
estudios

DIVERSOS ASPECTOS DE FISCALIDAD INTERNACIONAL. LA IMPOSICION Y LA LIBRE CIRCULACION DE CAPITALES. LOS PARAISOS FISCALES

Gonzalo GUTIERREZ DE PABLO
Inspector de Finanzas del Estado

LIBRE CIRCULACION DE CAPITALES Y FISCALIDAD

Ha sido una cuestión muy debatida últimamente la consecuencia que para la empresa española podría suponer la integración en el mercado único europeo.

Desde un punto de vista fiscal se ha puesto especial énfasis en las medidas de control que deberían adoptarse para evitar que la libre circulación de capitales facilite la evasión fiscal.

Siempre ha preocupado que la falta de información pudiera provocar la desnacionalización de capitales.

En cuanto a la inversión extranjera en España, el problema se plantea en torno a las medidas para evitar que las multinacionales puedan reducir artificialmente la base imponible en el país, mediante la utilización de Paraísos Fiscales, precios de transferencia u otros que tradicionalmente han venido utilizándose.

Por otra parte, en cuanto a la inversión española en el extranjero, se han hecho algunos estudios de los cambios que deberían incluirse en nuestro sistema tributario para hacer competitiva nuestra empresa de cara al exterior.

Sin embargo, no ha llegado a estudiarse seriamente la adaptación de la empresa española a un mercado europeo totalmente unificado en la CEE y, en un futuro cercano, de la EFTA así como a la inexorable internacionalización de las relaciones jurídicas y económicas de la empresa.

Si bien desde un punto de vista económico se han abordado temas como;

- a) la masiva adquisición de empresas españolas por multinacionales,
- b) el acceso de las empresas españolas a la financiación internacional.

estudios

c) la necesidad de que las empresas españolas adquieran una dimensión mayor participando en empresas extranjeras o teniendo una presencia activa en otros mercados.

Desde el punto de vista fiscal, normalmente lo que se ha venido haciendo es seguir la lenta marcha de la comunidad, que en lo que a la imposición directa se refiere parece incapaz de dar frutos en los próximos años.

No podemos olvidar que la fiscalidad juega cada vez más un papel más importante a la hora de toma de decisiones, sería deseable en un modelo utópico que la fiscalidad resultara neutral a la hora de toma de decisiones, pero hay que reconocer que la realidad es bien distinta y a la hora de toma de decisiones un componente más del coste de una operación determinada lo constituye el coste fiscal de la operación.

La mayor parte de las medidas adoptadas tienen como objetivo preservar la recaudación del estado. Es muy importante la función recaudadora, así como es preciso reconocer que un sistema fiscal que facilita la evasión y elusión fiscal difícilmente ha de ser justo, pero también es necesario reconocer que el criterio de recaudación a veces no es el más importante a la hora de diseñar un sistema fiscal que ha de regular las relaciones internacionales.

FISCALIDAD DE INVERSIONES ESPAÑOLAS EN EL EXTRANJERO

1. Inversiones empresariales en el extranjero

Los dos principales *problemas* que presenta la empresa española son:

- que carece de la dimensión adecuada para hacer frente al reto del mercado único y para competir en igualdad de condiciones con otras empresas de mayor dimensión;
- que no tiene la competencia internacional suficiente para intervenir en los mercados internacionales.

Por tanto, sería deseable que el empresario español tuviera una política más agresiva en la entrada de los mercados internacionales, creación de sucursales y filiales en el extranjero, participación en empresas extranjeras y adquisición de las mismas.

Si no lo hace así su futuro es su desaparición o la absorción por sociedades extranjeras.

Desde un punto de vista estrictamente fiscal se debería de evitar que los empresarios españoles que realizan actividades fuera de España soporten una carga fiscal más alta que la que soportan sus competidores directos.

Para determinar la carga de gravamen que deben de soportar los rendimientos obtenidos por los empresarios de un país por las actividades realizadas en el extranjero podemos encontrar dos posturas extremas, además de otras intermedias.

1.^a *La neutralidad en origen, es decir, asegurar que las rentas obtenidas en el extranjero soporten en cualquier caso un gravamen no inferior al que soportarían en el país de origen.*



La filosofía que subyace, es que toda persona debe de pagar al menos los impuestos que exigen en el país de origen, en nuestro caso España, sea cual sea el lugar donde se obtengan los rendimientos. Este sistema se materializa en el sistema de crédito de impuesto para evitar la doble imposición internacional. Se intenta evitar que nadie pueda obtener un tratamiento más beneficioso por el hecho de invertir fuera de su país.

2.^a *La neutralidad en destino* que implica que las actividades empresariales realizadas en el extranjero soporten la misma tributación que soportarían los empresarios del país en donde está operando. Intenta situar al empresario nacional en igualdad con empresarios de terceros países. Desde el punto de vista técnico este criterio se plasma en el método de exención para evitar la doble imposición internacional.

Los países que siguen este criterio exoneran de gravamen los rendimientos obtenidos en el extranjero cuando se derivan de una actividad empresarial efectivamente realizada en el extranjero.

El primer criterio ha sido mantenido por EE.UU. y también por Inglaterra y por otros países del mismo área, el segundo criterio ha sido mantenido por Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca y Francia entre otros países europeos. España ha optado claramente por el primer criterio, esto es: garantizar que los empresarios españoles actuando en el extranjero paguen al menos los impuestos que le correspondería pagar si la actividad se hubiera realizado en España.

Desde un punto de vista práctico ambos criterios pueden conducir a resultados satisfactorios si se hace de forma adecuada. El sistema de crédito indirecto de impuestos aplicado en EE.UU. puede llegar en alguno de los casos a un resultado semejante a la exención, al permitir la imputación de los impuestos pagados por las sociedades en su actividad en el extranjero.

Esto se garantiza permitiendo que puedan acreditar los impuestos pagados por filiales de segundo y tercer nivel. España ha introducido el sistema de «crédito indirecto de impuesto» con efectividad 1 de enero de 1992. Sin embargo, si bien se reconoce el crédito de impuesto, sólo se admite el satisfecho por las filiales directas, y no se puede acreditar el impuesto pagado por una cadena de filiales.

Entre las *medidas a adoptar* para lograr la competitividad de la empresa española en el exterior podríamos citar:

1. Las ya conocidas de incentivar las exportaciones.
2. Las de internacionalizar la empresa mediante la creación de estructuras productivas directas en los países de destino o mediante la adquisición de empresas pertenecientes al mismo sector o sectores conexos.
3. Otro tipo de medidas serían aquéllas que tiendan a que la empresa española se financie en el mercado internacional en igualdad de condiciones con las empresas de terceros países.

Los instrumentos financieros internacionales han evolucionado en los últimos años bastante, se han creado una serie de nuevos intermediarios financieros, así como nuevos productos que son difíciles de clasificar dentro del antiguo esquema de instrumentos de crédito. Sería deseable que la normativa española se adaptase a estos nuevos sistemas a fin de que

estudios

los empresarios pudiesen acceder a estos nuevos sistemas de financiación. Podemos citar, a título de ejemplo, los problemas que se plantean con el leasing internacional, o la tributación de las operaciones de swap.

La inadecuada caracterización de estas operaciones por parte de la normativa interna hacen que los costos finales salgan de tal manera encarecidos que hagan imposible su utilización por el empresario español.

4. Por último, sería conveniente dar un tratamiento favorable a las rentas percibidas por trabajadores españoles que prestan sus servicios en el extranjero en favor de empresas del grupo español. La regulación plantea muchos problemas y no cabe duda que es muy interesante contar con gestores españoles para las actividades a realizar fuera de España.

2. Inversiones en el extranjero realizadas por personas físicas españolas

La liberalización de los movimientos de capital y de personas puede suponer importantes cambios en el comportamiento de personas físicas de patrimonios elevados.

a) Las personas físicas españolas pueden situar su ahorro y sus inversiones, directa o indirectamente, en busca de mayores rendimientos financieros o de regímenes fiscales más favorables.

b) Del mismo modo las personas físicas van a poder mover su residencia a terceros países por motivos económicos y fiscales.

La primera cuestión está solucionada en nuestro sistema fiscal al quedar gravado cualquier rendimiento obtenido por las personas físicas españolas en el extranjero mediante el sistema de renta mundial, es decir gravar todos los rendimientos obtenidos por el sujeto pasivo por obligación personal, tanto dentro del territorio de aplicación del impuesto como del extranjero.

Pero tampoco podemos desconocer que esta solución prevista por nuestra legislación es relativa, dado que las personas físicas podrán efectuar sus inversiones en el extranjero a través de vehículos dotados de personalidad jurídica constituidos en terceros países o en Paraísos Fiscales, lo que les puede permitir diferir el impuesto español y eventualmente evitar por completo su gravamen manteniendo la titularidad de los activos en que se materialice la inversión durante el plazo de tenencia previsto en la nueva Ley del IRPF para exonerar de gravamen los incrementos de patrimonio.

Para solucionar estos problemas el legislador puede hacer dos cosas:

- acrecentar las medidas de control,
- o establecer medidas para incentivar el mantenimiento de capitales en España.

La nueva ley del IRPF ha avanzado si bien tímidamente en el segundo de los sentidos.

Así pues, el nuevo régimen fiscal aplicable a los fondos de inversión mobiliaria, unidos a las normas de incentivación del ahorro popular, pueden ofrecer alternativas atractivas a la des-nacionalización de sus capitales. Sin embargo, es más que probable que este tipo de tímidas medidas no afecten a los titulares de patrimonios muy elevados.



La segunda cuestión planteada en cuanto al cambio de residencia de las personas físicas por motivos fiscales puede evitarse mediante normas prohibitivas o de control, o bien, con mecanismos para incentivar el mantenimiento de la residencia en España. Nuevamente la Ley del IRPF ha hecho hincapié en normas de carácter negativo, el endurecimiento para determinar la residencia en España intenta evitar la expatriación de capitales por motivos fiscales.

Causas de desnacionalización:

Las medidas de índole prohibitivo tienen una eficacia muy limitada. El problema no radica tanto en la posibilidad de ejercitar un control como en las causas que motivan el deseo de desnacionalización. La principal causa es que el *tipo marginal* máximo en el IRPF es del 56 por 100 a partir de 9.550.000 para 1993, otra causa que podemos citar es que los rendimientos de capital se gravan *sin tener en cuenta la tributación previamente soportada* por dichos rendimientos y obviando el importante *efecto de la inflación* sobre los capitales invertidos. Podemos dar dos ejemplos que esclarezcan las afirmaciones anteriores.

1.º Los dividendos recibidos por personas físicas soportan una efectiva doble imposición económica, ya que la deducción de la cuota por dividendos nunca cubre la totalidad del impuesto pagado por sociedades, lo que origina que la tributación de los dividendos pueda ser superior al tipo máximo marginal.

2.º Los intereses recibidos por personas físicas residentes en España son gravados en su totalidad sin tener en cuenta la pérdida del valor adquisitivo del capital invertido como consecuencia de la inflación, ello supone que el gravamen en parte recaiga sobre el principal —en términos económicos— con lo que el gravamen efectivo soportado sobre la rentabilidad real obtenida de la inversión sea superior también al tipo marginal máximo.

Los tipos marginales del impuesto sobre la renta español están entre los más elevados de nuestro entorno. De igual forma que la progresividad máxima se alcanza en niveles relativamente bajos, en estas condiciones la propensión marginal a la elusión fiscal es muy elevada.

Por otra parte, la rentabilidad de cualquier esquema complejo de planificación fiscal que permita el diferimiento o la exoneración de impuestos españoles es también muy elevada, con lo que se compensará fácilmente de los gastos en que se haya incurrido en la creación del esquema.

Así pues, únicamente indicar que mientras la situación se mantenga cabe esperar una lucha entre las medidas coercitivas que pueda imponer la legislación española y los esquemas agresivos de planificación fiscal.

3. Medidas anti-elusión

Podemos considerar como principales problemas que deben requerir medidas anti-elusión los siguientes:

a) Medidas encaminadas a evitar que se acumulen los rendimientos obtenidos en el extranjero en vehículos de baja tributación para posponer o eliminar el impuesto español sobre dichos rendimientos.

== estudios ==

b) Medidas encaminadas a evitar la expatriación por motivos fiscales de personas físicas residentes en España.

c) Medidas para evitar la elusión de los impuestos españoles en operaciones realizadas en España mediante esquemas circulares de inversión.

En el campo de la evasión fiscal y no de la elusión propiamente dicha, es preciso diseñar medidas para evitar la creación de sociedades en Paraísos Fiscales donde la confidencialidad sobre la titularidad es total, de tal manera que puedan obtenerse rendimientos sin que sepa que dichos rendimientos han sido obtenidos en último extremo por un residente en España, bien sea persona física o jurídica.

Peligro de las medidas anti-elusión:

Una medida anti-elusión puede gravar en exceso comportamientos que la ley no pretendía gravar o podrá limitar la forma de actuación de los inversores en el extranjero, impidiendo su competitividad o generando comportamientos insuficientes.

Medidas anti-elusión en relación con:

1.º *La acumulación de rendimientos en el extranjero*

Debemos de distinguir entre los rendimientos procedentes de actividades empresariales de los procedentes de inversiones en cartera con carácter pasivo.

En relación con los primeros, el problema podría solventarse si el mecanismo utilizado para evitar la doble imposición internacional fuera el de exención y no el de crédito de impuesto existente en la actualidad. Por tanto será posible su repatriación a España sin soportar gravamen adicional alguno. Entonces la no repatriación a España no tendrá motivos estrictamente fiscales y responderá a otros de motivación estratégica u operativa del empresario español, que habría en todo caso que respetar.

La acumulación de rendimientos derivados de inversiones de cartera con carácter pasivo, puede provocar un daño efectivo a la recaudación española y a la equidad del sistema. Aquí sí que serían justificables la adopción de medidas anti-elusión semejantes a otras establecidas por países de nuestro entorno.

Este tipo de normas se encaminarían:

- A penalizar los beneficios acumulados generados en inversiones pasivas que no se hayan distribuido.
- A compensar el beneficio obtenido mediante el diferimiento a través del pago de intereses de demora o a imputar al inversor español los beneficios obtenidos a través del vehículo de inversión.

Este es el sistema más generalizado y permitiría imputar a los residentes en España los rendimientos obtenidos a través de entidades de inversión de tipo pasivo en el extranjero.

Lo que ocurre es que en la práctica es muy difícil distinguir qué rendimientos corresponden a una actividad estrictamente empresarial y cuáles a una inversión en cartera de carácter pasivo.



2.º *La expatriación por motivos fiscales*

Admite dos tipos de medidas:

a) Reforzar los mecanismos de inspección para asegurar que la expatriación sea efectiva. Evitar que personas que residiendo en España puedan alegar su residencia en el extranjero. La solución pasa a través del intercambio de información con terceros países, el reforzamiento de las actuaciones inspectoras en relación con el tema de la residencia y la aplicación de los mecanismos previstos en el artículo 24 y 25 de la LGT que inciden en la verdadera naturaleza del negocio jurídico.

b) Establecer normas que permitan la subsistencia del gravamen español en relación con determinados rendimientos obtenidos en España durante un plazo limitado tras la expatriación.

3.º *Lucha contra los esquemas internacionales circulares de inversión*

No existe justificación alguna para mantener la exoneración de gravamen en España de rendimientos obtenidos en nuestro país, por el hecho de que se actúe por medio de un sistema circular de inversión con el único fin de obtener un régimen fiscal más favorable.

El caso más claro es el de las inversiones realizadas por personas físicas o jurídicas a través de sociedades extranjeras en acciones de las sociedades españolas exonerando las ganancias de capital resultante de la venta de dichas acciones.

Lo mismo cabe indicar con relación a las inversiones inmobiliarias realizadas por empresas extranjeras cuyo último titular es un residente en España, supuesto muy frecuente de actuación en la Costa del Sol mediante la utilización de sociedades gibraltareñas.

Las medidas que podrían adoptarse serían el reforzamiento de los artículos 24 y 25 de la LGT o el establecimiento de criterios de transparencia fiscal respecto de los rendimientos obtenidos por sociedades extranjeras de capital mayoritariamente español, derivados de actividades efectuadas en España.

TRIBUTACION DE RENDIMIENTOS EN ESPAÑA POR NO-RESIDENTES

A) Régimen fiscal y administrativo aplicable a los no-residentes

La ley 44/78 intentó gravar al no-residente con los criterios típicos de la obligación personal de contribuir. Además, se generó otro problema y era el distinto tratamiento al no-residente según se tratara de persona física o jurídica. Desde la ley 5/83 el régimen del no-residente comenzó a perder su carácter personalista para convertirse en un gravamen de naturaleza real que atiende al tipo de rendimiento obtenido y no a la persona que los obtiene.

Desde un punto de vista administrativo la clave del sistema de tributación del no-residente se basaba en el régimen de comprobación preferente que a su vez tenía su fundamento en el régimen de control de cambios.

estudios

Antes de efectuar un pago a un no-residente era requisito previo presentar la declaración correspondiente, sin liquidación, a la Delegación de Hacienda, quien en la mayoría de los casos debía proceder a realizar una comprobación preferente de la misma. Hasta que no se llevaba a cabo la comprobación no era posible efectuar el pago y, por tanto, quedaban perfectamente garantizados los derechos de la Hacienda Pública. El principal problema que planteaba este sistema era que el contribuyente tenía a veces que tener inmovilizado capitales hasta el momento en que se hubiera concluido la comprobación preferente. Aunque la comprobación tenía que efectuarse en el plazo de 30 días era práctica normal que se sobrepasase con mucho dicho plazo llegando en ocasiones a varios meses.

La nueva ley del IRPF y su reglamento (arts. 69 y siguientes) han intentado modificar el régimen existente con anterioridad adaptándolo a las nuevas circunstancias, ya que con la libertad de movimiento de capitales es posible el pago a no residentes antes de la comprobación por la Administración.

El reglamento de renta parece haber creado una normativa uniforme para personas físicas y jurídicas. Así, el artículo 69 del reglamento de IRPF dice que sus normas serán aplicables a las sociedades.

Desde el punto de vista de técnica legislativa no parece razonable que un artículo del reglamento de renta modifique lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley del Impuesto de Sociedades.

Podríamos distinguir las siguientes cuestiones que surgen en relación con la tributación de los no-residentes:

1.^a La tributación del no-residente debe de basarse exclusivamente en la naturaleza de la renta obtenida. Supone abandonar cualquier intento personalizador del gravamen, y que el régimen aplicable a personas físicas y sociedades debe de ser idéntico.

2.^a Es muy importante en la tributación de los no-residentes la seguridad jurídica. Es muy importante saber para el tráfico internacional a priori, lo que se debe pagar.

3.^a El régimen aplicable a los no-residentes debe de ser muy ágil. Los movimientos financieros internacionales requieren una gran rapidez para ser efectivos. La práctica mercantil internacional se rige por el derecho anglosajón con un nivel de formalismo inferior al continental como el francés o español.

4.^a La Hacienda Pública necesita establecer un sistema adecuado de garantías para asegurar el cobro de las deudas tributarias.

Quizá se podría plantear a la vista de la regulación fiscal del no-residente, si sería más operativo el establecer una nueva figura jurídica de impuesto al no-residente que diera un trato unificado a la persona física y jurídica por obligación real, dado que en la actualidad no parece el marco de un impuesto personalista el adecuado para la imposición del no-residente.

La seguridad jurídica es el principio capital en el que construir la tributación del no residente, sin embargo, podemos citar como enemigos de la seguridad jurídica:

- La diversificación normativa, así como la existencia de contradicciones e incongruencias.
- El imparable ritmo de innovación existente en el tráfico internacional.

Sería necesario crear mecanismos de interrelación entre contribuyentes y administración. Estos mecanismos podrían ser mediante presentación de consultas a la Administración en las que se indiquen los hechos correspondientes y pueda aquélla previamente calificar la operación e indicar el régimen tributario a aplicar.

El artículo 107,2 de la LGT permite la presentación de consultas vinculantes cuando se trate de inversiones extranjeras en España. En la práctica este sistema no ha funcionado, dado que se refiere a consultas referentes a inversiones de capital y no a la totalidad de operaciones que pueda realizar un no-residente y, además, la Administración no ha sido lo suficientemente ágil en la contestación a las consultas. Así pues estas consultas deberían de contestarse en un plazo máximo establecido y ser vinculantes.

La eliminación de la comprobación preferente ha sido un paso importantísimo en la agilización de las operaciones internacionales. No obstante, hay una serie de áreas donde surgen problemas a la hora de llevar a cabo determinado tipo de operaciones:

a) Operaciones en masa (básicamente operaciones de índole bursátil, como la compra en Bolsa de acciones por no-residentes, emisiones internacionales de empréstitos y otras) donde la identificación uno por uno de los titulares es prácticamente imposible.

b) Inversiones canalizadas a través de entidades de inversión con forma jurídica distinta de las normalmente existentes en el derecho español (por ejemplo fondos de inversión estructurados como partnership o limited partnership en las legislaciones anglosajonas o los trusts que carecen de respaldo en nuestro sistema jurídico).

Las soluciones podrían ser:

a) Eliminar el gravamen sobre ciertas operaciones de carácter masivo de captación de recursos en mercados nacionales e internacionales, de índole bursátil, ya que en definitiva en términos prácticos resulta inoperante y, a lo mejor, desde el punto de vista económico, no deseable.

b) Crear cauces adecuados para que se puedan establecer fórmulas simplificadas del cumplimiento de las obligaciones formales de común acuerdo entre los contribuyentes institucionales y la Administración. La garantía del cobro de las deudas tributarias puede conseguirse por la vía de las retenciones tal y como se ha previsto en la nueva ley en relación con la venta de inmuebles, pero se deberían evitar cargas excesivas para el residente en España; así pues, debería de ser suficiente para evitar la obligación de retención, la justificación de que se ha presentado la declaración correspondiente efectuándose el ingreso que determine dicha declaración, comprobada por la administración, si fuere preciso.

B) Normas anti-abuso

- Debe evitarse la creación artificial de gastos deducibles en España en filiales de sociedades extranjeras, que normalmente se lleva a cabo mediante fuertes endeudamientos con entidades relacionadas (subcapitalización), pago de cánones, o prestaciones de servicio desproporcionadas o no necesarias para la realización de las actividades en España o mediante una política agresiva de precios de transferencia.

— estudios —

- Debe evitarse que personas residentes en España, aprovechándose de las normas de los no-residentes, evadan el gravamen de los rendimientos obtenidos en España mediante esquemas circulares de inversión.

Medidas tendentes a evitar operaciones de tipo circular.

Son aquellas medidas que tratan de evitar esquemas de residentes españoles que en principio invierten en el extranjero y que a continuación reinvierten en España, o de inversiones españolas en el extranjero para crear sociedades de mera tendencia de bienes a fin de diferir el pago de impuestos.

Hay varias medidas en relación a la actuación contra las operaciones circulares, de las que podríamos destacar tres ideas.

1. Aquéllas que se basan en el establecimiento de un régimen de transparencia fiscal, para determinado tipo de entidades creadas en el extranjero, básicamente de entidades creadas en Paraísos Fiscales.

Hay varios países, principalmente EE.UU., Canadá, Inglaterra, Japón, Alemania y Francia, así como Australia, que han creado unas normas tipo «Subpartes» (Subpart F o type provision) creadas por primera vez en EE.UU. por la Ley de Finanzas de 1962, en la que se calificaba como «Controlled Foreign Corporation» a cualquier sociedad con más del 50 por 100 de capital detentado por súbditos norteamericanos.

Este tipo de normas establece la tributación en el país de origen por las rentas obtenidas en un país de baja tributación, en tanto en cuanto no provengan de una actividad empresarial real y directa realizada en dicho país; desgraciadamente estas normas son muy complicadas de aplicar, ya que pueden tener implicaciones económicas importantes, al margen de las estrictamente fiscales, y aumentarán el efecto recaudatorio de acuerdo con el efecto disuasorio que puedan plantear.

2. Medidas que tienden a considerar como repatriado aquellas cantidades que el vehículo internacional reinvierte en el país de origen: son medidas utilizadas en muy pocos países, en EE.UU. y también en España.

Podríamos señalar como medida la adoptada en la nueva Ley del IRPF, que establece un nuevo gravamen del 5 por 100 sobre la propiedad de bienes inmuebles o de derechos reales sobre los mismos por entidades no residentes, denominado, aunque no dicho expresamente, impuesto sobre las sociedades gibraltareñas.

3. Otro bloque de medidas que tienden a impedir las inversiones en los fondos de inversión extranjeros, que permiten la obtención de rendimientos con exención final plena hasta el momento en que se vende la participación, en cuyo caso sería una ganancia de capital y tributaria, por ejemplo, en el régimen español aplicándole unas cantidades reductoras de la plusvalía que al cabo de determinados años, 15 en el caso de los fondos en participación, tendría la condición de exentas.

Para evitar esta posibilidad se utiliza en el sistema fiscal alemán un sistema de presunciones en el que se imputa como renta del ejercicio, o bien en el sistema americano en el que se imputa como renta cuando se cobra pero con intereses de demora.

LOS PARAISOS FISCALES

1. Definición de Paraíso Fiscal

No existe una definición de Paraíso Fiscal; la mayor parte de los autores sólo se ponen de acuerdo en la concurrencia de una serie de características en los mencionados «Paraísos», a las que luego aludiremos, pero no hay una definición concreta de Paraíso Fiscal.

En la actualidad es un término en desuso por las connotaciones negativas que conlleva, y se utiliza el término «Tax Haven» o «Off Shore Financial Center». Pero en definitiva es una jurisdicción sobre la que se van a establecer empresas o negocios que se pueden ajustar mejor a una planificación fiscal deseada o una protección de activos o patrimonios.

La OCDE, en un trabajo publicado sobre fiscalidad internacional titulado «La evasión y el fraude fiscal internacional», define al Paraíso Fiscal como una jurisdicción que se configura activamente a sí misma con el fin primordial de evadir impuestos.

Lo que no es conveniente es identificar Paraíso Fiscal con zonas o países de baja tributación, dado que podemos encontrarnos con los llamados Paraísos Fiscales secundarios que pueden ser países de alta tributación como el caso de Estados Unidos o Suecia que, sin embargo, sean auténticos paraísos para determinados tipos de operaciones o para una determinada forma de llevar a cabo las mencionadas operaciones.

Definición legal de «Paraíso Fiscal»

Para la definición legal de «Paraíso Fiscal» se han utilizado dos bloques de sistemas.

1. Sistemas que se basan en la tributación efectiva o nominal del país de origen, bien sea como en el caso alemán que considera países de baja tributación aquéllos en los que el tipo aplicable sea inferior al 30 por 100, bien por remisión al tipo interno como puede ser el caso inglés y francés.

En el caso inglés se consideran Paraísos Fiscales aquéllos donde la tributación sea inferior en un 50 por 100 a la que correspondería en Inglaterra por la misma operación. En el caso francés cuando la carga fiscal sea de un tercio menos del que le hubiera correspondido en Francia.

2. Sistemas que consideran a los «Paraísos Fiscales» los que figuran en lista cerrada que ellos mismos publican.

A este segundo criterio corresponde el utilizado por el legislador español mediante la publicación de una lista donde figuran 48 «Paraísos Fiscales» que se hacen acreedores a este título en virtud del RD 1080/1991 de 5 de julio.

Cabría citar, por último, una serie de países que hacen referencia a «Paraísos Fiscales» de una forma genérica, sin especificar cuales son como en el caso de Bélgica, lo cual crea una gran inseguridad jurídica.

estudios

2. Características de los «Paraísos Fiscales»

Podríamos destacar tres grupos de características que suelen aparecer como comunes a los diferentes Paraísos Fiscales:

1. Ausencia o favorable nivel de imposición

Es lógicamente el primer punto de vista que el inversor de Paraísos Fiscales va a tener en cuenta; podríamos distinguir a su vez:

- Países donde no existe imposición alguna, tanto para los residentes, como para los no residentes.
- Países en los que el bajo nivel de tributación está reservado a los no residentes, como en el caso de sociedades que no tengan ninguna actividad comercial o financiera en el territorio, de ahí la denominación de «off shore».
- Países en los que la baja tributación se aplica tan sólo a determinadas operaciones, como por ejemplo a determinadas categorías de rentas, a ciertos tipos de operaciones o a cierto tipo de sociedades, por ejemplo, los holding.

La mayor parte de los Paraísos Fiscales no han firmado acuerdos para evitar la doble imposición internacional ni otros convenios, porque una de las características esenciales es la inexistencia de información y la confidencialidad. Así pues, desde el momento que exista un convenio, no puede existir traba alguna en cuanto al suministro de información por parte de los dos países contratantes.

No obstante, podemos reconocer que incluso en determinados convenios, la obligación del suministro de información, con el tiempo, llega a ser letra muerta.

Es por ello que a veces, por la combinación de las ventajas ofrecidas por los convenios internacionales y las disposiciones favorables de la legislación interna del país, llegan a ser singularmente atractivas para la realización de determinado tipo de operaciones, deviniendo de alguna manera, al amparo de los convenios internacionales en Paraísos Fiscales.

2. Existencia de una legislación financiera y comercial atrayente

Una condición muy importante es que se asegure al inversor que el secreto bancario está garantizado. En general los Paraísos Fiscales protegen de manera extensiva la confidencialidad de las operaciones que se desarrollan en su territorio, sea en virtud de la ley, de la jurisprudencia o simplemente de la práctica administrativa. En general podemos decir que los negocios bancarios y financieros en particular están muy protegidos.

Por otra parte, la presentación de las cuentas anuales de las sociedades no es a menudo obligatoria; la legislación sobre las sociedades en general presenta una gran libertad y flexibilidad, de tal forma que se permite crear rápidamente y sin costosas formalidades, sociedades simplemente domiciliadas, es decir, registradas en el país, pero que, en realidad, no tienen allí su sede y que no ejercen allí actividad comercial alguna. A estas sociedades se les

llama de diferente forma: sociedad buzón (boite aux lettres, letter box company) o bien sociedades ficticias (sham corporation, societe fictive) dado que este tipo de sociedades no tienen ni medios de gestión ni actividad económica. Estas sociedades frecuentemente son efímeras y se limitan simplemente a tener un buzón para recibir la correspondencia, en un banco, en el despacho de algún abogado o de un contable. Estas sociedades permiten fijar los beneficios en un país refugio donde son utilizadas como sociedades pantalla (ecran) a fin de dificultar el control fiscal y aumentando el número de eslabones de la cadena de manera que impidan o que trasladen al futuro el gravamen de las rentas y beneficios.

También se caracterizan los Paraísos Fiscales por tener sistemas jurídicos muy flexibles, en general de corte latino, pero, aún así, al final suelen adaptarse a las peculiaridades del derecho anglosajón que en definitiva es mucho más flexible que el continental.

Existen algunos casos curiosos como el sistema fiscal de Madeira, en donde a la hora de crear los «trusts», nos encontramos con una norma portuguesa que utiliza en su redacción términos de derecho mercantil anglosajón y se remite a la jurisprudencia de los tribunales ingleses a la hora de interpretar el concepto de «trust».

La ausencia de un régimen de Control de Cambios es algo muy importante a tener en cuenta en los Paraísos Fiscales. En muchos países hay un doble sistema de control de cambios según se refiera a un residente o a un no-residente, o que se trate de la moneda nacional o de divisas extranjeras. En general podemos afirmar que los residentes son sometidos al control de cambios y los no-residentes sólo son sometidos cuando realicen operaciones con moneda nacional.

La ausencia de un régimen de control de cambios tiene por objeto el facilitar el uso de los Paraísos Fiscales por personas que quieran allí establecer entidades refugio para efectuar operaciones en el extranjero. Una sociedad constituida en Paraísos Fiscales como no residente y cuya actividad se sitúa normalmente en el exterior no suele tener regulación restrictiva del control de cambios.

Dentro de la legislación financiera y fiscal atrayente, suele existir una cierta agresividad por el país de destino a la hora de captación de capitales y de organizar una verdadera promoción de las virtudes y ventajas económicas, financieras o fiscales de los mencionados Paraísos Fiscales.

3. Estabilidad política y económica

Un Paraíso Fiscal es un estado o un territorio en el que la estructura política es sólida o no puede existir. Este es un punto muy importante de caracterización del paraíso fiscal, dado que si el futuro de los capitales transferidos es incierto y si el país está política, económica o socialmente revuelto las ventajas fiscales de momento son a la larga ilusorias.

También es importante en otro orden de ideas que el país sea fácilmente accesible, con un buen sistema de comunicaciones, dado que la comunicación y la información son fundamentales en el mundo actual. Así pues son fundamentales unas buenas comunicaciones aéreas o marítimas, así como servicios postales, telefónicos, telex, fax, etc., esto es fundamental en el campo de transacciones bancarias.

estudios

En el plano económico el país tiene que tener una moneda estable y una organización financiera y bancaria acorde con las necesidades.

Es evidente la conveniencia de una red bancaria desarrollada y fiable que ofrezca los servicios de especialistas financieros y de juristas para confirmar el entorno de un Paraíso Fiscal, dado que las estructuras de servicios son esenciales. Como ejemplo podemos destacar que el desarrollo experimentado desde 1970 por las islas anglo-normandas (Jersey y Guernsey) no es extraño al hecho de la implantación en las islas de los bancos americanos y después a los europeos más importantes, con vistas a la planificación fiscal (tax planning).

Los Paraísos Fiscales clásicos tienden a dar al sector bancario un lugar importante y la mayor parte de ellos emprenden una política de incentivos de actividades bancarias «off shore», que responde a la actividad bancaria del residente y del no residente. Generalmente la actividad del no residente no está sometida al cumplimiento de determinadas obligaciones, como la constitución de reservas, beneficio de un régimen fiscal más ligero, y no está sometida al control de cambios u otro tipo de controles. Se beneficia del secreto bancario y de la confidencialidad de sus operaciones.

La prosperidad de los Paraísos Fiscales está fundada en gran parte en la presencia de bancos extranjeros cuyas actividades proporcionan a estos países ingresos. El paraíso fiscal beneficia en cierta medida a la contratación de personal local y compra o alquiler de instalaciones locales. Las actividades financieras crean por otra parte una infraestructura que puede servir también a actividades lícitas así como a operaciones fraudulentas.

Sin embargo, todas estas características genéricas, cuando acudimos al caso concreto para saber si estamos o no ante Paraísos Fiscales, son de poca ayuda, ya que de hecho los países más agresivos desde el punto de vista fiscal han intentado ampliar la definición de «Paraíso Fiscal» incluyendo centros que no estarían en la típica definición, como pueden ser los típicos centros de colocación de sociedades intermedias como Holanda o incluso en la actualidad Austria, o cualquier país de la CEE. respecto a operaciones de intermediación.

3. Clases de «Paraísos Fiscales»

Andre Beauchamp, uno de los tratadistas que más se han ocupado de los Paraísos Fiscales hace una clasificación en su obra «Guide Mondial des Paradis Fiscaux» de seis tipos de Paraísos Fiscales:

- a) Zero Havens. Países en los que no existe imposición de las rentas ni plus-valías de capital.
- b) Países en los que el impuesto sobre las rentas o beneficios se establece tomando en consideración la base territorial.

Es decir, se eximen las operaciones realizadas fuera del territorio. Este sería el caso de Costa Rica, Hong Kong, Liberia, Malasia, Filipinas, Venezuela, Panamá o la misma Gran Bretaña para las sociedades no residentes como veremos en su momento.

- c) Países con tipos bajos.



Se entiende en estos casos, para operaciones «off shore» o correspondientes a operaciones realizadas fuera del territorio por no residentes.

Algunos ejemplos serían: Liechtenstein, Suiza, Islas Vírgenes Británicas o las Islas del Canal (Jersey, Guenersey) Man, Irlanda y las Antillas holandesas.

d) Países con ventajas específicas a las Sociedades Holdings o a las sociedades «off shore».

Sería el caso de Luxemburgo, Holanda o Singapur.

e) Países que ofrecen exenciones fiscales a las industrias creadas para desarrollar la exportación.

Irlanda por ejemplo.

f) Países que ofrecen ventajas específicas y diversas. Por ejemplo Antigua, Anguila, Barbados, Granada y Jamaica.

Como podemos darnos cuenta en esta clasificación de Beauchamp, se toman en cuenta no sólo los clásicos Paraísos Fiscales sino también otros de «tributación atenuada», lo que nos lleva a la vieja discusión de fijar los límites reales de un Paraíso Fiscal, lo cual es muy difícil.

Esta clasificación es arbitraria, ya que muchos de estos países pertenecen a dos o más categorías. Además, no hay que olvidar los llamados Paraísos Fiscales secundarios ya que una gran cantidad de los países que podríamos llamar de fiscalidad normal pueden convertirse para determinados operadores y para determinadas operaciones en Paraísos Fiscales, por ejemplo Francia, Estados Unidos, Bélgica, Canadá, que si bien en principio son países de rigurosa fiscalidad pueden en algún momento ser atractivos para los operadores conocedores de las finanzas y de la fiscalidad internacional.

Otra clasificación tradicional de los Paraísos Fiscales ha sido la que distingue según sean para personas físicas o jurídicas.

A) Paraísos fiscales para personas físicas

Aunque esta clasificación a veces no sea importante puesto que frecuentemente los Paraísos Fiscales lo son tanto para personas físicas o jurídicas, tenemos que destacar que los Paraísos Fiscales de personas físicas son escogidos por éstas para fijar su residencia, ya sea real o no, continua o discontinua, con el fin de obtener mediante el domicilio fiscal, los beneficios inherentes a su situación personal.

Ante esa situación, a un Paraíso Fiscal de ese tipo se le van a exigir por parte del interesado unas características de habitualidad que no se requieren de aquellos Paraísos Fiscales en los que no se precisa su estancia o que incluso no deberá pisar jamás para obtener los beneficios buscados.

Por ello, a las características antes mencionadas que tienen genéricamente los Paraísos Fiscales, tenemos que añadir el clima, la situación geográfica, las facilidades de comunicación,



— estudios —

el coste del transporte, la infraestructura de habitabilidad, etc. todas estas características hacen que no sea muy abundante el número de Paraísos Fiscales para personas físicas.

El ciudadano que trata de encontrar un Paraíso Fiscal para residir en él, espera encontrar un país en el que la imposición sea nula o poco elevada en el impuesto sobre las rentas, sobre las ganancias de capital y sucesiones, o bien buscan un sistema fiscal que aunque grave las rentas o ganancias de capital obtenidas en el territorio de aplicación del impuesto, exoneren los obtenidos en el extranjero; éste sería el caso de países que exoneran determinadas categorías de contribuyentes, como por ejemplo las pensiones en Costa Rica, en Chipre o Panamá, la exoneración a escritores y artistas en Irlanda, etc... También puede ocurrir que existan países donde determinadas categorías de rentas o de ganancias de capital se beneficien de tipos de gravamen bajos o incluso no se someten en absoluto a imposición. Por último, no hay que olvidarse de los Paraísos Fiscales que tienen establecidos convenios con países de elevada imposición y mediante estos tratados se va a permitir al contribuyente beneficiarse de reducciones más o menos importantes sobre los impuestos en los países donde han sido producidas o distribuidas determinadas rentas.

Existen pocos Paraísos Fiscales donde puedan fijar su residencia las personas físicas, podríamos citar a título de ejemplo a Andorra, Mónaco, las Bahamas o incluso Gibraltar, dada la proximidad de lugares que si bien no tiene una fiscalidad tan favorable, por su proximidad pueden permitir el conjugar un Paraíso Fiscal para la administración de bienes y un lugar con clima adecuado y con condiciones que permitan un alto nivel de calidad de vida donde fijar la residencia, aunque no sea de derecho sino de hecho, nos referimos a Gibraltar y España.

B) Paraísos fiscales para personas jurídicas

Son mucho más numerosos que en el caso de las personas físicas. Tanto para las sociedades que existan en el país de origen como para las personas físicas suele ser sencillo establecer contactos, adquirir o formar instituciones jurídicas en los Paraísos Fiscales sin necesidad de desplazarse personalmente a ellos en muchos casos. Incluso está previsto en determinadas legislaciones la posibilidad de designar un administrador titular (alternante director o administrateur remplasant) que va a representar a los interesados con plenos poderes.

Por otra parte existe una auténtica red de abogados, asesores, sociedades fiduciarias y banqueros locales, conectados con grupos u organizaciones internacionales que aseguran el buen funcionamiento de las estructuras creadas y operaciones tramitadas por su mediación.

Existen determinados países que intentan ayudar su propia economía atrayendo a sociedades, pero no a las personas físicas ligadas a ellas, con el fin de que el posible beneficio de la intermediación quede en los propios agentes locales. Otros países como es el caso de Holanda han aceptado tradicionalmente la creación de sociedades holding siempre y cuando se creara la estructura básica en el país, lo que a la larga ha originado el establecimiento de órganos de decisión y de empresas locales, que han ayudado a que estén domiciliados en los Países Bajos grupos importantes de multinacionales.

Podemos citar, aunque tan sólo sea a título de ejemplo, a Panamá, Hong Kong, las Islas del Canal, Liechtenstein y las Islas Vírgenes Británicas.

4. Usos de los «Paraísos Fiscales»

1. Objeto

Existen tres grandes preocupaciones de los países desarrollados respecto del uso que los ciudadanos pueden hacer de los Paraísos Fiscales:

1. En primer lugar el uso por los propios residentes del país de las operaciones internacionales a fin de minimizar los impuestos y el coste fiscal.

Evidentemente la primera preocupación de los diversos estados es una preocupación recaudatoria, pues ve cómo puede quedarse sin percibir buena parte de los ingresos.

Normalmente puede hacerse sin la colocación de un paraíso fiscal, pero frecuentemente implica la utilización de uno de ellos.

Las formas de utilización son:

a) Los esquemas circulares de inversiones.

Son muy típicos y en la actualidad la principal preocupación de los países. Es muy frecuente en el sector inmobiliario y constituye la principal preocupación del Ministerio de Hacienda español.

El sistema consiste en que mediante sistemas circulares de inversión la plusvalía o el beneficio de una operación se quede fuera del gravamen de un país en el que reside el sujeto pasivo.

Son medidas que tratan de conseguir la evasión fiscal en base al secreto de información. En España ésta ha sido fundamentalmente la causa de la creación en el nuevo IRPF de 1991 del gravamen sobre inmuebles del 5 por 100. Por tanto, lo que se trata de gravar esencialmente no es la utilización de inmuebles por no residentes, sino el gravamen a sociedades residentes en supuestos Paraísos Fiscales, Gibraltar, Panamá, etc..., detrás de las cuales figuran ciudadanos residentes que lo que pretenden es la evasión fiscal en base a ese secreto y confidencialidad de sus operaciones.

b) El segundo uso consiste en acumular rentas, generalmente de capital, con el fin de posponer el gravamen por la legislación fiscal. Ha sido un sistema generalizado en cuanto a su utilización en España.

La utilización del sistema es el siguiente: desde la perspectiva de la administración de patrimonios la técnica es relativamente sencilla, si yo tengo un patrimonio en España, estoy sujeto hasta el tipo del 56 por 100 bajando al 50 por 100 en 1993, pero junto con el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio puede llegar hasta el 70 por 100 efectivo, dependiendo lógicamente del montante de mi patrimonio. Si en vez de esto, establezco una estructura de inversión en el extranjero en los países adecuados que normalmente van a significar de un modo u otro la utilización de un Paraíso Fiscal, de forma tal que éstos son los que tienen los bienes y obtienen las rentas, podré bajar la tributación efectiva dependiendo de la estructura de mi patrimonio al 5, 10, 15 ó 25 por 100, pero en términos generales rara

estudios

vez más del 25 por 100 y en términos generales de media estaría en un tipo de gravamen del 10 ó 15 por 100.

No es una evasión fiscal en sentido estricto, se basa en un diferimiento del impuesto.

c) La recalificación de rentas sería otro modo de utilización.

El día de mañana, cuando a el residente quiera volver a utilizar los rendimientos de estos bienes, entonces se le gravarán y tendrá que tributar, si bien al cabo de unos años podría reconvertir los rendimientos en ganancias de capital con un tipo inferior de gravamen o quizá simplemente con la exención por haber transcurrido el número de años correspondientes; o bien se podrían utilizar los beneficios de los rendimientos por una vía distinta a la distribución de dividendos en la sociedad de acumulación.

Así se reconvierte una renta en ganancias de capital que es la forma más típica de recalificación de rentas, o la vuelta a utilizar estos rendimientos en España vía préstamos o inversiones.

Esto sería una vía secundaria de obtención de beneficios por residentes de capitales situados en Paraísos Fiscales.

Todos estos esquemas, bien sea de recalificación de rentas, proposición del gravamen o utilización de sistemas circulares de inversión, originan serios problemas para las administraciones fiscales, no sólo a la hora de la recaudación de los tributos, ya que los estados como hemos dicho anteriormente ven peligrosamente descender sus ingresos, sino porque afectan a la competitividad empresarial.

2. El segundo motivo de preocupación por los estados del uso de los Paraísos Fiscales sería la utilización de esquemas internacionales basados en la cobertura que dan los Paraísos Fiscales para erosionar la base imponible en España de entidades de titularidad extranjera.

Nos referimos a las sociedades filiales, establecimientos permanentes de Entidades extranjeras que intentan disminuir la base imponible gravable respecto de las actividades realizadas en España.

Este es el uso más generalizado y más conocido, ya que existen varios mecanismos, basándose en la mera tenencia de activos y postponiendo el pago de impuestos, o bien mediante la generación de gastos deducibles que es el modo más utilizado actualmente.

Esto se suele llevar a cabo mediante un alto nivel de endeudamiento canalizado a través de los países adecuados, con pagos de royalties, cánones, prestaciones de servicio, asistencia técnica, etc., o bien mediante la recalificación del rendimiento que de otra manera estaría sujeto en España y convirtiendo estos rendimientos en mayores precios de compra o de venta según el caso; la refacturación se realiza habitualmente a través de países de baja tributación para aumentar los gastos, o disminuir los ingresos en las empresas españolas, éstos son los denominados precios de transferencia. Este tema ha dado origen a múltiples opiniones doctrinales e informes como el de la OCDE sobre los precios de transferencia.

3. El tercer motivo de preocupación sería la posibilidad de eludir por parte de un no-residente las retenciones (withholding tax) o más exactamente el impuesto paralelo que debe pagar el no-residente por los rendimientos obtenidos en un país.

Aquí no se puede hablar de elusión fiscal, ya que nos referimos a países intermedios que tienen suscrito convenio de doble imposición, pero desde un punto de vista genérico podemos decir que no son Paraísos Fiscales ya que hay firmados Convenios, exceptuando algún cuasiparaíso.

Sin embargo, para conseguir por ejemplo la disminución de la tributación sobre los dividendos o sobre los intereses pagados por entidades españolas o sobre los cánones o bien sobre las ganancias del capital obtenidas por ventas de determinadas sociedades, es necesario utilizar un país con el que España haya firmado convenio para evitar la doble imposición.

Esta es la forma de utilización más usual por los no residentes que quieran disminuir su tributación de rendimientos o ganancias de capital obtenidas en España.

Los modos más utilizados son básicamente:

a) La creación de sociedades en estos países que tienen firmados convenios para evitar la doble imposición (vg. Holanda, o actualmente Austria, Suiza, Luxemburgo y en el nuevo régimen fiscal a partir de 1991 Holanda o Portugal).

Bélgica va a ser un país cada vez más utilizado por la propia normativa sobre dividendos y Francia también lo puede ser.

Son países con un sistema de tributación bastante gravoso para los residentes, pero que establecen una serie de ventajas y beneficios a los no-residentes para una serie de operaciones que son fundamentalmente:

1) La tenencia de acciones, la constitución de sociedades para tener participaciones significativas en otros países.

2) La canalización de rendimientos que de otra manera estarían sujetos a tributación (vg. royalties, cánones por el uso de la propiedad intelectual o industrial).

b) Los esquemas en estos casos suelen ser triangulares, con una sociedad en un paraíso fiscal de los tradicionales que es la poseedora de la propiedad intelectual, que licencia a una sociedad constituida en un país intermedio (vg. Holanda, Austria o Portugal) su renta a España.

2. Efectos

En primer lugar hay un efecto de competitividad ya que hay personas que pueden acudir a las situaciones del mercado en mejores condiciones que otras.

Así pues una multinacional puede intervenir en España con un tipo de gravamen menor que el de una empresa española residente en España y, por tanto con una mayor competitividad. Podrían existir muchos casos en que resultara conveniente a un español o empresa

estudios

española convertirse en no residente para equiparar su competitividad a otras empresas, a través de un esquema con o sin Paraíso Fiscal incluido.

Otro efecto sería el ya mencionado de reducción de los ingresos del estado, así como la falta de equidad del sistema y, como consecuencia, la desconfianza del contribuyente hacia el mismo.

La existencia de estos elementos de desestabilización hace que en la actualidad el gobierno de los diferentes países y por supuesto el de España estén preocupados por la proliferación de empresas (cerca de 60.000) que hacen uso de los Paraísos Fiscales o de países intermedios, bien sea por residentes o por no residentes, ya que en los últimos cinco años este fenómeno ha tenido una escalada gigantesca.

Existen además algunos sectores como el inmobiliario en los que ha tenido una enorme importancia, sector que en nuestro país tiene una importancia trascendental juntamente con el turismo porque están íntimamente relacionados.

3. Modos de utilización

Podemos referirnos a cuatro modos de utilización de los Paraísos Fiscales donde sintetizar las múltiples posibilidades que pueden darse:

1. El domicilio fiscal.
2. Las sociedades base (Base company o societe ecrán).
3. Las sociedades instrumentales (conduit companies o societe relais).
4. Las sociedades de prestaciones de servicios.

1. El domicilio fiscal

Los contribuyentes de los países con una fiscalidad relativamente elevada pueden estar tentados de escapar de la imposición de estos países jugando con las posibilidades ofrecidas por la definición legal de residencia fiscal de su país de residencia, trasladando por completo su residencia al extranjero.

La emigración total puede ser considerada como la liquidación total de todas las ataduras con el territorio de una determinada jurisdicción fiscal. No se emigra de un país a otro si este último no ofrece un entorno mejor o al menos tan bueno como el que se deja. Las economías de impuesto pueden frecuentemente ser obtenidas de una manera más cómoda que por la emigración, la motivación fiscal no es probablemente entonces la única ni la principal razón del cambio del país.

Las personas físicas pueden también pretender haber transferido su residencia por un largo período de tiempo en un Paraíso Fiscal incluso cuando ellos en la práctica hayan conservado lazos estrechos con su país de origen. Los cambios artificiales de residencia incorporan dificultades particulares en los casos de sociedades en la medida en que la noción de residencia de una sociedad es muy difícil de definir; así pues es muy difícil a veces saber en

que lugar se sitúa la sede de la dirección efectiva de una sociedad y de apreciar si ha habido realmente un cambio en este último.

2. Las sociedades base

Los Paraísos Fiscales pueden ser utilizados de muy diferentes maneras para poner los bienes o rentas a buen recaudo de las autoridades fiscales de un país de elevada imposición. Una estratagema particularmente extendida consiste en establecer una sociedad pantalla en un Paraíso Fiscal bien adaptado a sus fines. Desde un punto de vista fiscal la principal función de una sociedad pantalla es de recibir rentas que sin su existencia serían percibidas directamente por el contribuyente, y de poner estas rentas al abrigo de la imposición de los países donde residía.

Al margen de los aspectos fiscales, la principal función de una sociedad pantalla es de preservar la agilidad de financiación de operaciones internacionales evitando las limitaciones y procedimientos onerosos impuestos por la legislación del país de residencia (por ejemplo control de cambios o sistema de autorización).

Inicialmente, las rentas están protegidas de la imposición en el país de residencia del contribuyente, porque la sociedad pantalla está constituida como una entidad dotada de personalidad jurídica propia y reconocida como tal en el país de su domicilio fiscal. Siendo transferida a la sociedad pantalla, la renta escapa a la imposición mundial a la que el contribuyente está normalmente sujeto en su país de residencia. Aunque la renta pueda ser gravada normalmente bajo la forma de retención en la fuente, en el país de origen, si este último aplica un sistema de imposición territorial esta imposición, por un cierto número de razones, como puede ser la aplicación de una convención fiscal puede ser nula o muy favorable por lo que puede ser obtenida una importante economía de impuesto.

La ventaja fiscal fundamental es que por mucho tiempo los rendimientos puestos al abrigo del Paraíso Fiscal no son distribuidos. Los contribuyentes a menudo opinan que tan sólo se trata de un diferimiento del impuesto. Sin embargo, las autoridades fiscales pueden considerar que esta ventaja no está justificada puesto que se utiliza a la sociedad pantalla para desviar rentas del país de residencia del contribuyente o para bloquear en el extranjero rentas que habrían sido recibidas directamente por el contribuyente. Además el contribuyente puede evitar que la sociedad pantalla redistribuya las rentas prolongando así a medio o largo plazo el impuesto diferido.

Las rentas transferidas a una sociedad pantalla y sobre la que el contribuyente tiene derechos puede escapar a la imposición gracias a un mecanismo de protección al que algunos llaman de «segundo grado». Este resultado se consigue modificando la calificación del rendimiento para beneficiarse de las exenciones previstas en los convenios fiscales y por disposiciones internas del país de residencia del contribuyente, o utilizando diversas técnicas.

Se pueden imaginar fácilmente mecanismos de disimulación secundarios que permiten evitar la imposición de rentas distribuidas por la sociedad pantalla al beneficiario bajo la forma de dividendos. Estas podrían ser:

— reinversiones en el extranjero de cantidades de dinero que están en un Paraíso Fiscal de tal manera que no pasen por el país donde tiene su residencia el interesado;

estudios

- utilización de estas cantidades de dinero para préstamos al accionariado;
- disolución de la sociedad o cesión de la participación y realización de la plusvalía imponible a un tipo de gravamen reducido o bien que sea una operación exonerada;
- distribución bajo la forma de dividendos beneficiándose del régimen de sociedades matrices y filiales.

Las sociedades base buscan «prima facie» el diferimiento del pago de los impuestos debidos en el estado de residencia del contribuyente. La sociedad base, domiciliada en un Paraíso Fiscal recibe las rentas correspondientes al contribuyente, con lo que hasta que no se distribuyan como dividendos al contribuyente no se devenga el impuesto en el país de su residencia.

Las rentas percibidas por la sociedad base, pueden tener su origen en el país donde están domiciliadas, en terceros países, o en el propio país de residencia del accionista-beneficiario.

En los dos primeros casos existirá desde el punto de vista del país de residencia del accionista-beneficiario, diferimiento del impuesto por obligación personal correspondiente a rentas de fuente extranjera. En el último supuesto (rentas de fuente del país de residencia del accionista beneficiario) puede existir y normalmente existirá elusión del impuesto correspondiente a rentas de fuente nacional; en este caso para articular la elusión será necesario, o bien la utilización de un Convenio de doble imposición (donde se prevea la exención de las rentas en cuestión en el país de la fuente por ejemplo intereses, incrementos de patrimonio, etc.), o bien la utilización de alguna particularidad o «laguna» de la legislación de no residentes del país de residencia (por ejemplo el no gravamen de inmuebles detentados por sociedades no residentes, el no gravamen de intereses satisfechos a no residentes, etc...).

En los supuestos en que únicamente exista diferimiento del impuesto del país de residencia este diferimiento puede transformarse en elusión si en el momento de redistribución de las rentas (dividendos) éstas se «recharacterizan» de forma que se evite su tributación en el país de residencia (por ejemplo mediante la forma de un préstamo al accionista-beneficiario).

3. Las sociedades instrumentales

Son sociedades de intermediación, su utilización permite al contribuyente residente en un estado hacer desviar por vía de un Paraíso Fiscal el flujo de renta que proceda de un tercer país a fin de beneficiarse de un régimen fiscal más favorable en los países donde los rendimientos tienen su origen. La ventaja fiscal se busca pues en los países del origen de las rentas y no en el de la residencia del interesado.

Las sociedades instrumentales o, como podrían traducirse del francés, sociedades «relevo» se crean como hemos dicho con la finalidad de eludir impuestos en el país fuente de las rentas. Actuando como sociedades intermediarias, se constituyen en un país que tenga suscrito convenio con el país de origen de las rentas para remitir las mismas al beneficiario accionista residente de un país con el que el Estado fuente no tenga convenio. Para que la operación sea rentable se precisa que el país, donde se localice la sociedad, no grave las rentas percibidas, lo que se consigue domiciliándola no solamente en un Paraíso Fiscal, sino también

en un país que exonere, bien por la ley nacional, bien por convenio, determinadas rentas de fuente extranjera (por ejemplo dividendos procedentes de participaciones importantes, «privilegio de afiliación»).

Como hemos dicho no es necesario que la sociedad instrumental, al contrario que la compañía base, esté ubicada en un Paraíso Fiscal, o en un país que exonere rentas determinadas de fuente extranjera, la sociedad instrumental puede estar domiciliada en un país de fuerte imposición que no otorgue ningún beneficio especial a las rentas de fuente extranjera, siempre que se haga una utilización indirecta de la sociedad instrumental «stepping stone method» o «strategie de tremplin».

Tal es el caso de una sociedad domiciliada en un Paraíso Fiscal, que quiere colocar fondos en forma de préstamo, en un país con el que no tiene suscrito convenio de doble imposición; para evitar la imposición de intereses en dicho país, crea una filial (sociedad instrumental) en un tercer país a la que presta los fondos, para que a su vez preste dichos fondos al prestatario efectivo, las características que ha de reunir el país donde se establece la filial instrumental son:

1.^a) Tener Convenio suscrito con el país de residencia del prestatario efectivo en el que se prevé la exención de intereses en la fuente (los intereses satisfechos por el prestatario a la filial instrumental).

2.^a) No gravar los intereses no satisfechos a los no residentes (los intereses pagados por la filial a su matriz); en estos casos aún cuando el país de domicilio de la filial instrumental grave los intereses percibidos por la misma en el impuesto sobre sociedades a un tipo normal, en la práctica, la base imponible por tal concepto desaparecerá o tenderá a cero por la deducción como gasto de los intereses que ha de pagar su matriz (prestamista efectivo).

La creación de sociedades instrumentales tienen por objeto beneficiarse de un régimen fiscal ventajoso o de una Convención Fiscal favorable. Se habla entonces de «Treaty Shopping», es decir, es una estrategia en la que los eslabones de la cadena son implantados en los estados que ofrecen las máximas ventajas por la vía de las convenciones, en estos casos no se trata de Paraísos Fiscales en general salvo de «conduit companies» o de la ruta antillana entre los Países Bajos y las Antillas Holandesas resultante de la convención fiscal entre estos dos países.

4. Sociedades de servicios

Normalmente están constituidas en los Paraísos Fiscales a fin de reducir los gastos de funcionamiento, escapar a ciertos controles y por supuesto para minimizar la carga fiscal. Pueden tener por objeto prestaciones de servicios, estudios técnicos, de marketing, publicidad, informática o de asistencia técnica.

El fraude o la evasión se efectúa clásicamente por facturación de prestaciones puramente ficticias o por una remuneración exagerada a los servicios prestados. Pueden tratarse de sociedades de gestión de patentes, de sociedades auxiliares de servicio, de sociedades cautivas, sociedades bancarias, de seguros, sociedades de mera facturación, de transporte internacional con pabellones de conveniencia, o bien sociedades de artistas o deportistas.

estudios

5. Medidas internacionales anti Paraíso Fiscal

Principales actuaciones del Consejo de la OCDE en la lucha contra el Fraude.

Recomendaciones:

El punto de partida de la labor de la OCDE en el tema que tratamos, lo constituye la recomendación del Consejo sobre «La evasión y el fraude fiscal», de 21 de septiembre de 1977.

Dicha recomendación se centra en tres aspectos. En primer lugar el aspecto normativo: así, se recomienda a los gobiernos de los estados miembros reforzar las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, así como los poderes de investigación que les permita detectar y prevenir «las conductas fraudulentas o de evasión» tanto en el plano interno como en el internacional, así como el intercambio de informaciones de las experiencias de las medidas adoptadas.

En segundo lugar la recomendación propone una mayor cooperación internacional; en concreto, facilitar, mejorar y potenciar los intercambios e información entre las administraciones fiscales internacionales, en particular utilizando de forma intensa los convenios y demás instrumentos jurídicos internacionales en vigor «así como la elaboración de “nuevos acuerdos de carácter bilateral o multilateral”».

Por último, dicha cooperación se traduce igualmente en el deseo de que los Estados miembros «confronten regularmente sus experiencias en lo concerniente a las prácticas seguidas en materia de evasión y fraude, las técnicas utilizadas para detectar y prevenir el fraude y los medios de mejorar el cumplimiento de las obligaciones tributarias».

Recomendaciones sobre la elaboración y utilización de instrumentos jurídicos internacionales.

Por su especial importancia y dentro del examen de las recomendaciones de la OCDE merece especial interés resaltar en primer lugar, aquéllas dirigidas a la elaboración de nuevos instrumentos jurídicos que posibilitan una mayor cooperación internacional en la lucha contra el fraude. Entre las que destacamos:

- a) Convenios Internacionales sobre doble imposición.
- b) Convenios Internacionales sobre cooperación fiscal.

Al margen de las cláusulas típicas sobre intercambio de información previstas en los convenios de doble imposición hay que resaltar los demás intentos llevados a cabo por la OCDE en la configuración de instrumentos jurídicos de carácter multilateral que potencian la necesaria cooperación internacional.

En este mismo ámbito, ha sido la OCDE quizá el organismo internacional más activo, sin olvidar los trabajos desarrollados por organismos tales como:

- La CEE y sus directivas sobre intercambio de información.
- El Convenio de asistencia y cooperación entre países nórdicos.
- El Convenio sobre asistencia judicial en materia penal, donde puede tener cabida la figura del delito fiscal, elaborado por el Consejo de Europa.

El Acuerdo suscrito por Estados Unidos y ciertos países caribeños, conocidos como «Caribbean Basin Initiative», acuerdo según el cual se conceden importantes ayudas a los países caribeños que suministren información fiscal.

Centrándonos en la actividad desarrollada por la OCDE, son tres las principales recomendaciones adoptadas.

1.^a) El Convenio sobre asistencia administrativa en el ámbito de cooperación en la recaudación de deudas tributarias, cuya aplicación se recomienda por el Consejo en enero de 1981.

2.^a) La recomendación del consejo de la OCDE de mayo de 1981, sobre la elaboración y puesta en práctica de un «formulario normalizado sobre intercambio de información».

3.^a) Dentro del apartado de recomendaciones y propuestas sobre la cooperación internacional, cabe por último resaltar el convenio multilateral elaborado por la OCDE conjuntamente con el del Consejo de Europa sobre la asistencia administrativa Mutua en Materia Fiscal.

Dicho Convenio cuya ratificación se propuso por el Consejo recientemente, tiene el propósito de servir de nuevo como instrumento para una mayor cooperación entre Estados y su finalidad es incrementar y homogeneizar la lucha contra el fraude y la evasión internacional.

No obstante, debido a muy diversas razones (entre las que cabría mencionar el amplio eco desfavorable que ha sufrido en los medios de comunicación de la mayoría de los países) el número de signatarios hasta la fecha es muy reducido; han ratificado el convenio solamente cuatro: EE.UU., Finlandia, Noruega y Suecia. En fechas próximas será igualmente ratificado por Islandia.

La Recomendación sobre los precios de Transferencia:

Un amplio sector del comercio internacional está constituido por la transferencia de bienes, técnicas y servicios, entre entidades pertenecientes a un mismo grupo multinacional y situadas en países diferentes. La determinación de los precios aplicables a estas operaciones con el fin de cuantificar los beneficios imposables de cada entidad, ha constituido una de las principales preocupaciones del grupo de trabajo sobre la Fiscalidad de las Empresas Multinacionales constituido en 1973.

Este grupo de trabajo preparó el conocido informe sobre la problemática fiscal del tratamiento de los precios de transferencia, publicado en 1979. «Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales.»

El problema que plantean los precios de transferencia se deriva del hecho de que el precio satisfecho por cada una de las múltiples operaciones llevadas a cabo entre miembros de un mismo grupo multinacional, no resulta del libre juego de las fuerzas de mercado, como sería el caso entre empresas independientes, sino que pueden estar fijados con arreglo a otros criterios. En tales situaciones el precio establecido no coincidirá con el del normal del mercado, aún en el supuesto de que la política del grupo deje un grado considerable de autonomía a cada una de las empresas que lo constituyen. Las diferencias pueden tener su origen en causas muy diversas, tales como la estrategia comercial del grupo o su política financiera; frecuentemente son razones puramente fiscales, originándose auténticas prácticas fraudulentas.



— estudios —

Desde hace tiempo los países de la OCDE han admitido el principio consagrado en los convenios de doble imposición y reiterado en el informe de 1979, consistente en que para la determinación de la cuantía del gravamen, los precios a establecer para las transferencias entre empresas del grupo deben ser tan próximos como posibles a los precios de mercado, es decir, que hubieran sido negociados entre empresas independientes.

Propuestas e informes:

Además de las propuestas que adoptan la forma de Recomendaciones, existe un gran número de propuestas e informes de los que a continuación vamos a resaltar los más importantes:

1.^a) La evasión y el Fraude fiscal internacional: cuatro estudios

Es conocida la publicación y propuestas contenidas en el informe, elaborado por el CAF, en relación con cuatro temas concretos íntimamente ligados a la evasión fiscal internacional.

El primero de los temas tratados es el estudio de los Paraísos Fiscales, estudiando como segundo y tercer tema, las sociedades base (ecran) y las instrumentales (societe relais o conduit companies). El cuarto tema de estudio es el relativo al «Secreto Bancario».

La utilización del secreto bancario en el ámbito fiscal ha sido uno de los temas que en mayor medida ha suscitado el interés de los estados miembros en el ámbito de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacionales, no sólo en el marco de la OCDE sino también por parte de otras organizaciones internacionales. Así convendría mencionar la resolución adoptada por la asamblea del consejo de Europa en 1978, en la que se establece que «observando que las reglas indebidamente restrictivas sobre el secreto bancario fomentan las infracciones fiscales internacionales», el Comité de Ministros recomienda «proponer a los gobiernos de los estados miembros del Consejo de Europa suprimir las reglas restrictivas sobre el secreto bancario, cuantas veces sea necesario, bien para facilitar la inspección en casos de fraude fiscal, bien en los casos de desviación de fondos procedentes de otras actividades delictivas garantizando la protección de la intimidad personal».

Amparándose en dicho antecedente, el CAF elaboró en 1985 un informe sobre «La Fiscalidad y utilización abusiva del Secreto Bancario».

Cabe mencionar que cuatro países: Austria, Luxemburgo, Portugal y Suiza, no se adhirieron ni al texto del informe ni a las propuestas del comité.

2.^a) La Fiscalidad de las entidades bancarias multinacionales

Este estudio, concluido en 1984, tiene por objetivo analizar la problemática que se plantea dentro de la determinación de los precios de transferencias, la aplicación del principio del «arm's length» a los intereses privados de préstamos contraídos entre matrices y filiales o entre centrales y sucursales de las entidades bancarias multinacionales; ello con objeto de fijar reglas precisas para la determinación exacta de la base imponible correspondiente a una u otra entidad.

3.^a) La Fiscalidad y el flujo internacional de capitales

Desde su constitución en 1971 el CAF ha prestado particular interés al análisis del conflicto que se suscita, de una parte en potenciar el movimiento internacional de capitales mediante la eliminación de controles sobre los mismos (incluyendo las retenciones) y por otra parte que tal liberalización no implique nuevas posibilidades de fraude y evasión.

Este aspecto constituye en la actualidad una de las principales actividades del Comité y de sus grupos de trabajo que se centran en cuatro aspectos principales:

a) Una descripción detallada de los sistemas de impuestos sobre la renta y sociedades en los países miembros, con especial referencia a la tributación de los beneficios.

b) Un estudio analítico, tanto desde la perspectiva nacional como internacional, de las motivaciones y consecuencias de las disposiciones fiscales que pudieran afectar a los movimientos internacionales de capitales. Por ejemplo, los diferentes sistemas de tributación de sociedades, del sistema clásico al de imputación completa, las diferencias entre las modalidades de retenciones en la fuente, el método de exoneración, etc.

c) La cuantificación de los tipos efectivos de gravamen sobre beneficios, tanto de la perspectiva de las inversiones nacionales como de las inversiones de carácter internacional.

d) La cuantificación de los efectos que sobre el flujo internacional de capitales representan las diferencias en algunos casos de sus respectivos sistemas fiscales.

4.^a) Actividades en curso en relación con el fraude y la evasión fiscal

Teniendo en cuenta los trabajos desarrollados durante los últimos diez años y dadas las nuevas situaciones a las que las administraciones fiscales han de adecuar su actividad, el comité decidió en enero de 1989 reforzar el mandato confiado a sus grupos de trabajo a fin de lograr una mayor eficacia en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacionales.

Con este objetivo se sugiere a dichos grupos de trabajo «examinar y formular las propuestas de recomendaciones apropiadas, tanto desde el punto de vista nacional como internacional sobre los problemas jurídicos, estratégicos y administrativos que plantean las nuevas modalidades de fraude y evasión».

Como cuestiones concretas a examinar, que constituyen los temas de estudio en la actualidad, cabe citar como fundamentales por su conexión con el fraude y la evasión fiscal internacional los siguientes:

- El intercambio de información otorgando una atención particular a los intercambios de información sobre los movimientos internacionales de capitales.
- La intensificación de los controles fiscales, así como la multiplicación de las medidas contra el fraude fiscal tienen una incidencia importante sobre el contribuyente honesto; en consecuencia, los gobiernos y el Comité se hicieron eco de esa inquietud y reconocieron la conveniencia de analizar con especial atención los poderes y facultades de la administración, tanto legales como administrativas. Con este propósito un informe sobre «Las Facultades de la Administración y Derechos del Contribuyente» ha sido elaborado por el CAF cuya publicación se hizo en 1991.

estudios

- Examinar las medidas adoptadas por las diferentes administraciones fiscales en el ámbito de las nuevas tecnologías utilizadas.
- Analizar la conveniencia de la utilización a mayor escala de la planificación estratégica y a largo plazo, con el fin de potenciar la eficacia de las medidas adoptadas en orden a lograr un mayor cumplimiento de las obligaciones fiscales.
- Organizar reuniones periódicas de inspectores fiscales sobre tales temas o cualquier otro que a juicio del comité se consideren de interés para la consecución de los objetivos mencionados.

6. Medidas generales y específicas a adoptar

Podemos distinguir entre las medidas a adoptar contra las sociedades base y contra las sociedades instrumentales.

A) Medidas generales y específicas a adoptar

Podríamos distinguir entre medidas de carácter general y medidas de carácter específico.

- Las medidas de carácter general, son aplicables tanto en el contexto interno como en el internacional.
- Las medidas específicas contra la elusión fiscal internacional son para aquellas sociedades base que radiquen en paraísos fiscales.

1.^a) La medida más generalizada utilizada es la de atender a la definición de la operación realizada, de acuerdo con su naturaleza económica o del propósito empresarial perseguido.

Lo que se pretende generalmente con este tipo de medidas es recalificar fiscalmente una operación, para evitar un esquema artificial que permita la elusión del impuesto en el país donde se ha realizado la operación.

En España esta medida se encuentra recogida en la Ley General Tributaria, art. 24.2 y 25.

- el art. 24.2 se refiere al expediente de fraude de Ley;
- el 25, atiende a la verdadera naturaleza del negocio jurídico de acuerdo a su contenido económico.

Sin embargo, hay que decir que esta medida prácticamente no ha sido utilizada. La administración fiscal española la ha intentado utilizar en muy pocos casos y a veces en los más complicados sin resultados positivo. Además hay que poner como agravante el que estas normas entraron en vigor en 1963 con la Ley General Tributaria, y hasta la fecha sólo ha podido utilizarse en dos casos lo que nos da una idea de su ineficacia.

No obstante, la tónica internacional es que este tipo de medidas tenga cada vez una importancia creciente. Se ha utilizado en Estados Unidos, Canadá, Australia, en Japón, aunque con dificultades, en Francia y en Inglaterra y hace poco en Bélgica.

En España es una norma que probablemente se va a utilizar en el futuro para operaciones fiscales de clara artificialidad y alta agresividad, aunque para ello se va a necesitar un cambio en la actitud de los Tribunales.

Sin embargo, el artículo 25 de la Ley General Tributaria que dice «El impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible.

Cuando el hecho imponible consista en un acto o negocio jurídico se calificará conforme a su naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación empleada por los interesados, prescindiendo de los defectos intrínsecos o de forma que pudieran afectar a su validez.

Cuando el hecho imponible se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones y relaciones económicas que, efectivamente, existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen».

Por su gran amplitud podría ser utilizado por los jueces de una manera tal que afectara a la seguridad jurídica de las operaciones internacionales.

2.^a) La segunda medida utilizada es el ataque a la residencia de las entidades en Paraísos Fiscales

Este es un tema nunca utilizado por la legislación española y es especialmente grave en el caso de sociedades que tienen inmuebles, probablemente sería un mecanismo que se podría utilizar con efecto retroactivo. Es el típico caso de las sociedades de Gibraltar o Panamá con inmuebles en España.

El problema radica en saber donde está la residencia efectiva de la sociedad, lo cual depende de los activos que tenga.

Para ello hay que saber dónde ejerce primordialmente su actividad, si sólo posee un inmueble en España es evidente que allí es donde se lleva a cabo.

Otra cuestión es saber dónde radica la dirección efectiva del negocio, nuestra legislación interna define un concepto que parece que se refiere a algo semejante, o al menos cercano, si bien lo hace con el propósito de llegar a definir cual es el domicilio fiscal, no para definir el concepto de residencia.

Este criterio remite a tres conceptos:

- donde se lleve la contabilidad principal;
- donde se lleve a cabo la principal actividad contractual;
- donde residan la mayor parte de los directivos o gestores.

Podría ser un elemento de prueba incuestionable para demostrar el domicilio o residencia efectiva, la existencia de unas oficinas, de un determinado personal, de la existencia de un teléfono, de un fax y, en definitiva, de una organización empresarial o profesional que implique el desarrollo de una actividad.

Por tanto, no es razonable el pensar en la existencia de una sociedad que se manifiesta en el buzón de un casillero de un despacho de abogados.

— estudios —

Mantener la existencia de una sociedad en un buzón de correos en el caso de que una determinada legislación se decida a atacarlo es muy complicado. Hasta ahora no ha habido interés por atacarlo, ni existen por supuesto medios ni personal para hacerlo.

Estamos hablando de sociedades que tienen suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, puesto que para las sociedades que tienen su domicilio en un Paraíso Fiscal es prácticamente nula la capacidad de la administración para conseguir información; se podrán hacer presunciones, pero será muy difícil demostrar la falta de actividad de esa sociedad, debido fundamentalmente al problema de la prueba.

3.^a) Las Presunciones

Parece ser que la legislación española tiende hacia el camino de las presunciones *iuris et de iure*, siguiendo el criterio utilizado por el legislador francés. Estos han atacado básicamente el sistema de Paraísos Fiscales basándose en un sistema de presunciones.

En este sentido hay un conjunto de normas en Francia y en Bélgica principalmente que lo que hacen es presumir la inexistencia de las operaciones o la existencia de un dolo como consecuencia de la participación de una sociedad domiciliada en un Paraíso Fiscal, de forma tal que sea el contribuyente quien tenga que probar que existe una realidad económica debajo de esta operación.

La presunción belga o francesa supone que los intereses, cánones o servicios en general pagados por una sociedad francesa a otra residente en un Paraíso Fiscal, según una lista no cerrada, es un gasto no deducible. Siempre que no pueda demostrarse que el servicio existió realmente y que la empresa que prestó el servicio tenía capacidad y organización suficiente para prestarlo y que el servicio es proporcionado a la operación.

En algunos casos ni siquiera se permite la prueba en contrario, lo que origina en la práctica la imposibilidad de la utilización de sociedades en los Paraísos Fiscales.

En Bélgica hay una norma que impide vender a ciudadanos belgas los activos de sociedades belgas a sociedades residentes en Paraísos Fiscales, salvo que fehacientemente se demuestre que responde a una política verdadera de inversión empresarial.

4.^a) Medidas en relación con los precios de transferencia

La posibilidad de reajustar el importe de las transacciones, revaluando los ingresos, o limitando el importe de los gastos deducibles, de conformidad con los precios de libre competencia, es otro de los medios para atajar la transferencia artificial de beneficios hacia sociedades base.

La práctica de este ajuste está contemplada en el Convenio Modelo de la OCDE con carácter general para las empresas «asociadas»; también en el área de imposición en la fuente de los intereses y cánones, el tipo reducido o la exención en su caso, o es aplicable a los excesos satisfechos, por tales conceptos, sobre los precios de libre competencia (art. 11.6 y 12.4 del Modelo del Convenio).

La legislación española contiene esta posibilidad de ajuste con carácter general en la LGT (art. 52) y en particular, en la normativa del impuesto sobre sociedades bajo la rúbrica de «ope-

raciones vinculadas» (art. 39 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades). El ajuste según precios acordados en condiciones normales de mercado, es aplicable en todo caso a las sociedades vinculadas directa o indirectamente con otras no residentes.

La dificultad es fundamentalmente la determinación del precio de libre competencia.

El Reglamento del impuesto de sociedades (art. 168 y 169) menciona una serie de métodos de valoración, con carácter indicativo, si bien se echan en falta los oportunos estudios por sectores de actividad que pudieran permitir la formulación de instrucciones administrativas.

5.ª) Medidas para evitar la subcapitalización

Existe un grupo de países que entiende que esta situación se cumple cuando el ratio de capitales ajenos-capitales propios supera una determinada cuantía. Este método denominado del ratio fijo es claro y rápido, lo cual puede producir situaciones no deseadas por lo que ciertos estados admiten una cláusula de salvaguardia mediante la cual la entidad prestataria puede demostrar que este exceso sobre el ratio fijo se debe a circunstancias especiales o excepcionales y no implica una disimulación de capital por motivos estrictamente fiscales, sino de otro orden.

En este sentido se manifiesta el legislador francés, así el artículo 212 del Code General des Impôts define este ratio como la relación que existe entre las sumas aportadas por los asociados de la empresa y el montante del capital social. Si este ratio supera la cuantía de 1,5 los intereses relativos a los mencionados importes deben ser reintegrados en el beneficio fiscal, al no ser partida deducible por encontrarnos en una situación de falso endeudamiento.

El legislador español en el RD 1841/1991 de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento del IRPF y se modifican otras normas tributarias, en su disposición adicional segunda, nos dice en relación con el endeudamiento con entidades residentes vinculadas que el coeficiente a que se refiere el artículo 16.9 de la Ley 61/78 de 27 de diciembre del Impuesto de Sociedades será 2.

El coeficiente se aplicará sobre el valor medio del capital fiscal en el ejercicio y el resultado obtenido se comparará con el endeudamiento medio directo o indirecto remunerado habido en el ejercicio con una persona o entidad no residente en los términos a que hace referencia el artículo 16 apartados 4 y 5 de la Ley 61/78. Los intereses correspondientes al exceso de este sobre aquel tendrán la consideración a efectos fiscales de dividendos.

Se exceptúan a aquellas entidades que por norma legal o reglamentaria deban obtener un determinado volumen de recursos propios en relación con las inversiones realizadas y los riesgos asumidos.

Como alternativa a estos métodos rígidos a la hora de determinar si existe subcapitalización o no, y si están distribuyendo beneficios vía intereses, existen otros países que entienden que el mercado y más concretamente el principio de libre competencia debe ser el criterio inspirador que delimite el falso del auténtico endeudamiento.

Según este principio habría que comparar el montaje del préstamo en particular que se analiza con el que se prestaría en condiciones normales de mercado entre empresas inde-

estudios

pendientes. En base a este principio si el prestamista concede un préstamo cuyo principal es superior al que se concede, en condiciones de libre competencia es porque éste tiene un interés especial en los beneficios de la empresa prestataria, al ser éstos el objetivo último que persigue el prestamista y no el mero interés del préstamo.

En este caso las dificultades son de dos tipos en primer lugar la ausencia de una referencia clara y comparable del mercado para comparar la situación concreta y particular que se analiza con la normal que se pacta entre sociedades independientes, pues siempre habrá uno o varios matices o particularidades que hagan difícilmente comparable el caso que nos ocupa con una situación normal de mercado.

En segundo lugar esta clase de métodos tiene una dificultad adicional al necesitar, por carecer de una norma clara de referencia como la que establece el ratio fijo, de procedimientos largos y difíciles de aplicar basados en el fraude de Ley, en el abuso de derecho, en las disposiciones que permiten sustituir la forma por el fondo y en no tener en cuenta los actos normales de gestión, etc.

El Reino Unido contempla el problema de la subcapitalización denominándola precaria capitalización. Al contrario que en Francia o España no existe en la legislación británica un ratio fijo que permita delimitar taxativamente cuando nos encontramos ante una situación de capitalización disimulada.

La aplicación práctica de la normativa sobre «precaria capitalización», hace pensar que esta puede existir cuando el ratio entre capitales propios-capitales ajenos supera la proporción 3 a 1, si bien puede también depender del tipo de sociedad de que se trate, de la documentación acreditativa de empresas análogas, etc.

- 6.^a) Medidas encaminadas a poner un gravamen interno elevado a las sociedades que operen desde un Paraíso Fiscal

En esta línea la legislación española en la nueva ley del IRPF 18/91 introduce dos medidas a destacar.

1. La retención de los rendimientos percibidos por entidades residentes en un Paraíso Fiscal, por los rendimientos obtenidos en España, en otras legislaciones la retención ordinaria se incrementa, cuando el perceptor de rendimientos resida en un Paraíso Fiscal.

El artículo 17 de la Ley al referirse a los supuestos especiales de exención: rentas no obtenidas en España, establece: «Uno. Los intereses e incrementos de patrimonio derivados de bienes muebles no se considerarán obtenidos o producidos en España, cuando correspondan a personas físicas no sujetas por obligación personal de contribuir que tenga su residencia habitual en otros Estados miembros de la CEE y no operen a través de establecimientos en España.»

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación, salvo lo establecido en Convenios o Tratados Internacionales, a los incrementos de patrimonio derivados de la transmisión de acciones, participaciones u otros derechos en una sociedad, persona jurídica o entidad en los siguientes casos:

- Cuando el activo de dicha sociedad, persona jurídica o entidad consista principalmente, directa o indirectamente, en bienes inmuebles situados en territorio español.
- Cuando durante el período de doce meses precedente a la transmisión, el sujeto pasivo, su cónyuge o personas vinculadas con aquel por parentesco hasta el tercer grado inclusive hayan participado, directa o indirectamente, en al menos, el 25 por 100 del capital o patrimonio de dicha sociedad, persona jurídica o entidad.

Dos. Los intereses o incrementos de patrimonio derivados de la Deuda Pública, obtenidos por personas físicas no residentes que no operen a través de establecimiento permanente en España, no se consideran obtenidos o producidos en España.

Tres. En ningún caso será de aplicación lo dispuesto en los dos apartados anteriores a intereses o incrementos de patrimonio obtenidos a través de los países o territorios que se determinen reglamentariamente por su carácter de paraísos fiscales.

2. El gravamen especial del 5 por 100 sobre el valor del inmueble, para las entidades no residentes en España con inmuebles en el territorio español, medida que está pensada especialmente aunque no se diga para las sociedades titulares de inmuebles y que tienen su residencia en un Paraíso Fiscal.

La Disposición Adicional 6.^a relativa al Impuesto Especial sobre bienes inmuebles de entidades no residentes recoge este gravamen especial de la nueva Ley de Renta de Personas Físicas. Esta disposición aparece desarrollada en el artículo 74 del RD 1841/91 de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF.

Así, las entidades no residentes que sean propietarias o posean en España por cualquier título bienes inmuebles o derechos reales de goce o disfrute sobre los mismos, estarán sujetas a un Impuesto Especial sobre bienes inmuebles, cuyo importe será el resultado de aplicar sobre el valor catastral de dichos bienes inmuebles el tipo impositivo del 5 por 100. Este Impuesto se devengará el 31 de diciembre de cada año y deberá ingresarse el mes de enero siguiente.

Si bien, este Impuesto Especial no será exigible a:

- a) Los Estados e Instituciones públicas extranjeras y los Organismos Internacionales.
- b) Las entidades que fueran residentes, con anterioridad a 4 de agosto de 1990, en países con los que España tenga firmado Convenio para evitar la Doble Imposición con cláusula de intercambio de información.
- c) Las entidades que desarrollen en España explotaciones económicas diferenciadas de las de los inmuebles sujetos al Impuesto Especial.
- d) Las Entidades que acrediten suficientemente ante la Administración tributaria el origen de los recursos invertidos en España y la personalidad de los titulares directos o indirecto del capital social.

De este precepto se desprende que las entidades o personas físicas que residan en un paraíso fiscal no podrán acogerse a esta exención, en consecuencia vendrán obligadas al pago del Impuesto.



== estudios ==

B) Sociedades Instrumentales

Cuando se habla, en derecho fiscal internacional, de sociedades instrumentales, generalmente se está haciendo referencia al fenómeno del abuso o uso indebido de los Convenios para evitar la doble imposición («Treaty shopping»).

Las medidas a tomar pasan pues, siempre por el reforzamiento interno de los impuestos exaccionados en la fuente, las medidas a nivel de convenio son necesarias para atajar los supuestos de elusión que la normativa interna impide, pero que el convenio permite instrumentar.

1. Dentro del propio Modelo de convenio de la OCDE.

Con carácter general, el convenio se aplica a las personas residentes, con lo que se niega su aplicación a determinadas entidades sin personalidad.

La mayor parte de los esquemas circulares agresivos podrían desmontarse en base al concepto de residencia.

En el supuesto de sociedades constituidas en países con convenio, tiene el agravante de que la administración española podrá conocer exactamente lo que ha hecho esa sociedad y cuál es la actividad que desarrolla.

Es algo que olvidan muchos inversores cuando utilizan por ejemplo sociedades en Holanda y es que las autoridades holandesas proporcionan información y si la entidad no tiene una mínima sustancia, la residencia es discutible.

Todos los Convenios, salvo el de los EE.UU. remiten en cuanto al concepto de residencia a la sede de la dirección efectiva que es un concepto vago, aunque existen algunos criterios en nuestro derecho que podrían ayudar a interpretarlos.

En relación con el concepto de «residentes de un estado», según el artículo 4.1 del modelo de la OCDE «esta expresión no incluye a las personas que estén sujetas a imposición en este estado exclusivamente por las rentas que obtengan procedentes de fuentes situadas en el citado estado o por el patrimonio situado en el mismo». Esta frase aun cuando pensada para los funcionarios diplomáticos y agentes consulares, en su literalidad podría aplicarse a las sociedades constituidas en países que no gravan las rentas de fuente extranjera obtenidas por determinadas sociedades.

Sin embargo, la aplicación de esta cláusula, como señala el informe de la OCDE excluiría del campo de aplicación del convenio aquellos países que tienen un sistema básicamente territorial.

Por otra parte la cláusula no cubriría los supuestos en que la sociedad está sometida a imposición por rentas de fuente extranjera, pero a un tipo simbólico de gravamen. En cualquier caso la aplicación de esta cláusula no cubriría las estrategias indirectas o de trampolín.

En definitiva significa que los beneficios del convenio respecto de un determinado tipo de rentas, no son aplicables cuando aquel que recibe, o la sociedad que recibe el beneficio o interés, no es en realidad el beneficiario efectivo.

2. Cláusulas específicas de los Convenios Bilaterales

Los bloques de medidas más agresivos son los que se basan en normas directas encaminadas a evitar este tema, así pues en los convenios se incluye una cláusula que excluye su

aplicación a aquellas entidades poseídas mayoritariamente por no residentes en el país del convenio, o que no sean cotizadas en bolsa, vg. en el convenio reciente con los EE.UU. En realidad este es el único país que se ha preocupado por las medidas anti treaty shopping aunque ahora también se han empezado a preocupar Alemania, Francia y Canadá.

Otras medidas antiparaíso adoptadas por la legislación española

1. Ley 29/91, de 16 de diciembre, de acuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.

En el Título II de esta ley se recoge el régimen fiscal aplicable a las sociedades matrices y filiales de los Estados miembros diferentes de la CEE.

Este Título tiene por objeto regular la tributación de las distribuiones de beneficios recibidas por sociedades residentes en España de sus sociedades filiales residentes en otros Estados miembros de la CEE, así como de las distribuciones de beneficios efectuadas por sociedades residentes en España a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la CEE, siempre que concurren determinados requisitos.

El régimen de tributación básicamente es el siguiente:

a) La sociedad matriz integrará en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades:

- Los beneficios líquidos recibidos de la sociedad filial a título de socio.
- El importe sobre los beneficios efectivamente pagado por la sociedad filial, en la parte correspondiente a los beneficios distribuidos a la sociedad matriz.
- En su caso, la retención practicada dentro de los límites previstos en la propia directiva.

b) Los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz estarán exentos de la obligación real de contribuir y no sujetos a retención.

No obstante, el artículo 24 de esta ley señala que no será de aplicación el presente título cuando la sociedad matriz o la sociedad filial tenga su residencia fiscal en un territorio que por sus características sea considerado, reglamentariamente, como paraíso fiscal.

2. Orden de 31 de enero de 1992 por la que se dictan normas de delcaración de los IRPF, sobre Sociedades y sobre el Patrimonio, devengados por obligación real.

Esta Orden hace referencia a que no se podrán realizar declaraciones trimestrales de los rendimientos obtenidos a través de los países o territorios a que se refiere el RD 1080/91. En consecuencia las declarciones deberán presentarse en el plazo de un mes a partir de la fecha de devengo de la renta. En este sentido, las rentas se entenderán devengadas:

- Tratándose de rendimientos, cuando resulten exigibles o en la fecha del cobro, si fuera anterior.
- Cuando se trate de rendimientos de bienes inmuebles de uso propio, el último día del año anterior.



— estudios —

- Tratándose de incrementos de patrimonio, cuando tenga lugar la alteración patrimonial.

3. En cuanto a las medidas antiparaiso fiscal derivadas de la legislación sobre control de cambios, merece destacarse con carácter general, que la inversión dirigida a paraísos fiscales o procedentes de ellos estará sujeta a verificación especial en todos los casos, independientemente de su cuantía.

Régimen específico para las inversiones que proceden de Paraísos Fiscales.

Así pues el Real Decreto 671/1992 de 2 de julio sobre inversiones extranjeras en España establece con carácter general el no requerimiento de verificación previa de las inversiones directas con algunas excepciones entre ellas establece el requisito de verificación previa en los siguientes casos:

- *Concesión de préstamos cuya vida media ponderada sea superior a cinco años hechos con el fin de establecer vínculos económicos duraderos cuando procedan de personas residentes o domiciliadas en Paraísos Fiscales.*
- Cuando la participación extranjera supere del 50 por 100 del capital de la sociedad española destinataria de la inversión, cualquiera que sea su cuantía, bien con anterioridad a esta, bien como consecuencia de la misma, y cualquiera de los inversores extranjeros en dicha sociedad española sea una persona física o jurídica residente en un país o territorio de los considerados como Paraísos Fiscales.
- Cuando con independencia de la cuantía la constitución o ampliación de sucursales o establecimientos se efectúe por personas residentes o domiciliadas en los Paraísos Fiscales.

En las inversiones en bienes inmuebles, podrán efectuarse libremente sin sometimiento al trámite de verificación previa con dos excepciones, entre ellas requerirán verificación administrativa previa las inversiones en bienes inmuebles que con independencia de su importe procedan de Paraísos Fiscales.

En otras formas de inversión, sólo se someten a verificación cuando procedan de Paraísos Fiscales.

Así, como caso específico, la Circular número 2/92, de 15 de enero, sobre préstamos y créditos exteriores, liberaliza plenamente la toma de préstamos y financiación exterior por residentes, así como su amortización. El único requisito administrativo que subsiste es la atribución, por el Banco de España, de un número de registro, el denominado «número de operación financiera» (NOF), que servirá, como hasta ahora, para identificar las operaciones y mantener el día la estadística de deuda exterior.

Esta Circular establece que el NOF se atribuye por el Banco de España, pero delega en los Bancos y Cajas de Ahorro la atribución del NOF en las operaciones de valor inferior a 250 millones de pesetas, siempre que los prestamistas no sean residentes en los territorios que el Ministerio de Economía y Hacienda considera paraísos fiscales, según lo establecido en el R.D. 1080/91, de 5 de julio.

Régimen específico de las Inversiones efectuadas en Paraísos Fiscales.

En las inversiones directas se establece con carácter general el no requerimiento de verificación previa salvo:

- Cuando la entidad extranjera objeto de la inversión tenga como actividad la tenencia directa o indirecta de participaciones en el capital de otras sociedades, cualquiera que sea la cuantía de la inversión.

Aunque no afecta directamente a sociedades creadas en Paraísos Fiscales, hay que tener en cuenta que afectaría a las sociedades Holding constituidas como instrumentales de una sociedad base de Paraíso Fiscal.

- Cuando el destino sea un Paraíso Fiscal.

Las inversiones españolas efectuadas por sociedades extranjeras participadas por residentes y por sucursales y establecimientos en el extranjero de residentes, así como cualquier otra forma de inversión cuyo destino sea un Paraíso Fiscal de acuerdo con lo dispuesto en el RD 1080/91, de 5 de julio, están sujetas a verificación.

4. La relación de países a la que hace mención el Real Decreto 1080/91, de 5 de julio sobre Paraísos Fiscales es la siguiente:

1. Principado de Andorra.
2. Antillas Neerlandesas.
3. Aruba.
4. Emirato del Estado de Barhein.
5. Sultanato de Brunei.
6. República de Chipre.
7. Emiratos Arabes Unidos.
8. Gibraltar.
9. Hong-Kong.
10. Anguila.
11. Antigua y Barbuda.
12. Bahamas.
13. Barbados.
14. Bermuda.
15. Islas Caimanes.
26. Islas Cook.
17. República de Dominica.

estudios

18. Granada.
19. Fiji.
20. Islas Guenersey y de Jersey (islas del Canal).
21. Jamaica.
22. República de Malta.
23. Islas Malvinas.
24. Isla de Man.
25. Islas Marianas.
26. Mauricio.
27. Montserrat.
28. República de Naurú.
29. Islas Salomón.
30. San Vicente y las Granadinas.
31. Santa Lucía.
32. República de Trinidad y Tobago.
33. Islas Turcos y Caicos.
34. República de Vanuatú.
35. Islas Vírgenes Británicas.
36. Islas Vírgenes de los EE.UU.
37. Reino Hachemita de Jordania.
38. República Libanesa.
39. República de Liberia.
40. Principado de Liechtenstein.
41. Gran Ducado de Luxemburgo.
42. Macao.
43. Principado de Mónaco.
44. Sultanato de Omán.
45. República de Panamá.
46. República de San Marino.
47. República de Seychelles.
48. República de Singapur.