ejercicio, no superen el umbral del 15 por 100 de ingresos de la filial extranjera o el EP ubicado en el extranjero. Aunque esta interpretación fue puesta en duda por algún autor (SANZ GADEA (2001), p. 61), la DGT en la Resolución de 16 de marzo de 2001 la admitió para el supuesto de una sociedad española que participaba en otra sociedad danesa que, a su vez, participaba en una sociedad española y una sociedad residente en Hong-Kong (paraíso fiscal del RD 1080/1991).

Puede plantearse, por otra parte, cuál es el efecto sobre este artículo de la modificación que realizó la Ley de Acompañamiento a la Ley de Presupuestos 2004 (Ley 62/2003, de 30 de diciembre) sobre el régimen de transparencia fiscal internacional con efectos a 1 de enero de 2004 y según la cual ahora el art. 107 TRLIS excluye la aplicación de este régimen a entidades residentes en la Unión Europea, salvo que se trate de paraísos fiscales. En nuestra opinión, la modificación no tiene ningún efecto sobre el art. 21 TRLIS: aunque el régimen de transparencia fiscal internacional no se aplique a las participaciones que una entidad española tenga en sociedades residentes en la Unión Europea, el requisito de las rentas empresariales no está referido a la efectiva aplicación a la filial del régimen de transparencia fiscal internacional sino a la obtención de la filial, en su caso, de rentas que, si se dan otras condiciones conjuntamente, podrían desencadenar la aplicación del citado régimen.

- b. Dentro de las rentas susceptibles de ser calificadas como empresariales a los efectos del art. 21 TRLIS también se incluyen los dividendos o participaciones en beneficios respecto de las cuales la ETVE tenga una participación indirecta que cumpla los requisitos de porcentaje y antigüedad previstos en la letra a) del art. 21.1 cuando los referidos beneficios y entidades cumplan, a su vez, los requisitos establecidos en las demás letras del art. 21 TRLIS (o en el art. 117 TRLIS). Asimismo, las rentas derivadas de la transmisión de la participación en dichas entidades no residentes, filiales de segundo grado de la ETVE,

cuando se cumplan los requisitos que luego mencionaremos, se encuentran también exentas.

En relación con este tipo de rentas surge una problemática interesante: ¿qué ocurrirá si la participada de segundo grado reside en un territorio calificado como paraíso fiscal u obtiene rentas susceptibles de ser incluidas en el régimen de transparencia fiscal internacional? Algún autor (LÓPEZ RIVAS, 2003) ha manifestado que el requisito de la residencia de la filial o de la actividad económica debe ser trasladado a las filiales de segundo grado. En nuestra opinión, sin embargo, desde el momento en que el 85 por 100 de los ingresos del ejercicio de la filial de primer grado procedan de actividades empresariales, nada obsta para que ésta obtenga el 15 por 100 de su renta en forma de dividendos procedentes de entidades residentes en paraísos fiscales o de rentas sometidas al régimen de transparencia fiscal internacional (de fuente española o extranjera). Los dividendos (o plusvalías en su caso) a los que se refiere el art. 21.1.c).2º TRLIS son rentas que pasan a engrosar el cómputo del 85 por 100, pero nada obsta para que también la filial de primer grado obtenga rentas que no son susceptibles de ser incluidas en ese cómputo y, mientras no superen el porcentaje del 15 por 100 de los ingresos de la filial o del EP, no se estará incumpliendo el requisito relativo a la realización de actividades empresariales de la filial.

Por último, debemos subrayar que, en el caso de una subholding de una ETVE española, la Resolución de la DGT de 14 de septiembre de 2004 ha reconocido que se aplica la exención del art. 21 TRLIS en sede de ETVE a las distribuciones de la prima de emisión que realiza la subholding (se daba la particularidad, en este supuesto, de que no existía depreciación de la participación en la subholding puesto que la distribución de la prima de emisión, con disminución de los fondos propios de la subholding, se compensaba por el aumento de los beneficios obtenidos por las sociedades controladas por ésta).

- c. A los efectos de la aplicación del art. 21.1.c) TRLIS, en el caso de distribución de reservas por la filial se atenderá a la designación contenida en el acuerdo social y, en su defecto, se considerarán aplicadas las últimas cantidades abonadas a reservas.

4. *Sujeción a un impuesto idéntico o análogo*: La entidad participada por la ETVE debe haber sido gravada por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades español, en los términos definidos en el art. 21 TRLIS, y no ser residente en un territorio calificado como paraíso fiscal por la legislación española (según el listado del Real Decreto 1080/1991). El art. 21.1.b) LIS aclara qué debe entenderse por impuesto de naturaleza comparable ("idéntica o análoga"): "se tendrán en cuenta aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición sobre la renta obtenida por la entidad participada, siquiera sea parcialmente, con independencia de que el objeto del tributo lo constituya la propia renta, los ingresos o cualquier otro elemento indicativo de aquélla". El requisito del "impuesto comparable" que ahora comentamos ha sufrido modificaciones de importancia desde el 1 de enero de 2004 como consecuencia la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (Ley de Acompañamiento a la Ley de Presupuestos 2004), de tal forma que, en el momento actual, es preciso distinguir entre dos tipos de situaciones:

a) *Concepto de impuesto comparable vigente hasta el 31 de diciembre de 2003 y, posteriormente, aplicable en situaciones de inexistencia de Convenio para la Eliminación de la Doble Imposición con cláusula de intercambio de información*: Con anterioridad al 1 de enero de 2004, el requisito del impuesto comparable que es necesario cumplir a efectos de la aplicación de las exenciones que comentamos, descansaba sobre dos presupuestos: (1) el impuesto pagado por la filial en el extranjero se debía ajustar a la definición que hemos visto de impuesto idéntico o análogo; (2) se presumía cumplido el requisito, salvo prueba en contrario, cuando la entidad residía en un Estado que tenga con España un Convenio para la Eliminación de la Doble Imposición ("CDI" en adelante) y el CDI resulte aplicable a la entidad y contenga una cláusula de intercambio de información (como es sabido, todos los CDIs españoles excepto el suizo, si bien este último está en fase de revisión, aunque algunos de ellos contienen cláusulas menores de naturaleza bastante restrictiva). La modificación que realizó la Ley de Acompañamiento a la Ley de Presupuestos de 2004, con efectos a partir del 1 de enero de 2004, afectó únicamente al segundo presupuesto, esto es, a los casos en los que exista un CDI con el Estado de ubicación del EP o situación de la filial, pero no supuso variación alguna sobre el concepto de "impuesto comparable" que la norma viene exigiendo desde sus orígenes.

Es decir, tanto antes del 1 de enero de 2004 (para casos en los que existiera CDI o no) como ahora (sólo para supuestos donde no exista CDI con las características que hemos referido o éste no resulte de aplicación), la determinación de la noción de "impuesto idéntico o análogo" tiene una gran importancia para aplicar el beneficio de la exención que estamos comentando, si bien, en la actualidad, la trascendencia práctica de la definición es menor en los casos de países con CDI con España. Por estas razones, es preciso que repasemos la doctrina de la DGT sobre la noción de impuesto comparable al IS español elaborada con anterioridad al 1 de enero de 2004.

Hay que destacar que bajo la vigencia de la normativa anterior (art. 29 bis y 30 bis LIS), la Dirección General de Tributos se mostró especialmente inflexible a la hora de interpretar cuándo un impuesto podía ser comparable al español. Así, la Resolución de la DGT de 27 de julio de 1999 interpretó que no se daba el requisito de la comparabilidad en relación con una sociedad francesa, filial de otra española, que se beneficiaba en sus primeros años de existencia de unas vacaciones fiscales y la Resolución de la DGT de 8 de junio de 1999 consideró que, para una sociedad uruguaya, se cumplía el requisito de la comparabilidad aunque en este país no se gravaran las rentas extranjeras porque, *en el caso concreto*, las rentas extranjeras no incidían en el resultado de la filial. Es decir, el criterio de la DGT se deslizaba hacia comparaciones de carácter cuantitativo, basadas en el impuesto efectivamente soportado, en los casos planteados, en el Estado de residencia de la sociedad filial. Al margen de que tales interpretaciones no parecían muy conformes con la literalidad y función de los artículos interpretados (art. 29 bis y 30 bis LIS), esta materia aparece regulada de forma distinta en la legislación actualmente en vigor.

En la regulación surgida del Real Decreto-Ley 3/2000, convalidada por la Ley 6/2000 (los art. 20.bis y 20.ter LIS, actuales art. 21 y 22 TRLIS), ya no se hace, como ocurría ante-

riormente, referencia a los “impuestos comparables”, expresión que ha sido sustituida por “impuesto de naturaleza idéntica o análoga” acompañada de una definición de tales impuestos, como hemos visto, especialmente flexible. No obstante, la doctrina de la DGT se ha encargado, a nuestro juicio de forma no compatible con el tenor literal de la norma, de precisar el concepto de “impuesto de naturaleza idéntica o análoga” en varias resoluciones relativas al art. 20.bis LIS o al art. 20.ter LIS (actuales art. 21 y 22 TRLIS, mantenemos en el comentario a las resoluciones la numeración original). La doctrina administrativa sobre esta cuestión se puede resumir como sigue:

- Resolución de la DGT de 21 de diciembre de 2000: La DGT no aclaró si el impuesto sobre sociedades uruguayo (como es sabido, de carácter territorial) era comparable con el español porque “el contribuyente no proporcionó información suficiente” y, en consecuencia, la DGT no estaba en condiciones de conocer si cumplía todos los requisitos necesarios para beneficiarse del art. 20.bis LIS.
- Resolución de la DGT de 13 de febrero de 2001: Interpretó que el impuesto egipcio sobre sociedades es comparable con el español después de analizar los elementos esenciales del mismo (hecho imponible, base imponible, tipo y deducciones). La DGT señaló que no había en el impuesto ninguna deducción, crédito o bonificación extraña a la naturaleza de impuesto sobre la renta en el impuesto sobre sociedades egipcio, por lo que ambos impuestos, el egipcio y el español, eran comparables.
- Resolución de la DGT de 30 de octubre de 2001: La DGT resolvió que el art. 20.bis LIS era aplicable a las distribuciones realizadas por una Limited Liability Company (LLC) estadounidense a una sociedad española porque la LLC está sujeta a un régimen especial análogo a otros que existen en España (transparencia fiscal, atribución de rentas) y la renta de esta sociedad está sujeta a un impuesto análogo o idéntico al español en el nivel de los socios. Ya bajo el régimen vigente con anterioridad al Real Decreto-Ley 3/2000, la DGT había mantenido que se aplicaba el régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros a las rentas obtenidas como consecuencia en una participación en una LLC estadounidense con argumentos prácticamente idénticos (Resolución de la DGT de 1 de marzo de 2000).
- Resolución de la DGT de 26 de abril de 2002: Se ocupó, en esta ocasión, la DGT de la aplicación del art. 20.bis LIS a una sociedad española con participaciones en filiales chilenas. La DGT aclaró que el requisito del impuesto “idéntico o análogo” implica que la renta sea gravada en el extranjero, incluso si se encuentra gravada por un impuesto que no emplea los ingresos como referencia (“un impuesto indiciario, evidentemente alejado de la naturaleza personal del IS y más parecido a un impuesto de producto puede entrar en el análisis comparativo, siempre que el efecto final de dicho impuesto sea gravar efectivamente la renta de la entidad participada”). Según la DGT, el requisito del impuesto idéntico o análogo tiene como referencia el impuesto que sería exigido en España en relación con una sociedad de las mismas características, aunque ello no implica que el tipo efectivo en el extranjero y el español tengan que ser idénticos. En consecuencia, en opinión de la DGT, alguna imposición en el extranjero resulta necesaria, y esto es así porque el principal propósito del art. 20.bis LIS es

la eliminación de la doble imposición. Por ello, continúa la DGT, no se puede conceder una exención si no ha existido imposición alguna en el extranjero. La misma doctrina se repite en la Resolución de 6 de mayo de 2002, esta vez, en relación con una filial localizada en Cuba.

- Resolución de la DGT de 4 de diciembre de 2002: Se plantea a la DGT la posibilidad de beneficiarse del régimen de exención para los dividendos remitidos por una filial localizada en Costa Rica y las futuras rentas derivadas de la transmisión de la participación siendo Costa Rica un Estado con una imposición territorial. La DGT repitió su doctrina anterior (necesidad de gravamen de la renta) y, en este caso, apuntó una diferencia fundamental entre el impuesto sobre sociedades costarricense y el español en el sentido de que el impuesto costarricense grava únicamente la renta de fuente costarricense, no se gravan los ingresos de fuente extranjera (sistema territorial de tributación). La consecuencia fundamental que extrae de este dato la DGT es que “las rentas que la filial constituida en Costa Rica obtenga fuera de este país pueden no haber soportado ninguna tributación en el momento de ser transferidas a la matriz española en forma de dividendos o plusvalías, con lo cual no debería ser de aplicación el método de exención del art. 20 bis que... es incompatible con la ausencia de gravamen en origen”. Para la DGT el método de exención se aplicará sólo a las rentas sujetas efectivamente a tributación en Costa Rica porque, en otro caso, se abrirían “importantes posibilidades de una planificación fiscal interesada”. La DGT analiza, además, el caso en el que la filial costarricense pudiera tener un establecimiento permanente en el extranjero cuyas rentas en el tercer estado estuvieran sometidas a impuestos idénticos o análogos al español, tampoco en este supuesto considera la DGT que estén exentos vía art. 20 bis LIS los dividendos y plusvalías procedentes de las rentas obtenidas por el EP y no gravadas en Costa Rica.
- La Resolución de la DGT de 16 de septiembre de 2003 consideró como impuesto comparable al español el impuesto soportado por un EP en Guatemala consistente en aplicar un 5 por 100 sobre el importe bruto de las facturas emitidas a empresas guatemaltecas. Es decir, un impuesto con carácter completamente distinto al español (grava el importe bruto obtenido y a un tipo mucho más reducido que el español) se ha considerado como comparable.
- La Resolución de la DGT de 30 de diciembre de 2003, relativa a la participación en una sociedad marroquí por parte de una española, concluye que lo decisivo a los efectos del cumplimiento del impuesto comparable es que exista tributación efectiva de la sociedad marroquí, por mínima que sea. De ello, la DGT deduce que la tributación a tipo 0 por el impuesto sobre sociedades marroquí determinará el incumplimiento del requisito en el sentido de que la filial haya estado gravada por un impuesto idéntico o análogo al IS español. Las razones, según la DGT, son las siguientes: “en la medida en que el beneficio de la sociedad participada no resulte gravado al aplicar un tipo cero, no hay una tributación efectiva y, lógicamente, no existe doble imposición en relación con el dividendo obtenido por la sociedad española”, por lo que, concluye la DGT, “no podrá aplicarse la exención, porque tales rentas quedarían sin tributar”

(repárese que, a partir de 1 de enero de 2004, las consecuencias, como explicamos más abajo, para este supuesto cambian radicalmente).

Esta doctrina de la DGT, a partir de 1 de enero de 2004 mantiene su eficacia en relación con países con los que España no tenga CDI con cláusula de intercambio de información e incluso en relación con entidades residentes en un país con el que España tenga el CDI pero que, por la razón que sea, no puedan beneficiarse del mismo porque no les resulte de aplicación.

A primera vista, la doctrina de la DGT sobre el requisito del impuesto “idéntico o análogo” no es ni un modelo de coherencia ni muestra un especial apego al texto de la Ley, si bien puede estar justificada por diversas razones. El art. 21, e igualmente el 22, TRLIS (antiguos art. 20.bis y 20.ter LIS) no exigen en ningún momento una tributación efectiva de la renta obtenida por la sociedad filial o el EP situados en el extranjero: no es lo mismo que sea *la entidad* quien esté gravada por un impuesto idéntico o análogo como requiere el art. 21 TRLIS que exigir, como hace la DGT, que sea *la renta* que obtiene la entidad el objeto del gravamen idéntico o análogo, pues esto último supone una extralimitación en las funciones de interpretación de la norma y en modo alguno viene exigido por el tenor literal del precepto.

Al margen de las críticas, el propósito de la DGT con esta doctrina sobre el impuesto comparable es, probablemente, doble. Por un lado, la DGT ha intentado cerrar algunas vías de planificación abiertas con la regulación del requisito del impuesto comparable, como eran la combinación de una entidad española con una sociedad extranjera (o incluso un EP) localizada en un estado que aplique un sistema territorial de imposición cuando la sociedad filial (o el EP) obtenga la totalidad o la mayor parte de sus rentas fuera del país de localización. Por otro, la DGT, con esta doctrina, podía estar intentando que el régimen de exención de la LIS y, por ende, el régimen español de sociedades holding (Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros) no fuera calificado como “dañino o pernicioso” dentro de las iniciativas de la OCDE en materia de competencia fiscal dañina o del Código de Conducta dentro de la Unión Europea. En definitiva, la DGT, con esta doctrina sobre el impuesto comparable, está tratando de situar al régimen español fuera de las medidas calificadas como perniciosas en el marco OCDE o europeo, eliminando cualquier atisbo de “incentivo fiscal” en las mismas. Es decir, la DGT trata de asegurar que el artículos 21 TRLIS (y, en consecuencia, también el art. 22 TRLIS) son medidas orientadas a eliminar la doble imposición efectiva y no incentivos “dañinos” (vid., por todos, el documento de la OCDE sobre competencia fiscal perniciosa “Consolidated Application Note: Guidance in Applying the 1998 Report to Preferential Tax Regimes, especialmente p. 68-69).

- b) *Situaciones en las que existe CDI con España del Estado donde está ubicada la filial o el EP con cláusula de intercambio de información:* Como comentamos, a partir del 1 de enero de 2004, con la modificación introducida por la Ley de Acompañamiento a la Ley de Presupuesto de 2004, la situación varía en el caso de los países con CDI con España que contengan cláusulas de intercambio de información. Antes de la citada fecha, cuando la entidad filial estuviera ubicada en un país con CDI con España con cláusula de

intercambio de información (todos menos Suiza) y el CDI fuera de aplicación a la entidad se presumía cumplido el requisito del impuesto comparable, pero tal presunción admitía que la Administración probara que el impuesto no tenía la misma naturaleza que el español. A estos efectos, el caso de la Resolución de la DGT de 30 de diciembre de 2003, que comentamos más arriba, es bien significativo puesto que Marruecos tiene CDI con España y, sin embargo, el órgano directivo concluyó que, en los supuestos de aplicación de un tipo 0 en el IS marroquí no se cumplía el requisito de comparabilidad.

A partir del 1 de enero de 2004, el legislador modificó el 20.bis (hoy 21 TRLIS) para considerar cumplido este requisito cuando la entidad resida en un país con el que España tenga suscrito un CDI, éste sea de aplicación a la entidad y tenga cláusulas de intercambio de información. La aparente simplicidad de esta modificación esconde más dificultades de las que, a primera vista, pueda sugerir:

- i. Es cierto que, ahora, la inexistencia de tributación en el Estado de ubicación de la filial no impedirá, en contra de lo sostenido por la DGT, que se aplique el método de exención en España. Es decir, vacaciones fiscales transitorias, puras exenciones subjetivas u objetivas, aplicación del principio de territorialidad etc. en sede de la filial no son un obstáculo ya para aplicar el 21 TRLIS. Desde la óptica OCDE, esta idea puede plantear algún problema en el contexto de la lucha contra la competencia fiscal dañina, pues pasamos de un mero método de eliminación de la doble imposición a un sistema en el que podría existir un importante componente incentivador.
- ii. La aplicación o no del CDI, especialmente a las filiales, no es una cuestión que pueda determinar la Administración española, depende enteramente de la aplicación del art. 4 MC OCDE por el Estado de ubicación de la filial, y, si acaso, de un acuerdo entre las autoridades competentes. El problema se encuentra en que la determinación de la aplicabilidad del CDI depende de cómo interprete el art. 4 MC OCDE el Estado que contrata con España: la opinión mayoritaria en la OCDE es que la no exigencia de imposición en el Estado de situación de la entidad permite la aplicación del CDI, pero no es ésta la opinión de todos los países. Es decir, en cierta forma, se está dejando en manos del otro Estado contratante la aplicabilidad de la exención en España.
- iii. En determinados casos, pueden surgir algunas dudas interpretativas, como, por ejemplo, qué ocurrirá si la filial tiene su residencia en el Estado que tiene firmado el CDI con España porque allí ha sido constituida pero opera, realmente, desde un tercer Estado en el que tiene su sede de dirección efectiva, de tal forma que, de acuerdo con el CDI entre el Estado de constitución y aquél donde está su sede de dirección efectiva, la sociedad se considera, a los efectos de este CDI, residente en este último. A nuestro juicio nada impediría que este supuesto se incluyera dentro de los casos en los que se considera cumplido el requisito del impuesto comparable desde el momento en que la Administración del Estado que tiene firmado el CDI con España emita el correspondiente certificado de residencia de la misma a efectos de este CDI. La doctrina de la DGT vertida en la Resolución de 1 de marzo de 2000 en el sentido de que la entidad puede considerarse residente donde tenga su sede

de dirección efectiva puede ser un obstáculo para alcanzar esta conclusión, aunque, tras el 1 de enero de 2004, la doctrina de la DGT podría haber quedado obsoleta. Las posibilidades de planificación que se abrirían son, entonces, bastante interesantes. El único problema, a nuestro juicio, estriba en el cumplimiento del requisito de la realización de las actividades empresariales, ya que, en el supuesto planteado, la realización de las mismas se desarrollaría en un Estado distinto de aquel en el que se cumple el requisito del impuesto comparable. El art. 21.1.c) TRLIS no exige que se realice la actividad empresarial en el mismo Estado donde se cumple el requisito del impuesto comparable, por lo que, en nuestra opinión, una interpretación en el sentido de que tratara de excluir la exención en estos supuestos vulneraría el tenor literal del precepto. Por otra parte, debe repararse que nada impide que la actividad empresarial se desarrolle tanto en el Estado de constitución como en el Estado donde está la sede de dirección efectiva, por lo que, en este caso, el requisito del 85 por 100 debe necesariamente ir referido a la actividad desarrollada en los dos Estados (o incluso en terceros Estados), lo que prueba que el requisito de la actividad empresarial no debe ni puede vincularse al mismo Estado donde se cumple la exigencia relativa al impuesto comparable.

- iv. A pesar de que la DGT, en la Resolución de 4 de diciembre de 2002, había tratado de cerrar estructuras de planificación basadas en la constitución de una filial en un Estado y la ubicación de un EP de esta filial en otro, tras la modificación de 1 de enero de 2004, esta vía queda abierta completamente. Ahora es perfectamente posible situar una filial en un Estado con CDI con España con cláusula de intercambio de información y que la filial realice parte de sus actividades a través de un EP situado en un tercer Estado (con independencia de la tributación efectiva en este último). Como antes comentamos, a efectos del art. 21 TRLIS no se exige que el requisito de realización de actividades empresariales esté vinculado al Estado donde se cumple el requisito de la comparabilidad del impuesto, por lo que este tipo de estructuras podrán beneficiarse del art. 21 TRLIS sin mayores problemas.
- v. En los CDIs con cláusulas de limitación de beneficios firmados con el Estado de ubicación de la filial, dependiendo de cómo esté formulada, y sólo si la sociedad española tiene una participación sustancial extranjera quedará excluida de los equivalentes a los art. 10 a 13 MC OCDE en sus relaciones con la filial, pero eso no implica que el CDI no sea aplicable a la filial, sino, simplemente, que dichas disposiciones no se aplican a la matriz.
- vi. Si el CDI tuviera una cláusula de exclusión de ciertas entidades (v.gr. CDI Luxemburgo), está claro que la distribución de dividendos o la enajenación de la participación en la misma no se beneficiará de la exención en España a menos que la filial cumpliera el requisito de comparabilidad.

En fin, como vemos, el nuevo requisito para los casos de países con CDI con España (con la excepción temporal de Suiza) no es simple de interpretar, pero abre toda una serie de posibilidades de planificación fiscal importantes.

Por último, sabemos que la ETVE no podrá aplicar el método de exención cuando la filial resida en un paraíso fiscal, incluso si el impuesto al que está sometida es superior al IS español. Ahora bien, hay ciertos paraísos fiscales (Malta, Chipre, Gibraltar, Luxemburgo y Hong-Kong) que presentan una problemática especial. Efectivamente, no debemos pasar por alto, sin embargo, el RD 116/2003, que modificó el concepto de paraísos fiscales del RD 1080/1991 para excluir de la lista negra del art. 1080/1991 a los países que firmen con España un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un CDI con cláusula de intercambio de información cuando tales convenios entren en vigor. En realidad, con esta modificación, de forma probablemente no deseada, el legislador ha sacado de la lista de paraísos a territorios como Malta y Chipre, a partir de 1 de mayo de 2004, fecha de adhesión de estos Estados a la Unión Europea; o Gibraltar desde la modificación efectuada por el RD 116/2003. El supuesto de las sociedades holding de 1929 Luxemburguesas, calificadas como paraísos fiscales, no plantea muchos problemas en el momento actual por su condición de régimen llamado a desaparecer en un futuro próximo. Es llamativo también el caso de Hong-Kong, en la actualidad territorio chino. A priori, podría pensarse que, debido a su anexión a China, el CDI España-China abarcaría también a Hong-Kong y, en la medida en que tiene cláusula de intercambio de información, este dato permitiría que Hong-Kong saliera de la lista de paraísos fiscales. Parece ser que China, sin embargo, trata a este territorio como autónomo a todos los efectos, es decir, no considera que sus CDIs sean de aplicación al territorio de Hong-Kong (prueba de ello es que Hong-Kong está firmando CDIs con algunos Estados, como es el caso de Bélgica), por lo que las filiales residentes en Hong-Kong no permitirían cumplir el requisito del impuesto comparable a los efectos del art. 21 TRLIS.

3.1.2. Cuantía del dividendo o participación exenta

La cuantía exenta será, en principio, el dividendo íntegro declarado por la sociedad filial no residente. No obstante, en el caso de que tal distribución se encuentre sujeta a imposición en el país donde está situada la filial, se plantea alguna duda interesante: ¿qué cuantía está exenta la propia del dividendo íntegro o la correspondiente al dividendo neto? Repárese que de la respuesta que se dé a este interrogante se desprenden importantes consecuencias prácticas. Una interpretación literal del art. 21 TRLIS podría llevar a la conclusión de que el ajuste fiscal debe realizarse sobre el ingreso únicamente ("estarán exentos los dividendos", sin distinguir entre íntegros o brutos), sin embargo, una interpretación sistemática del precepto (vinculando la exención del art. 21 TRLIS al concepto de renta) debe llevar necesariamente a declarar exenta la base imponible correspondiente a los dividendos de fuente extranjera (dividendo bruto menos el impuesto pagado en la fuente), pues de otra forma, se estaría considerando el impuesto extranjero pagado en la distribución de dividendos por la filial como deducible en la base imponible de la ETVE.

Serán deducibles los gastos que la ETVE realice y que estén vinculados al mantenimiento de la participación o a la gestión o administración de la misma, así como los intereses por préstamos concertados para adquirir la participación (cumple de esta forma el régimen con la jurisprudencia *Bosal*, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de septiembre de 2003, *Bosal*, Asunto C-168/01). En materia de deducciones, hay una importante limitación que establece el art. 21.4 LIS: si se hubiera aplicado la exención a los divi-

dendos de fuente extranjera, no se podrá integrar en la base imponible la depreciación de la participación cualquiera que sea la forma y el período en que se ponga de manifiesto hasta el importe de dichos dividendos. Es decir, una vez aplicada la exención en relación con los dividendos que genera una participación no será computable la depreciación que experimente la participación hasta el importe de los dividendos exentos. Se plantea, lógicamente, si la depreciación de la participación a la que se refiere la norma es la derivada de la distribución de dividendos o si ya no se admitirán depreciaciones por otras causas (v.gr: pérdidas en la entidad participada). En este punto, consideramos que la dotación por depreciación a la que se refiere la norma es la vinculada a la distribución de dividendos y no a otras dotaciones, que serán fiscalmente deducibles y generarán en el futuro una renta gravable, incluso en el momento de transmitir la participación, si revirtieran las causas por las que se dotaron (esta opinión es compartida por SANZ GADEA, 2002, y LÓPEZ RIVAS, 2003).

3.2. Rentas obtenidas como consecuencia de la transmisión de la participación

3.2.1. Requisitos para la aplicación de la exención

Según el art. 21. 2 estará exenta la renta obtenida como consecuencia de la transmisión de la participación por la ETVE en una entidad no residente en territorio español cuando se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo 1 del art. 21 TRLIS para los dividendos, aunque, el párrafo segundo del propio art. 21.2 LIS añade las siguientes precisiones:

- El requisito del umbral mínimo de participación y período de tenencia deberá cumplirse el día en que se produzca la transmisión: Son dos las consideraciones que cabe realizar en este punto:
 - Para que la plusvalía esté exenta, en el momento de la venta de la participación deberá la matriz española tener una participación del 5 por 100 en la filial no residente, ahora bien, si nos encontramos con una participación con un valor de adquisición superior a 6 millones de euros, en el día en el que se transmita tal participación no será necesario que la misma conserve el valor superior a 6 millones de euros.
 - Se exige, en este caso, que haya transcurrido un año desde la adquisición de la participación (aunque será computable el tiempo durante el cual otra entidad del grupo en el sentido del art. 42 Código de Comercio haya poseído la participación, vid. las consideraciones que realizamos más arriba sobre este requisito).
- Los requisitos de sujeción a un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga y realización de actividades empresariales (con el sentido ya expuesto más arriba) deberán ser cumplidos en todos y cada uno de los períodos de tenencia de la participación. Ello implica que si en uno de los períodos alguno de estos dos requisitos no se cumpliera “se contaminaría” la totalidad de la plusvalía que se obtenga en la transmisión de la participación, con la consecuencia de que la misma no podría beneficiarse de la exención del art. 21 TRLIS. En relación con este problema, surgen dos cuestiones específicas:
 - Se plantea qué ocurriría si en un ejercicio o en varios la filial no residente obtuviera pérdidas. Una interpretación literal podría llevar a la exclusión de la exención por-

que en el ejercicio en el que se producen las pérdidas la filial extranjera no cumplió los requisitos a que nos referimos. En nuestra opinión, sin embargo, por sí misma, la obtención de pérdidas en uno o varios ejercicios no determinaría el incumplimiento de los requisitos de sujeción a un impuesto idéntico o análogo o del ejercicio de actividades empresariales. Efectivamente, en el ejercicio en el que se producen las pérdidas, la filial extranjera habrá estado gravada igualmente por un impuesto extranjero idéntico o análogo al IS español, pues tal requisito debe interpretarse, en nuestra opinión, en el sentido de que la entidad ha estado sujeta a tal impuesto. Repárese que una interpretación literal llevaría a conclusiones distintas en función de que la entidad resida en un país con CDI con España con cláusula de intercambio de información que resulte aplicable a la filial (siempre se entiende cumplido el requisito aunque la sociedad obtenga pérdidas) y los supuestos en los que la filial reside en otro Estado o el CDI no le resulta aplicable (la obtención de pérdidas en un solo ejercicio llevaría a la conclusión de que la renta puesta de manifiesto en la transmisión estaría excluida de la exención). Tal resultado no parece razonable, por lo que, la interpretación correcta, en nuestra opinión, debiera ser que el art. 21.2 TRLIS se está refiriendo a que, en todos los períodos de tenencia de la participación, exista sujeción de la filial (con independencia de la obtención o no de beneficios por la misma) a un impuesto idéntico o análogo. En relación con el requisito del ejercicio de las actividades empresariales, los problemas, en nuestra opinión, son menores (deben, no obstante, tenerse en cuenta las consideraciones del punto siguiente): bastará con acreditar que el 85 por 100 de los ingresos de los ingresos de todos los ejercicios de la filial, incluso en los ejercicios que obtuvo pérdidas, proceden de actividades empresariales en el sentido del art. 21.1.c) TRLIS, para que se entienda cumplido el requisito en todos los ejercicios de tenencia de la participación.

- La exigencia de que el requisito relativo al ejercicio de actividades empresariales por la filial se cumpla en todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación puede ser excesivamente rígido en algunos casos. Si, por ejemplo, en el primer año de tenencia de la participación, la filial no obtuviera ingresos procedentes de actividades empresariales porque está a la espera del inicio de las mismas por las más diversas razones (v.gr: tramitación de licencias administrativas para el desarrollo de la actividad, motivos estrictamente empresariales) y sus rendimientos procedieran de intereses u otras rentas que puedan estar sometidas a transparencia fiscal internacional, se contaminaría toda la participación. Lo mismo ocurrirá si en ejercicios posteriores, por diferentes razones, incluidas las estrictamente empresariales, más del 15 por 100 de ingresos de la entidad proceden de actividades sujetas a transparencia fiscal internacional.

Una reforma del art. 21.2 TRLIS para evitar los problemas que comentamos, por ejemplo, situando el ámbito temporal de referencia en una mayoría de períodos impositivos de tenencia de la participación o en aquellos períodos en los que se obtengan beneficios supondría una mejora importante del régimen de exención de este precepto y, en consecuencia, del régimen de ETVEs.

- Como aclaración, el art. 21.2 LIS añade que el régimen de exención también se aplicará a la renta obtenida en los supuestos de separación del socio o disolución de la entidad (se entiende que se refiere a la entidad no residente, aunque disolución de la propia ETVE podría poner de manifiesto plusvalías que deberán considerarse exentas si cumplen los requisitos para beneficiarse de la exención).
- La transmisión no necesariamente debe ser “onerosa” puesto que ni el art. 21.2 ni el art. 117 TRLIS exigen este requisito y, simplemente, mencionan las rentas derivadas de la “transmisión de la participación”, con independencia de que tal transmisión sea la consecuencia de un negocio de carácter oneroso o gratuito.
- Las minusvalías no se encontrarán exentas y, en consecuencia, podrán ser incluidas en la base imponible con algunas restricciones que más abajo comentaremos. Tal asimetría de tratamiento entre las minusvalías y las plusvalías pudiera plantear problemas en el contexto de las iniciativas comunitarias y de la OCDE contra la competencia fiscal perjudicial.

3.2.2. Cuantía de la renta exenta

Ni el art. 117 ni el 21 TRLIS establecen normas orientadas a cuantificar el importe de la plusvalía exenta por lo que habrá que acudir a las normas contables: el importe de la renta exenta estará determinado por la diferencia entre los valores de transmisión y adquisición de la participación (teniendo en cuenta a estos efectos los impuestos que graven la transmisión y los gastos —comisiones, notarios— inherentes a la misma). Normalmente, los impuestos que minoran la plusvalía exenta serán los impuestos sobre la renta exigibles en el país de la fuente (normalmente, los CDIs evitarán la existencia de este impuesto si siguen el art. 13 MC OCDE), aunque también pueden calificarse como tales los que graven la propia transmisión y sean satisfechos por el transmitente.

Dentro de la exención se comprenden tanto las plusvalías expresas (correspondientes a beneficios no distribuidos o reservas constituidas con beneficios de ejercicios anteriores) como las plusvalías tácitas (aún no realizadas), por lo que, en este último caso, la norma beneficia al contribuyente en la medida en que elimina una doble imposición que aún no se ha producido (y puede que no se produzca) en el Estado de la fuente. Igualmente, en nuestra opinión, estarán comprendidas las plusvalías generadas por diferencias en tipos de cambio, puesto que, si bien el art. 21.2 TRLIS no se refiere expresamente a estas rentas, declara exenta la “renta obtenida en la transmisión de la participación”.

Junto a las anteriores normas generales, el art. 21.2 LIS regula normas especiales que tratan de evitar que se aplique la exención para las plusvalías en ciertos supuestos. Son los siguientes:

- a) Cuando la entidad no residente posea, directa o indirectamente, participaciones en entidades residentes en España o activos situados en dicho territorio y la suma del valor de mercado de unas y otros supere el 15 por 100 del valor de mercado de los activos totales, la exención se limitará a aquella parte de la renta obtenida que se corresponda con

el incremento neto de los beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación. Esta excepción presenta graves problemas de indefinición de los términos que emplea (fecha a la que debe determinarse el valor de mercado de los activos y el porcentaje, el propio concepto de valor de mercado, cuándo debe entenderse que el activo está situado en territorio español), aunque, básicamente, la operación a realizar para verificar si nos encontramos ante el supuesto de hecho de la norma es relativamente sencilla: el valor de mercado de los activos calificados se dividirá entre el valor de mercado de la totalidad de los activos y si el resultado es superior a 0,15 nos encontramos ante el supuesto de hecho de la norma, con las consecuencias que señala (vid. SANZ GADEA (2001), pp. 64-65).

- b) Cuando el sujeto pasivo haya efectuado alguna corrección de valor sobre la participación transmitida que hubiera resultado fiscalmente deducible, la exención se limitará al exceso de la renta obtenida en la transmisión sobre el importe de dicha corrección. Como indica SANZ GADEA (2001), p. 65, la norma tiene por finalidad evitar que la existencia de una corrección en el valor de la participación deducible aumente el valor de la renta exenta, pero la norma es innecesaria en el sentido de que la renta que se declara exenta es la obtenida como consecuencia de la transmisión de la participación por lo que la reversión de la provisión dotada para cubrir la depreciación no puede ser renta exenta del art. 21 TRLIS, pues no se trata de renta obtenida como consecuencia de la propia transmisión sino de una recuperación del valor de la participación y la corrección valorativa no podrá mantenerse si las razones que la motivaron han dejado de existir (art. 39.4 Código de Comercio). En realidad, nos encontramos ante una especificación de la regla del art. 19.6 LIS: al ponerse de manifiesto una recuperación del valor en el momento en el que se transmite la participación, tal recuperación deberá incluirse en la base imponible en el período en el que se produce la transmisión.

En este contexto, cabe plantearse también cuál es la relación de esta disposición especial con el art. 12.5 TRLIS que permite la amortización del fondo de comercio financiero en las adquisiciones de participaciones que cumplan los requisitos del art. 21 TRLIS. Inicialmente, SANZ GADEA (2002), p. 95, y CALVO BAILO (2003), p. 244, señalaron que la corrección del valor inherente a la amortización debe ser también tomada en cuenta a los efectos del art. 21.2.b) TRLIS en cuanto corrección de valor que es: la plusvalía contable que refleja la previa amortización del fondo de comercio financiero es, más bien, una reversión de la provisión correspondiente, más que una verdadera plusvalía. No obstante, no parece que sea ésta la interpretación de la DGT ni, creemos, la voluntad del legislador (por más que los resultados no sean del todo equitativos). El art. 12.5 TRLIS aparece configurado, más que como una corrección de valor, como un incentivo autónomo que pretende fomentar las inversiones en el exterior por empresas españolas, por lo que de esta configuración se debe derivar necesariamente que la posterior transmisión de la participación no debe, en ningún caso, determinar la pérdida del incentivo anteriormente concedido. Tal parece ser la opinión de la DGT, pues, al concluir el órgano directivo en la Resolución de 4 de octubre de 2002, que la amortización del fondo de comercio financiero del art. 12.5 TRLIS no está condicionada a la imputación contable en la cuenta de pérdidas y ganancias está reconociendo implícitamente que se

trata de un incentivo autónomo del art. 21 TRLIS y no de una corrección de valor de la participación.

- c) Cuando la participación en la entidad no residente haya sido previamente transmitida por otra entidad que reúna las circunstancias a que se refiere el art. 42 Código de Comercio para formar parte de un mismo grupo de sociedades con el sujeto pasivo, habiendo obtenido una renta negativa que se hubiese integrado en la base imponible del IS, la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación será gravada hasta el importe de la renta negativa obtenida por otra entidad del grupo. Quizás, el único punto criticable en esta norma, que pretende evitar situaciones de desimposición en los grupos societarios, se encuentre en que del su tenor literal se deduce que las transmisiones realizadas por sociedades no residentes, sin EP en España, no determinan que se aplique la misma, cuando, sin embargo, en la actualidad el régimen de ETVE no es incompatible con el de los grupos de sociedades, y, por consiguiente, la transmisión que genere pérdidas en la entidad no residente podría tener efectos en la dominante española (vid. SANZ GADEA (2001), p. 66). Por otra parte, como indica SANZ GADEA (2001), p. 67, la norma es relativamente sencilla de eludir: bastará que la sociedad que realiza la plusvalía abandone el grupo mercantil con anterioridad a la obtención de la misma para que pueda reputarse que la norma del art. 21.2.c) LIS no sea aplicable (salvo que se tratara de situaciones de fraude de ley / conflicto en la aplicación de las normas).

Un supuesto específico es el que regula el art. 21. 4, párra. 2, LIS según el cual “si se obtuviera una renta negativa en la transmisión de la participación en una entidad no residente que hubiera sido previamente transmitida por otra entidad que reúna las circunstancias a que se refiera el art. 42 Código de Comercio para formar parte de un mismo grupo de sociedades con el sujeto pasivo, dicha renta negativa se minorará en el importe de la renta positiva obtenida en la transmisión precedente y a la que se hubiera aplicado la exención”. Se trata, por tanto, de una operación análoga a la regulada en el art. 21.2.c) LIS, pero en la que la renta positiva, a diferencia de la anterior, se obtiene con anterioridad a la negativa.

- d) Cuando la participación en la entidad no residente hubiere sido valorada conforme a las reglas del Capítulo VIII del Título VII de la LIS (régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores) y la aplicación de dichas reglas, incluso en una transmisión anterior; hubiera determinado la no integración de rentas en la base imponible del IS, del IRPF o del IRNR derivadas de: (a) la transmisión de la participación de una entidad residente en territorio español, (b) la transmisión de la participación en una entidad no residente que no cumpla los requisitos a los que se refieren las letras b) y c) del apartado 1 anterior (sujeción a impuesto idéntico o análogo y realización de actividades empresariales), (c) la aportación no dineraria de otros elementos patrimoniales. En este caso, la exención sólo se aplicará a la renta que corresponda a la diferencia positiva entre el valor de transmisión de la participación en la entidad no residente y el valor normal de mercado de la misma en el momento de su adquisición por la entidad transmitente; el resto de la renta se integrará en la base imponible del período.

En realidad, nos encontramos ante un supuesto en el que, como indica SANZ GADEA (2001), p. 68, las tres formas de adquirir la participación sobre la entidad no residente

tienen en común que los elementos patrimoniales que se entregan a cambio no son participaciones en entidades no residentes de las que dan derecho a la exención del art. 21.2 LIS y se recibe una participación que sí que genera el derecho a la deducción, cuya transmisión posterior igualmente generará el derecho a la exención. Por aplicación del régimen del Capítulo VII del Título VIII de la LIS la participación en la entidad no residente recibida se valorará por el mismo valor que los elementos patrimoniales entregados de tal manera que la plusvalía derivada de la transmisión de la participación en la entidad no residente se descompone en dos tramos: el relativo a la plusvalía propia de los elementos patrimoniales entregados en el momento de realizar la operación del régimen especial de fusiones y la generada a partir de aquel momento en la participación en la entidad no residente. La exención, según la norma que comentamos, sólo abarca al segundo tramo y trata de evitar su extensión al primero. Como se puede intuir, la aplicación de la norma no va a ser fácil, especialmente para sociedades no cotizadas: la determinación del valor normal de mercado de la participación en la entidad no residente no será, desde luego, sencilla (vid., SANZ GADEA (2001), p. 69). Por otra parte, la norma no aclara, como también apunta SANZ GADEA (2001), p. 69-71, la forma de computar la renta exenta y la renta sujeta, si debe ser total o parcial, referida a la exención, ambas formas, como este autor demuestra, generan resultados diferentes, aunque el cálculo por tramos parece adaptarse mejor al tenor literal de la norma.

3.3. Cláusulas antiabuso e incompatibilidades

- El régimen de las ETVEs (art. 116.1 párra. 3 TRLIS) no se aplicará a las entidades sometidas a los regímenes especiales de agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y de uniones temporales de empresas o de sociedades patrimoniales. Por lo que respecta, a la primera incompatibilidad, se basa en la específica regulación de estas entidades (art. 48 a 52 TRLIS), sometidas a un régimen de transparencia cuando son residentes en España (Agrupaciones de Interés Económico) o con un régimen de exención para las rentas de fuente extranjera propio y peculiar (UTEs), aunque por su propia naturaleza, dudamos que una UTE pudiera actuar como ETVE.

En relación con la incompatibilidad con el régimen de sociedades patrimoniales es necesario resaltar que, en el caso de que la ETVE tuviera únicamente participaciones superiores al 5 por 100 del capital o los fondos propios de entidades no residentes, será difícil que se aplique el régimen de sociedades patrimoniales (el cumplimiento del requisito de los medios materiales y personales tiene entonces la máxima relevancia a estos efectos, aunque, como sabemos, la sustancia que se exige a la ETVE es mínima). Mayores problemas se pueden plantear en el caso de participaciones que no alcancen el umbral del 5 por 100 de los fondos propios de la participada porque se acojan al régimen de las ETVEs en atención al valor de la participación (superior a 6 millones de euros). En estos casos, es más fácil que la ETVE pueda caer en el régimen de sociedades patrimoniales (lógicamente, cuando se den el resto de los presupuestos que el art. 61 TRLIS fija para la aplicación de este régimen). La justificación de esta medida parece encontrarse en el hecho de que, por la forma de cálculo de la base imponible de la sociedad patrimonial (según las reglas propias de las personas físicas) se pretende que la misma no

tenga acceso, como las personas físicas, a medidas de eliminación de la doble imposición económica. Esta justificación no tiene mucho fundamento si se atiende al hecho de que el propio Derecho comunitario obligará a reformar el sistema de eliminación de la doble imposición en sede de personas físicas (e incluso de sociedades patrimoniales) para extender a las participaciones en sociedades no residentes alguna medida de eliminación de la doble imposición económica o bien para arbitrar un sistema igualitario de eliminación de la doble imposición para las personas físicas en sociedades residentes y no residentes (sistemas del tipo “rough and ready” que no se basan en el ajuste entre la imposición societaria y la renta a integrar por el socio, sino en una mera estimación o cálculo más o menos arbitrario: v.gr. sistema de “half exemption”, exención por mitad, alemán).

En conclusión, será necesario prestar atención al régimen de sociedades patrimoniales cuando la ETVE sea constituida por personas de las definidas en el art. 61.1.b) TRLIS y la composición del activo de la ETVE sea susceptible de cumplir las circunstancias del art. 61.1.a) TRLIS. Hay que tener en cuenta que, si se tratara de un grupo de personas de las definidas en el art. 61.1.b) TRLIS todas no residentes no tendría mucho sentido aplicar el régimen de sociedades patrimoniales excluyendo el régimen de ETVE. Por otra parte, en participaciones con un valor superior a 6 millones de euros, aunque no se cumpla el requisito de participación igual o superior al 5 por 100, el art. 61.2 TRLIS reconoce que no se aplicará el régimen de sociedades patrimoniales a aquellas sociedades en las que la totalidad de los socios sean personas jurídicas que, a su vez, no son sociedades patrimoniales (vid. en este sentido la Resolución de la DGT de 13 de junio de 2000 que reconoció que no será aplicable el régimen de transparencia fiscal, ahora sociedades patrimoniales, cuando todos los socios de la ETVE sean personas jurídicas que no tienen la consideración de patrimoniales).

- El art. 21 TRLIS no permite la aplicación del método de exención a las rentas de fuente extranjera que procedan de entidades que desarrollen su actividad en el extranjero con la finalidad principal de disfrutar del régimen de exención, tal circunstancia se presumirá cumplida cuando la misma actividad que desarrolla la filial en el extranjero, en relación con el mismo mercado, se hubiera desarrollado con anterioridad en España por otra entidad que haya cesado en la referida actividad y que guarde con aquélla alguna de las relaciones a que se refiere el art. 42 Código de Comercio, salvo que se pruebe la existencia de algún motivo económico válido. La norma tiene como finalidad atacar los supuestos de deslocalización de actividades que se venían realizando en España cuando el único propósito de la misma se encuentra en una razón de carácter tributario. La norma contiene dos reglas, una principal (primer párrafo) y una presunción, pero, tanto si juega la presunción como si no, el contribuyente deberá estar en condiciones de probar la existencia de un motivo económico que lleve a la creación de la filial en el extranjero. En el caso de las ETVEs constituidas por no residentes cabe plantearse la operatividad tanto de la regla principal como de la presunción por dos motivos: (1) muchas de las ETVEs creadas por no residentes responderán estrictamente a motivos fiscales, no puramente económicos, por lo que no tiene sentido que esta cláusula despliegue sus efectos en estos casos (desde luego, para el no residente que no tenía ninguna actividad anterior en España a la

constitución de la ETVE, la presunción establecida no tiene ninguna virtualidad); (2) en la actualidad, el Derecho comunitario forma parte de los presupuestos intrínsecos de esta cláusula, al igual que ocurre con el conflicto en la aplicación de la norma tributaria del art. 15 LGT, por lo que allí donde el contribuyente ejercite derechos o libertades que la norma comunitaria reconoce no podrá decirse que existe un comportamiento abusivo (salvo supuestos en los que el comportamiento es claramente artificial porque se pretende atribuir a la filial no residente una renta que no obtiene o que no tiene medios para obtener). Por último, si bien esta cláusula resulta parecida al art. 15 LGT, en la medida en que pretende atacar ciertos comportamientos fraudulentos, no creemos que sea aplicable en este supuesto el expediente especial que reclama el art. 159 LGT.

- La exención será incompatible con las medidas arbitradas en la LIS para evitar la doble imposición jurídica o económica mediante el método de imputación (art. 31 y 32 TRLIS). En definitiva, se concede así un auténtico derecho de opción al contribuyente entre el método de exención y el de imputación sin establecer cláusulas que impidan el cambio de uno a otro o que exijan una cierta consistencia en la aplicación de uno u otro método. Aunque en principio la opción por el método de exención parece más favorable, deberá tenerse en cuenta las restricciones e incompatibilidades que regulan los párrafos 2 y 3 del art. 21 TRLIS, que pueden hacer más conveniente la opción por la aplicación de los art. 31 y 32 TRLIS en algunos casos.

4. La obtención de rentas por el socio o partícipe de la ETVE (art. 118 TRLIS)

4.1. Distribución de beneficios por la ETVE

En relación con los beneficios distribuidos por la ETVE procedentes de rentas exentas por aplicación del régimen de “participation exemption” (art. 21 y 117 TRLIS), el art. 118 TRLIS distingue tres situaciones:

- Cuando el perceptor sea una entidad sujeta al IS o un establecimiento permanente de una entidad no residente en España, los beneficios percibidos darán derecho a la deducción por doble imposición de dividendos en los términos establecidos en el artículo 30 TRLIS (el importe de la deducción dependerá del porcentaje de participación en la ETVE: si es superior o igual al 5 por 100, la deducción será del 100 por 100 de la cuota íntegra que corresponda a la base imponible de tales dividendos, si es inferior, la deducción será del 50 por 100). En la práctica, se consigue la integración plena, a efectos de la eliminación de la doble imposición económica, del IS español y el IS extranjero incluso en los supuestos en los que se interponga una entidad española —una ETVE—, aunque hay que tener en cuenta que la deducción para la eliminación de la doble imposición interna tiene una serie de restricciones (art. 30.4 TRLIS) que se aplicarán a la sociedad española que participa en la ETVE. La integración del IS español de la matriz española con el IS extranjero aunque se interponga una ETVE y el régimen aplicable a las entidades o personas físicas no residentes que participan en la ETVE convierte a éstas en un vehículo idóneo para planificar “joint-ventures” entre empresas españolas y extranjeras.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que la integración del régimen de la ETVE con el IS que paga la matriz residente en España es una novedad de la regulación que se estableció con el Real Decreto-Ley 3/2000 y la Ley 6/2000 por lo que, teóricamente, podría plantearse la duda de qué ocurre con rentas exentas obtenidas por la ETVE bajo la vigencia del régimen anterior que se distribuyen a la matriz de la ETVE residente en España en un período en el que ya se encuentra vigente la actual regulación. Según la Resolución de la DGT de 16 de febrero de 2001, también estos dividendos podrán beneficiarse de la deducción prevista en el art. 28 LIS (o, lo que es lo mismo, se les aplica el régimen actualmente en vigor y no el anterior al Real Decreto-Ley 3/2000).

- Cuando el perceptor sea un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), esto es, una persona física residente en España, el beneficio distribuido no dará derecho a la deducción por doble imposición de dividendos, pero se podrá aplicar la deducción por doble imposición internacional que prevé la LIRPF (art. 82) respecto de los impuestos pagados en el extranjero por la ETVE que correspondan a rentas exentas que hayan contribuido a la formación de los beneficios percibidos. En la práctica, se pretende, de una forma un tanto cuestionable, que, para la persona física, la interposición de una ETVE no suponga más beneficio que el diferimiento de su IRPF por los dividendos o ganancias patrimoniales exentos que obtenga la ETVE, que, una vez distribuidos, al socio o partícipe persona física engrosarán su base imponible sin posibilidad de integración con el IS extranjero⁴. En realidad, esta forma de tributación de la distribución de dividendos por la ETVE a la persona física tiene como consecuencia que, para la persona física, sea más conveniente en la mayoría de los supuestos invertir en sociedades extranjeras interponiendo sociedades residentes en España que no tengan el estatuto de ETVE, pues si la sociedad española no aplica el régimen de ETVE, el efecto sobre el socio persona física será que podrá aplicar el sistema de eliminación de la doble imposición económica previsto en el IRPF español para las distribuciones de dividendos por sociedades residentes (aunque perderá el derecho a la deducción por doble imposición jurídica en relación con los impuestos extranjeros pagados por la ETVE).
- Cuando el perceptor sea una entidad o persona física no residente en territorio español, sin establecimiento permanente en el mismo, el beneficio distribuido no se entenderá obtenido en territorio español (la exención, específica la LIS, se aplicará también a la distribución de la prima de emisión). El legislador español presume, en este caso, que la renta obtenida por el no residente fluye a través de la ETVE, es decir,

⁴ Lo anterior pudiera no ser totalmente cierto en algunos supuestos (cuando efectivamente la ETVE pagó un impuesto en la fuente), puesto que la persona física integrará en su base imponible la cuantía íntegra del dividendo distribuido por la ETVE, no la cuantía íntegra del dividendo distribuido a la ETVE por su filial extranjera, con lo que se lograría un cierto beneficio que va más allá del efecto diferimiento. Veamos un ejemplo: la filial de una ETVE distribuye a esta última un dividendo de 100 que se somete a una retención en la fuente de 10 en el Estado de la filial. Esto quiere decir que la ETVE distribuirá sólo 90 a la persona física y ésta será su base imponible en el IRPF. Asumiendo un tipo proporcional del 30 por 100, la cuota íntegra ascendería a 27 y la cuota diferencial a 17 (tras aplicar la deducción por doble imposición jurídica). Si la inversión se hubiera realizado directamente por la persona física, la cuota diferencial en IRPF ascendería a 20 euros. En cualquier caso, la interposición de una sociedad que no tuviera estatuto de ETVE arrojaría un resultado mucho más favorable.

transparenta a la ETVE por considerar que la renta no tiene conexión con España y, en consecuencia, no debe ser gravada en nuestro país. Este argumento, que tiene una fuerte lógica y es aplicado por otros países (v.gr. Australia) no lo traslada el legislador a otras rentas extraterritoriales de la ETVE, en concreto, a las rentas obtenidas por la ETVE a través de un establecimiento permanente situado en el extranjero que pudieran beneficiarse del régimen de exención en España (podría pensarse, que en situaciones en las que resulte aplicable el Derecho comunitario, el régimen discrimina en favor de la constitución de filiales en otros Estados europeos y en contra de los establecimientos permanentes, por lo que se podría vulnerar la libertad comunitaria de establecimiento).

Sea como fuere, por lo que respecta a los términos estrictos del supuesto de no sujeción reconocido a favor de los no residentes, la LIS prevé dos reglas bien diferentes:

- Una excepción (art. 118.4 TRLIS): no se aplicará la no sujeción, esto es, los dividendos resultarán gravados en España, cuando el perceptor de los mismos sea residente en un paraíso fiscal, entendiendo por tales los países o territorios calificados como “paraísos fiscales” en el Real Decreto 1080/1991. A estos efectos, cabe la duda de qué debe interpretarse por “perceptor”. Son varias las situaciones que pueden surgir en la práctica:
 - una entidad fiduciaria o un “nominee” no residente en un paraíso fiscal que actúa por cuenta de una entidad o persona física residente en un paraíso fiscal, literalmente, podría ser considerado como “perceptor” de la renta, aunque no sea el beneficiario efectivo de la misma, y beneficiarse de la no sujeción en España de los dividendos. Según la Resolución de la DGT de 26 de diciembre de 2001, debe interpretarse que el término perceptor significa “el titular legítimo de los bienes o derechos de los que procede la renta”. Parece, entonces, que la DGT se inclina por interpretar que perceptor es el beneficiario efectivo de la renta, no quien la recibe formalmente pero no es su “propietario” a todos los efectos. En conclusión, podría interpretarse que los dividendos recibidos por una sociedad fiduciaria o un “nominee” que actúen por cuenta de una sociedad residente en un paraíso fiscal están sujetos a tributación en España, ahora bien, no debe olvidarse que en los regímenes sobre sociedades fiduciarias de algunos Estados estas últimas son propietarias de la participación con derechos plenos sobre la misma (excepto frente al fiduciante), por lo que aquí se plantearían más dudas sobre si cumple o no la condición de perceptor (al margen del hecho de que resultará difícil que la Administración española detecte la operación fuera de los casos en los que exista intercambio de información). Otra cuestión sería el supuesto de los “trust”, a los que no se aplica el régimen español de atribución de rentas, bastará con que el “trustee” no sea residente en un paraíso fiscal para que se aplique la no sujeción (aunque, quizás, en los casos de “trust” revocables esta interpretación sea más forzada). De todas formas, nos encontramos ante supuestos casi más teóricos que reales por la propia redacción de la lista espa-

ñola de paraísos fiscales: ni están incluidos todos los territorios de baja tributación en la lista negra (v.gr. ciertos tipos de sociedades constituidas en territorios de baja tributación no calificados en la lista española como paraísos fiscales, y los ejemplos son bien conocidos, pueden constituir ETVEs y recibir dividendos exentos de tributación en España, en muchas ocasiones, actuando como puente de sociedades residentes en paraísos fiscales incluidos en la lista española) ni la norma española sobre paraísos fiscales, especialmente tras las recientes modificaciones en el Real Decreto 1080/1991, puede decirse que sea muy perfecta técnicamente, por lo que también ciertos territorios escapan de la consideración de paraísos aunque inicialmente estén incluidos en la lista (ya nos referimos más arriba a los casos más significativos de Malta, Chipre y Gibraltar).

- Por otra parte, la utilización de ciertas entidades híbridas o estructuras asimétricas permiten también ciertas opciones de planificación interesantes: es el caso de vehículos constituidos o no en paraísos fiscales por sociedades no residentes en paraísos fiscales y que, desde España, se transparentan para identificar como perceptor del dividendo a la entidad que está detrás del vehículo, pero que no son transparentados desde el otro Estado, de tal forma que no se considera que la sociedad partícipe del vehículo reciba renta alguna. La propia Dirección General de Tributos se ha pronunciado ya en dos ocasiones para admitir que en estas estructuras se aplica la no sujeción de los dividendos en España: (1) en la Resolución de 26 de diciembre de 2001, dos entidades de EE. UU. ponían en común, mediante un acuerdo asociativo, las participaciones en una ETVE: la DGT consideró que eran las dos sociedades de EE.UU. las “perceptoras” de rentas y no el acuerdo asociativo; (2) la Resolución de 22 de abril de 2003 consideró que en el caso de una “Closed Commanditaire Vennootschap” (“CV”) holandesa, que pretendían constituir varias sociedades estadounidenses para participar a través de ella en una ETVE española, que está sometida al régimen de atribución de rentas en los Países Bajos, y, por tanto, no tributa allí, se aplica el régimen español de atribución de rentas y los dividendos que, desde el lado español, se atribuyen a las sociedades estadounidenses no estarán sujetos a tributación en España.
- Se entenderá, indica el art. 118.1.c) TRLIS, que el primer beneficio distribuido al socio o partícipe no residente procede de rentas exentas: En realidad, la LIS establece, para el caso del no residente que recibe distribuciones de dividendos de la ETVE, una presunción que difiere la tributación en España de los dividendos procedentes de rentas no exentas.

4.2 Transmisión de la participación sobre la ETVE

Puesto que, como es sabido, ciertas plusvalías obtenidas en la transmisión de acciones o participaciones en una sociedad pueden ser económicamente equivalentes a la distribución de beneficios por parte de esta última, el legislador español ha tratado de

otorgar un tratamiento simétrico a las distribuciones de beneficios procedentes de rentas exentas en sede de ETVE y a las plusvalías por transmisión de la participación de la ETVE que se correspondan con rentas exentas o que pudieran estar exentas para la ETVE (con una excepción que más abajo explicamos, las transmisiones de participaciones en la ETVE por personas físicas residentes en España). Por ello, el art. 118.2. LIS dispone que las rentas obtenidas en la transmisión —la LIS no distingue entre transmisión onerosa o lucrativa— de la participación en la ETVE o en los supuestos de separación del socio o liquidación de la entidad recibirán el siguiente tratamiento:

- Cuando el perceptor sea una entidad sujeta al IS español o un establecimiento permanente situado en territorio español y cumpla el requisito de participación en la ETVE establecido en el art. 30.5 TRLIS podrá aplicar la deducción por doble imposición interna en los términos establecidos en dicho artículo. La LIS aclara que, en este mismo supuesto, podrá aplicar la exención prevista en el art. 21 TRLIS a la parte de la renta obtenida que se corresponda con diferencias de valor imputables a las participaciones en entidades no residentes en relación con las cuales la ETVE cumpla los requisitos establecidos en el art. 21 LIS para la exención de rentas extranjeras. En realidad, esta disposición introduce una cierta complejidad que obliga a distinguir entre varios tramos de la renta a efectos de la aplicación de distintos regímenes jurídicos:
 - Rentas correspondientes a beneficios no distribuidos por la ETVE que, a su vez, tienen origen en rentas exentas o no en sede de ETVE : podrá aplicarse la deducción por doble imposición económica interna del art. 30.5 TRLIS teniendo en cuenta las siguientes reglas: (a) que el porcentaje de participación, directo o indirecto, mantenido en el capital o los fondos propios de la ETVE sea igual o superior al 5 por 100 (según establece el art. 30.5 TRLIS); (b) no queda claro si será exigible el requisito de tenencia de la participación en la ETVE del año con anterioridad a la transmisión de la misma para aplicar la deducción del art. 30.5 TRLIS: aunque la LIS se remite a los términos del art. 30.5 TRLIS, no menciona expresamente, como hace con el requisito del porcentaje de participación, la necesidad de mantener la misma durante un año de forma ininterrumpida.
 - Rentas correspondientes al mayor valor de la participación que la ETVE ostenta en otras entidades siempre y cuando las participaciones cumplan los requisitos del art. 30 TRLIS: la LIS declara que esta parte de la plusvalía estará exenta si se cumple el requisito del 5 por 100 de participación en el capital o los fondos propios de la ETVE.
 - Rentas correspondientes al mayor valor sobre el contable de otros activos o derechos de la ETVE: se encontrarán sujeta a tributación por el IS español.
- Cuando el perceptor sea una entidad o persona física no residente en territorio español, no se entenderá obtenida en territorio español la renta que se corresponda con las reservas dotadas con cargo a rentas exentas a que se refiere el art. 21

TRLIS o con diferencias de valor imputables a participaciones en entidades no residentes que cumplan los requisitos a que se refiere dicho artículo para la exención de las rentas de fuente extranjera. Es decir, las rentas obtenidas por el no residente que no se correspondan con beneficios o plusvalías exentas en sede de ETVE, estarían gravadas en España por el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (salvo que sea aplicable un Convenio para la Eliminación de la Doble Imposición que siga el art. 13 MC OCDE). Como ocurría en el caso de la distribución de beneficios por la ETVE al no residente, la norma española excluye la aplicación del supuesto de no sujeción en favor de los no residentes cuando el “perceptor” de la renta resida en un paraíso fiscal. Se plantean en este caso los mismos problemas y cuestiones a los que ya hemos hecho alusión al comentar el supuesto de las distribuciones de dividendos por la ETVE, por lo que nos remitimos al epígrafe anterior.

- Puede resultar curioso que la LIS no contemple (a diferencia del supuesto de los dividendos), la transmisión de la participación por una persona física residente en España. Esto es así porque, a diferencia de lo que ocurre en algunos Estados, la transmisión de acciones o participaciones por la persona física no da lugar a la activación de mecanismo alguno para la eliminación de la doble imposición correspondiente a las ganancias patrimoniales obtenidas. La consecuencia será que la persona física que transmita la participación verá gravadas sus ganancias de conformidad con el sistema general de gravamen en el IRPF de las ganancias patrimoniales (aplicación de la escala general para las ganancias obtenidas en períodos inferiores o iguales a un año y aplicación del tipo proporcional del 15 por 100 en otros casos).

5. Aplicación del régimen y peculiaridades en la constitución y gestión de la ETVE

Como ya mencionamos, pueden acogerse al régimen de ETVEs las sociedades de base capitalista, ya sean de nueva constitución o no, que cumplan las condiciones que hemos explicado en epígrafes anteriores. La propia creación o ampliación de capital de la ETVE, sin embargo, goza de alguna ventaja tributaria adicional, tanto para quien la establece como para la propia ETVE. Efectivamente, el art. 119.2 TRLIS permite que las aportaciones no dinerarias de valores se beneficien del régimen previsto en el art. 94 TRLIS, cualquiera que sea el porcentaje que dichas participaciones confieran, siempre que las rentas derivadas de dichos valores puedan disfrutar del régimen establecido en el art. 21 TRLIS.

El art. 94 TRLIS confiere a quien realiza aportaciones no dinerarias el diferimiento en la tributación a efectos del IS o del IRPF de las plusvalías o ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto como consecuencia de una aportación no dineraria a la ETVE, recibiendo la ETVE la participación aportada con los valores, a efectos fiscales, que tenía la misma para el aportante. Para lograr tal régimen de diferimiento el art. 94 TRLIS establece unas condiciones que el propio art. 119.2 TRLIS relaja para el caso de las ETVEs:

en efecto, el art. 119.2 LIS permite que la aportación de acciones o participaciones a la ETVE se beneficie del régimen de diferimiento sin necesidad de que el aportante tenga obligatoriamente una participación de, al menos, el 5 por 100 de los fondos propios de la ETVE (como exigiría el régimen del art. 94 TRLIS). Estas consideraciones son relevantes, sobre todo, para los contribuyentes residentes en España, pero no serán tan importantes para el no residente sin establecimiento permanente, quien, si pretende beneficiarse del régimen de ETVEs, normalmente aportará participaciones que no determinarán para él una renta gravable en España (participaciones en sociedades no residentes en España).

Resulta, sin embargo, relevante tanto para el contribuyente no residente como para el que sí que lo es que, por efecto de la Disposición Adicional 2^a del TRLIS, la constitución / suscripción de una ampliación de capital de la ETVE mediante la aportación de valores representativos de los fondos propios de entidades que puedan permitir a la ETVE la aplicación de la exención para las rentas (dividendos y ganancias de capital) estará exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, concepto operaciones societarias (desde el 1 de enero de 2003, la aportación no dineraria a una sociedad residente en España que no disfrute del régimen de ETVE estuvo sujeta y no exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, concepto operaciones societarias, al tipo del 1 por 100; como consecuencia de la nueva redacción de la Disposición Adicional 8 de la LIS, actual DA 2 TRLIS, desde 1 de enero de 2004, las aportaciones no dinerarias del art. 94 TRLIS vuelven a estar exentas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, concepto operaciones societarias, por aplicación del régimen general del art. 94 TRLIS y no como excepción al régimen de éste). Debe, sin embargo, ponerse de manifiesto que, si bien la constitución de la ETVE goza de esta ventaja fiscal, la desinversión no se beneficia de la misma, de tal forma que cualquier operación societaria que tenga este objetivo seguirá el régimen general del ITP, concepto operaciones societarias (con sujeción al tipo impositivo del 1 por 100).

Por lo demás, la aplicación del régimen de la ETVE, desde el punto de vista formal, es bastante sencilla (a diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior al Real Decreto Ley 3/2000 y a la Ley 6/2000), pues bastará con que la entidad que pretenda aplicarse este régimen dirija una comunicación al Ministerio de Hacienda y el régimen se aplicará —automáticamente, sin necesidad de acto alguno previo por parte del Ministerio— al período impositivo que finalice con posterioridad a dicha comunicación y a los sucesivos que concluyan antes de que se comunique al Ministerio de Hacienda la renuncia al régimen, sin que existan especiales requisitos de forma ni de contenido. En la práctica, este régimen determinará que, por ejemplo, sociedades que cumplieran los requisitos del art. 21 TRLIS pero que no disfrutaran del régimen de ETVE podrán optar por el mismo incluso después de que se hayan realizado operaciones que puedan beneficiarse del régimen de ETVEs, siempre y cuando no haya concluido el período impositivo dentro del cual se llevó a cabo la operación (así lo aclaró la Resolución de 19 de diciembre de 2001). Obviamente, como la LIS aclara, el disfrute del régimen

estará condicionado a que el contribuyente pruebe que se dan los presupuestos de hecho, que hemos estudiado anteriormente, para la aplicación del régimen especial (art. 119.1.TRLIS).

Por lo que respecta a la gestión de la ETVE, la única particularidad reseñable con respecto a otras sociedades anónimas o limitadas que sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades es que la ETVE deberá mencionar en la memoria el importe de las rentas exentas y los impuestos pagados en el extranjero correspondientes a las mismas, así como facilitar a los socios la información necesaria para que éstos puedan cumplir lo previsto con sus obligaciones tributarias correspondientes a los dividendos recibidos de la ETVE y a las rentas obtenidas en la transmisión de la participación (art. 118.3 TRLIS).

6. Conclusiones: la ETVE como instrumento de planificación fiscal

La ETVE, como hemos visto, se configura como un instrumento de planificación fiscal altamente útil y que compite con, e incluso supera a, los regímenes holding de los países más tradicionales. Junto a las propias características de la ETVE, juegan otras ventajas, como, por ejemplo, las siguientes:

- La posibilidad que la ETVE se beneficie de otras particularidades de la legislación española, significativamente, las siguientes:
 - la deducibilidad en sede de ETVE los intereses pasivos de los préstamos utilizados en la financiación de la adquisición de participaciones en sociedades no residentes y de cualquier otro gasto vinculado a dichas adquisiciones.
 - la compatibilidad del régimen ETVE con el propio de los grupos de sociedades, que puede reportar interesantes beneficios a los grupos empresariales.
 - la compatibilidad con otros incentivos como la amortización del fondo de comercio financiero del art. 12.5 TRLIS o el régimen de diferimiento que regula el art. 23 TRLIS (si bien estas dos últimas normas pudieran ser constitutivas de ayudas de Estado prohibidas por el art. 87 Tratado CE).
 - el nuevo régimen, desde 1 de enero de 2004, previsto en el art. 9.5 TRIRPF para los contribuyentes que cambien su residencia en España, que puede ser especialmente interesante para complementar el régimen de ETVE.
- La ETVE puede ser empleada junto con otros regímenes ventajosos que puedan ofrecer otros Estados (régimen de “finance” o “trading branch”, subholding de otros países), aunque en alguno de estos casos (combinación con establecimientos permanentes de la ETVE ubicados en otros países) las distribuciones de beneficios que realice la ETVE no estará exentas de tributación en España para el no residente (tampoco las plusvalías atribuibles a activos de la sucursal).

- A diferencia de los regímenes holding de otros Estados, la exención en sede de ETVE se concede para un buen número de actividades de naturaleza pasiva que pueda realizar la filial de la ETVE (v.gr. actividades financieras, gestión y explotación de propiedad industrial o intelectual, derechos de imagen) que no están incluidas en el régimen español de transparencia fiscal internacional. Incluso, con una adecuada gestión, la filial de la ETVE puede obtener rentas procedentes de paraísos fiscales y de territorio español, siempre y cuando no superen el 15 por 100 de las rentas del ejercicio de la ETVE.
- La red de CDIs española, que, en poco tiempo, aumentará significativamente con la entrada en vigor de los nuevos CDIs ya firmados (v.gr. Vietnam, Sudáfrica, Egipto etc.)

Entre las desventajas se encuentra la menor tradición de nuestro país con respecto a otros Estados, donde la propia Administración tributaria, el sector financiero y de servicios están más acostumbrados y concienciados de los beneficios que aportan las sociedades holding. Los cambios varios operados por el legislador en el régimen de ETVEs desde la entrada en vigor del mismo tampoco contribuyen a proyectar una imagen de estabilidad en el régimen legislativo de las ETVEs, pero no debe desconocerse que, por el momento, las modificaciones han supuesto claras mejoras en el régimen. Quizás, como instrumento de mejora adicional del mismo cabría apuntar que, para las distribuciones de beneficios a sujetos no residentes o las rentas obtenidas como consecuencia de la transmisión de la participación por estos contribuyentes, debería aplicarse el mismo régimen de tributación a las rentas procedentes de establecimientos permanentes de la ETVE situados en el extranjero que cumplan los requisitos del art. 22 TRLIS (que establece un régimen de exención para las rentas atribuibles al establecimiento permanente foráneo con unas condiciones análogas a las que establece el art. 21 TRLIS). Al fin y al cabo, el fundamento teórico que justifica la no sujeción de los beneficios obtenidos por el no residente de la ETVE y procedentes de entidades no residentes en España es el mismo para las rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente, y se eliminaría así la existencia de una posible vulneración de las normas comunitarias sobre la libertad de establecimiento.

Por último, aparte de los ya mencionados, hay ciertos aspectos que todavía son susceptibles de mejora técnica y entre los cuales podemos citar:

- La definición del impuesto comparable ha generado problemas desde el primer momento, y, especialmente, desde la modificación en vigor desde principios del presente año (que considera cumplido el requisito cuando la filial reside en un Estado con CDI con España que tenga cláusula de intercambio de información y sea aplicable a la filial), la definición de impuesto comparable es susceptible de generar fricciones con el Código de Conducta de la Unión Europea y las iniciativas de la OCDE en materia de competencia fiscal dañina.
- La coordinación con el régimen de sociedades patrimoniales y de atribución de rentas debe perfeccionarse, aunque, bien mirado, quizás lo que debe revisarse al com-

pleto es la normativa española en materia de Impuesto sobre Sociedades, que presenta importantes problemas de descoordinación no sólo entre el régimen del art. 21 y 116 y ss. con los regímenes de atribución de rentas y de sociedades patrimoniales, sino también con la actual configuración de la transparencia fiscal internacional (su naturaleza de norma antiabuso no tiene demasiado sentido) y del régimen de las operaciones vinculadas del art. 16 TRLIS (su configuración como norma antiabuso y no de reparto de bases imponibles vulnera el Derecho comunitario y presenta problemas importantes de aplicación para la propia Administración).

- En relación con las transmisiones de participaciones que se puedan beneficiar del régimen del art. 21 TRLIS, deberían contemplarse con mayor flexibilidad los requisitos de que el ejercicio de actividades empresariales o la sujeción al impuesto comparable se deba verificar en todos los ejercicios de tenencia de la participación con la finalidad de evitar alguno de los problemas que hemos mencionado.

7. Referencia bibliográfica

El presente trabajo tiene su origen en las notas empleadas por el autor en la conferencia "El régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros", pronunciada en el Seminario en la Universidad Abat Oliba, Barcelona, 26 de septiembre de 2003 sobre ETVs y su intervención sobre este mismo tema en el Seminario Sainz de Bujanda ("Régimen fiscal de la inversión exterior en España y de las empresas en el extranjero"), organizado por el Instituto de Estudios Fiscales en Madrid el 29 de abril de 2004, de ahí que no hayamos incluido las correspondientes notas a pie de página como suele ser habitual. No obstante, deseamos dejar constancia de los trabajos que han influido en la elaboración del presente artículo. De inexcusable referencia es el excelente artículo de SANZ GADEA (2001), "El régimen fiscal de las entidades de tenencia de valores extranjeros en la Ley 6/2000", *Tribunal Fiscal* n° 130-131. Igualmente interesantes son las aportaciones de LÓPEZ RIVAS "Exención para evitar la doble imposición internacional: artículo 20 bis LIS"; LÓPEZ-TELLO DÍAZ-AGUADO, "El régimen de las ETVs" ambas en AA.VV., *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, IEF, Madrid, 2003; y PALACIOS PÉREZ, "El tratamiento fiscal de las holding españolas", en AA.VV., *Manual de Fiscalidad Internacional (2ª edición)*, IEF, Madrid, 2004. Con relación al requisito de la comparabilidad de los impuestos en sede del art. 20.bis LIS, pueden consultarse los siguientes trabajos: CALDERÓN CARRERO, "La planificación fiscal internacional basada en el art. 20.bis LIS: la sujeción a un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga", *Carta Tributaria Monografías* n° 21/2002 y CALDERÓN CARREIRO/MARTÍN JIMÉNEZ, "Tax Planning in Spain: the Comparable Tax Debate", en *Tax Notes International*, 2 septiembre 2002, p. 1219 y ss. Acerca del tratamiento del fondo de comercio financiero del art. 12.5 LIS, vid. la opinión de SANZ GADEA (2002), "Novedades tributarias en materia del Impuesto sobre Sociedades", *Revista de Contabilidad y Tributación (Estudios Financieros)* n° 227 y CALVO BAILÓ, "Tratamiento fiscal de las pérdidas de valor de los elementos patrimoniales en el IS, en AA.VV.,

Manual del IS, IEF, Madrid, 2003; si bien tal opinión es anterior a la Resolución de la DGT que citamos en este trabajo y que nos lleva a mantener conclusiones contrarias a estos autores (aún estando de acuerdo con el fondo de sus razonamientos y con cuál debería ser de lege ferenda el tratamiento de la amortización del fondo de comercio financiero). Los aspectos de Derecho comunitario que hemos comentado en el artículo puede encontrarse desarrollados, con amplias referencias bibliográficas y doctrinales en CALDERÓN/MARTÍN, en AA. VV., *Manual de Fiscalidad Internacional (2ª edición)*, IEF, Madrid, 2004. Por lo que respecta al tratamiento de las sociedades holding en otros países y a la problemática de la doble imposición económica, vid. "Trends in Company / Shareholder Taxation: Single or Double Taxation", *Cahiers de Droit Fiscal International* vol. LXXXVIII, Kluwer, La Haya, Londres, Nueva York, 2003. Por último, acerca de la consideración de Malta y Chipre como paraísos fiscales en la actual legislación española, vid. CALDERÓN / MARTÍN "Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el Derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea", *Crónica Tributaria*, No. 111/2004; y, acerca de Gibraltar, MARTÍN / HERNÁNDEZ, "El Derecho Tributario de Gibraltar desde la óptica española y de la Unión Europea", en DEL VALLE GÁLVEZ / GONZÁLEZ GARCÍA (coor.), *Gibraltar, 300 años*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2004. ■

