



PRESENTACIÓN

■ El presupuesto habilitante de las actas con acuerdo

Antonio Cayón Galiardo

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Gabinete de Estudios AEDAF

I. Las actas con acuerdo: aspectos críticos y justificación

Una de las novedades más resaltables de la Ley 58/2003, General Tributaria, es, como se viene afirmando por la doctrina, la introducción en nuestro sistema de inspección tributaria de las actas con acuerdo. Pero quizá debido a su mismo carácter novedoso o a su configuración positiva, lo cierto que han suscitado posiciones contrarias a su establecimiento en nuestro Derecho.

Baste recordar las enmiendas que, encaminadas a lograr su supresión, presentó tanto en el Congreso como en el Senado el grupo parlamentario del partido hoy en el Gobierno; o las críticas dirigidas contra su misma presencia, con independencia de cual fuese su regulación legal, por considerarlas contrarias a la seguridad jurídica y al principio de igualdad, apoyadas en el argumento de que, la diferente capacidad de los contribuyentes para “negociar” con la Administración, incidirá en beneficio de los más ricos ya que sólo estos podrán disponer de mejores medios de asesoramiento ante los entes públicos; o, en un plano más concreto y limitando sus críticas a la forma en que finalmente se les ha dado entrada en nuestro Derecho, se ha dicho de ellas que son un reconocimiento de la poca calidad de la legislación (Herranz Martín, Antonio) o que han quedado finalmente “descafeinadas” (Simón Acosta, Eugenio) o, como advertía el mismo Consejo de Estado en su Dictamen, “el Consejo de Estado no objeta la posibilidad y oportunidad de introducir esta figura. Entiende que puede tener efectos beneficiosos si se configura de una manera clara y prudente.”

Estas y otras muchas críticas (resumidas por García Ovies, Isabel) se han centrado principalmente en dos aspectos de este tipo de actas: los presupuestos habilitantes para la firma de un acta con acuerdo y el régimen jurídico de su impugnación ante los tribunales. Nos ocuparemos del primero de ellos, aunque tenemos la convicción de que ambos están entrelazados, pues lo que finalmente resulte sobre las posibilidades de impugnación de las liquidaciones derivadas de esta clase de actas, estará fuertemente condicionado por lo que llamamos ahora: presupuesto habilitante para su levantamiento.

Ahora bien, siendo ciertos muchos de los argumentos esgrimidos contra este nuevo instrumento, no podemos ignorar que tampoco sus defensores han carecido de razones para apoyar y tratar de justificar su introducción.

El primero de estos motivos lo encontramos en la propia exposición de motivos de la LGT en donde se nos dice que “los principales objetivos que pretende conseguir la Ley General Tributaria son los siguientes: ... disminuir los niveles actuales de litigiosidad en materia tributaria”, motivación cierta dados los actuales niveles de conflictividad sobre los que han incidido en tantas ocasiones los Informes anuales del Defensor del Pueblo o los datos existentes sobre el volumen de actas de disconformidad que, entre 1997 y el 2000, han crecido en número, en porcentaje respecto del total, y en el volumen de las cuotas que representan estas actas respecto de las de conformidad (como se recoge en el nº 63 de esta misma revista).

Ahora bien, la reducción de la conflictividad no es sino un motivo de tipo práctico y el instrumento elegido puede ser adecuado pero también insuficiente, que, además ha de ser valorado con un criterio de proporcionalidad entre la finalidad perseguida y el sacrificio que se impone a determinados valores constitucionales.

De otra parte, ha correspondido a la doctrina el señalamiento de la conexión de este instrumento –los acuerdos entre la Administración y el ciudadano– con los actuales procesos de reforma y modernización administrativa que se declaran encaminados a conseguir una Administración pública más eficaz. Entre estas opiniones, Rodríguez Arana nos dice que “la Administración, al gestionar los intereses colectivos, no tiene que imponerse frente a los ciudadanos. Más bien debe propiciar fórmulas o medidas que impliquen la colaboración de la sociedad y, por tanto, de los ciudadanos en la elaboración de los criterios rectores que impulsen los intereses colectivos. En otras palabras, la Administración ya no es dueña del interés público sino que está llamada, por su inserción en el Estado social y democrático de Derecho, a articular una adecuada intercomunicación con los agentes sociales para redefinir las políticas públicas. Quiere eso decir que los ciudadanos no deben ser sólo sujetos pasivos de las potestades públicas, sino que deben aspirar a ser legítimos colaboradores y protagonistas de la propia Administración para la gestión de los propios intereses que les afecten.”

También Ferreiro Lapatza ha escrito en apoyo de su adopción “España acalla las voces aisladas que la defienden con el silencio del legislador y de la Administración tributaria que –de modo más aislado y excluyente que en cualquier otro ámbito del ordenamiento– prepara y redacta los proyectos de ley. Un silencio que encuentra su base teórica y doctrinal –como ya antes he dicho– en el principio de legalidad y en la indisponibilidad de la obligación tributaria sin prestar demasiada atención al alcance teórico cualitativo de aquellos supuestos en que la propia ley flexibiliza la aplicación de tales principios: significativamente en los acuerdos concursales y en la tasación pericial contradictoria y de modo más atenuado en los «acuerdos» sobre precios de transferencia, sobre gastos en I+D, sobre amortizaciones, reinversión, etcétera”.

Y, entre otros muchos, de Palma del Teso, afirmaba que “El acuerdo procedimental se configura como un instrumento alternativo al tradicional acto administrativo unilateral para el

ejercicio de la «actividad administrativa que alumbra en la actualidad como fruto de la evolución del Estado social de Derecho en el que se aplican dos principios de organización antitéticos o, si se quiere complementarios, el tradicional burocrático, que actúa sobre la base de actos unilaterales y el participativo que trata de introducir al administrado en el espacio de decisión que la norma deja a la Administración»”

También en esta misma orientación, el Informe de la AEDAF relativo al anteproyecto de la Ley, prestaba su adhesión al contenido del mismo especialmente en cuanto a los presupuestos habilitantes de las actas con acuerdo.

Todos estos argumentos han encontrado, por otra parte, un respaldo importante en el derecho comparado, ya que en países de cultura jurídica semejante a la nuestra los acuerdos entre la inspección tributaria y los contribuyentes han sido implantados con cierto éxito con décadas de anticipación a España (Martínez Muñoz, Yolanda).

2. El artículo 155 de la Ley 58/2003 General Tributaria

Con los antecedentes que hemos señalado, podemos adentrarnos en el examen del texto de la Ley en el que se contemplan estas actas y aproximarnos a su contenido. Para ello emplearemos como un medio interpretativo de interés el recorrido previo a la Ley 58/2003, iter que está contenido en los informes y trabajos preparatorios a través de los que se dotó de armazón técnico y fundamento al texto que finalmente fue adoptado en las Cortes.

Así, en el Informe elaborado en julio de 2001, por la Comisión constituida al efecto, se proponían, dentro de las medidas para reducir la litigiosidad, varios tipos de actas: las conformidad con acuerdo; las de conformidad con adhesión y las de conformidad con recargo de regularización.

Respecto de las actas de conformidad con acuerdo, su ámbito objetivo ya quedaba singularizado en tres posibles materias: los conceptos jurídicos indeterminados, las comprobaciones de valor y la fijación de hechos -elementos del hecho imponible o de cuantificación del tributo- en los que no existan pruebas ciertas que permitiesen su determinación.

Por su parte, el Informe sobre el Borrador del Anteproyecto, publicado en abril de 2003, respecto de los presupuesto habilitantes de esta clase de actas introdujo una matización respecto de lo que se postulaba en el anterior documento, considerando que su ámbito de aplicación serían; los conceptos jurídicos indeterminados, las comprobaciones de valor y cuando la aplicación de la norma al caso concreto no resultase indubitada.

En efecto, respecto de la última circunstancia señalada en los dos Informes, las propuestas son diferentes. La primera se limita a hechos cuya prueba sea difícil, mientras que la segunda comprende un problema de derecho y no solo de hecho. En concreto, cabrían en su contenido los supuestos en que no exista norma claramente aplicable; existan dudas interpretativas; y pudiendo también abarcar la prueba de hechos que fuese necesarios para aplicar la norma a los mismos.

En un segundo momento, y dentro ya de la tramitación parlamentaria de la Ley, en el tema que nos ocupa, sólo es reseñable el haberse añadido a uno de los supuestos habilitantes del acta con acuerdo —el que hemos reseñado en último lugar— la expresión “hechos determinantes”. Añadido que, a nuestro juicio, poca claridad incorpora al texto, pues toda norma tiene siempre unos hechos determinantes de su aplicación, salvo que se quisiera limitar este supuesto a unos casos —hechos— limitados: hecho imponible, presupuestos de hecho de una exención, etc. Ahora bien, tal interpretación no se fundamentaría en el texto de la enmienda por la que se introdujo tal expresión.

De ahí que la redacción final del artículo 155, referente a las actas con acuerdo, haya sido el siguiente: “Cuando para la elaboración de la propuesta de regularización deba concretarse la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, cuando resulte necesaria la apreciación de los hechos determinantes para la correcta aplicación de la norma al caso concreto, o cuando sea preciso realizar estimaciones, valoraciones o mediciones de datos, elementos o características relevantes para la obligación tributaria que no puedan cuantificarse de forma cierta, la Administración tributaria, con carácter previo a la liquidación de la deuda tributaria, podrá concretar dicha aplicación, la apreciación de aquellos hechos o la estimación, valoración o medición mediante un acuerdo con el obligado tributario en los términos previstos en este artículo”.

3. Una perspectiva general sobre los presupuestos habilitantes de las actas con acuerdo

A nuestro juicio estamos ante un tipo de actas en los que encontramos dos cuestiones paralelas: el acuerdo material y el cauce por el que formaliza. El primero es el que se alcanza sobre todos los componentes del tributo susceptibles de acuerdo y que requiere su posterior o simultánea formalización.

Es decir, creemos que hay que diferenciar varias cuestiones.

La primera nos remite a los presupuestos habilitantes para que proceda un acta con acuerdo, entendiendo por tales las situaciones que justifican que se acuda a un acta con acuerdo y que se recogen y enumeran en la primera parte del artículo 155 LGT:

- presencia de conceptos jurídicos indeterminados
- cuando resulte necesaria la apreciación de los hechos determinantes para la correcta aplicación de la norma al caso concreto
- cuando sea preciso realizar estimaciones, valoraciones o mediciones de datos, elementos o características relevantes para la obligación tributaria que no puedan cuantificarse de forma cierta.

Detectada cualquiera de estas circunstancias, el inspector actuuario, si decide acudir a este medio, tendrá que desarrollar en paralelo dos actividades que dan lugar a los demás elementos a examinar:

La segunda cuestión es la del acuerdo necesario que debe alcanzarse para la suscripción del acta. La inspección, si decide acudir a este expediente, tendrá que conocer si el con-

tribuyente está dispuesto a suscribir un acta con acuerdo, y, si lo está, tendrá que iniciar su concertación con aquel. Por ello dice la Ley: “la Administración tributaria, con carácter previo a la liquidación de la deuda tributaria, podrá concretar dicha aplicación, la apreciación de aquellos hechos o la estimación, valoración o medición mediante un acuerdo con el obligado tributario”.

Finalmente, nos encontramos con los requisitos formales previos al acta a cuyo cumplimiento la inspección habrá de instar y que son los que se enumeran en el apartado 3 del art. 155: autorización del órgano competente para liquidar; que podrá ser previa o simultánea a la suscripción del acta con acuerdo y la constitución de un depósito, aval de carácter solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución, de cuantía suficiente para garantizar el cobro de las cantidades que puedan derivarse del acta.

Sólo cuando se hayan verificado ambas circunstancias, deberá proceder a extender el acta con acuerdo.

Si nos centramos en el examen de los presupuestos habilitantes de estas actas, la primera observación sobre su contenido la encontramos en la exposición de motivos de la Ley cuando nos advierte que “Las actas con acuerdo están previstas para supuestos de especial dificultad en la aplicación de la norma al caso concreto o para la estimación o valoración de elementos de la obligación tributaria de incierta cuantificación.” De ahí que la doctrina, siguiendo a Ferreiro Lapatza, haya afirmado que se trata de situaciones de duda o incertidumbre que no puede ser vencida con la diligencia normalmente desarrollada en una actuación inspectora.

Pero si de esta visión doctrinal, previa a la redacción de la norma, pasamos a examinar el contenido de la Ley, convenimos con el Consejo de Estado en que “... el artículo 155.1 dista de ser claro. No sólo por su muy deficiente redacción. También porque los supuestos a los que se aplicaría resultan imprecisos y oscuros”. Por ello, antes de su examen individualizado, vamos a realizar unas consideraciones generales sobre tales situaciones en su conformación jurídico positiva.

En primer lugar diremos que la enumeración legal de estos presupuestos habilitantes es cerrada y limitada, de forma que solo legitiman un acta con acuerdo alguna de las tres situaciones previstas legalmente. Por ello, la misma LGT exige, entre otros requisitos, que se motive expresamente “a) El fundamento de la aplicación, estimación, valoración o medición realizada.”

En segundo lugar, creemos que los presupuestos de hecho habilitantes comprenden tanto cuestiones de hecho (valoraciones, que pueden ser un problema técnico o de prueba en algunos casos) como de derecho (conceptos jurídicos indeterminados). Sobre las cuestiones de hecho o prueba, la doctrina parece aceptarlas sin objeciones, pero no así sobre los elementos del derecho. Como han afirmado García Herrera y Herrera Molina “los elementos fácticos son aquellos sobre los que hay una dificultad probatoria y se tratan de flexibilizar las exigencias legales sobre la comprobación de los mismos” Pero, “los elementos

de derecho no permiten una transacción de forma que la Administración sea más flexible a cambio del acuerdo y de la renuncia al recurso”.

Por otra parte, y partiendo de que el presupuesto habilitante es siempre una situación de duda, siguiendo a los autores antes citados debemos entender que, si la duda afecta a hechos, su realidad no debe ser susceptible de constatarse con una actividad probatoria normal o proporcionada a la relevancia del caso. Y si se trata de una duda de derecho, se debe tratar de una dificultad que no pueda despejarse con criterios que excluyan razonablemente la litigiosidad (que no estén consolidados jurisprudencial o administrativamente).

En cuarto lugar, creemos que la situación de incertidumbre que pretende superarse mediante el acuerdo no tiene que afectar a todo el tributo o ser una negociación del conjunto de la obligación tributaria, antes bien, entendemos que el acuerdo tiene su ámbito lógico de aplicación cuando verse sobre alguno o algunos de los elementos del tributo (una magnitud a valorar; un supuesto de desgravación, etc.). Esta posibilidad está, además, prevista en el artículo 101-4 b) de la propia Ley, en el que se regulan como posibles liquidaciones provisionales “cuando el acuerdo al que se refiere el artículo 155 de esta ley no incluya todos los elementos de la obligación tributaria...”.

Esta situación, sobre la que no es unánime la opinión de los que han estudiado el tema, resulta obligada a nuestro juicio por cuanto el art. 155. 6 LGT ordena que la aceptación se considere extendida al contenido íntegro de acta, por lo que no parece probable, salvo en casos contados, que el contribuyente firme un acuerdo sobre elementos del tributo sobre los que se limitarán sus posibilidades de impugnación, al margen de que sería dudosa la validez de un acta con acuerdo en la que el componente consensuado fuese ínfimo en relación con la totalidad de la base o de la cuota cuya liquidación se proponen, pues podría interpretarse como una actuación al margen de los supuestos que legitiman este tipo de actas, o mejor dicho, un abuso de las previsiones de la Ley.

En quinto lugar, aunque debiera estar fuera de toda duda, el acuerdo no podrá afectar a elementos de hecho o de derecho relativos a infracciones o sanciones tributarias. La propia dicción literal de la Ley lo indica así al referirse a “elementos o características relevantes para la obligación tributaria”. Ahora bien, ello no significa que en muchos casos el presupuesto habilitante y el mismo objeto del acuerdo no terminen por incidir en las infracciones y sanciones que pudieran aplicarse, bien para excluirlas bien para calificarlas adecuadamente.

Y, finalmente, creemos que los supuestos fácticos y jurídicos que llamamos presupuesto habilitante, también quedan excluidos del ámbito del acuerdo. Se trata de una cuestión sobre la que no puede versar ningún acuerdo. Su existencia es decidida por el actuuario y respaldada por la autorización del Inspector Jefe. De ahí que consideremos que es acertada la opinión de quienes entienden este tipo de actas como aquellas que se podrán firmar siempre que el Inspector y el contribuyente lo decidan y lleguen a un acuerdo. Por el contrario, la apreciación del presupuesto habilitante es una cuestión que la Ley reserva a la Administración en exclusiva, por lo que el propio artículo 155 declara que: “7. La falta de suscripción de un acta con acuerdo en un procedimiento inspector no podrá ser moti-

vo de recurso o reclamación contra las liquidaciones derivadas de actas de conformidad o disconformidad”.

4. Aspectos subjetivos de las actas con acuerdo

A la hora de precisar los sujetos que pueden intervenir en la conformación de un acta con acuerdo, no se suscitan problemas específicos aparte de la exigencia de poder suficiente, cuando se actúe mediante representante, ya que se trata de un acto que implica renuncia de derechos, por lo que se deben traer a colación las mismas consideraciones jurisprudenciales que se vertieron en relación a las actas de conformidad.

Sin embargo, donde se nos suscitan problemas y dudas es sobre los efectos de estas actas y de las liquidaciones derivadas de ellas, cuando hayan de producirse frente a sujetos terceros o ajenos a quienes intervinieron en el acuerdo. Tales supuestos son, a título de ejemplo, los responsables, los casos en que la valoración aplicada en un impuesto haya de surtir efectos en otro tributo, o los casos de delito fiscal imputado a una sociedad en la que se procesa a un administrador como responsable, cuando el acta fue firmada por otro (aunque este supuesto sea discutible por quienes rechazan toda posible sanción en el caso en que se haya firmado un acta con acuerdo, ya hemos advertido que nuestra opinión es diferente y que, en determinados casos es perfectamente posible que exista una infracción –casos de ocultación en una declaración, por poner un ejemplo-).

En cada caso la solución ha de ajustarse y fundamentarse individualmente partiendo de la no vinculación de terceros al contenido del acuerdo.

5. Los conceptos jurídicos indeterminados

La primera hipótesis legal que habilita la firma de un acta con acuerdo viene dada por la existencia de conceptos jurídicos indeterminados.

Es un supuesto sobre el que apenas se han formulado críticas, aún tratándose de elementos de derecho y no de hecho. Sin embargo hubo enmiendas tendentes a eliminarlo fundadas en que deben ser los órganos competentes para interpretar quienes los apliquen y el propio dictamen del Consejo de Estado se limita a aceptarlo.

A nuestro parecer la única –pero importante- cuestión que debe ser examinada es la de concretar exactamente cual es el sentido que la LGT quiere dar a esta expresión, pues no todas las ambigüedades del legislador son conceptos jurídicos indeterminados.

Si prevalece una interpretación técnica de esta expresión que excluye las imprecisiones de la ley, el efecto que tendrán estas actas será el de introducir al contribuyente en el ámbito de apreciación que tradicionalmente se atribuía a la Administración en la concreción de la solución justa del caso.

6. Estimaciones y valoraciones que no puedan cuantificarse de forma cierta

Es el más claro presupuesto habilitante de estas actas, que no ha levantado opiniones adversas y en el que existen antecedentes en nuestro ordenamiento (los acuerdos previos, art. 16 de la LIS, etc.)

Se trata de una cuestión de prueba en la mayoría de los casos en los que los hechos – magnitudes o datos- que deben ser probados o fijados no puedan concretarse en forma cierta, pues se trata de casos especialmente conflictivos en los que la finalidad de estas actas podría cumplirse plenamente.

A nuestro entender, este tipo de actas podrían jugar un papel importante en el ámbito que tradicionalmente ha sido preciso acudir a estimaciones indirectas. Ahora bien, queda por resolver la armonización de los dos procedimientos legalmente previstos para cada caso con la finalidad de refundirlos en uno solo en el que no se pierdan las garantías y ventajas de cada uno de estos instrumentos.

7. Apreciación de hechos determinantes para la aplicación de la norma

Sobre su falta de concreción nos basta con reproducir el dictamen del Consejo de Estado cuando sostuvo que: "... es totalmente rechazable y su formulación resulta tautológica y vacía. En definitiva viene a señalar que la Administración puede llegar a acuerdos cuando «resulte necesario para la correcta aplicación de la norma a los hechos del caso concreto». Dicho de otro modo: que podrá llegar a un acuerdo cuando crea que es necesario llegar a un acuerdo. O desde la perspectiva de la norma tributaria: que habría normas tributarias aplicables imperativamente a los contribuyentes (incluso sin su acuerdo) y otras cuya «correcta aplicación» haría necesario un acuerdo previo con el contribuyente. Debe ser suprimido."

A pesar de ello, las opiniones que defienden su presencia en la Ley, no siempre se refieren al texto legal mismo, sino que se pronuncian sobre la redacción que proponía en primer Informe de la Comisión. Es el caso de Ferreiro Lapatza y de García Herrera y Herrera Molina, quienes lo admiten siempre que existan dudas sobre los hechos que no puedan disiparse con la diligencia normal desarrollada en una comprobación. Criterio con el que estamos de acuerdo, pero cuyos límites no son los fijados por la LGT para este caso.

A nuestro juicio, esta indeterminación debe ser evitada limitando su aplicación a los casos en que la propia Ley remite expresamente a la Administración para que concrete el margen que ella misma establece. Es decir, siguiendo a García Novoa los reduciríamos a los casos en que exista cierta discrecionalidad administrativa, pues "La discrecionalidad nace y se justifica porque la Ley requiere de la experiencia y del criterio de la Administración, y más exactamente, de su contacto inmediato con los hechos y sus peculiaridades concretas para llegar a una solución. Otra cosa sería pedir leyes más detalladas, casuísticas...".

8. Conclusiones

El instrumento previsto en el artículo 155 LGT no ha sido todavía objeto de aplicación para conocer su verdadera funcionalidad y ni tan siquiera se conoce el desarrollo reglamentario de la Ley para trabajar sobre su marco jurídico completo y deducir alguna conclusión fundamentada. Sin embargo, de los temas que hemos examinado se desprenden algunas conclusiones que pasamos a resumir:

La primera la formularemos diciendo que las actas con acuerdo no significan la introducción de la "tarifa cuarta" en nuestro sistema de comprobación tributaria, pues el presu-

puesto habilitante, aunque imprecisamente definido, no admite pactar o negociar sobre cualquier elemento del tributo. Es más, a nuestro juicio y dado que no es posible que el objeto del acuerdo verse sobre si existe o no existe dicho presupuesto habilitante, siempre cabe el recurso contra las liquidaciones giradas a consecuencia de un acta con acuerdo cuando se invoquen vicios de legalidad por este motivo. Es decir, cuando no hubiese existido el presupuesto habilitante para la firma del acta.

Este defecto sería un vicio imputable en exclusiva a la Administración, única competente para decidir sobre la procedencia de un acta con acuerdo, según vimos más arriba.

Debido a ello, y es nuestra segunda conclusión, no parece que este tipo de actas vayan a ser utilizadas masivamente por la Administración, pues la inconcreción de sus presupuestos habilitantes actuará como freno a su uso en casos de duda, salvo que los órganos directivos de la Administración se comprometan en su implantación dictando alguna resolución orientativa en esta materia.

Finalmente, creemos que el carácter jurídico de algunos de los presupuestos habilitantes que hemos examinado, tiene como consecuencia que el acuerdo que se refleje en un acta, posea un contenido de derecho y no fáctico o probatorio, siendo complejo admitir que pueda haber transacción sobre el contenido del ordenamiento, salvo que la interpretación que se haga de este artículo 155 lo sitúe en un terreno menos amplio pero más firme: el de la fijación de hechos; la prueba o fijación de valores; los conceptos jurídicos indeterminados en sentido estricto y los ámbitos de discrecionalidad expresamente atribuidos por la Ley a la Administración.

En otro caso, será difícil aceptar la limitación que se establece en la Ley sobre los motivos y vías de impugnación, más aún cuando la propia Ley reserva para la Administración la posibilidad de revisión de las liquidaciones derivadas de estas actas, por motivos de legalidad, como son los supuestos de nulidad de pleno derecho (Álvarez Díaz, José Francisco).

Queremos decir que cuanto mayor amplitud se confiera a la ley, en su delimitación de los presupuestos habilitantes, mayor es la certeza de que los límites a la impugnación de las resoluciones que resulten de estas actas con acuerdo estarán rozando el contenido indisponible de algunos derechos fundamentales. ■

REVISTA TÉCNICA TRIBUTARIA



ESTUDIOS



Juan Calvo Vérguez

José M. Domínguez Martínez

Adolfo J. Martín Jiménez

José Manuel Tejerizo López

Antonio Cayón Galiardo



Asociación Española de

Asesores Fiscales



Logic Win Global. Soluciones para Despachos Profesionales.

Logic Win Global, el software que integra aplicaciones, comunicaciones y servicios. Soluciones integradas en el área contable, fiscal, laboral y gestión interna para despachos profesionales.



Logic Control®

ÚLTIMA TECNOLOGÍA EN SOFTWARE

Infórmese: 902 200 246 · www.logiccontrol.es · informa@logiccontrol.es



ESTUDIOS

■ **Problemas interpretativos planteados por la institución de la subcapitalización en el Impuesto sobre Sociedades. Análisis de su proyección sobre los convenios de doble imposición**

■ **Juan Calvo Vérguez**

Colaborador del Área de Derecho Financiero y Tributario
de la Universidad de Alcalá

■ **SUMARIO:**

1. Introducción
2. Condiciones necesarias para la aplicación de la norma sobre subcapitalización
3. Consecuencias derivadas de la aplicación de la regla de subcapitalización
4. La proyección de los convenios de doble imposición en las normas sobre subcapitalización
5. Conclusiones

I. Consideraciones preliminares

Como es sabido, la financiación de las sociedades, ya sea a través de recursos propios o de recursos ajenos, presenta desde una perspectiva fiscal una especial trascendencia, dado que el tratamiento que reciben las retribuciones a estas dos fuentes de financiación resulta completamente distinto. En efecto, mientras que la retribución por la utilización de fondos ajenos (los intereses) adquiere la consideración de gasto deducible al objeto de poder determinar la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades, la retribución de los fondos propios por el contrario (los llamados dividendos) no goza de dicha consideración.

Las sociedades pueden por tanto financiarse mediante la emisión de acciones o mediante préstamos, y la fórmula por la que finalmente se opte no va a resultar neutral en el Impuesto sobre Sociedades. Tal y como señala GOTA LOSADA¹, *“cuanto mayor sea la participación del capital prestado en relación al capital aportado, mayores serán los intereses deducibles como gasto, y menor la base imponible y, por ende, el Impuesto sobre Sociedades”*.

A la luz de este diferente tratamiento, cabe la posibilidad de que tanto la sociedad aportante como la receptora decidan optar por una u otra forma de financiación². En principio, parece lógico que los sujetos pasivos del impuesto opten por acudir a la financiación externa, toda vez que, de este modo, podrán reducir sus bases imponibles como consecuencia de los intereses que se devenguen. Ahora bien, esta situación puede llegar a provocar un exceso de endeudamiento o una baja capitalización. Surge así el concepto de infracapitalización o subcapitalización.³

Permite la subcapitalización la transferencia solapada de beneficios a través del pago de los mayores intereses consecuentes al desequilibrio entre la financiación propia y la financiación ajena. La entidad formaliza operaciones de préstamo con otra vinculada cuando la auténtica finalidad de la operación no es otra que capitalizar a la teórica prestataria. De

¹ GOTA LOSADA, A., *Tratado del Impuesto de Sociedades*, tomo I, ed. Banco Exterior de España, Madrid, 1988, pág. 245. En este mismo sentido se pronuncia ESCRIBANO LÓPEZ, F., “Operaciones vinculadas y subcapitalización. Operaciones societarias en el marco del Impuesto sobre Sociedades”, en *RTT*, nº 37, 1997, págs. 47 a 69 y ROSEMBUJ, T., “Las operaciones vinculadas y la subcapitalización en el Impuesto sobre Sociedades”, en *Impuestos*, nº 17, 1997, págs. 12 a 45.

² Desde el punto de vista del aportante de capital, la elección alternativa entre ambas modalidades de financiación se presente únicamente para los socios, que son los “subcapitalizadores natos” de las sociedades. Suelen ser los grupos de sociedades internacionales los que tienden en mayor medida a alterar sus estructuras financieras de la manera más conveniente para modular y reducir la carga impositiva global soportada.

³ Define PAZ ARES, C., *Sobre la infrautilización de las sociedades*, en *ADC*, tomo 36, 1983, pág. 1588, la infracapitalización como “cualquier desproporción conmensurable –o si se prefiere, inequívocamente constatable– entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social”. Obsérvese que esta definición comprende tanto la llamada “subcapitalización material” (consistente en una aportación insuficiente de capital a la empresa que produce una escasez de capital de responsabilidad y de capital crediticio por parte de los socios), como la “subcapitalización nominal” (caracterizada por la realización de aportaciones en forma de capital de crédito sustraídos a la reglamentación del capital propio o de responsabilidad).

este modo, la entidad prestataria puede deducir en su IS los intereses, al tiempo que se evita el gravamen de los dividendos.⁴

Desde un punto de vista estrictamente tributario, es la subcapitalización nominal la que origina la creación de gastos financieros deducibles en el IS correspondiente al prestatario y los correlativos ingresos en sede del prestamista, ya sea éste una entidad residente en territorio español o, por el contrario, se halle situada fuera de España (en territorio comprendido dentro de la Unión Europea o fuera de ella).

La subcapitalización puede producirse tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Es en éste último sin embargo donde actúan las legislaciones fiscales, con el objetivo claro de evitar que se produzca una reducción de las bases imponibles nacionales. En efecto, las Administraciones tributarias suelen mostrarse más recelosas frente a situaciones internacionales de subcapitalización ante la posibilidad de que la reducción de la base imponible de la entidad origine una pérdida definitiva de ingresos tributarios⁵.

Piénsese además en la dificultad añadida que plantea poner en relación a diferentes jurisdicciones fiscales, no sólo debido a la existencia de distintos ratios que midan la proporción de endeudamiento/fondos propios de las entidades a las que puedan resultar de aplicación, sino incluso a la ausencia en diversas legislaciones nacionales de esta figura tributaria.

Así, en la medida en que la financiación externa se obtenga a través de entidades no residentes vinculadas en una cuantía superior a la que se hubiera obtenido en condiciones normales de mercado entre partes independientes, han de aplicarse las normas sobre subcapitalización.

Aún en el caso de que el Estado de residencia de la sociedad prestamista elimine la doble imposición económica de dividendos, la financiación vía préstamos puede ser ventajosa fiscalmente para un concreto grupo de sociedades si, por ejemplo, la sociedad prestamista tiene acumuladas pérdidas o créditos fiscales pendientes de compensar que puedan absorber los ingresos cobrados por intereses, resultando un Impuesto a pagar nulo.

La regla de subcapitalización tiene como finalidad limitar la deducción de los gastos financieros en concepto de intereses efectuada por las filiales españolas endeudadas con sus matrices en el extranjero. Lo que se pretende es evitar la reducción de bases imponibles internas, limitando el endeudamiento que una sociedad residente pueda tener con entidades vinculadas no residentes y, en definitiva, la cuantía de los intereses que puedan pre-

4 GONZÁLEZ POVEDA, V., *Tributación de no residentes*, 2ª ed., 1993, pág. 229 afirma que la subcapitalización societaria a efectos fiscales viene determinada por "la situación financiera de una sociedad residente en la que el volumen de recursos ajenos respecto de los recursos propios de aquélla supera la proporción que puede considerarse normal respecto de las operaciones que se efectúen en libre concurrencia, alcanzándose dicha situación a través de préstamos con entidades vinculadas no residentes en aras de lograr un fin de reducción de la carga fiscal de la sociedad residente".

5 Véase CALDERÓN CARRERO, J. M., "Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad de los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario", en *CT*, nº 76, pág. 22.

sentar la consideración de gasto deducible. Para ello se circunscribe el endeudamiento razonable y admisible al triple del capital fiscal de la filial, considerándose que por encima de dicha cifra la filial está, en realidad, repartiendo beneficios a su matriz encubiertos bajo la forma de intereses.

Tal y como se analizará posteriormente, la consecuencia esencial de esta consideración es que las citadas partidas no serán gasto deducible, como lo serían si se tratase de intereses. Por su parte, la matriz soportará, como no residente, el impuesto sobre los dividendos, los cuales no se hallan exentos como los intereses. Se produce así la alteración de uno o varios pagos efectuados por la entidad residente en territorio español a otra no residente, acreedora de la primera.⁶

El hecho de que los dividendos no sean gasto deducible para la sociedad pagadora mientras sí lo son los intereses puede condicionar la estructura financiera de aquella. Sin embargo, parece difícil que pueda llegar a determinar por sí sólo el régimen fiscal de las sociedades, constituyendo simplemente un elemento más a tener en consideración a la hora de configurar el tratamiento tributario de los dividendos. Por el contrario, el régimen tributario dispensado a los preceptores de intereses sí que constituye un factor determinante que favorece la proliferación de supuestos de subcapitalización.

La financiación vía préstamos de una sociedad perteneciente a un grupo puede no obstante tener motivaciones distintas a las de lograr una disminución de la carga impositiva global del grupo de sociedades. Así, puede constituir un instrumento más flexible que la financiación vía capital, que permite movilizar de inmediato capitales de un país a otro. En este sentido, cabe señalar que no son los intereses de la Hacienda Pública los únicos que pueden resultar perjudicados en los casos de subcapitalización, dado que ésta supone el desplazamiento del riesgo empresarial sobre los terceros acreedores de la sociedad, quienes contemplan como ésta dispone de un reducido patrimonio de responsabilidad para hacer frente a los riesgos asumidos.⁷

⁶ Recuérdese que, ya desde 1991, en nuestro ordenamiento tributario los intereses percibidos por sujetos residentes en otros Estados de la Unión Europea disfrutaban de exención. Así lo establecieron el art. 2.Tres.3 del Real Decreto-Ley 5/1990, de 20 de diciembre, de Medidas Fiscales Urgentes, respecto del IRPF y el art. 62.Tres.3 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, respecto del IS. En esta misma línea se sitúa el art. 13.1. b) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del IRNR, medida esta última adoptada con el claro propósito de atraer capitales. Por su parte, la percepción de dividendos por sujetos pasivos residentes autoriza, en las condiciones requeridas, a practicar la deducción por doble imposición prevista en los arts. 81 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LIRPF y 30 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LIS si los dividendos proceden de una sociedad residente. Si los dividendos proceden de fuente extranjera, la sociedad residente preceptora podrá aplicarse, si cumple las condiciones exigidas, la exención del art. 21 del RDL 4/2004 o las deducciones de los arts. 31 y 32 de dicho cuerpo legal. La situación es distinta para los socios no residentes, cuyos dividendos están excluidos con carácter general de la aplicación de la deducción, excepto si se trata de establecimientos permanentes, los cuales podrán practicarla si los dividendos provienen de una sociedad residente en España pero no si tienen fuente extranjera, con la única excepción de aquellas sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la UE que perciban dividendos de sociedades filiales residentes (art. 13.1 f del RDL 5/2004).

⁷ ESTEVE PARDO, M^a. L., "Presupuestos objetivos de aplicación del régimen de subcapitalización", en *RCT*, n^o 216, marzo 2001, pág. 9, constata esta última circunstancia, precisando que *"ello sin embargo no ha parecido preocupar en demasía al legislador tributario. De hecho no se ha producido una reacción generalizada de los Derechos tributarios de nuestro entorno económico frente a la subcapitalización hasta fechas bien recientes, coincidiendo con la generalización de regímenes tributarios claramente beneficiosos previstos para los intereses"*.

Ya la antigua Ley 61/1978, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, se refería al concepto de subcapitalización. A través de la Disposición Adicional 5ª de la Ley 18/1991 del IRPF, se añadió un apartado 9º a su art. 16, de aplicación para todos aquellos períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 1992.

La Ley 43/1995 dedicaba su art. 20 a la subcapitalización. De conformidad con lo dispuesto por este precepto, *“cuando el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad, excluidas las entidades financieras, con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español con las que esté vinculada, exceda de aplicar el coeficiente 3 a la cifra de capital fiscal, los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos”*⁸. El actual Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades mantiene esta misma redacción en su art. 20.

En la práctica, cabe entender que la subcapitalización constituye un aspecto parcial de un problema más amplio, como es el de la calificación que se ha de otorgar desde una perspectiva fiscal a aquellas sumas que los socios o las personas vinculadas a una sociedad ponen a disposición de éstas, las cuales si bien técnicamente pueden ser consideradas como préstamos, acometen de *facto* funciones idénticas a las características de las aportaciones al capital social.

En suma, la subcapitalización no viene a ser sino un indicio más de que una parte, o incluso la totalidad de los préstamos otorgados a la sociedad no se diferencian, desde un punto de vista estrictamente económico, de los capitales propios. Como bien señala MORENO FERNÁNDEZ⁹, la existencia de un elevado “ratio” de recursos ajenos/recursos propios no tiene por qué indicar en sí mismo un problema de subcapitalización, existiendo otros muchos factores, tales como el propio sector de actividad o la existencia de reservas ocultas en la sociedad que pueden incidir en la cuestión.

2. Condiciones necesarias para la aplicación de la norma sobre subcapitalización

Ciertamente, la redacción contenida en el art. 20 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (antiguo art. 20 de la Ley 43/1995) adolece de numerosos problemas interpretativos que vienen a dificultar la resolución de las múltiples cuestiones planteadas por

⁸ Destaca CLAVIJO HERNÁNDEZ, F., en AA.VV. (CLAVIJO HERNÁNDEZ, FERREIRO LAPATZA, MARTÍN QUERALT, TEJERIZO LÓPEZ y PÉREZ ROYO), *Curso de Derecho Tributario. Parte especial. Sistema tributario: los tributos en particular*, Marcial Pons, 2003, pág. 327, la minuciosidad de la regulación contenida en este artículo, más propia a su juicio de un reglamento que de una ley. Acerca del alcance de este precepto, véanse igualmente AA.VV. (YEBRA MARTUL-ORTEGA, P., GARCÍA NOVOA, C. y LÓPEZ DÍAZ, A. coord.) *Estudios sobre el Impuesto de Sociedades*, Comares, 1998, AA.VV. (dir. y coord.: FERNÁNDEZ JUNQUERA, M.) *Impuesto sobre Sociedades: aspectos fundamentales*, Lex Nova, 1997, CHECA GONZÁLEZ, C., CLAVIJO HERNÁNDEZ, F., DE LA PEÑA VELASCO, G. y FALCÓN Y TELLA, R., *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Régimen general*, Marcial Pons, 2000, FERREIRO LAPATZA, J. J., “Sobre la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades”, en QJF, nº 5, 1996, págs. 11 y ss.

⁹ MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La tributación de las operaciones vinculadas*, 2ª ed., Aranzadi, 2003, pág. 114.

esta institución. Consideramos conveniente a este respecto analizar separadamente las distintas circunstancias o condiciones que determinan la subcapitalización. Varias son las condiciones que han de cumplirse para poder proceder a la aplicación de la norma sobre subcapitalización:

- a) Es necesario que el acreedor, directo o indirecto, sea una persona o entidad no residente en territorio español. Entre la sociedad residente preceptora de fondos o prestataria y las personas o entidades no residentes que aporten los mismos, es decir, los prestamistas, debe existir vinculación¹⁰. Obsérvese por tanto que la norma sólo resulta de aplicación si concurren ambos requisitos. Significa ello que en las relaciones internas no operan las normas sobre subcapitalización¹¹. La exclusión de las llamadas "entidades financieras" de la aplicación de la regla de subcapitalización parece lógica, dado que el endeudamiento se configura precisamente como una de las actividades principales a desarrollar por este tipo de entidades.

No debe confundirse sin embargo la subcapitalización con la realización de operaciones vinculadas, con independencia de que aquélla implique necesariamente como acabamos de señalar la concurrencia de éstas. En efecto, en los préstamos entre entidades vinculadas, lo que se pretende con la calificación de la operación no es sino ajustar el contenido de la misma al valor de mercado de manera que aquélla no represente ni mayor ni menor ingreso o gasto para ninguna de las partes intervinientes, evitándose así la trasla-

¹⁰ Tal y como señala COMBAROS VILLANUEVA, V. E., *Régimen tributario de las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Tecnos, 1988, pág.21, ambas entidades (deudora y acreedora) han de estar vinculadas de acuerdo con lo establecido en el art. 16.2 del RDL 4/2004, a tenor del cual, "Se consideran personas o entidades vinculadas las siguientes:

- a) Una sociedad y sus socios.
- b) Una sociedad y sus consejeros o administradores.
- c) Una sociedad y los cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios, consejeros o administradores.
- d) Dos sociedades que, de acuerdo con lo establecido en el art. 42 del Código de Comercio, reúnan las circunstancias requeridas para formar parte de un mismo grupo de sociedades, sin que sean de aplicación, a estos efectos, las causas de exclusión previstas en el art. 43 del mismo.
- e) Una sociedad y los socios de otra sociedad, cuando ambas pertenezcan al mismo grupo de sociedades definido en el art. 42 del Código de Comercio, sin que sean de aplicación a estos efectos las causas de exclusión previstas en el art. 43 del mismo.
- f) Una sociedad y los consejeros o administradores de otra sociedad, cuando ambas pertenezcan al mismo grupo de sociedades definido en el art. 42 del Código de Comercio, sin que sean de aplicación a estos efectos las causas de exclusión previstas en el art. 43 del mismo.
- g) Una sociedad y los cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios o consejeros de otra sociedad cuando ambas sociedades pertenezcan al mismo grupo de sociedades definido en el art. 42 del Código de Comercio, sin que sean de aplicación, a estos efectos, las causas de exclusión previstas en el art. 43 del mismo.
- h) Una sociedad y otra sociedad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25% del capital social.
- i) Dos sociedades en las cuales los mismos socios o sus cónyuges, ascendientes o descendientes participen, directa o indirectamente, en al menos el 25% del capital social.
- j) Una sociedad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.
- k) Una sociedad residente en el extranjero y sus establecimientos permanentes en territorio español.
- l) Dos entidades que formen parte de un grupo que tribute en el régimen de los grupos de sociedades cooperativas.
- m) Dos sociedades, cuando una de ellas ejerce el poder de decisión sobre la otra.

En los supuestos en que la vinculación se defina en función de la relación socio-sociedad, la participación deberá ser igual o superior al 5% o al 1% si se trata de valores cotizados en un mercado secundario organizado".

¹¹ CENCERRADO MILLÁN, E., *El tratamiento de las entidades vinculadas en la imposición directa española*, Aranzadi, 2000.

ción de beneficios o pérdidas entre sociedades. Por el contrario, en aquellos préstamos entre entidades vinculadas que determinen además el que la entidad prestataria asuma un grado de endeudamiento superior a tres veces el capital fiscal, los intereses abonados correspondientes al exceso de dicho endeudamiento adquieren la naturaleza de dividendos por la entidad prestataria.

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para 2004 declara en materia de subcapitalización la no aplicación de esta norma cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, excepto si residen en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal. Esta modificación viene motivada por la jurisprudencia que el TJCE ha venido elaborando en los últimos tiempos, y en especial por su Sentencia de 12 de diciembre de 2002, que examinaremos posteriormente.

¿Puede ser de aplicación la regla del art. 20 del RDL 4/2004 a un establecimiento permanente situado en territorio español? Nos encontramos ante una cuestión ciertamente compleja y que demanda una remisión normativa a varios textos reguladores de distintos tributos.

El punto de partida del análisis quizás deba situarse en el art. 18.1 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Dispone el citado precepto que *“la base imponible del establecimiento permanente se determinará con arreglo a las disposiciones generales de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”*. Dado que la regla de subcapitalización pertenece al conjunto de normas reguladoras del Impuesto sobre Sociedades y en tanto en cuanto el art. 20 del RDL 4/2004 se remite a los supuestos de vinculación que el art. 16 del citado cuerpo normativo contempla, podría afirmarse que el apartado 2º del art. 16 del RDL 4/2004 respalda la consideración de la relación existente entre un establecimiento permanente situado en territorio español y su matriz ubicada en el extranjero como un supuesto de vinculación que permitiría por ejemplo proceder a la corrección extracontable de las operaciones llevadas a cabo entre ambas cuando su valoración hubiese originado una tributación en España inferior a la que correspondería por la aplicación del valor normal de mercado.¹²

Igualmente ha de ser tomado en consideración el art. 20 del RDLeg. 1/1993, regulador del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPyAJD). Señala el citado precepto que *“las entidades que realicen, a través de sucursales o establecimientos permanentes, operaciones de su tráfico en territorio español y cuyo domicilio social o sede de dirección efectiva se encuentren en países no pertenecientes a la Comunidad Económica Europea o, encontrándose en éste, no estuvieren sometidos a un gravamen al que es objeto del presente Título, vendrán obligados a tributar por los mismos*

¹² No existe por tanto ninguna norma de Derecho interno que excluya la aplicación de la regla de subcapitalización a los establecimientos permanentes situados en España, de la misma manera que podría afirmarse también que no existe ninguna norma que contemple directamente su aplicación.

conceptos y en las mismas condiciones que las españolas por la parte de capital que destinen a dichas operaciones”.

Por su parte, el art. 56.2 del Reglamento del ITPyAJD establece que *“las entidades a que se refiere el apartado anterior deberán hacer constar expresamente en el documento en que figure el acuerdo social encaminado a la realización de tales operaciones la dotación patrimonial que se destine a las operaciones en territorio español, y si no lo hicieren así o si la cifra fijada resultase inferior, servirá de base para la determinación del capital aportado la correspondiente a la cifra relativa de negocios por comparación de las actividades realizadas en territorio español y fuera de él. Dicho porcentaje así obtenido se aplicará al capital fiscal de la sociedad determinado conforme a la normativa del Impuesto sobre Sociedades, y la cifra resultante servirá de base para practicar las liquidaciones correspondientes”*.

Apunta LETE ACHIRICA¹³ que, en la medida en que el citado art. 56.2 del RITPyAJD contiene una previsión relativa a la dotación patrimonial de las sucursales y de los establecimientos permanentes situados en territorio español, exigiendo a los efectos del gravamen por el concepto de Operaciones Societarias que conste en el documento en el que se recoge el acuerdo social relativo a las operaciones en España de las sucursales o establecimientos permanentes de entidades domiciliadas fuera del territorio español la dotación patrimonial que se destine a dichas operaciones, podría llegar a afirmarse la posible aplicación del art. 20 del RDL 4/2004 a los establecimientos permanentes radicados en territorio español.¹⁴

Ahora bien, tal y como precisa el propio autor, *“no puede afirmarse con total rotundidad que ésta sea una cuestión in controvertida porque la posible aplicación del art. 20 de la LIS a los establecimientos permanentes situados en territorio español no resulta directamente del supuesto de hecho de dicha norma, sino del ejercicio de un variado juego de remisiones legales y reglamentarias”*. Estamos de acuerdo con esta apreciación. Cabe señalar por otra parte que si bien el art. 56.2 del RITPyAJD constituye un precepto de carácter reglamentario, se excede notablemente de la mera función ejecutiva que tiene encomendada, incidiendo en el ámbito sustantivo de aplicación del art. 20 de la Ley reguladora del ITPyAJD.

A nuestro juicio, el art. 20 del nuevo Texto Refundido no debe aplicarse a las operaciones efectuadas por establecimientos permanentes de entidades no residentes con sus matrices o casas centrales. Consideramos que carece de trascendencia el hecho de que el préstamo que efectúe una entidad vinculada no residente a otra residente se articule a través de un establecimiento permanente sito en territorio español.

Tal y como destaca MORENO FERNÁNDEZ¹⁵, admitir lo contrario podría suponer la apertura de una vía a la elusión de la norma, ya que bastaría con materializar los presta-

¹³ LETE ACHIRICA, C., “La subcapitalización societaria a efectos fiscales”, en REDF, nº 118, 2003, pág. 279.

¹⁴ Téngase presente no obstante que el referido precepto reglamentario del ITPyAJD alude como criterio delimitador subsidiario a la “cifra relativa de negocios por comparación de las actividades realizadas en territorio español y fuera de él”.

¹⁵ MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La tributación de las operaciones vinculadas*, ob. cit., págs. 113 y 114.

mos efectuados por entidades no residentes a través de sus establecimientos permanentes sitios en España para evitar la aplicación de la regla de subcapitalización.

- b) Si la entidad residente tiene deudas y créditos remunerados con la entidad vinculada no residente, ha de determinarse el saldo neto del endeudamiento. En consecuencia, además de tomar en consideración las cantidades adeudadas por la entidad española a las entidades vinculadas no residentes, debe de computarse igualmente, a efectos de minorar el endeudamiento, los posibles créditos o préstamos que la entidad española haya podido conceder a su vez a las entidades no residentes. Se están excluyendo así posibles endeudamientos no remunerados, al margen de la eventual consideración de estos como operación vinculada en términos de mercado.

Habrán de considerarse por tanto no sólo los pasivos sino también los activos, descontándose los créditos que la residente tenga frente a la no residente¹⁶. No parece probable sin embargo que una sociedad que requiere financiación ajena de otras sociedades del grupo otorgue a su vez préstamos a las mismas.

¿Qué ha de entenderse por endeudamiento? Siguiendo a LETE ACHIRICA¹⁷, por endeudamiento se ha de entender todo tipo de medios de financiación puestos a disposición de la sociedad cuyos resultados sean equivalentes a la dotación de la sociedad con capital ajeno, cualquiera que sea el contrato u operación que lo instrumente. Puede tratarse de un préstamo, de un crédito comercial, de la emisión de bonos, pagarés u obligaciones, etc. En definitiva, de todos aquellos instrumentos que sean susceptibles de proporcionar fondos o financiación ajena para la entidad que los obtiene.¹⁸

Ahora bien, dado el carácter objetivo de la norma, existen diversos supuestos de financiación en relación con los cuales se plantea la cuestión de si deben o no integrar el concepto de endeudamiento. Es el caso por ejemplo de los préstamos participativos o de las obligaciones convertibles en acciones, cuyas características se asemejan a las aportaciones de capital propio. Dada la ausencia de referencia explícita a estas formas "híbridas" de financiación así como a los requisitos de su aplicación, no parece que planteen ningún tipo de consecuencias jurídico-tributarias en materia de subcapitalización¹⁹.

¹⁶ Tal y como declaró la DGT en contestación a Consulta de 24-3-1993, la entidad española que paga los intereses bancarios está indirectamente endeudada con su matriz no residente ya que es ésta, como garante, la que sufre los riesgos derivados del préstamo recibido por la primera.

¹⁷ LETE ACHIRICA, C., *Las Entidades no Residentes en el Impuesto sobre Sociedades*, 1997, pág. 372.

¹⁸ ESTEVE PARDO, M^a. L., "Presupuestos objetivos de aplicación del régimen de subcapitalización", ob.cit., pág. 10, declara a este respecto que "pese a la ausencia de cualquier referencia explícita en la Ley, creemos que debe entenderse que el endeudamiento relevante lo conforman los préstamos a largo plazo, sin computarse los obtenidos a corto plazo, ya que estos vienen únicamente a subvenir necesidades transitorias de financiación y no a crear estructuras financieras subcapitalizadoras".

¹⁹ Incluso la propia regulación normativa desarrollada en materia de préstamos participativos parece proteger a éstos de la aplicación de la regla de subcapitalización. Véase a este respecto el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, cuyo art. 20, referido a las sociedades de capital-riesgo, establece que los intereses debidos por dichos préstamos serán considerados en todo caso como partida deducible del IS. Ello contrasta con lo dispuesto por la Ley del Impuesto sobre Sociedades alemana (*Körperschaftsteuergesetz*), en la que se dispone que habiéndose pactado los intereses en función de los beneficios obtenidos, las ratios de endeudamiento tolerado serán muy inferiores a las fijadas para los préstamos cuyo interés se establece sobre un porcentaje del capital prestado.

En efecto, por lo que se refiere a los préstamos participativos, en tanto en cuanto su normativa reguladora les considera como patrimonio contable a los únicos efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades en los términos previstos en la legislación mercantil, no resulta posible calificar a tales préstamos como fondos propios a los efectos de la aplicación de la regla de subcapitalización, sino como endeudamiento.

En cuanto a las obligaciones convertibles cabe considerar que, mientras no se ejercite el derecho de conversión, los titulares de las obligaciones convertibles son obligacionistas frente a la entidad emisora y no socios, de manera que el importe de las obligaciones no computa como parte integrante de los fondos propios. Caso distinto es el de las llamadas "acciones rescatables" las cuales, mientras no se ejercite el derecho de rescate sobre las mismas (bien a solicitud de la entidad emisora, de los titulares de las acciones o de ambos), deben formar parte de los fondos propios de la entidad residente.

Más problemática resulta la cuestión en relación con los contratos de cuentas en participación. SANZ GADEA²⁰ defiende la consideración de estos contratos de cuentas en participación como endeudamiento a los efectos del art. 20 del RDL 4/2004 al entender que a través de estos contratos se está cediendo capital mediante remuneración. Apoya el autor su consideración en el art. 22.2º del RDLeg. 1/1993 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto y que otorga la consideración de sociedades, a los efectos del Impuesto sobre Operaciones Societarias, a dichos contratos.

En un sentido contrario, LETE ACHIRICA²¹ argumenta que dicha interpretación no encaja con el tenor literal del art. 229 C.Com, de conformidad con el cual, *"podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que conviniere y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen"*. Estamos de acuerdo con esta apreciación. Desde nuestro punto de vista, resulta difícil considerar estos contratos de cuentas en participación como cesión onerosa de capital a los efectos de su cómputo dentro del endeudamiento.

Cabe referirse igualmente a aquellas operaciones comerciales en las que se concede un aplazamiento del pago, las cuales constituyen como es sabido un supuesto de financiación encubierta. ¿Constituyen un supuesto de puesta a disposición de capitales ajenos susceptible de ser computado como endeudamiento? A nuestro juicio, en la medida en que el plazo y las condiciones del pago resulten razonables, la respuesta debe ser negativa. Coincidimos en este sentido con lo manifestado por autores como MÁLVAREZ PASCUAL²² o REY FERNANDO Y COLLADO²³, para quienes solamente si el período de

²⁰ SANZ GADEA, E., "La subcapitalización", en *EF*, nº 206, 2000, pág. 8.

²¹ LETE ACHIRICA, C., "La subcapitalización societaria a efectos fiscales", ob. cit., pág. 277.

²² MÁLVAREZ PASCUAL, L.A., *La nueva regulación del Impuesto sobre Sociedades. Régimen General*, 1996, pág. 77. Véase igualmente MÁLVAREZ PASCUAL, L.A. y MARTÍN ZAMORA, P., *El Impuesto sobre Sociedades. Régimen General*, CEF, 1998. En un sentido contrario se pronuncia REY ARNAIZ, A., "La subcapitalización", en *GF*, nº 112, 1993, pág. 139, para quien en el cómputo de todo endeudamiento se ha de incluir cualquier forma de financiación, también a corto plazo y por aplazamiento de pago.

²³ REY FERNANDO Y COLLADO, A., "Aspectos fiscales de la subcapitalización de sociedades: derecho comparado. Análisis y crítica de su regulación en España", en *Impuestos*, I, 1993, pág. 89.

cobro de estas deudas de tipo comercial excede notablemente del período normal de mercado, las mismas aumentarán la cifra de endeudamiento, considerándose que el mantenimiento de aquéllas con entidades vinculadas constituye un medio de financiación que distorsiona notablemente la base imponible.

Especialmente significativo es el caso de la llamada financiación *in natura*, caracterizada como es sabido por el hecho de que son los socios quienes vienen a cubrir las necesidades de financiación de la sociedad suministrando a ésta aquellos bienes que necesita para desarrollar su actividad empresarial, ya sea a través de un contrato de leasing, de una cesión de uso o de arrendamiento. Ante la ausencia de una específica regulación positiva tanto en el Derecho Mercantil como en el Tributario, ha sido la doctrina de ambas materias jurídicas la que ha procedido a analizar la cuestión.

La práctica totalidad de la doctrina mercantilista ha coincidido en subrayar que estas operaciones de financiación *in natura* pueden ser equiparables a préstamos sustitutivos de capital propio, constituyendo por tanto un supuesto de subcapitalización nominal de la sociedad por parte de los socios²⁴. En efecto, dado que los supuestos de financiación *in natura* permiten a la actividad desarrollar su actividad empresarial y no integrando los bienes el patrimonio de responsabilidad de la sociedad, los socios conservan su derecho real de propiedad sobre los mismos, pudiendo hacerlo valer en situación concursal y sustrayendo dichos bienes de la masa de la quiebra. Resulta por tanto coherente con la propia esencia de la subcapitalización considerar aquéllos como equivalentes a un préstamo.

En el ámbito del Derecho Tributario sin embargo, la situación es bien distinta. Téngase presente que lo que se ha de calificar aquí no es el instrumento de financiación en sí ni la función que el mismo haya de cumplir, sino el tratamiento que se ha de dispensar a la retribución o contraprestación debida por la sociedad en función de su incidencia sobre la renta de ésta y del gravamen que soporte en manos de su perceptor. ¿Pueden calificarse a efectos tributarios estas operaciones de financiación *in natura* como de endeudamiento? A nuestro juicio la respuesta debe ser negativa.

Por otra parte, la contraprestación debida por estas operaciones será normalmente un canon con lo que, constituyendo un rendimiento de capital mobiliario, no podrá adquirir la consideración de interés ni podrá equipararse a éste en modo alguno. Podrá tratarse de un gasto deducible para la sociedad, al igual que sucede con el interés. Pero téngase presente que el régimen tributario de los cánones en manos del preceptor en relación con los sujetos pasivos no residentes resulta diferente al de los intereses.

En conclusión, puesto que el art. 20.1 del RDL 4/2004 considera únicamente como intereses a los dividendos, el endeudamiento a considerar sería exclusivamente el que es retri-

²⁴En este sentido se han pronunciado, entre otros autores, PAZ ARES, C., "La infracapitalización. Una aproximación contractual", en *Revista de Sociedades*, 1994, págs. 259 y ss, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 11ª ed., 1998, pág. 320, ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A., "Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 618, 1993, págs. 1503 y ss y MASSAGUER, J., "La infracapitalización: la postergación legal de los créditos de los socios", en AA.VV. *La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, 1994, págs. 970 y ss.

buido con aquellos, no pudiendo considerarse la financiación *in natura* como endeudamiento.

También la denominada “financiación garantizada” plantea diversos aspectos problemáticos. Debe entenderse por financiación garantizada aquella en la que el préstamo no es concedido por el socio o por una entidad vinculada sino por un tercero independiente, limitándose el socio a prestar un aval u otra garantía. ¿Hasta qué punto esta modalidad de financiación puede ser considerada como un supuesto de endeudamiento indirecto?

A juicio de CALDERÓN CARRERO²⁵ el aval, como instrumento de garantía que es, no da lugar a endeudamiento alguno entre avalado y avalista, de modo que la financiación obtenida de un tercero no vinculado garantizada por la sociedad matriz no residente no ha de incluirse en el endeudamiento relevante para medir la situación de subcapitalización. Estamos de acuerdo con esta consideración.²⁶

Obsérvese que la LIS no define qué se entiende por endeudamiento directo o indirecto. Tampoco precisa cuál es la diferencia que existe entre uno y otro tipo de endeudamiento. Sostiene CLAVIJO HERNÁNDEZ²⁷ que el endeudamiento será directo cuando el prestamista que tiene derecho a la percepción del capital y los intereses sea una persona o entidad vinculada no residente. Esta consideración parece clara: en el endeudamiento directo la relación crediticia se mantiene con la sociedad vinculada no residente, debiendo existir al mismo tiempo una situación de vinculación entre las dos entidades en los términos previstos en el art. 16.2 del nuevo Texto Refundido regulador del IS.

La problemática surge en relación con las modalidades indirectas de endeudamiento. Manifiesta el citado autor que el endeudamiento será indirecto cuando la relación de préstamo haya sido realizada entre las personas o entidades vinculadas no residentes por medio de personas o entidades interpuestas o simplemente intermediarias.

Estimamos que la norma es excesivamente amplia e inconcreta en este punto. Da la impresión de que el legislador pretendía así evitar la elusión de la aplicación de la norma a través de la interposición de terceras personas en la relación de préstamo entre la sociedad matriz no residente y la sociedad filial.

A la luz del tenor literal del art. 20.1, cabe afirmar que lo que ha de ser indirecto es el endeudamiento, no la vinculación. Significa ello que si tiene lugar la interposición de una tercera persona en la relación crediticia, ésta deberá estar a su vez endeudada con la socie-

²⁵ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad de los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario”, ob. cit., pág. 25.

²⁶ En este mismo sentido se han pronunciado GONZÁLEZ POVEDA, V., “La subcapitalización: un problema nuevo del Impuesto sobre Sociedades”, en *Impuestos*, 1992, (II), pág. 87 y LETE ACHIRICA, C., *Las Entidades no Residentes en el Impuesto sobre Sociedades*, ob. cit., pág. 380.

²⁷ CLAVIJO HERNÁNDEZ, F., en AA.VV. *Curso de Derecho Tributario*, ob. cit., pág. 329. Véase igualmente de este mismo autor CLAVIJO HERNÁNDEZ, F., y otros, *Impuesto sobre Sociedades: aspectos fundamentales*, Lex Nova, Valladolid, 1997.

dad matriz no residente. Piénsese por ejemplo en aquellas operaciones en las que, independientemente de cual sea la entidad que otorga el préstamo, existe al menos otra entidad no residente vinculada a la entidad prestamista que, en definitiva, es quien asume el riesgo de la operación de préstamo realizada²⁸.

Es posible igualmente que la entidad vinculada, aún no siendo la prestamista, asuma el riesgo derivado de la posible insolvencia del deudor figurando como avalista del préstamo. ¿En qué medida puede llegar a sostenerse la inclusión dentro de la noción legal de endeudamiento indirecto de estos compromisos de garantías que puedan pactarse respecto de operaciones de préstamo celebradas entre entidades entre las que concurra vinculación en alguno de los supuestos del art. 16.2 del Texto Refundido?

Desde un punto de vista jurídico-formal, aun concurriendo una situación de vinculación entre la entidad residente en territorio español y su acreedora situada fuera de dicho territorio, al otorgarse sobre dicha relación una garantía por parte de otra entidad nos encontramos ante un supuesto no recogido expresamente en el art. 20 del RDL, respecto del cual parece difícil su encaje dentro de la noción de endeudamiento indirecto. Téngase presente que la relación jurídica en base a la cual se origina la garantía constituye una relación independiente de la operación principal del préstamo.

La DGT considera no obstante en contestación a Consulta de 24-3-1998 que son de aplicación las normas sobre subcapitalización en este supuesto, declarando que *“estas normas también se aplican en los casos de endeudamiento indirecto, cuando la entidad no residente vinculada, si bien no es prestamista, en última instancia asume el riesgo derivado de la posible insolvencia del deudor, lo que sólo podrá ser constatado considerando el conjunto de circunstancias de cada supuesto”*.

Adopta así la Administración tributaria una interpretación del art. 20 del RDL de carácter esencialmente finalista, la cual ha sido cuestionada desde diversos sectores doctrinales. En opinión de CORDÓN EXQUERRO y GUTIERREZ LOUSA²⁹, *“resulta ilustrativo considerar que en aquellos supuestos en los que prestamista y prestatario son entidades residentes en España, la existencia de un garante de la operación de préstamo, vinculado con la entidad prestataria y residente fuera de España no produce efectos tributarios en territorio español, puesto que no se materializa un traslado de bases imponibles al exterior”*.³⁰

²⁸ Nos referimos concretamente a los denominados préstamos *back to back*, en virtud de los cuales se dota de fondos a la entidad residente por parte de una entidad no vinculada a la primera, habiéndose proporcionado dichos fondos a la entidad prestamista por otra no residente vinculada a la entidad prestamista. En relación con el preciso funcionamiento de estos préstamos, véase CORDÓN IZQUIERDO, T y GUTIÉRREZ LOUSA, M., “La subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación”, en AA.VV. *Manual de Fiscalidad Internacional*, Madrid, 2001, pág. 314.

²⁹ CORDÓN IZQUIERDO, T y GUTIÉRREZ LOUSA, M., “La subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación”, ob. cit., pág. 315.

³⁰ En un sentido contrario se pronuncia SANZ GADEA, E., “La subcapitalización”, ob. cit., pág. 11, quien comparte los fundamentos del criterio seguido por la DGT.

Otro supuesto de endeudamiento indirecto sería aquél en el que una entidad residente en España recibe un préstamo de su matriz no residente, represtando parte del capital a otra entidad residente en España que es filial de la primera. Dada esta situación, considera la DGT en Consulta de 4-9-2001 que la entidad residente no puede tomar la diferencia entre el préstamo recibido de su matriz no residente y la parte del mismo represtado a su filial española. Señala expresamente la DGT que *“en esta situación de endeudamiento indirecto entre la matriz extranjera y la filial española, la recalificación se efectuaría, si fuera procedente, en la entidad residente, al ser ésta la que satisface los intereses a su matriz no residente, aun cuando las condiciones de la subcapitalización se valoren en la entidad filial a la que se ha represtado parte del préstamo”*.

¿Qué trascendencia puede llegar a tener el hecho de que el endeudamiento sea directo o indirecto? A nuestro juicio ninguna, con independencia de las dificultades que puedan derivarse en el segundo supuesto a efectos de prueba³¹. Cabe reconocer que si el texto legal se hubiese referido exclusivamente al endeudamiento directo, las posibilidades de aplicar lo dispuesto en el art. 20 hubiesen quedado notablemente reducidas a la luz del elevado coeficiente de endeudamiento que ha sido establecido.

En la práctica sin embargo, existen numerosas dificultades para probar la existencia de un endeudamiento indirecto, dado que la cadena de personas o entidades interpuestas suele ser muy compleja en los grupos de sociedades³². En base a esta apreciación, cabe plantearse si, a través de la expresión “endeudamiento indirecto”, lo que el legislador ha pretendido es cubrir diversas modalidades indirectas del mismo. Considera ESTEVE PARDO³³ que una interpretación teleológica de la norma no conduce a esta conclusión, no debiendo por tanto aplicarse ésta a aquellas situaciones que no producen el resultado elusor del tributo que la norma pretende evitar. Se está refiriendo concretamente la autora a las situaciones de financiación garantizada.

En nuestra opinión, dado que lo que pretende la norma sobre subcapitalización es impedir la pérdida de los ingresos tributarios que los desplazamientos de bases imponibles a sujetos vinculados no residentes en forma de intereses por préstamos pueden llegar a ocasionar, deberá analizarse si esta situación se produce o no en cada supuesto concreto que

³¹ La DGT, en contestación a Consulta de 26-12-2001 se refiere a un supuesto en que una entidad contrae una serie de deudas con entidades no residentes con las que está vinculada. Entiende este organismo que si bien los intereses pagados no resultan fiscalmente deducibles por aplicación de las reglas de subcapitalización, cosa distinta puede suceder con las cantidades pagadas por la citada entidad en concepto de penalización por la cancelación anticipada de los préstamos. En el caso de que estas cuantías abonadas por cancelación no tengan condición remuneratoria alguna y sean exclusivamente indemnizatorias, no tendrán la consideración de intereses y por tanto serán deducibles con carácter general. A estos efectos, tendrán la consideración de indemnizatorias las cuantías satisfechas en la medida que tanto la calificación contractual de las mismas como su cuantía respondan a lo que, en condiciones normales de mercado, hubiesen pactado partes independientes como indemnización. Por tanto, no es de aplicación el art. 20 sobre estas cantidades, las cuales son totalmente deducibles. Este criterio es ratificado en contestación a Consulta de 26-12-02.

³² Aún así, tal y como ha señalado SANZ GADEA, E., “La subcapitalización”, ob.cit., pág. 7, refiriéndose a la legislación anterior; *“no ha habido otra solución que la de acudir al vago término de ‘indirecto’ para ofrecer alguna virtualidad a esta institución. De otro modo hubiese nacido muerta”*.

³³ ESTEVE PARDO, M^a. L., “Presupuestos objetivos de aplicación del régimen de subcapitalización”, ob.cit., pág. 17.

se pretenda calificar como “endeudamiento indirecto”. No creemos que esta circunstancia se produzca en las modalidades de financiación garantizada, en las que, si bien la sociedad filial puede llegar a obtener una reducción de su base imponible en el importe de los intereses devengados percibidos por el sujeto prestamista, no tiene lugar sin embargo un desplazamiento de beneficios hacia la sociedad matriz.

Para poder incluir un préstamo en el cálculo del endeudamiento constitutivo de subcapitalización debe tratarse de un préstamo remunerado. Ello parece lógico a la luz del propio fundamento de la norma. Piénsese que en caso de ausencia de remuneración (no devengándose interés alguno) la sociedad no vería reducida su base imponible y el socio no percibiría ninguna clase de renta. Sería en consecuencia eventualmente aplicable el régimen de operaciones vinculadas del art. 16 del RDL 4/2004, no llegando a verificarse el eventual propósito elusivo del tributo.

Por otra parte, si la sociedad matriz concediera un préstamo sin interés a la sociedad filial, la operación podría ser calificada como de aportación encubierta de capital. En este caso, si bien la base imponible de la sociedad filial no experimentaría alteración alguna (dado que las aportaciones de capital no constituyen renta para ella), la base imponible de la sociedad matriz sí que se vería incrementada en el importe de los intereses que hubiera exigido en condiciones normales de mercado de un tercero ajeno a la relación societaria, que sería el importe³⁴ de lo aportado de forma encubierta, aumentando el valor fiscal de su participación.

Tratándose de un endeudamiento remunerado (aunque lo sea a un tipo de interés menor al normal del mercado), el mismo habrá de ser computado a efectos de determinar la existencia de subcapitalización, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre operaciones vinculadas relativas a la diferencia del interés pactado con el normal de mercado. Por remuneración debe entenderse la estipulada por las partes contratantes y no aquella otra que pueda presumirse fiscalmente o que proceda de correcciones efectuadas en el ámbito general de las operaciones entre sociedades vinculadas.

Finalmente, debe subrayarse que la expresión “endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto” debe entenderse entre la entidad residente y la no residente, sin que se vea afectado por el destino que se de a ese capital por la entidad residente que lo perciba.

c) El concepto de capital fiscal se refiere al importe de los fondos propios de la entidad residente. Lógicamente no se incluye el resultado del propio ejercicio en que se mida el grado de endeudamiento, ya que de conformidad con lo dispuesto por el art. 175 de la LSA, éstos integran los fondos propios junto al capital suscrito, las primas de emisión,

³⁴ Véanse a este respecto SANZ GADEA, E., *Impuesto sobre Sociedades*, tomo I, 3ªed., 1991, pág. 366 y COMBARROS VILLANUEVA, V.E., *Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas*, 1988, págs. 127 y 128. Desde una perspectiva distinta GONZÁLEZ POVEDA, V., “La subcapitalización: un problema nuevo del Impuesto sobre Sociedades”, ob. cit., pág. 85, alude a la posibilidad de evitar la aplicación de esta norma a través del pacto de un préstamo sin interés.

la reserva de revalorización, las demás reservas y los resultados de ejercicios anteriores, que sí que han de ser incluidos.³⁵

Es por tanto la distribución de beneficios de ejercicios anteriores y no la distribución de dividendos a cuenta de los beneficios del propio ejercicio la que afecta al capital fiscal. Nótese que el precepto no alude a la inclusión dentro del capital fiscal de las denominadas "plusvalías latentes". Apunta sin embargo PALAO TABOADA³⁶ la conveniencia de tener presentes las mismas afirmando al respecto que un tercero independiente las tendría en consideración a la hora de decidir el otorgamiento del préstamo. Ahora bien, la subcapitalización no toma como parámetro de referencia la financiación que hubiese podido obtener una sociedad en condiciones normales de mercado, sino por el contrario una proporción determinada de endeudamiento con relación al capital fiscal. No parece por tanto que las citadas plusvalías latentes hayan de ser consideradas como parte integrante del capital fiscal.

d) Tanto la cifra de capital fiscal como la de endeudamiento neto remunerado han de reducirse a su estado medio a lo largo del período impositivo. Resulta así aplicable al endeudamiento el mismo requisito que el fijado para el capital fiscal o fondos propios de la entidad prestataria residente. Opta así el legislador por el empleo de una regla fija abstracta aplicable a toda clase de entidades, superada la cual todo capital ajeno proporcionado a la sociedad será constitutivo de subcapitalización. En caso de variación de su cuantía a lo largo del ejercicio, deberán ponderarse en función del número de días del año que cada cuantía haya tenido vigencia.

Se ha de precisar no obstante que este valor medio no debe entenderse como la media aritmética de los capitales fiscales inicial y final de ejercicio considerados de forma estática, dado que sus partidas integrantes pueden variar, incluido el resultado del ejercicio. Así lo reconoce la Dirección General de Tributos (DGT) en contestación a Consulta de 5-5-1994, en la que se destaca además que para el cálculo del endeudamiento debe computarse la deuda contraída con la vinculada no residente, con independencia de cual sea la fuente de financiación de ese crédito para la no residente.

La interpretación del estado medio del endeudamiento a lo largo del período impositivo de la entidad residente ha de ser entendido como equivalente a la media ponderada, expresando precisamente dicha ponderación las sucesivas variaciones del endeudamiento neto remunerado a lo largo del período impositivo.

³⁵ Coincidimos con MORENO FERNÁNDEZ, J.L., *La tributación de las operaciones vinculadas*, ob. cit., pág. 118 en que esta configuración del capital fiscal como importe de los fondos propios de la entidad sin incluir el resultado del ejercicio mejora el concepto que existía con anterioridad en el art. 164.1 del RIS de 1982, en virtud del cual los capitales propios se determinaban por la diferencia entre el capital social escriturado (o, en su caso, las aportaciones al patrimonio social, la prima de emisión de acciones, las reservas constituidas con cargo a resultados, las cuentas de actualización, las plusvalías contabilizadas por revalorizaciones, las provisiones, los remanentes de ejercicios anteriores y los beneficios de ejercicio) y las pérdidas de ejercicios anteriores, las del propio ejercicio y las acciones y participaciones sociales en la parte pendiente de desembolso.

³⁶ PALAO TABOADA, C., "La subcapitalización y los Convenios de doble imposición", en *Revista de Estudios Financieros*, núms. 137-138, pág. 79. Véase en esta misma línea el trabajo de REY, R. y COLLADO, A., "Aspectos fiscales de la subcapitalización de sociedades: derecho comparado", en *Impuestos*, 1993, (I), pág. 84.

En cualquier caso, la determinación de una medida abstracta de la situación de subcapitalización a efectos tributarios plantea una cierta complejidad. Dado que la misma ha de ser fijada de un modo uniforme para todo tipo de entidades y teniendo en cuenta los diferentes criterios seguidos en esta materia por los distintos sectores económicos, su determinación puede llegar a originar un cierto riesgo de arbitrariedad. A nuestro juicio sin embargo, la seguridad jurídica ofrecida por esta medida es notablemente superior a la que pueda resultar de la determinación individualizada de cada situación de subcapitalización, lo que determina una menor litigiosidad y, en definitiva, una menor conflictividad.³⁷

e) El endeudamiento neto remunerado medio debe ser superior al triple del capital fiscal medio. Si el cociente resultante de dividir el endeudamiento neto remunerado medio entre el capital fiscal medio es superior a 3, existirá subcapitalización y los intereses devengados que correspondan al exceso deben tratarse como dividendos del prestamista. Por el contrario, si dicho cociente resultase igual o inferior a 3, no se producirá la referida subcapitalización.³⁸

Obsérvese que la norma no señala expresamente si la compensación ha de realizarse de manera individual o conjunta. La antigua Ley 61/1978, en su art. 16. 9º, disponía que la subcapitalización había de medirse respecto de cada sujeto no residente vinculado individualmente considerado en función de la relación del capital fiscal con el endeudamiento mantenido con cada uno de ellos. Ello permitía en la práctica a los grupos de sociedades evitar la aplicación de la norma descomponiendo el préstamo. En efecto, siendo el mismo concedido por varias entidades vinculadas no residentes sin que respecto de ninguna de ellas el endeudamiento superase en dos veces la cifra del capital fiscal, se producía la circunstancia de que, si bien el endeudamiento total de la sociedad filial superaba en varias veces el coeficiente previsto, no resultaban aplicables las consecuencias de la subcapitalización.³⁹

A priori, podría considerarse que la relación jurídica que constituye el presupuesto para la aplicación del art. 20 del nuevo Texto Refundido existe con una entidad no resi-

³⁷ En efecto, piénsese que si bien esta segunda permitiría tomar en consideración las diferentes condiciones de entidades y sectores económicos así como, lógicamente, una mejor valoración de cada caso, también podría llegar a provocar a los sujetos pasivos una importante inseguridad en relación con su constatación a efectos tributarios. Aún así, MORENO FERNÁNDEZ, J.L., *La tributación de las operaciones vinculadas*, ob. cit., pág. 118 defiende la conveniencia de adecuar la aplicación de la regla de subcapitalización al caso concreto, señalando que "de este modo se ajustarían los efectos de la norma a cada caso particular, evitándose así la aplicación de una norma que supone la existencia de una presunción genérica de fraude y además 'iuris el de iure', para sólo desplegar sus efectos cuando verdaderamente haya motivos fundados para apreciar la existencia de una evasión de rendimientos". Véase igualmente en este sentido CALDERÓN CARRERO, J. M., "Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad de los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario", ob. cit., pág. 56.

³⁸ La fijación de este coeficiente tuvo lugar como consecuencia de una enmienda transaccional presentada por el Grupo Parlamentario Catalán Convergència i Unió (Enmienda núm. 108) entre el coeficiente dos señalado en el Proyecto y el coeficiente cuatro propuesto en una enmienda al art. 20.

³⁹ Esta circunstancia es puesta de manifiesto por PALAO TABOADA, C., "La subcapitalización y los Convenios de doble imposición", ob. cit., pág. 82.

dente o, en determinados casos, con cada una de las entidades no residentes vinculadas con la entidad prestataria. Esta perspectiva permitiría computar el endeudamiento neto remunerado de modo individualizado, tomando en consideración cada relación deudor-acreedor que exista entre entidades vinculadas en los términos dispuestos por la norma.

Sin embargo, en tanto en cuanto el precepto se refiere expresamente al *“endeudamiento con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español”*, parece más razonable entender que dicho endeudamiento debe computarse de modo global o total, referido a todas las personas y entidades no residentes vinculadas. Coincidimos en este sentido con lo manifestado por SANZ GADEA⁴⁰, para quien *“la norma de subcapitalización se fundamenta en la existencia de una composición de la financiación referida a la entidad como un todo y no a la particular composición de la financiación frente a las entidades no residentes vinculadas”*. Piénsese además que la referida práctica elusoria que se producía al amparo de la legislación anterior no resultaría actualmente posible

¿Qué sucede con la imputación del exceso sobre el endeudamiento tolerado a cada uno de los sujetos vinculados en el caso de que sean varios los prestamistas? De una parte, podría pensarse en la posibilidad de aplicar la norma exclusivamente a los últimos préstamos concedidos que hubiesen dado lugar al exceso de endeudamiento por encima del máximo tolerado por la Ley, argumentándose al respecto que quienes otorgaron tales préstamos podrían conocer esta circunstancia, a diferencia de lo que sucedería con los préstamos concedidos con anterioridad. En relación con estos últimos, la subcapitalización sería de carácter sobrevenido y no imputable. O bien puede imputarse a cada sujeto pasivo la parte del exceso proporcional al préstamo otorgado por cada uno de ellos con relación al endeudamiento total. Si bien la Ley nada prevé al respecto, es esta segunda posibilidad la que, a nuestro juicio, parece más acorde con el espíritu y la finalidad de la norma reguladora de la subcapitalización.

Ciertamente, cabe considerar que esta comparación del endeudamiento de la entidad prestataria con un coeficiente fijo que, aún siendo el ratio 3:1, podría haber sido cualquier otro, resulta un tanto arbitraria, máxime si se tiene en cuenta que el art. 20 de la LIS se limita a considerar los efectos tributarios de ciertas operaciones financieras cuando éstas se efectúan por parte de entidades residentes en España con entidades no residentes. Parecen así preocuparle al legislador las operaciones a las que puede resultar de aplicación el art. 20 de la LIS exclusivamente cuando dichas operaciones se traducen en un menoscabo de bases imponibles españolas a los efectos del IS.⁴¹

⁴⁰ SANZ GADEA, E., “La subcapitalización”, ob.cit., pág. 13.

⁴¹ LETE ACHIRICA, C., “La subcapitalización societaria a efectos fiscales”, ob. cit., pág. 273 se refiere igualmente a esta circunstancia señalando que, por el contrario, *“si las operaciones tienen lugar entre entidades residentes, el legislador asume que no se produce ningún desplazamiento de bases, puesto que al mayor gasto que corresponda a la entidad prestataria le correspondería un mayor ingreso en beneficio de la entidad prestamista y ambos, ingreso y gasto, permanecen dentro de la jurisdicción tributaria española”*.

3. Consecuencias derivadas de la aplicación de la regla de subcapitalización

Los efectos derivados de la aplicación de la norma fiscal de subcapitalización pueden contemplarse desde diversas perspectivas.

Para la entidad residente, los intereses devengados derivados del exceso de endeudamiento neto remunerado adquieren la consideración de dividendos y no de gastos deducibles. Se trata de un efecto primario que tiene lugar en todo caso, produciéndose el correspondiente ajuste positivo sobre el resultado contable por el importe de los intereses que correspondan al exceso constatado, el cual acrecerá la base imponible⁴².

¿Cuál es la verdadera naturaleza de este efecto jurídico? A juicio de ESEVERRI MARTÍNEZ⁴³, lo que contiene el art. 20 es una presunción implícita en la que, partiendo de un hecho base (que se aprecien operaciones de endeudamiento entre sociedades vinculadas, una filial en España y otra matriz en el extranjero) se presume un hecho consecuencia (la posibilidad de que esas operaciones no se correspondan con la realidad y pretendan disminuir el beneficio social declarable a los efectos del impuesto). En palabras de este autor; *“la Ley crea la ficción de que los intereses satisfechos que excedan del triple del capital fiscal de la entidad filial son dividendos que no minoran la base imponible y no son intereses computables como gastos financieros”*.

Desde una perspectiva distinta, LETE ACHIRICA⁴⁴ sostiene que el art. 20 del actual Texto Refundido regulador del IS constituye una ficción jurídica, al tratarse de un precepto que sustituye un hecho efectivamente realizado (el pago de intereses devengados en virtud de un contrato de préstamo) por otro hecho no realizado formalmente pero cuya realización se atribuye imperativamente a las partes contratantes (la distribución de dividendos). Subraya este autor que *“desde el punto de vista de la naturaleza jurídica del precepto no nos encontramos ante una presunción, puesto que dicho precepto no admite ningún margen de contradicción por parte de las entidades contratantes, sino que se limita a fijar unos efectos jurídicos que serán consecuencia directa de una recalificación jurídica de la operación ya realizada”*.

En nuestra opinión, lo que el RDL 4/2004 establece es una *fictio legis* de que lo entregado no constituye interés sino un dividendo pagado a la sociedad no residente vinculada, la cual va acompañada además de una presunción iuris et de iure con la que se pretende enervar la actividad probatoria de la Inspección que, en este caso, precisaría de la constatación de que lo contabilizado como gasto financiero no es tal, sino la retribución de una aportación patrimonial encubierta de la sociedad vinculada no residente.⁴⁵

⁴² En caso de que el interés pactado difiera del de mercado, la Administración puede además corregir dicho interés en la forma y condiciones establecidas por el art. 16 del RDL 4/2004.

⁴³ ESEVERRI MARTÍNEZ, E., *Presunciones legales y Derecho Tributario*, IEF-Marcial Pons, Madrid, 1990, pág. 92.

⁴⁴ LETE ACHIRICA, C., “La subcapitalización societaria a efectos fiscales”, ob. cit., pág. 272.

⁴⁵ Esta consideración del contenido del art. 20 de la LIS como ficción que no admite prueba en contrario es asimismo defendida por CALDERÓN CARRERO, J. M., “Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad de los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario”, ob. cit., pág. 22 y por VILLAR EZCURRA, M., “El tratamiento tributario de la subcapitalización en España frente a las exigencias de no discriminación del Derecho Comunitario”, en *Carta Tributaria*, nº 300, 1998, pág. 11.

¿Qué sucede en el caso de que la entidad forme parte de un grupo consolidado? Entendemos que en cualquier caso se ha de efectuar un ajuste extracontable positivo en la base imponible por el importe de los intereses que correspondan al exceso de endeudamiento. Ahora bien, si tratándose de un grupo de sociedades el endeudamiento fuese indirecto a través de otra sociedad del mismo, además del ajuste correspondiente, habrá de eliminarse el correlativo gasto e ingreso financiero contabilizado en ambas sociedades⁴⁶.

Por otra parte, la entidad prestataria habrá de practicar las correspondientes retenciones, esto es, las mismas que debería haber practicado con ocasión del pago de intereses, excepto si se trata de alguno de los supuestos exceptuados de retención. A este respecto, si la matriz prestamista es no residente en territorio nacional pero residente en algún país de la Unión Europea, no existirá para la filial prestataria residente en territorio nacional obligación de practicar retención alguna, al estar exentos en España los rendimientos obtenidos por la matriz.

Para las personas o entidades no residentes, el exceso de intereses es igualmente objeto de recalificación, debiendo ser considerados como dividendos. Téngase presente que los intereses que han de tomarse en consideración son los devengados y no sólo los satisfechos. Esta recalificación de los intereses en dividendos constituye además una norma de valoración que no admite prueba en contrario.

La tributación de la no residente por los dividendos obtenidos en España se producirá con arreglo a las normas propias de esta categoría de contribuyentes. Y por lo que se refiere a la admisión para esta entidad, en su caso, de la deducción por dividendos, habrá que estar a la normativa interna del país de residencia de esa sociedad así como a la existencia o no de CDI con normas de subcapitalización y tratamiento recíproco en materia de deducción de dividendos.

Quedan sin embargo exceptuadas de la aplicación de la norma fiscal sobre subcapitalización las entidades financieras. Esta exclusión de las entidades financieras complementa el régimen de la subcapitalización regulado en el art. 20 de la LIS y determina que en todos aquellos casos en los que una entidad financiera española se halle endeudada con su matriz extranjera no se aplicará esta institución, siendo los intereses correspondientes al endeudamiento de la entidad deducibles de la base imponible de la entidad financiera residente.

En relación con estos efectos derivados de la aplicación de la norma de subcapitalización, queremos referirnos siquiera brevemente a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de diciembre de 2002 (asunto *Lankhorst-Hohorst GmbH*), en la que se declaró que la norma de subcapitalización alemana, regulada en el art. 8 bis apartado 1 punto 2 de la Ley del Impuesto de Sociedades (*Körperschaftsteuergesetz*) resulta contraria a la libertad de establecimiento reconocida con carácter general por el art. 43 del Tratado de la Comunidad Europea.

⁴⁶ Véase en este sentido la Consulta de la DGT de 24-3-1993.

En la citada Sentencia se declara contraria a la libertad de establecimiento una cláusula que atribuye a los intereses pagados a un socio que no tenga derecho a la deducción por dividendos la consideración de dividendos a efectos fiscales. Considera el Tribunal, al enjuiciar la diferencia de trato existente en el Derecho tributario alemán para aquellos contratos de préstamo celebrados en otros Estados miembros, que el hecho de que la diferenciación se realice en función del domicilio de la sociedad matriz constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento, siendo por tanto contrario al art. 43 del Tratado CE.

En efecto, a juicio del Tribunal, *“la disposición fiscal controvertida en el litigio principal hace menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de sociedades domiciliadas en otros Estados miembro, los cuales en consecuencia podrían renunciar a la adquisición, la creación o el mantenimiento de una filial en el Estado miembro que adopte dicha disposición”*.

Obsérvese que el Tribunal no admite el riesgo de la evasión fiscal como justificación de la norma de subcapitalización y como eventual obstáculo a la libertad de establecimiento, a pesar de que en el ordenamiento alemán se admite la prueba en contrario por parte de la entidad prestataria. Se afirma que la norma alemana de subcapitalización no tiene por objeto excluir de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales cuyo objeto sea eludir el peso de la obligación fiscal, sino que por el contrario, contempla en general cualquier situación en la que la sociedad matriz tenga, sea cual fuere el motivo, su domicilio fuera del Estado alemán. En palabras del Tribunal, *“esta situación no implica, en sí, un riesgo de evasión fiscal, ya que la sociedad en cuestión estará sujeta, de todos modos, a la legislación fiscal del Estado de establecimiento”*.

¿Qué consideraciones cabe realizar a la luz de la proyección de esta doctrina del TJCE sobre nuestra normativa interna? Como es sabido, el art. 20 del RDL se aplica exclusivamente a aquellas situaciones de endeudamiento entre entidades residentes en territorio español y entidades no residentes con las que aquéllas se encuentren vinculadas.

Tal y como ha señalado CLAVIJO FERNÁNDEZ⁴⁷, existen ciertas diferencias entre la normativa alemana y la española. En efecto, el art. 20 del RDL sólo es aplicable cuando exista vinculación entre la entidad española y la que concede el préstamo o crédito, sin que sea necesario que posea una participación significativa en la entidad española, a diferencia de lo que exige la norma alemana para aplicar la subcapitalización.

Por otra parte, la norma alemana permite como se ha indicado la prueba en contrario, mientras que la norma española se limita a admitir la presentación por parte de las entidades españolas de propuestas previas para la aplicación de un coeficiente distinto al establecido por el art. 16.1 del nuevo Texto Refundido. Unas propuestas previas que podrán ser aceptadas o rechazadas por la Administración tributaria. Como bien señala CALDERÓN CARRERO⁴⁸, no existe un verdadero principio de contradicción por parte del sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades.

⁴⁷ CLAVIJO FERNÁNDEZ, F., en en AA.VV. *Curso de Derecho Tributario*, ob. cit., pág. 332.

⁴⁸ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad de los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario”, ob. cit., pág. 22.

A nuestro juicio no cabría argumentar que la norma interna española en materia de subcapitalización vulnera la libertad de establecimiento. En este sentido, valoramos positivamente la modificación operada por la Ley 62/2003, en aras de permitir la deducción de los intereses pagados por las entidades españolas procedentes de contratos de préstamo concertados con entidades vinculadas que residan en otros países comunitarios. Téngase presente que, a tenor de la doctrina establecida por el TJCE, ningún Estado comunitario puede establecer restricción alguna a las libertades fundamentales justificada en base a criterios tributarios.

Estimamos conveniente una modificación del art. 20 del RDL 4/2004 que admita con carácter general la prueba en contrario y arbitre un sistema de presunción *iuris tantum* en lugar de la actual ficción legal existente.

4. La proyección de los convenios de doble imposición en las normas sobre subcapitalización

Dado que la subcapitalización constituye un problema que tiene lugar en el ámbito internacional, ha de tenerse presente la incidencia que los convenios de doble imposición pueden llegar a plantear en la aplicabilidad de las normas internas sobre subcapitalización.

Desde el punto de vista de la fiscalidad internacional, los intereses por la utilización de capitales ajenos obtenidos por un no residente suelen disfrutar con carácter general de un tratamiento más favorable con respecto a los dividendos. En efecto, la gran mayoría de los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDIs) autorizan al Estado de la fuente a establecer gravámenes por obligación real o bien atribuyen al Estado de residencia, lo que determina la exención en el Estado de la fuente. Cabe además la posibilidad de que los Estados unilateralmente no graven por obligación real de contribuir los intereses obtenidos por no residentes.⁴⁹

Así las cosas, mientras los intereses no sufren doble imposición económica, los dividendos en cambio son susceptibles de sufrirla, puesto que el beneficio del que proceden se grava tanto en sede de la sociedad pagadora como del socio. Téngase presente que los CDIs autorizan al Estado de la fuente gravámenes superiores con respecto a los intereses. Y a diferencia de lo que sucede con estos últimos, los Estados no suelen renunciar unilateralmente al gravamen por obligación real de los dividendos.

Los intereses apenas sufren doble imposición jurídica, a tenor de la operatividad de los CDIs o de la propia legislación del Estado de la fuente, que renuncia a gravarlos. Por el contrario, en materia de dividendos se produce normalmente doble imposición jurídica internacional. Los convenios eliminan la doble imposición internacional a través del método de imputación ordinaria, siendo así el Estado de residencia el que autoriza al contribuyente a

⁴⁹ En este sentido, el art. 14.1.c) del RDL 5/2004 que aprueba el Texto Refundido regulador de la LIRNR declara exentos de la obligación real de contribuir los intereses obtenidos sin mediación de establecimiento permanente en España por residentes en Estados miembros de la Unión Europea.

practicar una deducción por el montante del impuesto satisfecho en el Estado de la fuente. Sin embargo este método no garantiza la eliminación de la doble imposición jurídica.⁵⁰

Ciertamente, la eliminación de la doble imposición económica no constituye, en principio, una materia que sea objeto de tratamiento en los convenios que siguen el Modelo OCDE. No obstante, las legislaciones de los distintos Estados han desarrollado métodos para eliminar la doble imposición jurídica y económica internacional en materia de dividendos, siendo el método más utilizado el de la exención, que evita que se produzca doble imposición jurídica y económica internacional⁵¹.

Así, en el ámbito comunitario la Directiva 90/435/CEE de 23 de julio, relativa al régimen fiscal aplicable a las sociedades matrices y filiales, elimina tanto la doble imposición jurídica como económica en los dividendos pagados entre matrices y filiales residentes en la Unión Europea. La doble imposición jurídica se evita atribuyendo al Estado de residencia la competencia exclusiva para gravar las distribuciones de beneficios, eliminando correlativamente el Estado de residencia del perceptor la doble imposición económica a través de un método de imputación o exención.

Se contribuye así a equiparar la carga tributaria final soportada por una operación de financiación, ya se articule a través de un préstamo o mediante una aportación de capital. Obsérvese por tanto que no siempre la financiación a través de préstamos obtiene un mejor tratamiento fiscal que la financiación mediante recursos propios. Nos encontramos ante una cuestión que requiere un análisis específico en cada caso concreto a la luz de las legislaciones estatales y de los convenios para evitar la doble imposición implicados.

Desde el punto de vista de la sociedad que recibe la financiación, la realización de ésta a través de préstamos remunerados contribuye a minorar su base imponible por tener el interés la consideración de gasto deducible. No sucede lo mismo sin embargo cuando lo que se retribuye son fondos propios. Tal y como señala PISTONE⁵², *“el distinto tratamiento tributario que reciben dividendos e intereses constituye un elemento importante a la hora de decidir como se financia una sociedad, precisamente por la deducibilidad del interés”*. Lo mismo cabe afirmar desde el punto de vista de la carga tributaria que sufre el preceptor de la retribución. Pues bien, desenvolviéndose la operación en el ámbito internacional, salvo que el perceptor pueda acogerse a alguno de los regímenes especiales en materia de participaciones empresariales, la retribución de la financiación sufre una carga tributaria inferior cuando se trata de un préstamo.

⁵⁰ En efecto, el método de imputación ordinaria no elimina completamente la doble imposición, puesto que la deducción del impuesto pagado en la fuente tiene como máximo el importe del impuesto que se hubiera pagado en el Estado de residencia de haber obtenido aquí los rendimientos. Si este último resulta inferior la deducción se reduce en igual cuantía. Véase a este respecto VOGEL, K., *On Double Tax Conventions*, Kluwer; Londres, 1997, págs. 1221 y ss y CALDERÓN CARRERO, J. M., *La doble imposición internacional en los convenios de doble imposición y en la Unión Europea*, Aranzadi, 1997, págs. 108 y ss.

⁵¹ Este es por ejemplo el régimen establecido por el art. 21 del RDL 4/2004, en virtud del cual los dividendos procedentes de participaciones superiores al 5% en sociedades no residentes se encuentran exentos de tributación en España siempre y cuando se cumplan el conjunto de requisitos establecidos en dicho precepto.

⁵² PISTONE, A., *La tassazione degli utili distribuiti e la thin capitalization: profili internazionali e comparati*, Cedam, Padova, 1994, pág. 299.

En términos generales se estima que una sociedad se encuentra subcapitalizada cuando su estructura financiera revela una evidente desproporción entre la cifra resultante de computar los recursos propios y aquella otra que resulte de las distintas partidas que integran los recursos ajenos. En el ámbito tributario, este endeudamiento excesivo plantea problemas cuando quienes financian a la sociedad son sujetos con los que se encuentra vinculados, pudiendo sus resultados suponer un perjuicio recaudatorio para el Estado del prestamista, especialmente cuando los sujetos vinculados son no residentes, así como una quiebra de los principios que informan la tributación internacional y, particularmente, los que consagra el Modelo de Convenio de la OCDE.

De conformidad con el llamado principio de independencia o *arms length*, entendido como criterio para garantizar la correcta distribución de poder tributario entre los Estados, los sujetos deben operar en sus transacciones como sujetos independientes, incluso cuando dichas transacciones se produzcan entre sujetos vinculados.

Ha de reconocerse que la existencia de vinculación entre las partes intervinientes en una transacción puede originar la duda acerca de si el valor de la misma se ajusta con el que aquellas hubieran acordado de haberse realizado esa misma transacción entre partes independientes. Esta es la razón por la que el art. 9 del Modelo de Convenio OCDE autoriza a los Estados parte de un Convenio a realizar ajustes en las transacciones entre sujetos vinculados, cuando no respeten el citado principio de independencia.

Como es sabido, el art. 9 de este Modelo de Convenio se refiere a las empresas asociadas o vinculadas, permitiendo a los Estados contratantes someter a imposición el beneficio que las citadas empresas hubiesen obtenido en condiciones independientes⁵³. De conformidad con lo dispuesto en los comentarios a este art. 9 de la OCDE derivados del último Informe de la OCDE sobre subcapitalización⁵⁴, el art. 9 no impide la aplicación de las normas nacionales sobre la subcapitalización en tanto en cuanto su efecto no sea otro que el de equiparar los beneficios del prestatario al importe que correspondería a los beneficios que hubiera obtenido en situación de independencia.

⁵³ Dispone este art. 9 del Modelo de Convenio fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio que *"1. Cuando una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante, o unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante y, en uno y otro caso, las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia."*

2. Cuando un Estado contratante incluya en los beneficios de una empresa de ese Estado –y someta en consecuencia a imposición– los beneficios sobre los cuales una empresa del otro Estado contratante ha sido sometida a imposición en ese otro Estado, y los beneficios así incluidos son beneficios que habrían sido realizados por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que se hubiesen acordado entre empresas independientes, ese otro Estado practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto que ha percibido sobre esos beneficios. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio y las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán en caso necesario".

⁵⁴ Informe del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE "La sous-capitalisation", París, 1987.

El principal problema se plantea cuando la recalificación de los intereses a consecuencia de aplicar la normativa interna de cada país sobre subcapitalización conduce a la imputación a la entidad de un beneficio superior al que habría obtenido en condiciones normales de mercado. Téngase presente que la aplicación de las normas anti-subcapitalización no debe dar lugar en ningún caso al incremento de los beneficios fiscales de la empresa nacional hasta una cuantía superior al beneficio en situación de independencia.

El principio *arms lenght* avala la realización de estos ajustes, puesto que en definitiva tienden a asegurar la recta asignación del beneficio al territorio de cada una de las partes intervinientes de la transacción, estableciendo como criterio rector el precio que pactarían dos partes independientes. Este principio de independencia constituye el presupuesto y el límite de los referidos ajustes. Puesto que la base imponible de la sociedad debe ser el fiel reflejo del beneficio obtenido en una situación de independencia, toda eventual corrección sólo estará justificada en la medida en que ajuste el beneficio de la sociedad a ese principio. Cualquier ajuste por encima del beneficio obtenido en una situación de independencia no resultará admisible en el ámbito de los convenios que siguen el Modelo OCDE.⁵⁵

¿Cuál es entonces la finalidad del art. 9 del Modelo OCDE? Sencillamente, garantizar que cada Estado pueda sujetar a tributación los beneficios obtenidos realmente en su territorio. En efecto, para evitar que este beneficio pueda alterarse cuando las transacciones se realizan entre sujetos vinculados, se permite la posibilidad de adecuar el resultado reflejado en la contabilidad a la expresión de la capacidad económica del sujeto conectada con el territorio del Estado en el que se encuentra sujeto a gravamen.

En consecuencia, a diferencia de lo que sucede con otras normas del Modelo OCDE, el art. 9 no constituye una norma de distribución de poder tributario sobre determinados componentes de renta, sino que lo que pretende es asegurar que el beneficio es gravado en aquel sujeto que lo obtiene realmente y adicionalmente en el Estado al que se atribuye el poder de someterlo a tributación.

Es en este marco en el que deben situarse las normas tributarias en materia de subcapitalización. No cualquier desproporción manifiesta entre recursos ajenos y propios es objeto de la norma tributaria sobre subcapitalización, sino únicamente aquella en la que el endeudamiento desproporcionado con sujetos con los que la entidad financiada se encuentra vinculada excede de su capacidad de crédito. Solamente en aquellos supuestos en los que se sobrepase la capacidad de crédito en una situación de independencia, actuará la norma de subcapitalización, articulando las correcciones oportunas con el fin de evitar que se produzca un desajuste en la recta asignación del beneficio a cada uno de los Estados en los que residan los sujetos que intervengan.

A la luz de las anteriores consideraciones, la principal cuestión que se ha de dilucidar es si las medidas adoptadas por los Estados en situaciones de infracapitalización tienen o no

⁵⁵ Es por ello por lo que señalan los Comentarios al art. 9 del Modelo (apartado primero) que “no será admisible la recalificación de la contabilidad de las empresas asociadas si sus transacciones se han producido en condiciones de libre mercado”.

cabida bajo el art. 9 del Modelo OCDE. Esta cuestión fue ya analizada en su momento por la OCDE en el Informe de su Comité de Asuntos Fiscales, cuyas conclusiones fueron introducidas en los Comentarios a la versión de 1992 del Modelo de Convenio.

Tal y como hemos señalado, el art. 9 del Modelo OCDE autoriza cualquier corrección de la base imponible de la sociedad siempre que tenga por finalidad ajustar el beneficio obtenido al que correspondería en una situación de independencia. En palabras de PICCIOTTO⁵⁶ *“el Modelo no impide la aplicación de las normas nacionales sobre subcapitalización en la medida en que tengan por objeto la asimilación de los beneficios del prestatario a la cuantía que hubiera realizado en condiciones normales de mercado”*.

Ante una situación de independencia, una vez agotada la capacidad de crédito de la sociedad, no es posible económicamente obtener financiación alguna que adopte la forma de préstamo. Cualquier instrumento adicional recibido por la sociedad y procedente de sujetos con los que ésta se encuentre vinculada no podrá recibir el tratamiento previsto para las operaciones de préstamo, puesto que en tal situación de independencia dicha operación no hubiera resultado posible. Una vez superada la referida capacidad de crédito, cualquier recurso puesto a disposición de la sociedad sólo tendría sentido en una situación de independencia si se hubiera efectuado en concepto de aportación de capital.

El Informe del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE al que nos venimos refiriendo alude a dos métodos para determinar la subcapitalización: el método subjetivo y el objetivo.

El método subjetivo consiste en determinar si la sociedad disponía en el momento de la concesión del préstamo de la posibilidad de obtener de un tercero idénticos recursos a los aportados con el prestamista con el que se encuentra vinculado⁵⁷. La carga de la prueba en este método corresponde a la Administración tributaria, que habrá de constatar si la sociedad hubiera obtenido igualmente de un sujeto independiente los mismos recursos aportados en concepto de préstamo por el sujeto vinculado.

Por lo que respecta al método objetivo, utilizado por la mayoría de los Estados, su articulación se produce en base a unos criterios distintos. Es la norma tributaria la que establece un coeficiente máximo de endeudamiento por comparación con el capital fiscal de la sociedad, presumiéndose que una vez superado el coeficiente de endeudamiento establecido la sociedad queda subcapitalizada, y aplicándose sobre el exceso las consecuencias jurídicas de la norma.

⁵⁶ PICCIOTTO, S., *Internacional Business Taxation*, Quórum Books, Nueva Cork, 1992, pág. 27.

⁵⁷ VEGA BORREGO, F.A., “La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho Comunitario”, en *Crónica Tributaria*, n° 104, 2002, pág. 105, considera que aquellos supuestos en los que, a pesar de no existir una desproporción manifiesta entre los recursos propios y los ajenos, la capacidad de crédito se ha agotado, también deberían tratarse como supuestos de infracapitalización bajo este método. Matiza no obstante este autor que *“es improbable que la Administración entre a valorar si existe infracapitalización, porque materialmente no existe indicio alguno de este fenómeno”*.

Siguiendo el criterio establecido por el Informe de la OCDE, este método sólo será compatible con el art. 9 del Modelo de Convenio si la sociedad, pese a superar el coeficiente legal de endeudamiento, es capaz de evitar las consecuencias de la norma en materia de subcapitalización probando que su endeudamiento se ajusta al principio de independencia⁵⁸. Cabe reconocer no obstante que la articulación de esta prueba tiende a materializarse en términos análogos al método subjetivo, puesto que en definitiva el contribuyente debe probar que su endeudamiento con sujetos vinculados, pese a exceder el límite legal, es conforme al principio de independencia.

Como es sabido, el legislador español optó por el método objetivo, estableciendo además un coeficiente único sin perjuicio de que cada contribuyente pueda solicitar a la Administración tributaria la aplicación de un coeficiente distinto fundamentado en las posibilidades del propio sujeto pasivo de acceso al crédito en condiciones normales de mercado entre partes independientes, esto es, con personas o entidades no vinculadas, tal y como permite el apartado 3º del art. 20 del RDL 4/2004.

Recuérdese que el art. 20 del RDL no permite prueba en contrario. Significa ello que las consecuencias jurídicas previstas en este precepto no dejan de ser aplicadas cuando el sujeto afectado prueba que su situación patrimonial, a pesar de superar el coeficiente 3, responde a las circunstancias del mercado. Desde nuestro punto de vista, ello determina que la normativa española incumpla las exigencias del art. 9 del Modelo OCDE, puesto que tal y como establecen los Comentarios a este artículo, *“la aplicación de las normas de subcapitalización no debe conducir a aumentar los beneficios imposables de la empresa nacional considerada más allá de la cuantía correspondiente a los beneficios de libre mercado”*. Al no permitirse la prueba en contrario, la normativa española no está garantizando que los ajustes respeten el principio de independencia.

No creemos que la posibilidad de que el sujeto afectado pueda solicitar a la Administración la aplicación de un coeficiente distinto fijado si resulta aprobado por la Administración con anterioridad a la realización de las operaciones de endeudamiento modifique la anterior consideración. Téngase presente que en aquellos casos en los que la aplicación de dicho coeficiente distinto no resulte aceptada, no existe posibilidad alguna de evitar la aplicación de la norma sobre subcapitalización, aunque la situación patrimonial se ajuste al principio de independencia.⁵⁹

Tan sólo si se considera que el art. 20.3 del nuevo Texto Refundido establece un procedimiento para articular prueba en contrario en el que la fijación de un nuevo coeficiente pudiese tener lugar no solo *ex ante* sino también *ex post*, cabría interpretar la norma de

⁵⁸ Tal y como afirma PILTZ, D., “Aspectos internacionales de la subcapitalización”, en *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LXXXIb, Kluwer, 1996, pág. 231, *“la inversión de la carga de la prueba consiste en demostrar que en una situación de independencia podría haber obtenido el mismo volumen de fondos ajenos”*.

⁵⁹ Es más, aún cuando un coeficiente mayor sea aplicable, puede suceder que, aunque se supere, se siga respetando el principio de independencia. Obsérvese por tanto que no se garantiza plenamente el principio de independencia, concretado siempre en la posibilidad de evitar la norma de subcapitalización probando que el endeudamiento se ajusta a dicho principio.

conformidad con el art. 9 del Modelo OCDE. No obstante, la posibilidad de admitir que el art. 20.3 del RDL establece un procedimiento para la determinación de un coeficiente *ex post* es discutible, puesto que el citado precepto se remite al art. 16.6 del Texto Refundido que regula como es sabido los acuerdos en materia de precios de transferencia entre la Administración y el contribuyente, debiendo tener lugar la propuesta de valoración con carácter previo a la realización de las operaciones. A la luz de lo dispuesto en este precepto, no parece que pueda sostenerse la aplicación de un coeficiente distinto al legalmente previsto a operaciones ya realizadas.⁶⁰

Al margen del método empleado al efecto, una vez determinado el endeudamiento excesivo debe analizarse como opera el ajuste. Tal y como hemos venido manifestando, los intereses devengados por el exceso no minoran la base imponible de la sociedad, articulándose el ajuste mediante la calificación como dividendos de los intereses devengados por el exceso, lo que implícitamente determina la calificación como capital del endeudamiento excesivo.

¿Permite el art. 9 del Modelo de Convenio la recalificación como capital del endeudamiento excesivo? A tenor de lo dispuesto en los Comentarios al Modelo, la respuesta debe ser afirmativa. Señalan los Comentarios que el art. 9 afecta también a la cuestión de si lo que se presenta como un préstamo puede ser considerado como tal, o si debe estimarse como una entrega de fondos de otro tipo, en particular como una aportación de capital⁶¹. No obstante, el ajuste que se materialice en la base imponible requerirá calificar previamente como capital el endeudamiento excesivo. Puesto que el ajuste positivo resulta de la calificación como dividendos de los intereses devengados, y en tanto en cuanto esta recalificación presupone la calificación como capital del endeudamiento, una vez agotada la capacidad de crédito, cualquier aportación que reciba la sociedad sólo será resultará si es en forma de capital.

La norma interna española no sólo incide sobre la base imponible de la sociedad prestataria, sino también sobre la tributación en la obligación real de contribuir del rendimiento percibido por el prestamista. ¿Qué consecuencias plantea la norma de subcapitalización sobre el perceptor del rendimiento? ¿Puede el Estado de la fuente gravar los intereses devengados por el exceso del endeudamiento como dividendos? ¿En caso afirmativo, ¿tiene el Estado de residencia la obligación de aceptar esta calificación?

El Modelo OCDE se refiere en sus arts. 10 y 11 al régimen tributario de los dividendos e intereses. Tanto el Estado de la fuente como el Estado de residencia pueden someter a tributación esos rendimientos. En relación con el primero, el Modelo contempla un límite de imposición calculado por la aplicación de un porcentaje sobre el montante bruto del ren-

⁶⁰ En este sentido se pronuncia VEGA BORREGO, F.A., "La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario", *ob. cit.*, pág. 106.

⁶¹ Se establece en los Comentarios a este respecto que "cuando un préstamo o cualquier otra aportación a la sociedad no constituya capital en el estricto sentido de la legislación de sociedades, pero en base al derecho o a los usos internos (subcapitalización, asimilación de un préstamo al capital social) la renta que proceda de los mismos se considere como dividendo por el art. 1, el valor de ese préstamo o de esta aportación debe considerarse también como capital".

dimiento. Por su parte, el segundo tiene la obligación de eliminar la doble imposición internacional utilizando el método de imputación ordinaria previsto en el art. 23 del Modelo.

Define el Modelo OCDE los dividendos en su art. 10 como *“los rendimientos de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las partes de fundador u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como los rendimientos de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado del que la sociedad que hace la distribución sea residente”*. En cuanto a los intereses, adquieren esta consideración, a tenor de lo dispuesto por el art. 11 *“los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en los beneficios del deudor, y en particular los rendimientos de valores públicos y los rendimientos de bonos y obligaciones, incluidos las primas y lotes unidos a esos títulos”*.

Tomando como punto de partida ambas definiciones, cabría considerar en principio que los intereses recalificados como dividendos por la norma española no pueden ser tratados como tales al amparo de la definición prevista en el Modelo OCDE. En efecto, habiendo celebrado la sociedad y el sujeto vinculado un contrato de préstamo por el que el prestatario se obliga a pagar un interés y a devolver el principal una vez concluido el período de duración del contrato, parece claro que la sociedad está retribuyendo al sujeto por su condición de prestamista y no de partícipe.

No obstante, estimamos que la calificación de los rendimientos devengados por las distintas aportaciones en los supuestos de subcapitalización no debe limitarse a la aplicación de las definiciones contenidas en los arts. 10 y 11 del Modelo de Convenio. En tanto en cuanto la norma en materia de subcapitalización devuelve la base imponible de la sociedad a la situación de independencia calificando como dividendo el interés devengado por la parte de endeudamiento que excede la capacidad de crédito de la sociedad, la operación presupondrá materialmente la calificación como aportación de capital. Por este motivo la norma recalifica también las aportaciones realizadas por los sujetos vinculados de acuerdo con su verdadera naturaleza.

Obsérvese por tanto que ante una situación de infracapitalización, la calificación de los pagos realizados por la sociedad parte de un problema previo de calificación jurídica de los recursos que esos pagos retribuyen, los cuales deberán considerarse como operación de préstamo o aportación de capital. Así las cosas, el modo de realizar el ajuste en la base imponible en materia de subcapitalización resuelve de una parte la cuestión relativa a la determinación del beneficio realmente obtenido por la sociedad, y de otra la referente a la calificación de las aportaciones realizadas por sujetos vinculados de acuerdo con su verdadera naturaleza.

En suma, no parece existir problema alguno para calificar como dividendo el interés devengado por la parte del endeudamiento calificado como capital. Materialmente constituyen retribuciones de fondos propios en el sentido del art. 10 del Modelo de Convenio OCDE. Para lograr coherencia entre las disposiciones del convenio ante una situación de infracapitalización consideramos que sólo debe acudir al dispuesto en los arts. 10 y 11 del Modelo OCDE una vez que hayan sido calificadas correctamente las aportaciones de las que procedan los rendimientos.

Habrà de ser el ajuste en la base imponible realizado de conformidad con lo dispuesto por el art. 9 del Modelo OCDE el que establezca cual es la naturaleza de cada aportaci3n, ya sea como capital o como préstamo. Una vez efectuada esta calificaci3n previa, los rendimientos de cada aportaci3n se calificarán de conformidad con lo dispuesto en los arts. 10 y 11, tributando los intereses devengados por el endeudamiento excesivo como dividendos en el Estado de la fuente.

Por otra parte, parece lógico pensar que el Estado de residencia pueda mostrarse reticente a aceptar la calificaci3n como dividendo del interés en virtud de la norma del Estado de la fuente en materia de subcapitalizaci3n. Tal y como afirma VOGEL⁶², el Estado de residencia tiene en principio la obligaci3n de aceptar la calificaci3n del Estado de la fuente. Ahora bien, puesto que la calificaci3n como dividendo se deriva esencialmente de las correcciones realizadas en la base imponible de la sociedad pagadora con base a lo dispuesto en el art. 9 del Modelo, si bien el Estado de residencia no podrá discutir la calificaci3n como dividendo, sí que podrá en cambio plantearse el ajuste realizado conforme al art. 9.

Ciertamente, en caso de disconformidad con el ajuste realizado, tampoco se debe aceptar la calificaci3n como dividendo, puesto que lo primero es consecuencia de lo segundo. No obstante, el único motivo que puede justificar la negativa es que el ajuste no haya respetado el principio de independencia. Si materialmente este principio ha sido respetado, las medidas que se han de aplicar para eliminar la doble imposici3n jurídica y, en su caso, económica, serán inevitablemente las previstas para los dividendos.

Con carácter general, los Comentarios al Modelo OCDE distinguen a este respecto dos supuestos. En primer término, cuando los métodos para eliminar la doble imposici3n del Convenio establecen expresamente su aplicaci3n “a las rentas definidas como dividendos en el art. 10 o a los elementos de renta contemplados en el art. 10”. En este primer caso el Estado de residencia tendrá la obligaci3n de autorizar la aplicaci3n de estos métodos si el ajuste en la fuente ha respetado los parámetros establecidos en el art. 9 del Modelo de Convenio. De conformidad con el segundo supuesto, los métodos para eliminar la doble imposici3n previstos en el Convenio no se remiten a las categorías de rentas reguladas en el mismo, concretamente al artículo previsto que define el concepto de dividendos. Las normas en esta materia del Convenio se remiten al concepto de dividendos previsto en la legislaci3n interna del Estado de residencia, y no al previsto en el Convenio.

Cuando el Convenio se remite a la legislaci3n del Estado de residencia, el rendimiento se calificará en principio de acuerdo con la legislaci3n de este último Estado. El Estado de residencia habrá de aplicar el método para eliminar la doble imposici3n previsto en el Convenio de acuerdo con la calificaci3n del rendimiento que otorgue su ordenamiento. ¿Qué significa ello? Que solamente si su ordenamiento califica como dividendo el rendi-

⁶² VOGEL, K., *On Double Tax Conventions*, ob. cit., pág. 649. Subraya este autor que el art. 10 del Modelo remite a la legislaci3n del Estado de la fuente, por lo que la Ley del Estado de la fuente se convierte en Ley del Tratado, sin dejar margen alguno para que el Estado de residencia califique el rendimiento de manera distinta.

miento obtenido en la fuente el contribuyente podrá acogerse a las medidas previstas para eliminar la doble imposición en materia de dividendos.

Lo que los Comentarios pretenden sin embargo es que, bajo determinadas circunstancias, se produzca en este supuesto un tratamiento paralelo en ambos Estados, contemplando al efecto tres posibles circunstancias en las que el Estado de residencia debería admitir la calificación otorgada por el Estado de la fuente, a pesar de que no coincida con la de su legislación: cuando el Estado de la fuente hubiera tratado el interés como dividendo en virtud de lo dispuesto por el art. 9 del Modelo; cuando el Estado de residencia disponga de normas análogas en materia de subcapitalización y cuando el Estado de residencia considere adecuado tratar el interés como dividendo.

Considera SANZ GADEA⁶³ que el primer supuesto presenta un carácter obligatorio, en tanto en cuanto el art. 9.2 del Modelo de Convenio obliga al Estado de residencia a efectuar un “ajuste apropiado”. Respecto a los otros dos supuestos, afirma el autor que *“revis-ten cierta ambigüedad y, en definitiva, las acciones para evitar la doble imposición que pueda adoptar el Estado de residencia en consideración de los mismos no parece que deriven de la fuerza obligatoria del convenio, sino de prácticas de conducta leal en las relaciones fiscales”*.

Desde nuestro punto de vista, el hecho de que los métodos para eliminar la doble imposición se remitan al concepto de dividendos recogido en el Convenio no exonera del cumplimiento de las exigencias del art. 9, puesto que en definitiva la calificación como dividendo procede del ajuste realizado en la base imponible. En consecuencia, el Estado de residencia podrá negarse a su aplicación si estima que dicho ajuste en la fuente no respeta los parámetros del art. 9. Si el Convenio se remite a la legislación interna del Estado de residencia, tal y como señalan los Comentarios, estimamos que el ajuste podrá venir a través de la vía del art. 9.2 del Convenio.⁶⁴

En conclusión, si los ajustes realizados en la base imponible de la sociedad pagadora respetan el art. 9 del Modelo, el Estado de residencia tendrá la obligación de otorgar a los intereses recalificados la consideración de dividendos en virtud de una norma en materia de subcapitalización del Estado de la fuente.

Como es sabido, **la norma española sólo toma en consideración el endeudamiento con no residentes**. El art. 2.siete de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, confirió una nueva redacción al citado art. 20.3 de la LIS con efectos desde el 1-1-2002 permitiendo propuestas de coeficientes de subcapitalización distintas del establecido con carácter general cualquiera que fuese el país o territorio en el que residan las entidades con las que se hubieran establecido las relaciones financieras vinculadas, y exceptuando el supuesto de aquellos calificados reglamentariamente como paraísos fiscales. En base a esta modificación por tanto, cualquier sujeto pasi-

⁶³ SANZ GADEA, E., “La subcapitalización”, ob. cit., pág. 25.

⁶⁴ De este modo, la posibilidad de que el Estado de residencia acepte el ajuste se incrementará en la medida en que sus normas en materia de subcapitalización se asimilen al Estado de la fuente. Esta circunstancia contribuirá a la aceptación del ajuste, con independencia de que el único parámetro válido sea el principio de independencia.

vo podrá instar una propuesta de coeficiente distinto, y ello con independencia de que medie o no la aplicación de un convenio.

Tal y como se ha indicado, la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para 2004 establece la no aplicación de las normas reguladoras de la subcapitalización cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo si residen en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

Lógicamente, estas consideraciones resultan relevantes cuando el Estado de residencia del perceptor del rendimiento ha celebrado un convenio para evitar la doble imposición que introduce una disposición de carácter similar a la prevista en el art. 24 del Modelo OCDE. ¿Cómo cabe articular la compatibilidad entre las referidas normas internas y lo dispuesto a este respecto en los arts. 9 y 24 del Modelo de Convenio OCDE? ¿Es posible hablar de una vulneración del “principio de no discriminación” entre residentes y no residentes postulado por la OCDE al producirse una aplicación exclusiva de la norma de subcapitalización a las operaciones efectuadas por residentes con otras entidades no residentes?

El art. 24 del Modelo de Convenio (relativo a la no discriminación) dispone en su apartado cuatro que *“los intereses pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de dicha empresa en las mismas condiciones que si hubieran sido pagados a un residente del Estado mencionado en primer lugar. Igualmente, las deudas de una empresa de un Estado contratante contraídas con un residente del otro Estado contratante serán deducibles para la determinación del patrimonio imponible de dicha empresa en las mismas condiciones que si se hubieran contraído con un residente del Estado mencionado en primer lugar”*.

Con carácter general, el apartado 4º de este precepto tiene por objeto eliminar una práctica frecuente en algunos Estados consistente en aceptar la deducción de determinadas partidas cuando el beneficiario resulta ser un residente, negándola cuando se trata de un no residente. El Modelo de Convenio sólo admite dicha negativa cuando la misma se justifique en razón de un ajuste realizado de conformidad con lo dispuesto por el art. 9 del Modelo. Resulta necesario por tanto para poder admitir la compatibilidad que el ajuste se realice sobre la base del principio de independencia.

Obsérvese que este apartado 4º del art. 24 del Modelo de Convenio no está negando en realidad la deducibilidad de interés alguno, sino que simplemente está sometiendo un rendimiento al régimen jurídico que le es propio a la luz de la naturaleza correspondiente a la aportación de la que procede. Su verdadera naturaleza se va a determinar utilizando como parámetro el principio de independencia.

A tenor de esta consideración, podría afirmarse que los ajustes realizados en virtud de lo dispuesto por el art. 9 del Modelo no articulan un tratamiento discriminatorio autorizado por el art. 24.4, sino que simplemente establecen una serie de reglas para determinar correctamente los beneficios de las sociedades vinculadas cuando sus transacciones no se ajustan al principio de independencia. Lo que este art. 24.4 prohíbe es que las normas

internas reguladoras de los ajustes que el art. 9 autoriza no sólo resulten aplicables cuando las operaciones se realizan con no residentes. Se pretende así que este tipo de normas internas resulten de aplicación tanto si se producen en el ámbito interno como en el ámbito internacional. Si únicamente inciden sobre los no residentes, aunque los ajustes respeten el principio de independencia, la norma interna resultará incompatible con esta parte del Convenio.⁶⁵

Cabe plantearse a este respecto la posibilidad de que baste con que el ajuste realizado por la norma en materia de subcapitalización respete el principio de independencia para que la norma interna resulte admisible, sin que sea necesario además tomar en consideración el endeudamiento con residentes. A nuestro juicio, una interpretación sistemática del art. 24.4 demanda la exigencia de los dos requisitos, conformidad con el principio de no independencia y aplicación tanto a residentes como a no residentes. En consecuencia, para que la norma interna en esta materia sea compatible con los términos del art. 24.4 debe aplicarse a los residentes, además de ajustarse al principio de independencia.⁶⁶

El propio art. 24.4 establece que lo dispuesto en el mismo no resultará de aplicación cuando entre las empresas existan condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, esto es, cuando deba aplicarse lo dispuesto por el párrafo 1º del art. 9 del Modelo de Convenio, al que nos hemos referido con anterioridad. La eventual aplicación del art. 24 cede en este caso ante otra disposición de carácter más específico, el art. 9.1, que permite corregir los beneficios de empresas asociadas o vinculadas, siendo de este modo aplicables las normas internas sobre subcapitalización.

Así las cosas, si el interés recibe un tratamiento de un dividendo como consecuencia de aplicar las disposiciones sobre la subcapitalización en relación con las normas sobre los intereses y los cánones, que permiten rectificar su importe cuando no sean los normales entre personas independientes y se trate de empresas vinculadas, no habrá vulneración del principio de no discriminación.

La Dirección General de Tributos (DGT) ha manifestado que el art. 24.4 no prohíbe en ningún caso al Estado español recalificar como dividendos los intereses en aplicación de lo dispuesto por el art. 20 del nuevo Texto Refundido⁶⁷, siempre que esta disposición resulte compatible con el art. 9.1 del Convenio. También el TEAR de Madrid tiene declarado en

⁶⁵ Tal y como señala VOGEL, K., *On Double Tax Conventions*, ob. cit., pág. 1326, "la norma en materia de subcapitalización debe respetar tanto el art. 9 del Modelo como aplicarse también a los sujetos residentes".

⁶⁶ Con carácter general, el trato discriminatorio que sufren los no residentes deriva indirectamente del régimen fiscal que soportan dividendos e intereses. Los no residentes se encuentran en una posición menos ventajosa a la hora de financiar una entidad porque los intereses satisfechos por el prestatario corren el riesgo de no ser deducibles en virtud de la norma en materia de subcapitalización, prefiriendo la sociedad endeudarse con sujetos residentes ante la evidencia de ese riesgo. Precisamente para eliminar este obstáculo, el Modelo exige igualdad de trato, lo que no se conseguiría si la norma se aplicase exclusivamente a no residentes.

⁶⁷ Esta medida estaba recogida con anterioridad en el art. 16.9 de la antigua Ley 61/1978 de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades.

Resolución de 22-7-1997 que la norma sobre subcapitalización es compatible con los convenios para evitar la doble imposición internacional.

A juicio de CALDERÓN CARRERO⁶⁸, la aplicación de la norma española anti-subcapitalización genera una discriminación injustificada por cuanto sólo afecta a las relaciones entre sociedades residentes con otras no residentes, pero no a aquellas relaciones que únicamente se dan entre entidades residentes. Señala este autor que *“habiendo optado el legislador español por aplicar esta normativa anti-subcapitalización únicamente allí donde el prestamista es no residente, ello puede implicar una diferencia de trato injustificada y, por tanto, antijurídica, ya que de una parte también puede producirse este fenómeno a nivel interno, y de otra parece carente de justificación que ésta opere en relación con los préstamos realizados por un establecimiento permanente ubicado en España perteneciente a una entidad no residente en favor de una sociedad residente en nuestro territorio”*.

En un sentido contrario, sostiene MORENO FERNÁNDEZ⁶⁹ que no se produce vulneración alguna del principio de no discriminación previsto por la OCDE en la medida en que éste solo resulta de aplicación para el trato que la normativa interna de un Estado pueda dispensar a los residentes de otro Estado firmante del Convenio de Doble Imposición (CDI). Estamos de acuerdo con esta apreciación. Téngase presente que la regla de subcapitalización española afecta exclusivamente a la entidad residente en España, la cual no puede deducirse como gasto aquello que ha configurado como un interés, adquiriendo la consideración de dividendo y quedando por tanto sujeto a imposición en España. No afecta por el contrario a la no residente, que quedará sujeta a su propia normativa, la cual podrá aceptar o no la recalificación de los intereses en dividendos efectuada en territorio español.

¿Qué sucede en relación con los establecimientos permanentes residentes en España de entidades no residentes? En principio los establecimientos permanentes situados en el Estado de la fuente que pertenezcan a sujetos residentes en el otro Estado parte del convenio “no serán sometidos a imposición en el primer Estado de manera menos favorable que las empresas de este otro Estado que realicen las mismas actividades”.

El problema puede plantearse sin embargo cuando el préstamo proceda de un establecimiento permanente situado en España. El art. 20 del RDL es aplicable en estos casos, por lo que los intereses recibidos por el establecimiento permanente serán tratados como dividendos. Los sujetos residentes no se ven afectados por la norma, pudiendo la sociedad prestataria deducirse plenamente los intereses pagados. En cambio, los intereses recalificados como dividendos percibidos por el establecimiento permanente sufren un gravamen superior, al producirse doble imposición económica. La tributación sufrida solamente se igualará con la de los residentes si puede practicarse íntegramente la deducción por doble

⁶⁸ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad de los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario”, ob. cit., pág. 23.

⁶⁹ MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La tributación de las operaciones vinculadas*, ob. cit., pág. 121.

imposición de dividendos del art. 30 del RDL 4/2004, de 5 de marzo. En caso contrario, se recibiría un tratamiento incompatible con el convenio.

¿Podría producirse una vulneración del “principio de no discriminación” en la medida en que, tratándose de empresas que residen en España, se hayan sometidas a distinto gravamen? MORENO FERNÁNDEZ⁷⁰ y CALDERÓN CARRERO⁷¹ apuntan esta posibilidad. Manifiestan ambos autores que en presencia de un CDI, y dado el carácter preferente que tiene ésta en su aplicación, a menos que se haya neutralizado expresamente la eficacia del principio de no discriminación por no recogerse en el CDI o por dar prioridad a la regla anti-subcapitalización sobre el mismo, se producirá una discriminación.⁷² ■

⁷⁰ MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La tributación de las operaciones vinculadas*, ob. cit., págs. 122 y 123.

⁷¹ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad de los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario”, ob. cit., pág. 36.

⁷² Realmente la razón por la que el legislador español no distingue entre no residentes con o sin establecimiento permanente en orden a la aplicación de la norma antisubcapitalización parece estar conectada con la amplitud del concepto de establecimiento permanente que adopta el art. 13 del RDL 5/2004, de 5 de marzo. Piénsese que si se hubiese excluido del ámbito de aplicación de la norma sobre subcapitalización a las entidades que operan en territorio español mediante establecimiento permanente, bastaría con designar a una persona en territorio español que actuase en nombre y por cuenta de la entidad no residente para crear la apariencia de establecimiento permanente y, de este modo, eludir la norma antisubcapitalización.



ESTUDIOS

■ **La relación entre el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre la Renta en España: ¿paradoja del dividendo o de la dotación a reservas?**

■ José Manuel Domínguez Martínez

Catedrático de Hacienda Pública de la Universidad de Málaga.
Miembro de la AEDAF

■ **SUMARIO:**

1. Introducción
2. Dividendos vs. retención de beneficios: comparación de la tributación
3. Análisis cuantitativo
4. Conclusiones
5. Referencias bibliográficas

I. Introducción

Habitualmente, en los manuales de Hacienda Pública y de Economía del Sector Público la denominada *paradoja del dividendo* tiene un lugar reservado dentro del tratamiento del impuesto sobre sociedades (IS) y, en particular, del análisis de las implicaciones de este tributo para las decisiones empresariales. Como es bien sabido, dicha paradoja ilustra la política societaria de distribuir los excedentes netos de impuestos como dividendos, decisión que contraviene las pautas que cabría esperar a tenor de un tratamiento fiscal que discrimina la distribución de beneficios en comparación con su retención como reservas y su posterior materialización por la vía de la realización de las ganancias de capital incorporadas en las acciones. En palabras de Stiglitz (2000, pág. 663), “*el misterio de por qué las empresas reparten dividendos, cuando podrían distribuirse los fondos del sector societario al familiar a través de vías que permitirían afrontar menores obligaciones impositivas ... es llamado ... la paradoja del dividendo*”.

Evidentemente, el análisis de dicho fenómeno no puede abstraerse del marco fiscal aplicable y, en particular, de cuál sea la relación establecida entre el IS y el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), así como del tratamiento otorgado a las ganancias de capital¹. La existencia de tipos de gravamen progresivos en la imposición personal y de preferencias fiscales a favor de las plusvalías puede propiciar la aparición del denominado *efecto clientela*, en virtud del cual los ahorradores basarán sus decisiones de compra de acciones de sociedades en función de sus pautas de distribución del excedente neto de impuestos².

El propósito del presente trabajo es analizar la situación existente en España, respecto a la asignación de beneficios societarios, a raíz de la reforma del IRPF introducida en el año 2003, en la que se han reducido los tipos impositivos marginales y el aplicable a las ganancias de capital generadas en más de un año, y se ha mantenido el sistema de relación entre el IS y el IRPF vigente desde 1995.

El trabajo se estructura de la siguiente manera: en primer término se procede a confrontar de forma genérica, para el caso español, las opciones correspondientes al reparto de beneficios societarios y a su retención como reservas. Posteriormente se efectúa un análisis cuantitativo en el que se contemplan distintos escenarios de tipos impositivos marginales y de plazo temporal. Los enfoques utilizados se basan en el cómputo de la tributación total en términos de valor presente y en el cálculo de las tasas internas de rentabilidad obtenidas por los inversores. El trabajo finaliza con una reseña de las conclusiones alcanzadas.

¹ La *paradoja del dividendo* ha sido estudiada especialmente en relación con Estados Unidos, país donde se ha venido aplicando el sistema clásico o de independencia total entre el IS y el IRPF. Un exposición teórica se ofrece en Albi et al. (2000, págs. 165-167).

² Vid. Rosen (2002, pág. 412).

2. Dividendos vs. retención de beneficios: comparación de la tributación

Desde el año 1995 está vigente en España, sin que haya sufrido ninguna variación en las reformas fiscales subsiguientes, un sistema de relación entre el IS y el IRPF que encaja dentro de los métodos de integración parcial. Concretamente, el sistema aplicado puede catalogarse como de crédito total por dividendo percibido (imputación), aunque con la particularidad de que el importe del dividendo bruto (antes de IS) se determina a tanto alzado mediante la aplicación de un coeficiente estándar (1,4 cuando el tipo del IS es el general, actualmente, el 35%) sobre el dividendo percibido (neto de IS). El dividendo percibido más el IS correspondiente, determinado de esta manera, debe incorporarse como rendimiento del capital mobiliario a la base imponible general del contribuyente, tributando, por consiguiente, en función de su tipo de gravamen marginal (15%, 24%, 28%, 37% o 45% en el año 2003)³. El contribuyente tiene derecho a deducir en la cuota del IRPF la diferencia entre el dividendo declarado y el realmente percibido, con lo que se consigue que los dividendos tributen única y exclusivamente, en última instancia, en función del IRPF de cada accionista, evitando así el problema de la doble imposición⁴.

En caso de la que la sociedad decida asignar los beneficios netos a reservas⁵, el incremento correspondiente en el valor de las acciones no tiene efectos tributarios para los accionistas en tanto éstos no se desprendan de sus acciones. Las rentas obtenidas en las transmisiones de acciones tienen la consideración de ganancias patrimoniales, determinadas como la diferencia entre el valor de enajenación y el de adquisición⁶. Las ganancias de capital generadas en un plazo igual o inferior a un año se integran en la base imponible general y tributan según el tipo marginal del contribuyente. Por el contrario, las que superen dicho plazo se integran en la base imponible especial y tributan al tipo fijo del 15%. Aunque las plusvalías se vean favorecidas por el aplazamiento de la obligación tributaria y sean gravadas al tipo más bajo de la tarifa del IRPF, no se efectúa ninguna corrección de la doble imposición que recae sobre los beneficios societarios retenidos⁷.

³ Para rendimientos de cierta cuantía, en caso de superarse la amplitud de un intervalo de la escala de gravamen, procedería calcular el tipo impositivo marginal medio. Por otro lado, las comunidades autónomas pueden asumir competencias sobre la escala autonómica aplicable a la base liquidable regular.

⁴ El coeficiente aplicable considera implícitamente que los beneficios societarios soportan un gravamen efectivo del 28,6%. La corrección total de la doble imposición, para un tipo de gravamen del 35%, exigiría la aplicación de un coeficiente de 1,54. El sistema aplicado corrige la doble imposición (legal o nominal) en un 75%. Vid. Domínguez Martínez (1995). Un análisis teórico se lleva a cabo en Bustos y Pedraja (1999).

⁵ La legislación mercantil española obliga a las sociedades anónimas a destinar a reserva legal una cifra igual al 10% del beneficio del ejercicio hasta alcanzar, al menos, el 20% del capital social. Otras asignaciones a reservas pueden tener carácter estatutario o voluntario.

⁶ La determinación de la ganancia patrimonial difiere según se trate de valores admitidos o no a cotización en los mercados secundarios oficiales. En el primer caso es de aplicación, como valor de transmisión, el de la cotización en dichos mercados. En el segundo, el efectivamente satisfecho, siempre que corresponda a condiciones normales de mercado. De lo contrario, no podrá ser inferior al mayor de los siguientes valores: teórico; resultante de capitalizar al 20% el promedio de los resultados de los tres últimos ejercicios sociales cerrados.

⁷ Mientras que la doble imposición de los dividendos es corregida en numerosos países desarrollados, sólo Noruega ha introducido un método para evitar la doble imposición sobre los beneficios retenidos, según el cual las plusvalías sólo son gravadas en la medida en que el incremento en el valor de mercado de la compañía exceda del aumento en el importe de los beneficios retenidos. Por su parte, Nueva Zelanda ha suprimido la imposición sobre las ganancias de capital registradas en acciones. Vid. van den Noord y Heady (2001, pág. 55). En España, para la determinación de las ganancias patrimoniales procedentes de la transmisión de valores o participaciones en el capital de sociedades patrimoniales, por personas físicas, el importe de los beneficios sociales no distribuidos se añade al valor de adquisición.

Sea l el importe de la inversión en una sociedad (coincidente con el valor nominal de una acción), b la tasa anual de beneficio empresarial medido sobre sus recursos propios, t_s el tipo de gravamen del IS (0,35), t_r el tipo de gravamen marginal de un accionista en el IRPF, y t_{gc} el tipo de gravamen de las ganancias de capital.

La tributación total de las rentas derivadas de dicha inversión en un solo ejercicio será la siguiente:

Reparto de dividendos:

$$T_D = t_s l b + t_r l,4[(1-t_s)b] - 0,4[(1-t_s)b] \quad [1]$$

Asignación a reservas⁸:

$$T_R = t_s l b + t_{gc}[(1-t_s)b] \quad [2]$$

Dado que, si no se supera el plazo de 1 año, $t_{gc} = t_r$, la expresión [1] será siempre inferior a la [2]⁹.

Si la inversión se mantiene durante n años, la tributación en términos de valor presente será la siguiente, siendo r la tasa de descuento:

Reparto de dividendos:

$$T_D = \sum_{i=1}^n \frac{t_s l b}{(1+r)^i} + \sum_{i=1}^n \frac{t_r l,4[(1-t_s)b] - 0,4[(1-t_s)b]}{(1+r)^i} \quad [3]$$

Asignación a reservas:

$$T_R = \sum_{i=1}^n \frac{t_s l b[1 + (1-t_s)b]^{i-1}}{(1+r)^i} + \frac{t_{gc} \{[1 + (1-t_s)b]^n - 1\}}{(1+r)^n} \quad [4]$$

De la comparación de los primeros sumandos de las anteriores expresiones se desprende que la tributación por el IS será siempre superior en el caso de la asignación de beneficios a reservas, si bien no debe perderse de vista que la tributación adicional obedece a que el IS se aplica sobre una base más amplia, ya que los beneficios retenidos permiten generar una rentabilidad superior:

Por lo que concierne a la tributación por IRPF, es preciso determinar el signo de la diferencia entre los segundos sumandos de las expresiones [3] y [4], que puede escribirse como:

⁸ Se considera que la ganancia de capital responde estrictamente a la acumulación de valor.

⁹ Los beneficios netos de IS tributarán en el IRPF según $1,4t_r - 0,4$, y t_r , respectivamente. Para cualquier $t_r < 1$, prevalecerá la desigualdad en el sentido apuntado.

$$\begin{aligned} & (t_r, 0, 9| - 0,26)b \sum_{i=1}^n \frac{1}{(1+r)^i} - \frac{0,15[(1+0,65b)^n - 1]}{(1+r)^n} = \\ & = \left\{ (t_r, 0, 9| - 0,26)b \sum_{i=1}^n \frac{1}{(1+r)^i} - 0,15 \left[\frac{(1+0,65b)^n - 1}{(1+r)^n} \right] \right\} \end{aligned} \quad [5]$$

Operando en [5], y considerando $l = 1$, se obtiene:

$$\begin{aligned} & (t_r, 0, 9| - 0,26)b \frac{\frac{1}{(1+r)^n} - 1}{-r} - 0,15 \left[\frac{(1+0,65b)^n - 1}{(1+r)^n} \right] = \\ & = \frac{1}{(1+r)^n} \left\{ (t_r, 0, 9| - 0,26)b \frac{1 - (1+r)^n}{-r} - 0,15 [(1+0,65b)^n - 1] \right\} \end{aligned} \quad [6]$$

De donde:

$$\frac{1}{(1+r)^n} \left\{ (t_r, 0, 9| - 0,26)b \left[\frac{(1+r)^n}{r} - \frac{1}{r} \right] - 0,15 [(1+0,65b)^n - 1] \right\} \quad [7]$$

De [7] se desprende que la diferencia entre la tributación por IRPF correspondiente a los dividendos y la de los beneficios retenidos será negativa si el tipo impositivo marginal del IRPF es igual o inferior al 28,6%¹⁰. Para tipos superiores los dos términos de la expresión entre llaves presentan signos contrapuestos, por lo que no puede deducirse *a priori* qué opción resulta más favorecida. Si se adopta el supuesto de que $r = 0,65b$, el valor de t_r , que lleva a la misma tributación es 39,3%¹¹. A partir de este nivel, los beneficios retenidos soportan una menor tributación absoluta en términos de valor presente que los dividendos.

Ahora bien, aunque el análisis anterior pueda ser ilustrativo de las respectivas cargas impositivas, presenta el inconveniente de no atender a las bases impositivas –no coincidentes– que las generan. Resulta, por tanto, necesario utilizar otro enfoque que permita confrontar las rentas netas recibidas por el inversor, en uno y otro caso, en términos de valor presente¹². A continuación se escriben las expresiones del valor actual neto (VAN) derivado de la inversión de un importe l , durante n años, en una sociedad que reparte la totalidad de beneficios como dividendos (VAN_D) y, alternativamente, los asigna a reservas (VAN_R):

Reparto de dividendos:

$$VAN_D = -l + (1 - t_s)b \sum_{i=1}^n \frac{1}{(1+r)^i} - \sum_{i=1}^n \frac{t_r l, 4[(1 - t_s)b] - 0, 4[(1 - t_s)b]}{(1+r)^i} + \frac{l}{(1+r)^n} \quad [8]$$

¹⁰ Dado que 28,6% es el tipo del IS implícito en el sistema de integración utilizado, los contribuyentes con tipos marginales en el IRPF inferiores recuperan parte del IS pagado sobre los dividendos.

¹¹ Dicho supuesto lleva a que la expresión [5], igualada a 0 y con $l = 1$, sea igual a $1,4t_r - 0,4 - 0,15$, o, lo que es lo mismo, la diferencia entre [1] y [2] con $t_{gc} = 0,15$. El tipo impositivo obtenido es, pues, independiente del plazo temporal.

¹² Un planteamiento general de este tipo de análisis se ofrece en Domínguez Barrero y López Laborda (2001).

Asignación a reservas:

$$VAN_R = -I + \frac{I[1 + (1 - t_s)b]^n}{(1 + r)^n} - \frac{t_{gc}\{I[1 + (1 - t_s)b]^n - I\}}{(1 + r)^n} \quad [9]$$

La diferencia entre las expresiones [8] y [9], con $I = 1$, vendrá dada por:

$$\begin{aligned} & 0,65b \left[\frac{1 - \frac{1}{(1+r)^n}}{r} \right] + \frac{1}{(1+r)^n} - \frac{(1 + 0,65b)^n}{(1+r)^n} - \\ & -(t_r 0,91 - 0,26)b \left[\frac{1 - \frac{1}{(1+r)^n}}{r} \right] + \frac{0,15[(1 + 0,65b)^n - 1]}{(1+r)^n} \end{aligned} \quad [10]$$

Si se adopta el supuesto de que $0,65b = r$, se obtiene:

$$-(t_r 0,91 - 0,26)b \left[\frac{1 - \frac{1}{(1+r)^n}}{r} \right] + 0,15 - \frac{0,15}{(1+r)^n} \quad [11]$$

Para $t_r \leq 0,286$, la expresión [11] presenta signo positivo, con lo que la opción de los dividendos resulta más ventajosa. Para $t_r > 0,286$, y a medida que aumenta t_r , la diferencia se hace más pequeña, hasta que se invierte el signo. El valor de t_r para que se anula la expresión [11] es 0,393, lo que coincide con lo ya concluido anteriormente al comparar las cargas tributarias. En caso de que r difiera de $0,65b$, se hace preciso realizar los cálculos¹³.

3. Análisis cuantitativo

En este apartado se procede inicialmente a efectuar una comparación de la tributación soportada por los dividendos y por las ganancias de capital correspondientes a la capitalización de beneficios. El escenario que se contempla es el siguiente: $I = 100$; $b = 0,05$; $r = 0,03$; $n = 1, 2 \dots 20$; $t_r = 0,15; 0,24; 0,28; 0,37$ y $0,45$; $t_{gc} = t_r$ ($n = 1$); $t_{gc} = 0,15$ ($n > 1$); $t_s = 0,35$. Se establece el supuesto de que, en el momento de la transmisión de las acciones, la ganancia de capital obtenida se corresponde estrictamente con los beneficios retenidos y capitalizados anualmente según $(1 - t_r)b$ ¹⁴. El objeto de los cálculos realizados es cuantificar el importe de la tributación total soportada, en términos de valor presente, en concepto de IS y de IRPF, por los beneficios derivados de una inversión inicial de 100 euros, en función de las dos alternativas contempladas.

¹³ Si $r > 0,65b$, para el tipo impositivo señalado, la opción de los dividendos es igual o superior a la de las reservas; si $r < 0,65b$, se da la situación contraria.

¹⁴ En Bustos y Pedraja (2001) se analizan las implicaciones de las distintas valoraciones de las acciones.

El cuadro 1 recoge la tributación en concepto de IS en términos de valor presente. Los resultados obtenidos respecto a la tributación por el IRPF, que se ofrecen en el cuadro 2 y el gráfico 1, corroboran lo ya establecido en la sección precedente. En este sentido, para contribuyentes sujetos a tipos de gravamen marginales en el IRPF del 15%, 24%, 28% y 37%, la opción de los dividendos soporta una menor tributación en todos los casos contemplados¹⁵, si bien la ventaja respecto a la alternativa de la capitalización de beneficios disminuye con el tipo marginal. Para contribuyentes con tipo marginal del 45%, salvo para el caso de 1 año, se da la situación contraria¹⁶. Sólo para esta categoría de accionistas, entre las contempladas, las ventajas de tributación a un tipo fijo del 15% y el diferimiento de las obligaciones impositivas llegan a contrarrestar y a superar el efecto de la no corrección de la doble imposición en el caso de las ganancias de capital.

Cuadro 1.
Tributación por IS en términos de valor presente:
dividendos vs. dotaciones a reservas (a)

Plazo (años)	Div.	Res.	Dif.
1	1,70	1,70	0,00
2	3,35	3,40	-0,05
3	4,95	5,11	-0,16
4	6,50	6,82	-0,32
5	8,01	8,54	-0,52
6	9,48	10,26	-0,78
7	10,90	11,98	-1,08
8	12,28	13,71	-1,42
9	13,63	15,44	-1,81
10	14,93	17,18	-2,25
11	16,19	18,92	-2,73
12	17,42	20,66	-3,24
13	18,61	22,41	-3,80
14	19,77	24,17	-4,40
15	20,89	25,92	-5,03
16	21,98	27,68	-5,70
17	23,04	29,45	-6,41
18	24,07	31,22	-7,15
19	25,07	33,00	-7,93
20	26,04	34,78	-8,74

(a): cifras en euros; inversión: 100 euros; tasa de rentabilidad antes de impuesto: 5%; tasa de descuento: 3%; tipo impositivo IS: 35%.

¹⁵ En los tres primeros casos la tributación es, de hecho, negativa, en línea con lo anteriormente señalado.

¹⁶ González-Páramo y Badenes (2001, págs. 251-252) obtienen resultados equiparables utilizando la metodología de los tipos marginales efectivos.

Por último, el cuadro 3 muestra la tributación total por los dos impuestos considerados.

Por otro lado, se ha procedido a calcular las tasas internas de rentabilidad de la inversión efectuada en función de la alternativa de distribución de beneficios, del plazo temporal y del tipo de gravamen marginal del accionista en el IRPF. Las tasas calculadas son aquellas que igualan VAN_D y VAN_R a 0. El cuadro 4 muestra los resultados obtenidos. La alternativa de los dividendos arroja con carácter general unas tasas de rentabilidad superiores a las de las dotaciones a reservas y posterior materialización por la vía de las plusvalías, con la excepción de aquellos contribuyentes sujetos al tipo de gravamen marginal máximo en el IRPF, para los que se da la situación contraria. Ahora bien, la diferencia máxima, para períodos de tiempo muy amplios, sólo llega a situarse en 0,37 puntos porcentuales, lo que, sin duda, constituiría una prima de riesgo considerablemente baja¹⁷. La adición de una prima de riesgo algo más elevada llevaría a excluir la opción de la capitalización de beneficios para cualquier inversor¹⁸.

A partir de los resultados obtenidos, puede afirmarse que el sistema de relación entre el IS y el IRPF vigente en España, con excepción de los accionistas sometidos al tipo de gravamen marginal máximo en el IRPF, lleva a una situación contraria a la ilustrada por el fenómeno de la *paradoja del dividendo*. Si nos ceñimos estrictamente a consideraciones relativas al tratamiento fiscal, el reparto de beneficios societarios como dividendos constituye una opción más ventajosa que la retención de tales beneficios para la generalidad de los accionistas¹⁹. La corrección, aunque no completa, de la doble imposición de los dividendos supera, salvo en el caso señalado, las ventajas del aplazamiento de las obligaciones tributarias y del gravamen según el tipo mínimo de la tarifa de las que se benefician las ganancias de capital²⁰. Si a lo anterior unimos las desventajas inherentes a la retención de beneficios (no percepción de rendimientos efectivos hasta el momento de la realización de las plusvalías, incertidumbre acerca del régimen fiscal aplicable en el futuro, riesgo de que el incremento de valor derivado de las dotaciones a reservas pueda verse mermado por otros factores en el momento de la realización...), la posición relativa de la opción de los dividendos queda fortalecida, y podría llegar a ser la única opción esperable (más allá de las asignaciones a la reserva legal) en un contexto de cierta aversión al riesgo.

¹⁷ A título de ejemplo, en el año 2002, la diferencia entre los tipos de interés de préstamos al consumo y los de préstamos hipotecarios a familias en el área de la zona euro fue de 4,24 puntos porcentuales (cifra equivalente al 76,5% del tipo aplicable a la primera modalidad de préstamos). Vid. Amerini (2003, pág. 6).

¹⁸ Bustos y Pedraja (2001) ponen de manifiesto cómo la introducción de incertidumbre hace incrementar, en comparación con el caso general de ausencia de riesgo, el nivel de ingresos que hace preferir el ahorro empresarial a los dividendos.

¹⁹ No puede dejar de mencionarse el nivel relativamente bajo a partir del cual se aplica el tipo máximo del IRPF (45.001 euros de base liquidable en 2003).

²⁰ En su análisis sobre la incidencia de la reforma del IRPF de 1999, González-Páramo y Badenes (2000, pág. 95), concluyen que, "en el caso de las acciones, la reforma ha reforzado la discriminación de las plusvalías frente a los dividendos, con excepción de los ahorradores de renta alta y plusvalías a más de dos años, lo que viene a intensificar los incentivos a la formación de clientelas de ahorradores: pocos individuos de renta media y baja tienen incentivos a adquirir acciones, y cuando lo hacen la decisión más razonable –teniendo en cuenta el tratamiento fiscal– será inclinarse por los títulos de compañías que reparten todo el beneficio como dividendo".

Cuadro 2.
Tributación por IRPF en términos de valor presente: dividendos vs. dotaciones a reservas (a)

PLAZO (AÑOS)	tipo marginal IRPF: 15%			tipo marginal IRPF: 24%			tipo marginal IRPF: 28%			tipo marginal IRPF: 37%			tipo marginal IRPF: 45%		
	DIV.	RES.	DIF.	DIV.	RES.	DIF.	DIV.	RES.	DIF.	DIV.	RES.	DIF.	DIV.	RES.	DIF.
1	-0,60	0,47	-1,07	-0,20	0,76	-0,96	-0,03	0,88	-0,91	0,37	1,17	-0,80	0,73	1,42	-0,69
2	-1,18	0,93	-2,12	-0,40	0,93	-1,33	-0,05	0,93	-0,98	0,73	0,93	-0,20	1,43	0,93	0,50
3	-1,75	1,38	-3,13	-0,59	1,38	-1,97	-0,07	1,38	-1,46	1,08	1,38	-0,30	2,11	1,38	0,73
4	-2,30	1,82	-4,11	-0,77	1,82	-2,59	-0,10	1,82	-1,92	1,43	1,82	-0,39	2,78	1,82	0,96
5	-2,83	2,24	-5,07	-0,95	2,24	-3,20	-0,12	2,24	-2,36	1,76	2,24	-0,49	3,42	2,24	1,18
6	-3,35	2,66	-6,00	-1,13	2,66	-3,78	-0,14	2,66	-2,80	2,08	2,66	-0,58	4,05	2,66	1,39
7	-3,85	3,06	-6,91	-1,30	3,06	-4,36	-0,16	3,06	-3,22	2,39	3,06	-0,67	4,66	3,06	1,60
8	-4,33	3,45	-7,79	-1,46	3,45	-4,91	-0,18	3,45	-3,64	2,69	3,45	-0,76	5,25	3,45	1,79
9	-4,81	3,83	-8,64	-1,62	3,83	-5,45	-0,20	3,83	-4,04	2,99	3,83	-0,85	5,82	3,83	1,99
10	-5,27	4,21	-9,47	-1,77	4,21	-5,98	-0,22	4,21	-4,43	3,27	4,21	-0,94	6,38	4,21	2,17
11	-5,71	4,57	-10,28	-1,92	4,57	-6,49	-0,24	4,57	-4,81	3,55	4,57	-1,02	6,92	4,57	2,35
12	-6,15	4,92	-11,07	-2,07	4,92	-6,99	-0,26	4,92	-5,18	3,82	4,92	-1,10	7,44	4,92	2,52
13	-6,57	5,27	-11,83	-2,21	5,27	-7,48	-0,28	5,27	-5,54	4,08	5,27	-1,19	7,95	5,27	2,68
14	-6,98	5,60	-12,58	-2,35	5,60	-7,95	-0,29	5,60	-5,89	4,33	5,60	-1,27	8,44	5,60	2,84
15	-7,37	5,93	-13,30	-2,48	5,93	-8,41	-0,31	5,93	-6,24	4,58	5,93	-1,35	8,92	5,93	3,00
16	-7,76	6,25	-14,00	-2,61	6,25	-8,86	-0,33	6,25	-6,57	4,82	6,25	-1,43	9,39	6,25	3,14
17	-8,13	6,56	-14,69	-2,74	6,56	-9,29	-0,34	6,56	-6,90	5,05	6,56	-1,51	9,84	6,56	3,29
18	-8,49	6,86	-15,35	-2,86	6,86	-9,72	-0,36	6,86	-7,22	5,27	6,86	-1,58	10,28	6,86	3,42
19	-8,84	7,15	-16,00	-2,98	7,15	-10,13	-0,37	7,15	-7,53	5,49	7,15	-1,66	10,71	7,15	3,55
20	-9,19	7,44	-16,63	-3,09	7,44	-10,53	-0,39	7,44	-7,83	5,71	7,44	-1,73	11,12	7,44	3,68

(a): cifras en euros; inversión: 100 euros; tasa de rentabilidad antes de impuesto: 5%; tasa de descuento: 3%; tipo impositivo IS: 35%.

Cuadro 3.
Tributación por IS e IRPF en términos de valor presente: dividendos vs. dotaciones a reservas (a)

PLAZO (AÑOS)	tipo marginal IRPF: 15%			tipo marginal IRPF: 24%			tipo marginal IRPF: 28%			tipo marginal IRPF: 37%			tipo marginal IRPF: 45%		
	DIV.	RES.	DIF.	DIV.	RES.	DIF.	DIV.	RES.	DIF.	DIV.	RES.	DIF.	DIV.	RES.	DIF.
1	1,10	2,17	-1,07	1,50	2,46	-0,96	1,67	2,58	-0,91	2,07	2,87	-0,80	2,42	3,12	-0,69
2	2,17	4,34	-2,17	2,95	4,34	-1,39	3,30	4,34	-1,04	4,08	4,34	-0,25	4,78	4,34	0,44
3	3,20	6,49	-3,29	4,36	6,49	-2,13	4,88	6,49	-1,62	6,03	6,49	-0,46	7,06	6,49	0,57
4	4,21	8,64	-4,43	5,73	8,64	-2,91	6,41	8,64	-2,23	7,93	8,64	-0,71	9,28	8,64	0,64
5	5,19	10,78	-5,59	7,06	10,78	-3,72	7,90	10,78	-2,88	9,77	10,78	-1,01	11,44	10,78	0,66
6	6,13	12,91	-6,78	8,35	12,91	-4,56	9,34	12,91	-3,57	11,56	12,91	-1,36	13,53	12,91	0,62
7	7,06	15,04	-7,98	9,61	15,04	-5,43	10,74	15,04	-4,30	13,29	15,04	-1,75	15,56	15,04	0,52
8	7,95	17,16	-9,21	10,82	17,16	-6,34	12,10	17,16	-5,06	14,98	17,16	-2,18	17,53	17,16	0,37
9	8,82	19,28	-10,46	12,01	19,28	-7,27	13,42	19,28	-5,85	16,61	19,28	-2,66	19,45	19,28	0,17
10	9,66	21,38	-11,72	13,15	21,38	-8,23	14,71	21,38	-6,68	18,20	21,38	-3,18	21,30	21,38	-0,08
11	10,48	23,49	-13,01	14,27	23,49	-9,22	15,95	23,49	-7,54	19,74	23,49	-3,75	23,11	23,49	-0,38
12	11,27	25,58	-14,31	15,35	25,58	-10,24	17,16	25,58	-8,42	21,24	25,58	-4,35	24,86	25,58	-0,72
13	12,04	27,68	-15,63	16,40	27,68	-11,28	18,33	27,68	-9,34	22,69	27,68	-4,99	26,56	27,68	-1,12
14	12,79	29,77	-16,97	17,42	29,77	-12,35	19,47	29,77	-10,29	24,10	29,77	-5,67	28,21	29,77	-1,55
15	13,52	31,85	-18,33	18,41	31,85	-13,44	20,58	31,85	-11,27	25,47	31,85	-6,38	29,81	31,85	-2,04
16	14,23	33,93	-19,71	19,37	33,93	-14,56	21,66	33,93	-12,28	26,80	33,93	-7,13	31,37	33,93	-2,56
17	14,91	36,01	-21,10	20,30	36,01	-15,70	22,70	36,01	-13,31	28,09	36,01	-7,92	32,88	36,01	-3,12
18	15,58	38,08	-22,50	21,21	38,08	-16,87	23,71	38,08	-14,37	29,34	38,08	-8,74	34,35	38,08	-3,73
19	16,22	40,15	-23,93	22,09	40,15	-18,06	24,69	40,15	-15,46	30,56	40,15	-9,59	35,77	40,15	-4,38
20	16,85	42,22	-25,37	22,94	42,22	-19,27	25,65	42,22	-16,57	31,74	42,22	-10,47	37,16	42,22	-5,06

(a): cifras en euros; inversión: 100 euros; tasa de rentabilidad antes de impuesto: 5%; tasa de descuento: 3%; tipo impositivo IS: 35%.

Cuadro 4.
Tasas internas de rentabilidad (%): dividendos vs. dotaciones a reservas (a)

PLAZO (AÑOS)	tipo marginal IRPF: 15%			tipo marginal IRPF: 24%			tipo marginal IRPF: 28%			tipo marginal IRPF: 37%			tipo marginal IRPF: 45%		
	DIV.	RES.	DIF.	DIV.	RES.	DIF.	DIV.	RES.	DIF.	DIV.	RES.	DIF.	DIV.	RES.	DIF.
1	3,87	2,76	1,11	3,46	2,46	1,00	3,27	2,35	0,92	2,87	2,05	0,82	2,50	1,79	0,71
2	3,87	2,77	1,10	3,46	2,77	0,69	3,27	2,77	0,50	2,87	2,77	0,10	2,50	2,77	-0,27
3	3,87	2,78	1,09	3,46	2,78	0,68	3,27	2,78	0,49	2,87	2,78	0,09	2,50	2,78	-0,28
4	3,87	2,78	1,09	3,46	2,78	0,68	3,27	2,78	0,49	2,87	2,78	0,09	2,50	2,78	-0,28
5	3,87	2,79	1,08	3,46	2,79	0,67	3,27	2,79	0,48	2,87	2,79	0,08	2,50	2,79	-0,29
6	3,87	2,80	1,07	3,46	2,80	0,66	3,27	2,80	0,47	2,87	2,80	0,07	2,50	2,80	-0,30
7	3,87	2,80	1,07	3,46	2,80	0,66	3,27	2,80	0,47	2,87	2,80	0,07	2,50	2,80	-0,30
8	3,87	2,81	1,06	3,46	2,81	0,65	3,27	2,81	0,46	2,87	2,81	0,06	2,50	2,81	-0,31
9	3,87	2,81	1,06	3,46	2,81	0,65	3,27	2,81	0,46	2,87	2,81	0,06	2,50	2,81	-0,31
10	3,87	2,82	1,05	3,46	2,82	0,64	3,27	2,82	0,45	2,87	2,82	0,05	2,50	2,82	-0,32
11	3,87	2,82	1,05	3,46	2,82	0,64	3,27	2,82	0,45	2,87	2,82	0,05	2,50	2,82	-0,32
12	3,87	2,83	1,04	3,46	2,83	0,63	3,27	2,83	0,44	2,87	2,83	0,04	2,50	2,83	-0,33
13	3,87	2,84	1,03	3,46	2,84	0,62	3,27	2,84	0,43	2,87	2,84	0,03	2,50	2,84	-0,34
14	3,87	2,84	1,03	3,46	2,84	0,62	3,27	2,84	0,43	2,87	2,84	0,03	2,50	2,84	-0,34
15	3,87	2,85	1,02	3,46	2,85	0,61	3,27	2,85	0,42	2,87	2,85	0,02	2,50	2,85	-0,35
16	3,87	2,85	1,02	3,46	2,85	0,61	3,27	2,85	0,42	2,87	2,85	0,02	2,50	2,85	-0,35
17	3,87	2,86	1,01	3,46	2,86	0,60	3,27	2,86	0,41	2,87	2,86	0,01	2,50	2,86	-0,36
18	3,87	2,86	1,01	3,46	2,86	0,60	3,27	2,86	0,41	2,87	2,86	0,01	2,50	2,86	-0,36
19	3,87	2,87	1,00	3,46	2,87	0,59	3,27	2,87	0,40	2,87	2,87	0,00	2,50	2,87	-0,37
20	3,87	2,87	1,00	3,46	2,87	0,59	3,27	2,87	0,40	2,87	2,87	0,00	2,50	2,87	-0,37

(a): inversión: 100 euros; tasa de rentabilidad antes de impuesto: 5%; tipo impositivo IS: 35%.

Gráfico 1.
Tributación diferencial por IRPF de los dividendos respecto a los beneficios no distribuidos, en función del tipo marginal y del plazo temporal (inversión: 100 euros; rentabilidad antes de impuesto: 5%; tipo IS: 35%)

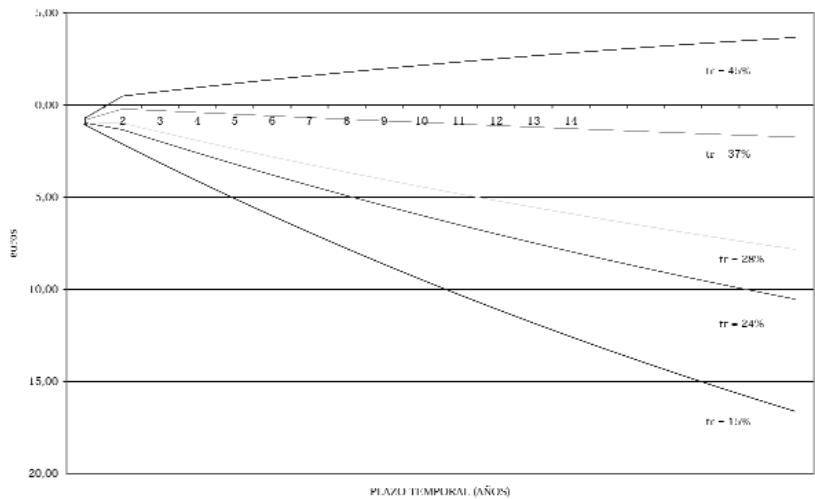
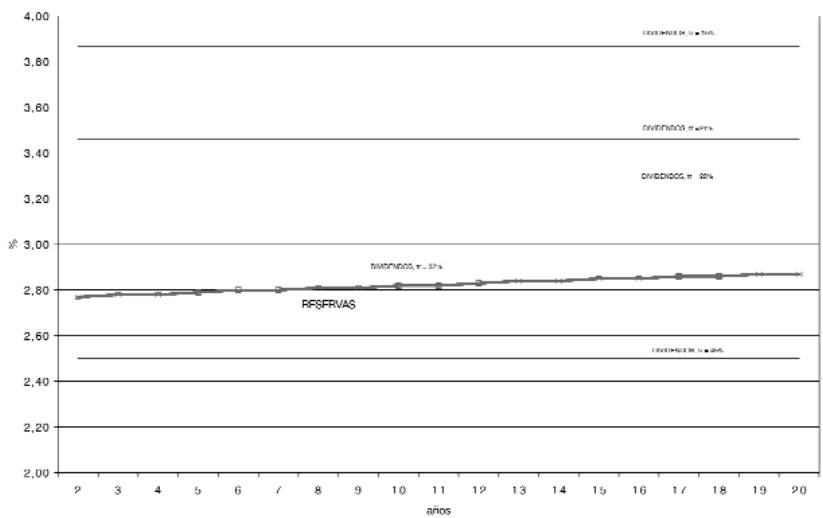


Gráfico 2.
Tasas internas de rentabilidad: dividendos vs. dotaciones a reservas (rentabilidad antes de impuesto: 5%; tipo IS: 35%)



4. Conclusiones

La confrontación de las cargas impositivas de las opciones societarias de reparto de dividendos y asignación de los beneficios a reservas, según el sistema de relación entre el IS y el IRPF vigente en España, lleva a una menor tributación absoluta, en términos de valor presente, para los dividendos, con la excepción de los contribuyentes sometidos al tipo de gravamen marginal más elevado del IRPF. La utilización del criterio de la tasa interna de rentabilidad de las inversiones realizadas lleva a situar también los dividendos como mejor opción. Así, con carácter general, la alternativa de los dividendos resulta más favorecida que la de retención de los beneficios y su posterior obtención por la vía de la enajenación de los títulos. Las ventajas del tratamiento fiscal de las ganancias de capital (diferimiento de las obligaciones tributarias, gravamen a un tipo fijo coincidente con el mínimo de la tarifa del IRPF) no llegan a contrarrestar el efecto de la doble imposición de los beneficios retenidos, que es eliminado, aunque no completamente, en relación con los dividendos. En consecuencia, no puede afirmarse que en España se den actualmente las condiciones que marcan la denominada *paradoja del dividendo*, sino que cabría, más bien, hablar de una posible *paradoja de la dotación (voluntaria) a reservas*.

Referencias bibliográficas

- ALBI, E.; GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M., y ZUBIRI, I. (2000), *Economía Pública II. Teoría de la imposición, sistema impositivo, otros ingresos públicos, Economía Pública internacional*, Barcelona: Ariel.
- AMERINI, G. (2003), "Interest rates: an overview", *Statistics in focus*, 2-26/2003, Eurostat.
- BUSTOS GISBERT, A., y PEDRAJA CHAPARRO, F. (1999), "La doble imposición de los dividendos: un análisis comparado", *Hacienda Pública Española*, 149: 55-71.
- BUSTOS GISBERT, A., y PEDRAJA CHAPARRO, F. (2001), "Doble imposición, 'efecto clientela' y aversión al riesgo", *Hacienda Pública Española*, 159: 43-63.
- DOMÍNGUEZ BARRERO, F., y LÓPEZ LABORDA, J. (2001), "Principios de planificación fiscal", *Papeles de Economía Española*, 87: 335-345.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. M. (1995), "Sistemas alternativos de integración de la imposición personal y societaria: análisis del caso español", *Hacienda Pública Española*, 133: 63-80.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M., y BADENES PLÁ, N. (2000), "Fiscalidad y productos financieros", *Papeles de Economía Española*, 87: 244-257.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M., y BADENES PLÁ, N. (2001), *Los impuestos y las decisiones de ahorro e inversión de las familias*, Madrid: Funcas.
- ROSEN, H. S. (2002), *Public Finance*, Boston: McGraw Hill Irwin.
- STIGLITZ, J. E. (2002), *Economics of the Public Sector*, Nueva York: Norton & Company.
- VAN DEN NOORD, P., y HEADY, C. (2001), "Surveillance of tax policies: a synthesis of findings in economic surveys", *OECD Economics Department Working Papers*, N.º 303.



ESTUDIOS

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

■ **Adolfo J. Martín Jiménez**

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

■ **SUMARIO:**

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

I. Introducción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1. Dividendos o participaciones en beneficios

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- a. Rentas empresariales en sentido estricto obtenidas en el extranjero y definidas en el art. 21.1.c).³): La redacción de este párrafo es un tanto equívoca, puesto que expresamente menciona y define como actividades empresariales el comercio al por mayor, los servicios, las actividades crediticias o financieras y las aseguradoras o reaseguradoras. Sin embargo, la enumeración que hace este párrafo es a los efectos de determinar cuándo ciertas rentas se consideran realizadas en el extranjero, no para fijar el concepto de renta empresarial, es decir, el dato relevante es, más bien, que se trate de rentas no sometidas al régimen de transparencia fiscal internacional del art. 107 TRLIS³. Por consiguiente, el 85 por 100 de los ingresos del ejercicio de la filial o del EP debe proceder de rentas obtenidas en el extranjero y que no estén comprendidas entre aquellas rentas a las que podría resultar de aplicación el régimen de transparencia fiscal internacional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1.2. Cuantía del dividendo o participación exenta

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

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

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

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

3.2.1. Requisitos para la aplicación de la exención

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

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

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

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

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

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

3.2.2. Cuantía de la renta exenta

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3. Cláusulas antiabuso e incompatibilidades

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

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

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

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

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

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

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

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

4.1. Distribución de beneficios por la ETVE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2 Transmisión de la participación sobre la ETVE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Conclusiones: la ETVE como instrumento de planificación fiscal

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Referencia bibliográfica

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

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



ESTUDIOS

■ **La responsabilidad patrimonial del legislador en materia tributaria y las medidas cautelares en el contencioso-administrativo tributario***

■ **José Manuel Tejerizo López**

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario UNED
Miembro de la AEDAF

■ **SUMARIO:**

1. Introducción

2. Responsabilidad patrimonial del legislador

- A. Planteamiento de la cuestión
- B. Supuestos de responsabilidad del legislador
- C. Sujetos de la acción de responsabilidad
- D. Procedimiento para exigir la responsabilidad

3. Medidas cautelares

- A. Planteamiento de la cuestión. La eficacia de los actos tributarios
- B. La adopción de medidas cautelares
- C. Discrecionalidad en la adopción de las medidas cautelares
- D. Mantenimiento de las medidas cautelares
- E. El levantamiento de las medidas cautelares

I. Introducción

Las normas jurídicas, el Derecho en suma, no son sino un conjunto de instituciones, las más de las veces convencionales y por ello contingentes, que sirven para equilibrar los distintos intereses que coexisten en una sociedad. Cuanto más desarrollada sea ésta, mayores serán las dificultades para lograr tal equilibrio, pero mejores y más sofisticados serán también los instrumentos para alcanzarlo, instrumentos que, por otro lado, solo tendrán eficacia a largo plazo si se imponen por la fuerza de la razón y no por la razón de la fuerza.

En pocos ámbitos del Derecho se observa con mayor claridad el conflicto existente entre los diversos intereses en juego que en el ordenamiento tributario. Las sociedades modernas que conocemos funcionan esencialmente porque los ciudadanos, en función de su capacidad económica, ceden parte de sus rentas y patrimonios a la colectividad para que ésta, a través de sus órganos legítimos, las eroguen, y en definitiva las repartan, con criterios de equidad y eficacia, según reza el artículo 31.2 de nuestra Constitución.

La exigencia de los tributos se fundamenta, en nuestro Derecho, en el mandato constitucional contenido en el artículo 31.1 de la Constitución, precepto que justifica incluso, según ha entendido el Tribunal Constitucional en alguna sentencia polémica, una posición privilegiada y de preeminencia en favor de la Hacienda pública en el marco de las relaciones jurídicas.

Ello no obstante, es imposible obviar que la exigencia de los tributos conlleva fatalmente la limitación de ciertos derechos de los ciudadanos, también consagrados en la Constitución, en especial los de libertad y propiedad. Esta limitación es constitucionalmente correcta, se insiste, pero no por ello deja de existir.

Si unos y otros derechos, colectivos e individuales, son tan relevantes que han merecido su incorporación al contenido esencial de nuestra Constitución, y si se trata de derechos que entran en conflicto, es evidente que se deben arbitrar fórmulas que persigan, y en la medida posible lo consigan, un equilibrio razonable entre ellos.

Estas fórmulas son, en primer término, normativas y, por tanto, es responsabilidad de quienes detentan el poder de dictar las leyes lograr que las aprobadas alcancen tan loable finalidad.

Pero incluso las mejores normas dependen, para conseguir los fines que persiguen, de su aplicación conforme a unos principios que se pueden reconducir, en último término, al de buena fe en las relaciones jurídicas. Para velar por ello, nuestra Constitución ha designado unos árbitros que son los jueces y tribunales de justicia.

* Trabajo presentado en las Jornadas de Estudio celebradas en Valladolid, durante los días 25 a 29 de octubre de 2004, organizadas por la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia.

Las líneas que siguen no son sino una reflexión, quizá un poco deslavazada, en torno a ciertas pautas por las que debe discurrir el equilibrio entre los derechos e intereses públicos y privados que acabo de mencionar; en dos campos tan llamativos como los de responsabilidad patrimonial del legislador y las medidas cautelares, ambos en la materia tributaria, cuestiones ambas que han sido examinadas por personas con mucha mayor autoridad que yo esta misma mañana.

En ambos temas la jurisprudencia (entendida en el sentido amplio de actividad de resolución de conflictos) ha logrado crear un cuerpo de doctrina apreciable, y la Administración, si bien actúa en la inmensa mayoría de las veces dentro de los márgenes legales, se comporta a veces en modo tal que incluso perjudica sus propios intereses, o mejor aún los intereses generales a los que, según el artículo 103 de la Constitución, debe servir.

Dicho esto, es necesario tener en cuenta que estamos en una mesa redonda, por lo que se impone un modo específico de intervención. Yo creo que las finalidades perseguidas por este formato se cumplen utilizando el tiempo de que dispongo para plantear una serie de problemas en torno a los asuntos que nos ocupa, con el ánimo de incitar a todos los presentes a la discusión o, como se decía en otros momentos históricos, al ordenado contraste de pareceres.

2. Responsabilidad patrimonial del legislador

A. Planteamiento de la cuestión.

Debemos precisar ante todo que vamos a prestar atención a los supuestos de responsabilidad del legislador derivados de alguna actuación jurisdiccional en materia tributaria. Aun así, parece oportuno que mencionemos algunos supuestos que deben ser excluidos de nuestro examen, en particular los siguientes:

- a) La responsabilidad de los poderes públicos frente al recurrente en un proceso que ha visto estimadas sus pretensiones. En este caso, no cabe otra cosa que cumplir la sentencia que hubiera sido dictada. Un ejemplo puede ser el del recurso de amparo que, a finales de los años 80, precedió a la declaración de inconstitucionalidad de la ley del IRPF que obligaba a los cónyuges a declarar sus rentas conjuntamente.
- b) La responsabilidad a que se refiere el artículo 139. 3 LRJAPyPAC que, como resulta conocido, dice:

Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan (sic) en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

La razón por la cual este supuesto no debe incluirse entre los que nos interesa examinar estriba en que, como indica el precepto, no resulta aplicable cuando la responsabi-

lidad derive de una decisión judicial. Aquí, según indica la ley, la responsabilidad del legislador y el modo de hacerla efectiva exige una declaración en el propio acto legislativo que lesiona los intereses de los particulares.

- c) La extensión de los efectos de una sentencia a los supuestos en los que concurran elementos de identidad, a que alude el artículo 110 LJCA, salvo que la sentencia haya declarado la ilegalidad de un reglamento. En estos casos lo que procede es la declaración de responsabilidad de la Administración por parte del órgano judicial competente, a través de la vía sumaria que se establece en dicho precepto.

Así pues, en realidad nos estamos refiriendo a la trascendencia que tiene, para terceros ajenos a un proceso, la declaración de ilegitimidad de una norma por parte de los Tribunales.

B. Supuestos de responsabilidad del legislador.

En nuestra opinión, son cuatro los casos en que se puede dar esta responsabilidad:

- a) Declaración de inconstitucionalidad de una ley por parte del Tribunal Constitucional.
- b) Declaración de ilegalidad de una norma reglamentaria por parte de un órgano de la jurisdicción contencioso – administrativa.
- c) Declaración de una norma del Derecho interno como contraria a las normas de la UE, llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
- d) Declaración de este mismo Tribunal declarado la tardía transposición al Derecho interno de una Directiva comunitaria.

De estos casos, el más llamativo es el primero. En algún caso, el legislador o, mejor dicho, la Administración del Estado ha asumido los costes de la declaración de inconstitucionalidad de la norma, como sucedió con los recargos municipales sobre la cuota líquida del IRPF, o con la fijación de los tipos de gravamen de las Contribuciones Territoriales por parte de los municipios. El resarcimiento alcanzó a todos los ciudadanos afectados por las normas declaradas contrarias a la Constitución, con independencia de que hubieran sido o no partes en los procesos correspondientes.

Esta doctrina es la que parece más razonable si tenemos en cuenta que, en línea de principio, la declaración de inconstitucionalidad de una norma presenta algunas peculiaridades que impiden que pueda ser considerada como una modalidad más de la derogación de las normas, porque la nulidad, al menos teóricamente, despliega una eficacia jurídica muy superior a la propia de la simple derogación (así, la nulidad afecta incluso a las situaciones pasadas, es decir tiene efectos *ex tunc*, mientras que la derogación, salvo excepciones, solo afecta a las situaciones futuras, esto es tiene efectos *ex nunc*).

Sin embargo, esta concepción, que podríamos denominar clásica, ha sido puesta en entredicho por el Tribunal Constitucional, que ha acuñado la teoría *prospectiva* de los

efectos de declaración de inconstitucionalidad. Así, en algunas ocasiones ha mantenido los efectos producidos al amparo de la Ley declarada inconstitucional, con lo que no ha llegado a producirse la nulidad radical que tradicionalmente va asociada a la declaración de inconstitucionalidad. Que recordemos, esto se ha producido al menos en dos ocasiones:

- En la STC 45/1989, de 20 de febrero, que declaró la inconstitucionalidad de ciertos preceptos de la Ley del IRPF.
- En la STC 185/1995, de 14 de diciembre, que declaró la inconstitucionalidad de algunas normas de la Ley de Tasas y Precios Públicos.

En estos casos, el TC entendió que debían considerarse como situaciones consolidadas, esto es no susceptibles de revisión por razón de la declaración de inconstitucionalidad, las que gozaran de la fuerza de cosa juzgada (art. 40.I LOTC); y además, de forma muy cuestionable, entendió que «*por exigencia del principio de seguridad jurídica*» tampoco podían invocar la sentencia, a efectos de que fueran revisadas sus situaciones, quienes hubieran satisfecho cuotas o deudas tributarias y quienes, aun no habiendo pagado, por no haber reclamado o recurrido, no se encontraran pendientes de una resolución o fallo judicial (STC 179/1994, de 16 de junio). La misma postura se ha mantenido en la STC 159/1997, de 2 de octubre, que desestimó un recurso de amparo en el que se ventilaba la aplicación de una norma que previamente el TC había declarado inconstitucional (STC 173/1996, de 31 de octubre, referida a la Tasa del juego y que hemos citado antes), y ello a pesar de que el recurrente siempre arguyó tal inconstitucionalidad. Los argumentos, con los que no podemos estar de acuerdo, puesto que son de un formalismo excesivo, se basaron en que el Tribunal contencioso ordinario aplicó una norma que en ese momento estaba vigente, y que cuando se declaró su inconstitucionalidad la decisión de aquél había alcanzado la fuerza de cosa juzgada. Los Tribunales ordinarios siguen, en general, esta doctrina [por ejemplo, la STS de 17 de marzo de 2001 (Ar. 6268)].

La doctrina científica ha puesto de relieve que esta postura, que por otra parte es flexible porque no se sigue en todos los casos, se encuentra excesivamente anclada en consideraciones de carácter económico, y no en criterios de justicia. Debería, por tanto, encontrarse un punto de equilibrio (por ejemplo, permitiendo que la responsabilidad, que será siempre económica, pudiera ser acompasada en el tiempo).

Por otra parte, esta postura contrasta con la mantenida por el TJCE que defiende el efecto *ex tunc* de las sentencias que pongan de manifiesto la infracción del ordenamiento europeo por parte de normas de Derecho interno.

C. Sujetos de la acción de responsabilidad

En principio deberían ser los órganos de donde proceden las disposiciones declaradas nulas, o a quienes les corresponde la obligación de trasponer las normas comunitarias.

No obstante, parece que se ha impuesto (y los ejemplos que hemos citado lo avalan) que la responsabilidad debería exigirse a la Administración, del Estado, de las Comunidades Autónomas, o de las Corporaciones Locales, según la norma afectada.

En cuanto a los sujetos legitimados para la exigencia de la responsabilidad, son todos aquellos cuyos derechos legítimos hayan sido afectados. Ahora bien, en este campo se hace necesario distinguir con claridad entre los derechos legítimos y las meras expectativas. Podemos citar dos ejemplos, aunque uno no propiamente de Derecho tributario:

- a) El adelantamiento de la edad de jubilación de los funcionarios públicos, que dio lugar a una copiosísima jurisprudencia. En estos casos se entendió que no existían auténticos derechos subjetivos, sino solo expectativas.
- b) La bonificación de las emisiones de obligaciones en los casos de la acción concertada con las Compañías eléctricas. En estos casos, el tratamiento favorable se amplió hasta supuestos inicialmente no previstos, por razón del principio de confianza legítima.

D. Procedimiento para exigir la responsabilidad

Para resolver este problema, los Tribunales de Justicia han ofrecido algunas soluciones, tampoco exentas de riesgos y dificultades:

Una es la de admitir en estos casos la **devolución de ingresos indebidos**. Así se ha defendido, por ejemplo, en las SSTSJ de Galicia de 24 de julio de 1996 (JT 1044), y de 29 de febrero de 2000 (JT 492); o de Valencia de 30 de noviembre de 1998, entre otras muchas. Según estas sentencias, la declaración de inconstitucional de un tributo provoca que las cantidades ingresadas por tal concepto se conviertan en indebidas, por lo que, con los intereses de demora que corresponda, deben ser devueltas. Hay que advertir, no obstante, que el TS, en la sentencia de 17 de octubre de 1996 (Aranzadi 7276), rechazó esta posibilidad.

Lo mismo habría que decir en el caso de declaración de incompatibilidad de una norma del Derecho interno con el Derecho comunitario. La doctrina del TJCE en este particular puede ser resumida del modo siguiente:

- a) La regla general es que todos los afectados por la sentencia en cuestión podrán pedir la devolución del impuesto indebidamente satisfecho.
- b) Los plazos para exigir la devolución de los ingresos indebidos empezarán a correr desde que se adapte el Derecho interno a las exigencias del ordenamiento comunitario.
- c) Solo se admite como excepción a la exigencia de devolución de ingresos indebidos, en aras de la seguridad jurídica, aquellos supuestos en los que concurran estas dos circunstancias:

- La existencia de un grado de incertidumbre sobre la legalidad de una disposición tributaria interna en relación con el derecho comunitario, cuando tal se hubiera producido por las instituciones de la UE.
- El riesgo de repercusiones económicas graves debido a la gran cantidad de relaciones jurídicas establecidas sobre la base de una normativa considerada correcta.

Hay que insistir en el hecho de que, según el TJCE, esta última circunstancia no puede justificar *por si sola* la limitación de los efectos de una sentencia declarando una norma de Derecho interno contraria al Derecho comunitario.

Otra es la de declarar la **responsabilidad patrimonial del Estado legislador**. Así se hizo en las SSTs de 29 de febrero de 2000 (Aranzadi 2730), y de 27 de marzo de 2001. El problema estriba en que el TS ha exigido que, previamente, el interesado agotara todos los medios a su alcance para lograr la declaración de inconstitucionalidad de la ley tributaria, lo que no está a su alcance, porque, como se sabe, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es algo que compete en exclusiva y de forma discrecional, al órgano judicial que entienda del asunto.

3. Medidas cautelares.

A. Planteamiento de la cuestión. La eficacia de los actos tributarios

La necesidad de la adopción de medidas cautelares en los procesos contencioso – tributarios está íntimamente ligada a la regla de la ejecutividad de los actos dictados por la Administración, pues de otro modo perdería buena parte de su sentido. Al respecto podemos aceptar las siguientes consideraciones:

- a) Las leyes establecen la inmediata ejecutividad de los actos administrativos (por citar únicamente un ejemplo del Derecho Tributario, baste el artículo 21 del Texto articulado del procedimiento económico-administrativo).
- b) Esta afirmación es válida incluso por lo que respecta a los actos administrativos sancionadores, si bien en este caso solo cuando alcen firmeza en la vía administrativa.

Ahora bien, la aplicación incondicional de esta regla puede lesionar derechos constitucionales (en especial el artículo 24.1 CE), por lo que parece razonable que pueda ser moderada por los Tribunales.

Es evidente que la solución final a los conflictos planteados en cada caso solo puede venir del pronunciamiento definitivo de los estos, pero es necesario arbitrar medidas provisionales, medidas que, bajo la denominación de cautelares, se regulan en los artículos 129 y siguientes de la LJCA.

Los principios que fundamentan tales medidas cautelares, según resulta conocido, son dos:

- a) La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*).
- b) La necesidad de impedir que la finalidad del recurso se frustre antes de que se alcance una decisión definitiva sobre el fondo del asunto.

Al estudiar estas medidas se ha hecho hincapié en las que se adoptan a favor de los administrados, en especial la suspensión del acto impugnado, pero está claro que la ley jurisdiccional está pensando en algo más que, lo que permite la adopción de otras muchas medidas, incluso a favor de la Administración (por ejemplo, para impedir que desaparezcan los bienes y derechos que hagan imposible en el futuro, la exigencia efectiva la deuda tributaria).

Ahora bien, es cierto que desde la perspectiva de la defensa de los derechos de la Hacienda Pública, la adopción de medidas cautelares por parte de los Tribunales de Justicia tiene mucha menos importancia:

- a) No puede olvidarse que el planteamiento de los conflictos ante la jurisdicción contenciosa está precedido necesariamente de una larga tramitación en sede administrativa, que incluye incluso una discusión sobre los asuntos planteados (ante los TEA). Durante la gestión tributaria (entendida en sentido amplio) la Hacienda Pública puede por sí misma ejecutar sus actos o adoptar medidas cautelares para que sus fines no sean frustrados.
- b) Los derechos de la Hacienda Pública gozan de unas prerrogativas que, en muchas ocasiones, hacen innecesarias las medidas cautelares (por ejemplo, la hipoteca legal).
- c) Las obligaciones tributarias pueden ser exigidas a terceras personas (sucesores o responsables).

Por tanto, en materia tributaria, cuando hablamos de medidas cautelares, en realidad estamos pensando en las que pueden adoptar los tribunales a favor de los administrados y, en especial, en la suspensión de la liquidación cuya corrección se está discutiendo.

B. La adopción de medidas cautelares.

La adopción de medidas cautelares aparece vinculada especialmente a alguno de los derechos constitucionales de los ciudadanos, en especial el de tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24.1 de la Constitución.

Parece haber un acuerdo general en la doctrina y en la jurisprudencia se han pronunciado sobre la cuestión. Sus conclusiones y nuestra opinión se puede sintetizar del modo siguiente:

- a) Deben ser consideradas inconstitucionales las normas que establezcan la ejecutividad absoluta de los actos administrativos, en nuestro caso tributarios, sin posibilidad de solicitar su suspensión.

- b) La ejecutividad de los actos administrativos está sometida, en su aplicación práctica, al enjuiciamiento de los Tribunales de Justicia.

Debemos detenernos un poco en la cuestión.

Comencemos aludiendo a un aspecto procesal. Como es sabido, la suspensión de un acto administrativo en el recurso contencioso-administrativo se plantea como un incidente que se resuelve en la pieza separada correspondiente, y no en la sustanciación del pleito principal.

Pues bien, parece plausible entender que el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva exige:

- a) Que el control judicial sobre la ejecutividad y la suspensión de los actos tributarios se efectúe en el trámite incidental correspondiente y no en el proceso principal.
- b) Que mientras ello suceda deba suspenderse la ejecutividad del acto tributario, so pena de convertir tal control judicial en papel mojado.

Esto hace necesario distinguir entre la suspensión que podríamos llamar definitiva, a la que se llega después de sustanciar el trámite incidental y otro tipo de suspensión, que se podría llamar provisional, que dura lo que el incidente procesal y que debe desembocar necesariamente en una confirmación de la suspensión, que devendría en definitiva, o en un levantamiento de tal suspensión, dando vía franca a la ejecución del acto tributario, antes evidentemente de la sustanciación del proceso principal donde se discute la corrección o incorrección del proceder de los órganos administrativos.

Es difícil no estar de acuerdo con esta postura, que es la única que garantiza efectivamente el derecho consagrado en el artículo 24.1 CE, que ha sido aceptada expresamente por la jurisprudencia.

La suspensión provisional tiene el siguiente significado y alcance:

- 1) No implican una resolución anticipada de la suspensión solicitada en el trámite incidental (lo mismo que la decisión en éste no prejuzga la sentencia definitiva).
- 2) No suponen la suspensión cautelar propiamente dicha, sino medidas que tratan de garantizar la eficacia de la decisión judicial dictada en la vía incidental. Por ello, no afectan a la suspensión del acto administrativo *"in genere"*, sino que se concretan en la fijación de ciertos actos materiales que la Administración ha de llevar a cabo o abstenerse de ejecutar.
- 3) No pueden adoptarse automáticamente por el Tribunal, sino sólo a instancia razonada de parte, con audiencia de la Administración demandada, aunque es posible adoptarlas *"inaudita parte"* si la eficacia de la medida lo exige.

C. Discrecionalidad en la adopción de las medidas cautelares

Las medidas cautelares solo se pueden adoptar a instancia de parte.

El problema se traslada entonces a determinar la discrecionalidad de que gozan los Tribunales de justicia en esta materia.

Pueden servirnos para ello la experiencia de los TEA, aceptando no obstante, que ella no puede ser trasladada *sic e simpliciter* a los Tribunales de justicia.

Las normas aprobadas, sobre el particular, a principios de la década pasada supusieron un avance considerable en la defensa de los derechos de los ciudadanos en orden a la obtención de una tutela cautelar de los mismos. Y ello en razón de una doble consideración:

- a) Se terminó con la enorme discrecionalidad que con anterioridad tenían los Tribunales económico-administrativos en esta materia, discrecionalidad que tenía una difícil justificación.
- b) Se eximió a los recurrentes de la justificación necesaria de la existencia de perjuicios de difícil o imposible reparación si se llevaba a cabo la ejecución del acto administrativo, justificación que en muchas ocasiones resultaba también difícil o imposible.
- c) La suspensión de los actos administrativos en materia tributaria pueden concederse prestándose garantías distintas de las señaladas reglamentariamente o, incluso, sin garantía ninguna, dependiendo de las circunstancias que concurran en cada caso distinto.

Digamos pues, que los TEA están obligados a suspender las liquidaciones sin se garantizan como establece su reglamento de procedimiento (fundamentalmente a través de aval bancario solidario), y tienen una amplia discrecionalidad para conceder la suspensión en otros casos. En este último supuesto tiene gran importancia la opinión de las Dependencias de recaudación.

Es necesario determinar si estas reglas pueden ser trasladadas sin más a los Tribunales de justicia.

La primera postura es decir que no, con base en ciertos argumentos:

- a) La LJCA no limita la capacidad de decisión de los órganos judiciales, como se desprende sobre todo de lo previsto en el artículo 130. 1.
- b) Con la experiencia existente, si el legislador hubiera querido limitar la discrecionalidad de los órganos de justicia en algunos casos, por ejemplo, cuando las liquidaciones recurridas estén avaladas, lo hubiera dicho expresamente. Así opina el TSJ de Castilla y León (Valladolid).

La segunda postura es más proclive a la aceptación de una cierta autolimitación en el ámbito de decisión de los órganos judiciales. Es decir, partiendo de la discrecionalidad que las leyes establecen en la materia, parece razonable que los órganos judiciales acep-

ten, en aras de la justicia, algunas limitaciones. La argumentación puede ser expuesta de esta manera: la denegación de la suspensión se fundamenta, sobre todo, en la grave perturbación de los intereses generales que ello provocaría. Ahora bien, esta no parece que se produzca en aquellos casos en los que la Administración, que es la guardiana primera de tales intereses, ya ha aceptado que, siempre que se presten las garantías adecuadas, no existe tal perturbación.

A la misma conclusión se llega si en vez de este argumento se utiliza otro derivado de la propia relación jurídica que se discute. Si la Administración acreedora acepta que se suspenda la ejecución de su crédito, con mayor razón lo hará el Tribunal que esté conociendo de la contienda.

El ámbito de la discrecionalidad de los Tribunales se puede examinar también desde la perspectiva de las garantías exigidas. ¿en sede judicial deben ser aceptadas las prestadas en vía administrativa, o pueden ser adoptadas otras?

Desde un punto de vista teórico parece evidente que resulta más correcto lo segundo, puesto que los Tribunales no tienen por qué aceptar lo que se ha decidido en vía administrativa. Precisamente están para discutirlo todo, sin más limitaciones que las impuestas legalmente. No obstante, razones de eficacia invitan a pensar que, sin menoscabo de la independencia de criterio de los jueces, sí que resulta conveniente que las garantías prestadas en vía administrativa, se acepten en los procesos una vez que aquellas se hayan puesto a disposición del Tribunal.

Estas afirmaciones se han visto confirmadas por la jurisprudencia:

- a) El Tribunal Supremo acepta generalmente que se suspenda los actos de liquidación siempre que se presten las cauciones que en cada caso se decidan.
- b) También acepta que la suspensión obtenida en vía económico-administrativa se extienda al correspondiente recurso contencioso-administrativo, cuando se recurran las Resoluciones que desestiman las pretensiones planteadas.

D. Mantenimiento de las medidas cautelares.

Naturalmente, las medidas cautelares deben ser mantenidas durante el tiempo que dure la sustanciación del proceso en cuyo seno se hayan adoptado.

Varios problemas se pueden suscitar en estos momentos:

Uno de ellos es de la subsistencia en los recursos sucesivos. No parece existir problema al respecto, siempre que se tenga en cuenta que las vicisitudes de las medidas cautelares, como el resto de las cuestiones que corresponden a la ejecución de las sentencias y decisiones judiciales, corresponde al juez o Tribunal de primera instancia.

Otro problema, que tiene que ver con el levantamiento de las medidas cautelares, a que nos referiremos de inmediato, se refiere a la duración de los procesos. Las medidas cautelares, sobre todo si consisten en la suspensión de la liquidación con garantías

consistentes en avales solidarios, comportan unos costes. Ello sin contar los que se producirán en el montante mismo de la deuda, si se desestiman las pretensiones.

No hay cuestión si los recursos se sustancian en los plazos legales, pero es posible suscitar la cuestión de sobre quién deben caer las consecuencias de los retrasos. La nueva LGT ha limitado el importe de las prestaciones accesorias, por ejemplo los intereses de demora, al plazo que tienen los órganos administrativos (sobre todo los TEA) para resolver los asuntos de que conozcan. De este modo, no será posible exigirlos por mas tiempo de un año por cada una de las instancias, porque este es el plazo máximo reglamentariamente establecido en cada instancia.

Una regla parecida, que pretende no hacer recaer en exclusiva sobre las espaldas de los interesados los perjuicios derivados de los retrasos en la resolución de los asuntos sobre los que se discute, podría ser aceptada también en sede judicial

E. El levantamiento de las medidas cautelares

Los actos administrativos se dictan con la voluntad de ser cumplidos. Por eso, salvo el supuesto de su anulación por virtud de los recursos interpuestos contra ellos, la suspensión de su ejecutividad es solamente temporal. Llega un momento en que tal suspensión cesa.

Son varias las cuestiones que es posible suscitar en este momento.

La primera de ellas es si el **levantamiento de las medidas cautelares debe ser expreso**.

Los Tribunales de Justicia (y los TEA) no suelen comunicar de manera formal al recurrente derrotado el levantamiento de la suspensión ni los plazos que, en su caso, tiene a su alcance para hacer efectiva la cantidad suspendida. Para complicar la cuestión sucede que, salvo excepciones todavía irrelevantes, la deuda tributaria aplazada ha sido garantizada mediante aval solidario de una Entidad de crédito.

La consecuencia más grave de este modo de comportamiento es que la Administración tributaria puede iniciar sin más la vía apremio para la exigencia de la deuda frente al contribuyente inadvertido.

En ocasiones, se ha fundamentado esta postura con un argumento excesivamente formal. Se aduce que tanto en la normativa como en las notificaciones de reconocimiento de la suspensión, se advierte que ésta se mantiene durante la sustanciación de los recursos o reclamaciones económico – administrativas, por lo que al finalizar el proceso o reclamación principal ya se debe tener por notificado al interesado de tales consecuencias.

No puede admitirse esta postura que, paradójicamente, no es la que mejor defiende los intereses públicos. En efecto, no parece tener sentido, según veremos a continuación, ejecutar coactivamente una deuda que se encuentra avalada, cuando lo más sencillo sería ir contra el aval solidario prestado por una Entidad de crédito.

En mi opinión, la cuestión planteada es puramente artificial y responde a una interpretación de la normativa realizada por los órganos administrativos que resulta ser demasiado formalista. Lo cierto es que utilizando el sentido común y el principio de la buena fe en las relaciones entre la Administración y los administrados podría solucionarse fácilmente. Así, en mi opinión, debe notificarse de modo expreso el levantamiento de la suspensión y los plazos para hacer efectivo el pago de la deuda. La razón fundamental, a más del principio de buena fe aludido, se encuentra en el hecho de que el contribuyente desconoce, aunque parezca otra cosa, el período que restaría de pago en plazo voluntario porque, según se ha resaltado algunas veces, se sabe cuando se dicta una sentencia o una resolución, pero no cuando se ha notificado al interesado.

Es evidente, y esta es la segunda cuestión que debemos exponer, que la **suerte de las medidas cautelares**, en especial la suspensión de la liquidación recurrida, depende del resultado del proceso principal. De aquí se deriva que, por simplificar, es posible distinguir tres supuestos distintos:

a) Desestimación total de las pretensiones del recurrente.

Si se confirma en su totalidad el acto tributario recurrido, es necesario cumplirlo íntegramente. Se plantean varios problemas:

1. El momento de cumplimiento del acto tributario suspendido. A ello ya nos hemos referido.
2. La eficacia de la garantía, sobre todo si es un aval solidario de Entidad de crédito, si el interesado no satisface de grado la deuda tributaria.

La LGT, incluso la nueva (art. 168) dice que la garantía se hará efectiva dentro del procedimiento de apremio (literalmente "... dentro del procedimiento de apremio), si no se paga la deuda, con prioridad al embargo de bienes y derechos del deudor. La Administración tributaria interpreta este precepto en el sentido de iniciar el procedimiento de apremio, con el devengo, por tanto, del recargo correspondiente, deteniéndose en el embargo. Esta postura no resulta aceptable:

- a) En mi opinión, no se puede iniciar la vía de apremio si la deuda se encontraba garantizada mediante aval. No se entiende el empecinamiento de la Administración en exigir un aval que a la postre se revela absolutamente inútil. Por otra parte, la Administración, después de hacer énfasis en la exigencia de un aval solidario, parece desconocer el significado de la expresión que excluye por su naturaleza el beneficio de excusión. El aval se puede hacer efectivo en cualquier momento, según admite el artículo 1.831.1º del Código civil.
- b) Más aún, si el órgano de recaudación no exige el pago del avalista en el período de ingreso voluntario de la deuda, podrían pensarse que el crédito tributario se ha perjudicado en cuanto al recargo de apremio e intereses de demora del mismo período (que normalmente no están cubiertos por el aval), por lo que tal perjuicio debe recaer sobre quién incurre en negligencia, esto es la Administración. No existe un

precepto expreso en que esto se establezca, pero puede deducirse con facilidad un principio general en tal sentido de diversos preceptos del Derecho común, y así se pueden citar al respecto los artículos 1.103, 1.147 y 1.833 del Código civil, en particular los dos últimos. Es cierto que tanto el primero (extinción de la obligación por perecimiento de la cosa debida o imposibilidad de cumplimiento sin culpa de las deudores solidarios), como el segundo (responsabilidad del acreedor negligente en la excusión de bienes del deudor principal) se refieren a supuestos diferentes al ahora contemplado: obligaciones de dar cosa específica y obligaciones con fianza subsidiaria, pero la idea que late en ellos es perfectamente aplicable a nuestro caso. En definitiva, quien es descuidado o negligente en la defensa de sus intereses, que en el caso de la Administración son nada menos que los intereses generales, debe pechar con las consecuencias negativas de tal comportamiento.

Esta postura parece aceptarse en la STSJ Murcia de 6 de mayo de 1999 (JT 891).

3. Exigencia de las prestaciones accesorias, en especial el interés de demora. A ello nos hemos referido antes. Podemos reiterar la opinión de que no parecen que sean exigibles las que se hayan devengado durante el periodo de tiempo que exceda de los plazos legales establecidos para culminar el proceso, sobre todo si tenemos en cuenta que el mayor retraso se produce en el tiempo que los Tribunales tienen para dictar sentencia.

b) Estimación parcial de las pretensiones.

En los casos en que, por haberse estimado parcialmente las pretensiones de los recurrentes, deben practicarse nuevas liquidaciones, se plantean también algunos problemas. El más importante es el del devengo de intereses de demora. Ya no es posible exigir los originales porque la liquidación de la que derivan ha sido anulada. El TS (sentencia de 28 de noviembre de 1997) llega a la conclusión correcta, que es la de exigencia de intereses por el período que media entre el día en que finalizó el plazo de ingreso voluntario y el día en que se practicó la liquidación anulada; pero incurrió, en nuestra opinión, en varios errores:

- a) Distinguía (sin fundamento sólido) entre el interés de demora a que aludía el art. 58.2.c) LGT y el interés, que denominó suspensivo, mencionado en el art. 61.2 LGT
- b) Admitió que se puedan exigir intereses de demora sobre intereses y sobre sanciones.

Esta doctrina, como no podía ser menos, fue aplicada por los Tribunales de Justicia y, lo que es más importante, ha sido recogida por la nueva LGT (art. 26.5). Dicho sea de paso, el mismo celo por adoptar la doctrina del TS se podría haber seguido en otros supuestos (como en la configuración de la responsabilidad derivada de la sucesión en el ejercicio de actividades económicas).

c) Estimación total de las pretensiones del recurrente.

Si la demanda es estimada en su totalidad, provocando la anulación total del acto tributario impugnado, se plantea el problema de restaurar la situación original. Sobre el particular, la normativa después de la Ley de derechos y garantías de los contribuyentes, establece la obligación de restituir el coste de la garantía prestada. No obstante, es deseable que el tribunal se pronuncie expresamente sobre la cuestión en la sentencia que se dicte.

Aparte de ello se pueden suscitar dos cuestiones:

1. Exigencia de intereses sobre los costes y gastos. La STS de 20 de enero de 2003 (RJ 672) ha contestado afirmativamente, lo que es plausible
- 2.. Exigencia de otros gastos y costes. Naturalmente en estos supuestos lo primero que habría que hacer es identificar y singularizar los gastos y costes; y después establecer la relación directa entre ellos y el recurso contencioso. Con estas cautelas podrían identificarse, en términos generales algunos de tales gastos y costes: tasas judiciales, honorarios de abogados y procuradores, gastos derivados de las pruebas (por ejemplo, honorarios de peritos). Los tribunales son reacios, salvo que declaren la condena en costas.

En este supuesto podría ser utilizada la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero también los Tribunales se ha mostrado reacios a ello, señalando que la mera estimación de las pretensiones deducidas en las demandas no es causa bastante para exigir tal responsabilidad. ■



ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

■ **La aplicación del interés de demora a las sanciones tributarias**

■ **Antonio Cayón Galiardo**

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Gabinete de Estudios AEDAF

■ **SUMARIO:**

1. Planteamiento del problema
2. El interés suspensivo en la Ley 58/2003 General Tributaria
3. Criterios jurisprudenciales y conclusiones

La importancia del tema al que vamos a dedicar estas páginas viene dada por varias circunstancias que hemos de resaltar previamente a su desarrollo. El primer motivo es el hecho de que la Administración tributaria viene practicando liquidaciones de intereses de demora en relación con las sanciones y ello requiere su estudio a la luz de la nueva Ley 58/2003, General Tributaria, más aún cuando, como consecuencia de su aplicación retroactiva a las infracciones y sanciones que no hubieran adquirido firmeza, puede ser importante concretar su contenido. La segunda causa son las constantes sentencias que recientemente ha dictado el Tribunal Supremo sobre este tema en las que no siempre se aprecia o entiende con claridad el criterio del alto tribunal. Sentencias que reflejan su preocupación por dejar sentado un criterio firme, acorde con las exigencias de nuestros principios y derechos constitucionales y con los mandatos contenidos en las leyes tributarias. Y, finalmente, porque, en un trabajo que habíamos publicado en el número 64 de esta misma revista ("El retraso en la resolución de los procedimientos tributarios y el interés de demora"), hemos hecho una afirmación que necesita ser matizada pues, fuera del contexto al que queríamos ceñirla, puede dar lugar a errores.

I. Planteamiento del problema

El origen del problema podemos situarlo no tanto en la existencia de normas dictadas expresamente para regular la materia que nos ocupa, sino más bien en el silencio de la ley y en el hecho de haberse incluido las sanciones entre los componentes de la deuda tributaria en virtud de lo que disponía el artículo 58 de la LGT (230/1963). De la situación expuesta, y del carácter pecuniario de las sanciones tributarias a que nos referimos, se dedujo, como una consecuencia indudable, la generación de intereses de demora sobre la parte de la deuda tributaria conformada por las sanciones, o sobre este solo concepto cuando no existiese otro componente de la deuda.

A ello debemos añadir que, cuando el RGR en su artículo 109.2 excluyó del devengo de intereses de demora exclusivamente al recargo de apremio, esta declaración fue interpretada en el sentido de confirmar la aplicación del interés moratorio también a las sanciones, dado que caían fuera de la única excepción declarada reglamentariamente.

A pesar de lo anterior no han faltado autores que han expresado su opinión contraria a esta situación, sosteniendo que la naturaleza y la función que cumplen las sanciones tributarias requerirían una solución diferente. Y sería con la entrada en vigor de la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías del Contribuyente, cuando se encontrarían mejores apoyos para fundamentar la inexigibilidad de intereses de demora sobre las sanciones impugnadas, al menos hasta que hubieran ganado firmeza y con ello, según veremos, se introdujeron nuevos elementos en el debate.

Pero en la nueva Ley General Tributaria se han incluido varias disposiciones que regulan o inciden sobre esta materia.

En primer lugar recordemos que, el hecho de que el artículo 25.2 las excluya de la calificación como obligaciones accesorias, pudiera prestarse a ser interpretado en el sentido de dotarlas de un tratamiento diferente al de los restantes componentes de la deuda y que, la no exigencia de intereses de demora, pudiera ser una de estas consecuencias. Sin embargo, de la dicción del artículo 26 se desprende otra cosa pues en él se hace referencia en dos ocasiones a la exigencia del interés moratorio relacionándolo con las sanciones. En su apartado primero al ordenar que: “el interés de demora es una prestación accesoria que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos infractores...” Y, posteriormente, en el apartado segundo, letra a) cuando afirma que el interés moratorio se exigirá “cuando finalice el plazo establecido para el pago en período voluntario de una deuda resultante de una liquidación practicada por la Administración o del importe de una sanción, sin que el ingreso se hubiera efectuado”.

Ahora bien, el hecho de que los intereses moratorios se exijan también sobre el importe de las sanciones no supone que la Ley comentada contenga una regulación detallada de la cuestión y que ahí concluyan las novedades que encierra el nuevo texto.

Par empezar podremos decir que en el artículo 26.2 se contemplan dos tipos de intereses moratorios diferentes: aquellos a que se refiere la letra a), que serían los propiamente intereses de demora exigibles sobre las sanciones cuando, una vez impuestas y notificadas, transcurra el periodo voluntario de pago sin que éste se haya producido. Es decir, a partir de dicho momento se devengará el interés de demora y durante el periodo que transcurra hasta que se produzca el pago de la sanción.

Ahora bien en relación a este tipo de intereses moratorios, las vicisitudes por las que posteriormente puede atravesar el acto de imposición de una sanción merecen un examen más detenido del tema.

Así, en el caso en que la sanción quede firme y consentida, sin que se haya producido el pago, se iniciará el periodo y el procedimiento ejecutivo en el que se determinarán los intereses devengados por este concepto y sin que sea aplicable ningún tipo de plazo máximo de duración que exima del devengo de aquellos, pues la vía de apremio carece de plazo máximo de duración (art. 104.1 LGT) y las disposiciones del título III capítulo V de la Ley (Procedimiento de recaudación) son aplicables también a la recaudación de las sanciones. Pero en este caso, si la extinción de las sanciones se produjese por vía de compensación –lo que admite el artículo 190 LGT- tendríamos que aplicar las reglas que hemos examinamos en otro lugar en relación con el interés moratorio y el plazo máximo de duración del procedimiento de compensación de deudas tributarias (“El retraso en la resolución de los procedimientos tributarios y el interés de demora”).

El segundo tipo de intereses moratorios que se contempla en el artículo 26.2, es el contemplado en la letra c), referido a los supuestos de suspensión de la ejecución del acto. En este caso y en relación con los supuestos en que las sanciones sean objeto de un recurso o reclamación, la cuestión merece un estudio con mayor detalle y diferenciado, pues nos conduce el tema conflictivo de los intereses de demora suspensivos.

2. El interés suspensivo en la Ley 58/2003 General Tributaria

El artículo 26 de la LGT, antes citado, contiene dos preceptos que establecen el nuevo marco jurídico de estos intereses.

Por una parte, y al fijar los supuestos en que se devengarán intereses de demora, dice la Ley que ello se producirá “cuando se suspenda la ejecución del acto, salvo en el supuesto de recursos y reclamaciones contra sanciones durante el tiempo que transcurra hasta la finalización del plazo de pago en período voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa”.

Esta disposición viene a reiterarse en el artículo 212. 3, al ordenar que: “La interposición en tiempo y forma de un recurso o reclamación administrativa contra una sanción producirá los siguientes efectos:

- a) La ejecución de las sanciones quedará automáticamente suspendida en período voluntario sin necesidad de aportar garantías hasta que sean firmes en vía administrativa.
- b) No se exigirán intereses de demora por el tiempo que transcurra hasta la finalización del plazo de pago en período voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa”.

Es decir, las sanciones no devengarán intereses de demora suspensivos durante el plazo a que hacen referencia ambas disposiciones.

Pero por otra parte, en el apartado 5 del artículo 26 LGT se dice: “En los casos en que resulte necesaria la práctica de una nueva liquidación como consecuencia de haber sido anulada otra liquidación por una resolución administrativa o judicial, se conservarán íntegramente los actos y trámites no afectados por la causa de anulación, con mantenimiento íntegro de su contenido, y exigencia del interés de demora sobre el importe de la nueva liquidación. En estos casos, la fecha de inicio del cómputo del interés de demora será la misma que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 de este artículo, hubiera correspondido a la liquidación anulada y el interés se devengará hasta el momento en que se haya dictado la nueva liquidación, sin que el final del cómputo pueda ser posterior al plazo máximo para ejecutar la resolución”.

En este precepto parece establecerse el criterio de que cualquier nueva liquidación que deba practicarse por haber sido anulada la anterior por una resolución administrativa o judicial, deberá contener el importe de los intereses de demora que se girarán sobre un periodo de tiempo a determinar en aplicación de la normativa al respecto (pues habrá de tenerse en consideración el incumplimiento del plazo máximo fijado para cada procedimiento e, incluso, el plazo máximo para ejecutar la resolución).

Pues bien, ambos preceptos han de ser puestos en conexión con lo ordenado en otras normas y con la jurisprudencia de nuestros tribunales para adentrarnos en sus contenidos.

Cuando nos referimos a los intereses suspensivos estamos comprendiendo aquellos intereses de demora que se devengan como consecuencia de la suspensión de un acto administrativo, sea por impugnación en la que se ha obtenido la suspensión o sea por cualquier otra causa.

Se trata de un interés cuyo contenido fue definido con precisión en la conflictiva sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 1997, dictada en interés de Ley, en la que se ponían de manifiesto sus diferencias con el interés de demora, siendo la principal que éste se aplicaba exclusivamente sobre la cuota, mientras que el interés suspensivo de giraría sobre la totalidad de la deuda tributaria, incluidas las sanciones.

Pero, además, el Tribunal perfilaba algunos criterios sobre estos intereses afirmando que “si se anula el acto administrativo de liquidación y, en consecuencia, debe practicarse uno nuevo y distinto, se reabre necesariamente un nuevo plazo de ingreso de dicha liquidación, razón por la que no ha lugar en absoluto a exigir intereses de demora suspensivos, aunque la modificación del acto haya sido insignificante...”. Es decir, si como consecuencia de haberse estimado la reclamación, en el más común de los casos, se modifica la liquidación administrativa impugnada, no cabrá exigir interés de demora suspensivo, pero en cambio habrá de liquidarse entonces el interés de demora previsto en el art. 58.2.b) LGT (230/1960), o como decía el tribunal “el interés suspensivo (art. 61.4 LGT) es sustituido por el interés de demora (art. 58.2.b) LGT”.

Es cierto que la sentencia que acabamos de citar fue objeto de fuertes críticas (como es la que brevemente formulan los autores del Curso de Derecho Financiero y Tributario. Ed. Tecnos 2004, pág 424), diciéndose también de ella que se trataba de una construcción artificial basada exclusivamente en la existencia de dos preceptos diferentes contenidos en la LGT (230/1963): los artículos 58 y 61. Pero que correctamente entendidos ambos venían a establecer una misma prestación accesoria, si bien el art. 61.4 sólo significaba un supuesto especial de aplicación de lo dispuesto en el artículo 58. En resumen, el error o equívoco de la sentencia podía tomar su causa en la regulación separada de una misma figura: los intereses de demora (Rodríguez Márquez J. “El interés de demora en la LGT” Marcial Pons. 1999. Pág. 165). Es más, este autor concluía que el valor de dicha sentencia debía circunscribirse a un determinado periodo en que la confusión legislativa permitía esta doctrina. Periodo en el que rigió la redacción dada a la LGT en 1985.

Sin entrar en la argumentación citada, lo cierto es que la exigencia de intereses de demora durante el tiempo en que una deuda está suspendida en su exigibilidad ha estado regulada en nuestro ordenamiento no solo en la LGT, sino en otros muchos textos.

Así, el RD que regulaba el procedimiento de la reclamación económico-administrativa (RD 1999/1981) venía de ordenar en el artículo 81.10 que “Cuando se ingrese la deuda tributaria, por haber sido desestimada la reclamación interpuesta, se satisfarán intereses de demora en la cuantía establecida en el artículo 58, apartado 2, letra b), de la Ley General Tributaria, por todo el tiempo que durase la suspensión, más una sanción del 5 por 100 de aquélla, en los casos en que el Tribunal apreciase temeridad o mala fe”.

Es decir, estamos en un momento en el que las sanciones devengan ambos tipos de intereses, dependiendo de las circunstancias, tanto el de demora como el interés suspensivo.

Posteriormente, con la Ley 25/1995, de reforma de la LGT, empezó a abrirse camino un nuevo planteamiento del problema y ello a causa de la paulatina introducción en nuestro ordenamiento de la suspensión automática de las sanciones cuando hubiesen sido impugnadas.

Por obra de aquella Ley, el artículo 81 de la LGT ordenaba "3. La interposición de cualquier recurso o reclamación no suspenderá la ejecución de la sanción impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa general aplicable sobre la suspensión de los actos impugnados y de lo previsto al respecto en la regulación de las reclamaciones económico-administrativas.

4. En todo caso, procederá la suspensión de la ejecución de la sanción cuando dicha ejecución afectará sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva o de los servicios y del nivel de empleo de la actividad económica respectiva. Se entenderá que afecta sustancialmente cuando la sanción a garantizar exceda del 15 por 100 del patrimonio o de los fondos propios del sujeto pasivo".

Este párrafo cuarto abría una brecha en relación con el principio general de no suspensión por la mera reclamación, que se consolidaría en la Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente, no sin antes haberse producido un importante debate sobre si el paso definitivo fue debido a la LRJPAC al declarar la "inejecutividad" de las sanciones hasta que hubiesen ganado firmeza.

En efecto, el artículo 35 de la LDGC ordenaba lo siguiente: "La ejecución de las sanciones tributarias quedará automáticamente suspendida sin necesidad de aportar garantía, por la presentación en tiempo y forma del recurso o reclamación administrativa que contra aquéllas proceda y sin que pueda ejecutarse hasta que sean firmes en vía administrativa".

Es sabido que sobre esta norma se dijo que lo realmente declarado por la Ley era la inejecutividad de las sanciones (Falcón y Tella) o bien que tal interpretación era viable (Rodríguez Márquez "El interés de demora en la LGT" Marcial Pons. 1999. Pág. 159) puesto que no sería posible su ejecución hasta que no hubiesen adquirido firmeza administrativa, si bien, esta posición no fue acogida por los tribunales ni estaba respaldada por la exposición de motivos de la Ley (Javier Martín Fernández "La suspensión de la ejecución de los actos tributarios" Marcial Pons 1999. Pág 47.) Posteriormente Simón Acosta ha criticado esta vía seguida desde la LDGC y recogida en la Ley 58/2003, pues la suspensión ex lege de las sanciones debe interpretarse en el sentido de la LRJPAC de considerar las sanciones como no ejecutivas. ("Procedimiento sancionador". La Nueva Ley General Tributaria. Thomson Civitas 2004. Pág 789).

En tales posiciones lo que realmente se pretendía no era otra cosa que acercar la declaración contenida en las leyes tributarias –eficacia suspendida- a lo ordenado para el derecho administrativo sancionador general –inejecutividad-, logrando el efecto de impedir el devengo de intereses de demora como corolario de aquella falta de carácter ejecutivo. Es decir, la doctrina intentó delimitar el devengo de intereses de demora en relación con las sanciones, argumentando que si tal “suspensión” venía impuesta por la Ley, no era razonable exigir el pago de unos intereses a cargo del sujeto cuya presunción de inocencia se protegía con aquella medida.

Sin embargo, el desarrollo reglamentario de la LDGC (y de la LGT modificada) vino a imponer otro criterio y a declarar el devengo, en estos casos, del interés de demora. Así lo hizo el Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla el régimen sancionador tributario y se introducen las adecuaciones necesarias en el Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos, cuando ordenó –artículo 37.3- que “las sanciones suspendidas devengarán los correspondientes intereses de demora conforme a las reglas generales, procediéndose a su cobro una vez que la sanción impuesta adquiriera firmeza en vía administrativa”.

3. Criterios jurisprudenciales y conclusiones

Del breve recorrido por nuestra legislación creemos que se deducen tres cuestiones, relacionadas entre sí, que podemos concretar del siguiente modo: la primera nos conduce a la determinación del momento en el que tienen efecto las normas que han ordenado la suspensión automática de las sanciones y a la forma en que debe interpretarse esta suspensión en relación con la inejecutividad que para las sanciones administrativas declara la Ley 30/1992. La segunda será la concreción del tiempo durante el cual deberán estar automáticamente suspendidas las sanciones sin necesidad de aportación de garantías y sin devengo de intereses de demora. Y la tercera es el examen del efecto que ha de darse a la anulación de una sanción, cuando ha de dictarse otro acto administrativo en sustitución del anulado, en relación con la aplicación de intereses de demora.

En las disposiciones legales antes citadas y en las sentencias que pasamos a exponer creemos que se encuentran algunos criterios de interés para resolver las cuestiones enunciadas.

El primer aspecto sobre el que el Tribunal Supremo dejó sentada su posición fue el relativo al efecto retroactivo que debía darse al RD 1930/1998 en cuyo artículo 38 ordenaba mantener la suspensión de la vía administrativa hasta que se pronunciase sobre ella el tribunal competente. A este efecto la sentencia de 6 de marzo de 2000 (Sala 3ª Secc. 2ª. Ponente Excmo. Sr. J. Rouanet Moscardó), reiterada exactamente por la de 23 de octubre de 2002 de la misma Sala y ponente (RJA 2002/10229) se planteó un caso en que la sentencia de instancia había declarado que la LRJPAC era aplicable al ámbito tributario por cuanto el problema de la ejecutividad de las sanciones no era procedi-

mental sino material. Además consideraba la importante eficacia que había de reconocerse al principio de presunción de inocencia en pugna, en este caso, con la autotutela ejecutiva como privilegio de la Administración.

Los argumentos que empleó el Tribunal Supremo son los siguientes: En primer lugar, y tras un largo examen de la normativa tributaria y administrativa sobre el tema –desde la LJCA y LPA de 1958 hasta la actualidad- advierte la forma en que el ordenamiento tributario da entrada al principio de no ejecutividad de las sanciones hasta que hubiesen adquirido firmeza, si bien éste lo hace de forma distinta y posterior al ordenamiento administrativo. Pero, partiendo de sus sentencias de 13 de febrero de 1998 (RJA 1998/2138) y 15 de junio de 1998 (RJA 1998/6285) reconoce que no hay una solución única derivada de la constitución que se imponga al legislador necesariamente, pero en el caso, se inclina por la aplicación retroactiva de la norma más favorable “por implicar una mayor garantía de los contribuyentes ... por tratarse de unas normas más beneficiosas, deben ser aplicadas con carácter retroactivo” (siguiendo la STS de 29 de octubre de 1999. RJA 1999/8644).

A la misma conclusión llega también la más reciente STS de 29 de enero de 2003 (RJ 2003/2022) al afirmar que dicho artículo forma parte del régimen sancionador tributario al que ha de reconocerse efectos retroactivos.

Es decir, quedó fijado sin lugar a dudas el carácter retroactivo de la suspensión de efectos de las sanciones tributarias en tanto no hubiesen adquirido firmeza, aunque tal suspensión no debiera asimilarse a la inexecutividad ordenada en la Ley 30/1992.

Ahora bien, una vez sentado lo anterior, el Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de septiembre de 2001 (Sala 3ª. Secc. 2ª Ponente; Excmo. Sr. J. Rouanet Moscardó. RJ 2002/430), comentada por Pont y Clemente (“El Tribunal Supremo confirma la inexigibilidad de intereses de demora sobre las sanciones tributarias” Informes de la AEDAF), vino a declarar que no se podía exigir interés de demora suspensivo sobre una cantidad que no es susceptible de ser exigida o ejecutada pues no se tenía derecho a ella. Otra cosa sería ir contra la propia naturaleza indemnizatoria o compensatoria del interés de demora. La citada sentencia, dictada en interés de Ley, resolvía un recurso planteado por la Abogacía del Estado contra sentencia del TSJ de Andalucía que anuló una liquidación tributaria girada por la Oficina de Recaudación en la que se aplicaban intereses de demora sobre la totalidad de los componentes de la deuda (incluidas sanciones) al tratarse, a juicio de la Administración, de intereses suspensivos.

La Abogacía del Estado invocaba entre sus argumentos la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1997 –antes comentada- en cuya virtud debían exigirse intereses suspensivos sobre la totalidad de la deuda tributaria dejada de ingresar. El Tribunal, en el Fto. Jur. 4º, expone sus criterios sobre la cuestión a la luz de las nuevas disposiciones vigentes en nuestro ordenamiento y concluye con dos argumentos de importancia: que lo dispuesto en la LDGC y LGT (reformada a consecuencia de la primera Ley) en relación con la suspensión de las sanciones impide girar intereses de

demora suspensivos y que hasta que recaiga resolución jurisdiccional sobre las sanciones impugnadas, no cabe hablar de “firmeza administrativa”.

La cuestión que suscitaba esta sentencia, de 18 de septiembre de 2001, es la del alcance interpretativo que debía darse a las expresiones “resolución jurisdiccional” y “firmeza administrativa”. Cuestión que se esclareció en la posterior sentencia del mismo Tribunal, de 23 de octubre de 2002 (RJA 2002/10.229), en la que tales expresiones significan que los actos de imposición de las sanciones, cuando han sido impugnados en vía administrativa y después en la jurisdiccional, no adquieren firmeza hasta que sobre su suspensión no se haya pronunciado el tribunal de justicia ante el que se hubiera planteado el caso.

El mismo criterio es el que se sustenta también en la muy reciente sentencia del Tribunal Supremo de 5 mayo de 2004 (Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Micó), en la que encontramos argumentos que merecen ser reproducidos en su literalidad y que pueden contribuir a ir formando un juicio definitivo sobre el tema. Argumentación que se reitera nuevamente en la STS de 10 de octubre de 2004 (Ponente: Excmo. Sr. Jaime Rouanet Moscardó).

Dice así la sentencia de 5 mayo de 2004:

“FUNDAMENTOS DE DERECHO

QUINTO.- El problema planteado en los presentes autos se centra en determinar si la impugnación de la providencia de la Secretaría del TEAR de Valencia de 23 de agosto de 1994 (y las resolución que de ella trae causa) debe resolverse a tenor de lo previsto tanto en la Ley 30/1992 como, sobre todo, en el actual art. 81.3 de la LGT y en los preceptos coincidentes de la Ley 1/1998, del Real Decreto 1930/1998 y del vigente Real Decreto 939/1986, con la consecuencia de que lo procedente era (y es) que se suspendiese (o se tuviese por suspendido) el acto recurrido hasta que la vía administrativa alcanzase su firmeza, o, por el contrario, como propugna el Abogado del Estado recurrente, se decretase -de acuerdo con lo decidido, en su día, por la Secretaría del TEAR o por dicho mismo Tribunal- la pertinencia de la prosecución del trámite recaudatorio de la vía de apremio oportunamente incoada (a tenor de lo prescrito, a sensu contrario, dada la falta u omisión de la requerida aportación de aval bancario o garantía prevista normativamente -como condición del mantenimiento de la suspensión de la ejecución de la sanción impuesta- en el artículo 81 del Real Decreto 1999/1981).

..., la sentencia de esta Sección y Sala de 29 de octubre de 1999 (Rec. Casación num. 1286/1995) -en un asunto similar al de las presentes actuaciones- ha dejado sentado, primero, que “el apartado 3 del artículo 81 de la LGT modificado por la Ley 25/1995 contiene una norma general contraria radicalmente a lo dispuesto en el artículo 138.3 de la Ley 30/1992, y el apartado 4 una excepción concretísima respecto de la norma general anterior. Es de observar que cuando se introdujo dicho precepto hacía tres años que estaba vigente el artículo 138.3 de la Ley 30/1992, lo cual demuestra -en principio, se añade ahora- que esta Ley no era aplicable en materia tributaria”.

Pero esta misma sentencia, a la vista de los nuevos artículos 35 de la Ley 1/1998, 81.3 de la LGT (reformado por la Ley anterior) y 37 del Real Decreto 1930/1998 (y -se añade ahora, también- el 63 bis. II introducido en el Real Decreto 939/1986 por el Real Decreto precedente), termina afirmando: “Estos preceptos forman parte del régimen sancionador tributario, y por implicar una mayor garantía de los contribuyentes, en la medida en que pueden interponer recurso de reposición o reclamación económico administrativa -como dice la Exposición de Motivos de la Ley 1/1998- sin necesidad de prestar garantía, ha de concluirse que, por tratarse de unas normas más beneficiosas, deben ser aplicadas con carácter retroactivo, lo cual significa que, en el presente caso -como así ha sido resuelto por la sentencia de instancia-, ha de confirmarse el reconocimiento que se hizo al recurrente del derecho que tenía en la vía económico administrativa a la suspensión del ingreso -y recaudación en vía ejecutiva de apremio- de las sanciones tributarias, sin prestar garantía alguna - bien entendido que tal reconocimiento es posible porque dicha cuestión concreta de la suspensión no es firme en la vía administrativa-” (lo cual es, en realidad, dar carta de naturaleza, en el ámbito tributario, a la Ley 30/1992).

La vigencia del principio a que responde hoy el art. 35 de la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías del Contribuyente, cabe sostenerla desde la configuración y perspectiva constitucional del Derecho Administrativo sancionador (con la puntualización, a mayor abundamiento, de que, aplicable tal precepto, no es necesario hablar de “suspensión” propiamente dicha, porque hasta la resolución del oportuno recurso jurisdiccional, en el supuesto de que fuera desestimado, no podría decirse que la sanción había quedado firme en vía administrativa).

...aunque la sanción forma parte de la deuda tributaria, de conformidad con lo establecido en el art. 58 de la Ley General vigente en la materia, no cumple, desde luego, la misma función que el resto de los elementos que la integran... De ahí que la Sentencia 66/1984, de 6 de Junio, del Tribunal Constitucional, declarara la constitucionalidad de la autotutela ejecutiva en materia de Derecho administrativo sancionador y, por ende, la ejecutividad de los actos administrativos sancionadores como no contraria a la presunción de inocencia ni al derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que la ejecución pudiera ser sometida a la decisión de un Tribunal de Justicia y que éste pudiera resolver sobre su suspensión, y de ahí, también, que la Sentencia del propio Tribunal 78/1996, de 20 de Mayo, añada que “mientras se toma aquella decisión -se refiere a la que resuelva sobre la suspensión solicitada- no pueda (ésta) impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez”. Si, pues, no podía procederse a la ejecución de la sanción impuesta hasta tanto, impugnada la liquidación y solicitada la suspensión de la en ella contenida, pudiera resolver sobre la misma la Sala Jurisdiccional ante la que el recurso hubiera sido planteado, es claro que, mientras tanto, no podía declararse la ejecutividad de la sanción.

En consecuencia, la solución que se mantiene y se arbitra en esta sentencia (y en la de instancia) es la de “no ejecutividad de las sanciones en materia tributaria mientras no sean firmes en vía administrativa -en este caso, en vía económico administrativa-, y, por tanto, la innecesariedad de afianzar su importe, pues no hay nada que suspender”.

A nuestro juicio, el Tribunal Supremo extrae todas las consecuencias posibles de las modificaciones legales que habían incidido en la materia, con la finalidad de reforzar las garantías del contribuyente y la propia competencia de los tribunales, pero la literalidad de las normas legales no permitirían obtener otras conclusiones diferentes, tendentes a asimilar el tratamiento que reciben las sanciones impugnadas en la vía administrativa con la que reciben en la vía jurisdiccional, pues además de ser explícita la Ley cuando se refiere a “firmeza administrativa”, las leyes de la jurisdicción contencioso administrativa contienen sus propias disposiciones sobre la suspensión de los actos impugnados, como después veremos, a que han de ajustarse los tribunales.

En resumen, la solución dada por este conjunto de sentencias al problema del plazo en el que deberán permanecer suspendidas las sanciones que hayan sido recurridas, es la que posteriormente ha acogido el artículo 233.8 de la LGT al ordenar que: “Se mantendrá la suspensión producida en vía administrativa cuanto el interesado comunique a la Administración Tributaria en el plazo de interposición del recurso contencioso administrativo que ha interpuesto dicho recurso y ha solicitado la suspensión en el mismo. Dicha suspensión continuará, siempre que la garantía que hubiese aportado en vía administrativa conserve su vigencia y eficacia, hasta que el órgano judicial adopte la decisión que corresponda en relación con la suspensión solicitada. Tratándose de sanciones, la suspensión se mantendrá en los términos previstos en el párrafo anterior y sin necesidad de prestar garantía, hasta que se adopte la decisión judicial”.

En consecuencia, a nuestro parecer, durante ese periodo de tiempo tampoco se devengarán intereses de demora, y en tal sentido debe interpretarse el artículo 26.2 c) de la LGT al decir que no se exigirán intereses de demora “en el supuesto de recursos y reclamaciones contra sanciones durante el tiempo que transcurra hasta la finalización del plazo de pago en período voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa”, pues, creemos, deben quedar totalmente asociados y unidos los siguientes dos efectos: el no devengarse intereses de demora y la no necesidad de aportar garantías para obtener la suspensión de las sanciones. Es decir, si existe un periodo de tiempo en el que no es necesario aportar garantía alguna para impedir la ejecución del acto sancionador, es porque la deuda –en este caso, la sanción– está suspendida automáticamente ex lege, y, como sabemos, durante ese tiempo, las sanciones no devengan intereses suspensivos.

De este modo nuestra conclusión será que, partiendo de que el “periodo de carencia” de intereses suspensivos y el plazo de inejecutividad de las sanciones deben ser de la misma duración, las sanciones que estén suspendidas por haber sido impugnadas, cuando el recurso se plantee ante la jurisdicción contencioso administrativa tampoco devengarán intereses de demora hasta que exista una resolución judicial que decida sobre el mantenimiento de la suspensión.

Tal criterio es el que, creemos, se puede también fundamentar en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2004 (Ponente: Excmo. Sr. Jaime Rouanet Moscardó) cuando dice el Tribunal: “C) Podría pensarse que, en cierto modo, las medidas de suspensión de la ejecución de la sanción tributaria sin necesidad de previa garantía o cau-

ción acordadas en la vía administrativa o económico administrativa prolongan su efectividad en la vía contencioso administrativa, hasta la finalización de la misma (mediante sentencia desestimatoria sobre el fondo cuestionado), pero no hay razones técnico jurídicas para poder mantener tal criterio, pues la frase «sin que puedan ejecutarse (las sanciones suspendidas sin garantía, se entiende) hasta que sean firmes en vía administrativa» contenida en el artículo 35 de la Ley 1/1998 (y en otros preceptos de disposiciones normativas posteriores -antes comentadas-) sólo puede entenderse como «hasta que hayan causado estado en dicha vía» (y no quepa, ya, otro recurso administrativo o económico administrativo), o bien, como máximo, según se ha dejado sentado en la reciente jurisprudencia de esta Sección y Sala (matizando, sin embargo, restrictivamente, el alcance que se ha dado a tal expresión en la sentencia de 18 de septiembre de 2001), «hasta que se adopte, en la vía contencioso administrativa, la pertinente resolución sobre la virtualidad de la suspensión que, concedida anteriormente, es instada, ex novo, en la vía jurisdiccional (en la oportuna pieza separada), al amparo del artículo 122 y siguientes de la LJCA de 1956, pues, teniendo en cuenta, a modo de valor interpretativo ex post facto (confirmatorio y aclaratorio de lo que la jurisprudencia comentada había ido dejando sentado), lo dispuesto en los artículos 212.3 y 233.1 y 8 de la nueva Ley 58/2003, ese potencial mantenimiento de la suspensión acordada en la vía administrativa o económico administrativa en la posterior vía contencioso administrativa incoada conservará su vigencia y eficacia, solamente, hasta que el órgano judicial adopte la decisión que corresponda EN RELACIÓN CON LA SUSPENSIÓN SOLICITADA (en el propio recurso contencioso administrativo), sin que pueda predeterminar e influir directamente en la decisión que, conforme a los criterios establecidos en la LJCA, adopte, dentro de su competencia, el Tribunal jurisdiccional».

D) Ciertamente es que la doctrina jurisprudencial ha puntualizado la exigencia de la prueba de la producción de daños o perjuicios de imposible o difícil reparación como único medio hábil para obtener la suspensión en la vía contencioso administrativa, al considerar que el interés público no sufre menoscabo si la suspensión de una liquidación tributaria se encuentra debidamente garantizada, pero también es cierto que, inexistente la garantía previa, es, en principio, incuestionable la causación de perjuicios a unos intereses superiores, los generales o públicos, a los que se deja sumidos en el puro desamparo, y cierto es, también, que ningún precepto de la LJCA distingue, genéricamente, dentro del contenido del acto impugnado, la parte de carácter sancionador, para someterla a un régimen diferenciado del resto de los efectos de la suspensión de su ejecución (debiendo resaltarse que el artículo 124.1 de la LJCA de 1956 -a diferencia del artículo 133.1 de la LJCA 29/1998- no regula la caución con un alcance potestativo, sino imperativo para el Tribunal -«exigirá, si pudiera resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos»-).»

Finalmente, y tras la conclusión a que hemos llegado más arriba, queda un último problema por abordar que es el referente a los supuestos en los que recurrido un acto de imposición de una sanción se dicta resolución.

La primera hipótesis a examinar se refiere a aquellos supuestos en que, recurrida una sanción, se dicte finalmente resolución administrativa o sentencia que la anule y deba dictarse otro acto administrativo en sustitución de aquel y ajustado a derecho.

Para este supuesto, el art. 26.5 LGT establece que “en los casos en que resulte necesaria la práctica de una nueva liquidación como consecuencia de haber sido anulada otra”, se exigirá el “interés de demora sobre el importe de la nueva liquidación”. Dicho interés se cuantificará desde que debió ser ingresada la deuda en plazo y “hasta el momento en que se haya dictado la nueva liquidación”. Así pues, desaparece lógicamente el interés suspensivo y se liquidan intereses de demora. Se acoge así el criterio de la STS de noviembre de 1997 a que hicimos referencia, en el que se ya se advertía que, en estos casos, el interés suspensivo se transformaba en interés de demora.

Pero en relación con las sanciones es necesario precisar que es el nuevo acto dictado en sustitución del anulado el que las declara y fija y, por tanto, abre el plazo de pago voluntario, pues la anterior sanción ha sido anulada. Es decir, la sanción sólo existe desde que se dicta la nueva liquidación, por lo que estaríamos en el supuesto regulado en la letra a) del artículo 26.2 LGT y del artículo 27 del RD 2063/2004 por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario, y en este caso, el interés de demora sólo cabría exigirlo si la sanción no se paga en el periodo concedido al efecto, pues no puede considerarse que hay una sanción anterior impagada ya que fue anulada a consecuencia de su impugnación.

Esta interpretación se puede amparar en varias razones. De una parte no contradice lo declarado por el Tribunal Supremo en la sentencia, ya citada, de noviembre de 1997. Por otra, en una interpretación sistemática de la nueva LGT, cuando se hace referencia a las liquidaciones tributarias –nos referimos a las que deben dictarse tras la anulación de la anterior- no se comprenden las sanciones, como se desprende de los artículos 101 y 58, e incluso del artículo 155.6. de la misma Ley. Y, finalmente, no creemos que la solución que pueda ser razonable en relación con la cuota –pues en este caso hay una obligación tributaria previamente existente impagada pero no cuantificada, sobre la que se giran intereses- lo sea también en relación con las sanciones. Estas sólo existen a partir del momento en que se imponen, sin que sea de razón sostener que, “en este caso, el devengo de intereses se produce y liquidará sobre la obligación o responsabilidad nacida de la comisión de la infracción tributaria, aunque no haya sido declarada todavía”.

Ello deberá ser aplicado tanto en el caso en que la anulación sea consecuencia de una resolución administrativa como de una sentencia judicial –artículo 26.5 LGT-, y siempre que, por exigirse la conservación íntegra de los actos y trámites no afectados por la causa de anulación, la resolución correspondiente a la sanción haya sido anulada, lo que se producirá siempre que haya de dictarse un nuevo acto que declare e imponga la sanción y la cuantifique conforme a derecho.

En tales casos, surge la cuestión sobre cuándo debe entenderse producido este efecto de anulación de un acto de liquidación con sanciones, pues, y ello tiene importancia en el momento actual, el TEAC (Vocalía 11ª), en resolución de 24 de junio de 2004 (dictada para unificación de criterio) ha resuelto que la modificación de las sanciones como consecuencia de aplicar la Ley 25/1995, en lo que resultase más favorable, supone una alteración ex lege de la motivación de un elemento del acto que exige una modifica-

ción del acto anterior; pero sin que ello implique una declaración de nulidad, ni siquiera parcial, de este último. Considerando en su argumentación que, desde una perspectiva puramente formal, este nuevo acto constituirá una nueva liquidación, pero ello no conduce a entender que se trate de una liquidación ex novo en todos sus efectos jurídicos. Es decir, la sustitución de una sanción por otra, efectuada a consecuencia de una modificación legislativa que afecta a sanciones no firmes, no implicaría su anulación, y en consecuencia, no podríamos argumentar en los términos antes expuestos.

Por otra parte, y volviendo al problema de la no exigibilidad de intereses de demora en estos casos en que la sanción resulte anulada y haya de dictarse un nuevo acto con imposición de una nueva sanción, si, en contra de nuestra posición, se entendiera que procede la aplicación de intereses sobre las nuevas sanciones, pues con el nuevo acto sancionador los intereses suspensivos se transforman en intereses de demora tal como podría desprenderse de la nueva Ley, en este caso, decimos, debería considerarse la necesaria aplicación de la norma que ordena que no se exijan intereses (suspensivos) hasta que la sanción no sea firme en vía administrativa, pues de alguna manera, las sanciones han estado suspendidas por el propio mandato de la Ley.

Es decir, si la sanción ha estado suspendida por obra de la Ley durante el periodo de tiempo en el que transcurrió su impugnación, y durante este periodo de tiempo no se devengan intereses suspensivos, cuando estos se han de transformar en intereses moratorios por efecto de la anulación del primer acto sancionador, carece de lógica que, cuando se aplican estos intereses moratorios, se giren por el periodo de tiempo comprendido entre el momento en que se debió efectuar el ingreso de la sanción anulada y hasta el momento en que se haya dictado la nueva liquidación (art. 26.5 LGT), pues en ese periodo de tiempo está comprendido el plazo en que la sanción estuvo suspendida ex lege, plazo en el que, como hemos visto, no se devengarían intereses (suspensivos). En resumen, si los intereses suspensivos se han transformado en intereses de demora, estos no deben girarse durante el plazo de tiempo en que aquellos no eran exigibles.

La razón no es otra que la idéntica naturaleza de ambos tipos de intereses que no permite articular soluciones diferentes cuando carezcan de fundamento lógico. Por otra parte, puede suceder que, si la diferencia cuantitativa entre la primera y la segunda sanción es reducida, esa pequeña diferencia se vea superada por el efecto del devengo de intereses de demora (no suspensivos), de forma que si la sanción no hubiera sido anulada y hubiera de ser pagada, al no exigirse intereses suspensivos durante el periodo en el que transcurrió el recurso, el importe final a pagar sea menor que en el caso de haber obtenido la anulación del acto por ser contrario a derecho.

Continuando con el examen de nuestras conclusiones nos hemos de referir a aquellos otros casos en los que, tras la impugnación y suspensión del acto recurrido, no resulte anulado sino confirmado, pues en estas situaciones será cuando se exijan los intereses suspensivos, pero sin olvidar que, en cuanto a las sanciones, la letra c) del artículo 26.2 LGT, ordena “salvo en el supuesto de recursos y reclamaciones contra sanciones durante el tiempo que transcurra hasta la finalización del plazo de pago en perí-

odo voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa”.

Es decir, y poniendo en conexión cuanto hemos dicho anteriormente, durante el tiempo en que se sustanció el recurso o reclamación en vía administrativa, no se exigirán estos intereses. ■

