



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Estudio del modelo de convenio sobre renta y patrimonio de la OCDE de 1992

José María Tovillas Morán



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution 4.0. Spain License.**

JOSÉ MARÍA TOVILLAS MORÁN

**ESTUDIO DEL MODELO DE CONVENIO SOBRE RENTA
Y PATRIMONIO DE LA OCDE DE 1992**

**TESIS PRESENTADA PARA OPTAR AL TÍTULO DE
DOCTOR EN DERECHO DIRIGIDA POR EL
DOCTOR LUIS MANUEL ALONSO GONZÁLEZ**

**DEPARTAMENTO DE ECONOMÍA POLÍTICA, HACIENDA PÚBLICA Y DERECHO
FINANCIERO Y TRIBUTARIO**

PROGRAMA DE DOCTORADO DE DERECHO FINANCIERO 1993-1995

UNIVERSIDAD DE BARCELONA

IV.D. El tratamiento de las rentas de capital en el Modelo de Convenio de 1992 :

Como consecuencia de la adscripción de los sucesivos Modelos de Convenio a la teoría de la "renta-incremento de patrimonio", también éstos prevén el tratamiento de las rentas de capital entre las diferentes categorías de rentas.

Desde el punto de vista jurídico, las rentas de capital son frutos civiles³⁷⁹ provenientes de los bienes y derechos que integran el patrimonio de una persona (ya sea ésta física, jurídica o una asociación de personas). Al ser frutos civiles, el bien o el derecho integrante del patrimonio de la persona del cual derivan los frutos mantiene su forma y su substancia.

³⁷⁹ DIEZ PICAZO, L., **Sistema de Derecho civil, Volumen I**, pp.409-412, Ed.Tecnos, Madrid, 1992, 8ª edición.

Señala este autor que "En la dogmática jurídica es tradicional la utilización del concepto de frutos para designar los rendimientos o las percepciones que la titularidad de una cosa permite obtener o, por lo menos, aquéllos que reúnen determinadas características".

Entre las características más destacables del fruto civil destaca que se trata de un derecho de crédito que se posee a cambio de una contraprestación. En la inmensa mayoría de los casos los frutos civiles tienen una periodicidad. Siempre se mantiene la substancia de la cosa que ha generado el fruto. Además, el fruto se produce siguiendo el destino económico de la cosa.

PÉREZ ROYO, I., **Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas**, Marcial Pons, 1992, pp.143-208.

ANTÓN PÉREZ, J.A., **Rendimientos del capital mobiliario**, en **Comentarios a la Ley del I.R.P.F. y reglamento del Impuesto**, Ed.Colex, Madrid, 1993, pp.321-342.

GUIJARRO ZUBIZARRETA, F., **Los rendimientos del capital mobiliario en la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta**, Impuestos nº19, 1991.

Tanto los bienes muebles como los bienes inmuebles pueden generar rentas de capital.

Sin embargo, desde la perspectiva de la sistemática de cada uno de los Modelos de Convenio es necesario distinguir entre las rentas del capital mobiliario y las rentas del capital inmobiliario.

Estas últimas son objeto de tratamiento específico, diferenciado respecto del resto de rentas de capital (en razón de las peculiaridades de la fuente de las mismas) en el art.6 del Modelo de Convenio de 1992.

Las rentas del capital mobiliario son las rentas que provienen de alguno de los bienes o derechos de carácter "mueble" de una persona en el sentido del Modelo de Convenio que no estén afectos a una explotación económica o actividad profesional o artística³⁸⁰.

³⁸⁰ CLAVIJO HERNÁNDEZ, F., **Los rendimientos del capital en el nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas**, pp.69-93, pág.70, Ed.Civitas, Madrid, 1981.

El autor describe las diversas clases de rentas generadas por los bienes y derechos de carácter mueble. Los sujetos pasivos ceden una parte de sus bienes o derechos (generalmente, dinero) y adquieren participaciones en el capital de una sociedad (acciones o participaciones en el capital) o derechos de crédito (pagarés, bonos, obligaciones, Deuda pública...) frente a otras personas, generalmente personas jurídicas o el Estado.

Este capital, una vez en manos de los receptores, estará destinado a financiar el gasto corriente o los intereses (aunque en algunos casos como el de la Deuda pública estará destinado el capital obtenido a financiar el gasto corriente o los intereses).

Indirectamente, los bienes y derechos de los sujetos pasivos estarán afectos a actividades económicas.

Esta clase de rentas se caracteriza porque se obtienen exclusivamente con el concurso del capital, sin que intervenga, ni deba intervenir, el trabajo en la consecución del beneficio.

Si la actividad realizada por el sujeto pasivo no es una mera actividad de colocación de su propio ahorro sino que comprende, además, una labor de ordenación de los diferentes elementos productivos para generar bienes o prestar servicios en el mercado, no nos encontraremos ante rentas puras del capital sino ante rentas mixtas del trabajo y del capital, rentas empresariales.

Será determinante para calificar unas u otras rentas examinar si existe una ordenación por cuenta propia de los diferentes modos de producción existentes.

Las rentas derivadas de la titularidad de la propiedad mueble son tratadas en tres artículos diferentes por el Modelo de Convenio de 1992: el art.10 se ocupa de los dividendos, el art.11 de los intereses y el art.12 de los cánones.

Es necesario destacar la importancia cada vez mayor de estas rentas dentro de la economía internacional como consecuencia del proceso de liberalización de las inversiones en el exterior, de los movimientos de capitales y de los medios de pago que han

generado la internacionalización y la integración de los mercados financieros del planeta (de importancia capital en el caso de los dividendos e intereses) y las transferencias de tecnología entre Estados (para el supuesto de cánones). Como consecuencia de la creciente importancia de tales categorías de rentas se ha incrementado el enfrentamiento de posturas que se da entre los países exportadores y los países importadores de capital (actualmente la práctica totalidad de los Estados tanto desarrollados como en vías de desarrollo son importadores de capital).

Los primeros, lógicamente, serán netamente favorables a una imposición de las rentas de capital en el Estado en el que reside el beneficiario de las mismas mientras que los segundos defenderán una imposición en la fuente.

El Modelo de Convenio contiene una fórmula de compromiso que permite, en el caso de intereses y dividendos, al Estado de la fuente someter a los mismos a gravamen de forma limitada. Para el resto de categorías de rentas, el Estado de la fuente carece de la potestad de gravamen o bien la posee de forma ilimitada.

Del Arco³⁸¹ advierte que una especial característica que puede destacarse de la imposición en la fuente de las rentas de capital es la de realizarse preferentemente por medio de un

³⁸¹ DEL ARCO RUETE, L., *La doble imposición internacional y el Derecho tributario español*, pp.141-167, pág.143, Madrid, 1977.

impuesto proporcional y, en la medida de lo posible, evitando la deducción de los gastos destinados a obtener dichas rentas. Concluye, pues, el autor diciendo que el tipo de gravamen efectivo se aplicará sobre el rendimiento bruto, haciendo abstracción de los gastos que hayan podido ser necesarios para la obtención del rendimiento bruto. Esta razón explica la utilización de tipos de gravamen lo suficientemente bajos.

Vamos a estudiar ahora las normas referentes a la tributación de los rendimientos de capital integrados en los artículos 10 (dividendos), 11 (intereses) y 12 (cánones) del Modelo de Convenio.

IV.D.1. Gravamen de los dividendos (art.10 del Modelo de Convenio) :

La utilización de sociedades filiales para realizar actividades económicas en otros Estados y la adquisición de participaciones en el capital de sociedades residentes de otros Estados como inversión financiera son cada vez más frecuentes en la economía internacional. Dichas actividades se caracterizan por generar rentas que son reguladas por el art.10 del Modelo de Convenio.

El tratamiento previsto por el Modelo de Convenio para los dividendos se caracteriza, según De la Villa, por su complejidad, que se explica por diversos motivos: la dificultad de equiparar

los términos y las figuras jurídicas utilizadas o existentes en los diferentes ordenamientos nacionales o las dificultades derivadas de la diversidad de sistemas seguidos en los Estados para evitar la doble imposición económica sobre dividendos³⁸².

Del Arco añade a éstas, las dificultades derivadas del reconocimiento de la relación matriz-filial, la preocupación por una imposición neutral de los beneficios intersocietarios, la autonomía en la tributación de la sociedad respecto del socio y, en particular, el reconocimiento o no de la personalidad jurídico-fiscal de las sociedades personalistas³⁸³.

A todas estas dificultades, nosotros añadimos otra como es el tratamiento aplicable a los dividendos obtenidos por los establecimientos permanentes o bases fijas de negocios.

El artículo 10 del Modelo de Convenio que prevé el tratamiento de los dividendos (que no ha sufrido modificaciones desde el Modelo de Convenio de 1977) está dividido en cinco apartados.

En los dos apartados primeros se distribuye la potestad tributaria de gravamen de los dividendos entre el Estado de la residencia del receptor y el Estado de procedencia de la renta.

³⁸² DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.182.

³⁸³ DEL ARCO RUETE, L., op.cit., pág.141.

La delimitación, definición del concepto de "dividendos" se efectúa en el apartado 3 del artículo 10.

La exclusión del régimen especial de gravamen de dividendos para el caso de establecimientos permanentes se encuentra reflejada en apartado 4 del artículo 10 del Modelo de Convenio.

En el último apartado del art.10 del Modelo de Convenio se prohíbe la imposición extraterritorial de dividendos que De la Villa denomina "no aplicación del régimen de "cifra relativa" de dividendos"³⁸⁴.

Para analizar este artículo vamos a comenzar con el examen de la definición del término "dividendos" contenido en el art.3, para continuar con el estudio de la potestad de gravamen entre el Estado de la fuente de los dividendos obtenidos por establecimientos permanentes y la prohibición de tributación extraterritorial de dividendos (apartados 4 y 5 del art.10).

IV.D.1.a) Definición del término "dividendos" (apartado 3 del artículo 10) :

Este apartado, que no ha sufrido modificaciones desde la publicación del Modelo de Convenio de 1977, contiene, más que una definición, una formulación descriptiva de los rendimientos a los

³⁸⁴ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.182.

que se atribuye el carácter de dividendos.

La delimitación del concepto se hace conforme a una delimitación positiva (de supuestos que siempre tienen la condición de dividendos) y negativa (de supuestos que nunca tendrán la condición de dividendos) y una cláusula residual de remisión a la legislación interna del Estado en que reside la sociedad pagadora del dividendo.

1) Delimitación expresa y abierta de "dividendos" :

Resultó imposible al Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE proponer una definición de dividendo completa puesto que las legislaciones de los países miembros de la OCDE son muy heterogéneas en este punto.

Por esta razón, junto a la enumeración de los supuestos que en todas las legislaciones reciben el tratamiento de beneficios distribuidos, de dividendos, y que resultan, por ello, recogidos en el Modelo de Convenio y a la explicación de un supuesto que, en ningún caso, debe recibir el tratamiento previsto en el art.10, existe una fórmula general de cierre que completa la enumeración.

Se trata de una cláusula de remisión a la legislación interna del Estado en que reside la sociedad pagadora del dividendo.

Esta remisión implica que la definición del apartado 3 del art.10 adquiera, parcialmente, el carácter de abierta ya que se remite al contenido del derecho tributario interno para completar el ámbito objetivo de los "dividendos".

Pero, como acabamos de ver, tal remisión no es incondicionada al incluir en el propio apartado 3 una serie de supuestos que, en todo caso, tendrán la consideración de "dividendos" y unos supuestos que, en ningún caso, tendrán la condición de "dividendos".

Si esta cláusula se reproduce en los CDI efectivamente celebrados por los Estados, la enumeración de estas rentas que tienen la consideración de dividendos se impondrá a los Estados y limitará la remisión al Derecho interno del Estado de la fuente de los mismos.

2) Supuestos contemplados expresamente :

Los supuestos contemplados expresamente pueden tener un carácter positivo (supuestos que sí son "dividendos") y un carácter negativo (supuestos que en ningún caso tendrán carácter de "dividendos").

Para De la Villa³⁸⁵ los supuestos enunciados expresamente como "dividendos" (rendimientos de las acciones, de los bonos de

³⁸⁵ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.183.

disfrute, partes de minas, partes del fundador) presentan una característica común: se trata de rentas obtenidas como consecuencia de aportaciones a riesgos de empresa y vinculados a los posibles beneficios que puedan ser obtenidos por una empresa.

Las rentas que están reguladas por este art.10 son las contraprestaciones por las aportaciones efectuadas al capital, a los recursos propios de la empresa.

De acuerdo con los Comentarios al art.10 dichas rentas no sólo pueden ser monetarias sino que también pueden ser no monetarias, aunque evaluables económicamente.

El ejemplo prototípico de estas rentas consiste en los dividendos distribuidos por sociedades anónimas.

Sin embargo, se citan algunos otros supuestos de activos que son emitidos por sociedades y que dan derecho a participar en los beneficios de la sociedad sin ser títulos de crédito: los bonos de disfrute, bonos del fundador o partes de minas.

De acuerdo, también, con los Comentarios al art.10 del Modelo de Convenio, las rentas pueden constituir tanto beneficios cuya distribución es acordada mediante asamblea general de socios o accionistas sino también de cualquier otra ventaja evaluable económicamente como acciones gratuitas, beneficios de liquidación o incluso distribuciones ocultas de beneficios.

Desde un punto de vista negativo se excluye expresamente de la condición de "dividendos" a los rendimientos derivados de derechos de crédito.

Sin embargo, veremos en el momento de analizar en el artículo 11 del Modelo de Convenio el régimen aplicable a los intereses la posibilidad de que éstos puedan recalificarse como dividendos en determinadas circunstancias.

3) Cláusula residual :

El número 3 del art.10 del Modelo de Convenio contiene una norma residual que recurriendo al Derecho interno de los Estados asimila los "dividendos" a "las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado en que reside la sociedad que los distribuye".

Esta remisión al Derecho interno se justifica por la imposibilidad de definir completa y exhaustivamente el concepto de "dividendos" como consecuencia de la diversidad de legislaciones societarias y fiscales³⁸⁶.

³⁸⁶ En nuestro Derecho la definición de "dividendos" se encuentra recogida en el art.14 letras a) b) y c) de la Ley 61/1978 del Impuesto sobre Sociedades y en el art.37.1 de la Ley 18/1991 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

En este último texto legal se emplea la siguiente definición:

"1.Rendimientos obtenidos por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad.

Quedan incluidos dentro de esta categoría los dividendos, primas de asistencia a juntas y participaciones en

De la Villa³⁸⁷ advierte del problema que se puede plantear: divergencias en las legislaciones internas de los Estados sobre las rentas consideradas como dividendos.

Para resolver tal conflicto el autor sugiere la aplicación del procedimiento amistoso (art.25 del Modelo de Convenio).

4) Inclusión de los beneficios de sociedades personalistas

Hemos visto como este artículo se dirige a regular, mayoritariamente, los rendimientos que corresponden a beneficios distribuidos por sociedades capitalistas, sin embargo, no se ha contemplado el caso de las sociedades personalistas (sociedades colectivas, comanditarias...).

Esta última clase de sociedades puede ser considerada como sujeto pasivo a efectos del Impuesto sobre Sociedades y, entonces, ser incluida, a efectos del art.3.1.a) del Modelo de

los beneficios de sociedades o asociaciones, así como cualquier otra utilidad percibida de una entidad en virtud de la condición de socio, accionista o asociado.

Asimismo se incluyen los rendimientos precedentes de cualquier clase de activos, excepto la entrega de acciones liberadas, que, estatutariamente o por decisión de los órganos sociales, faculden para participar en los beneficios, ventas, operaciones, ingresos o conceptos análogos de una sociedad o asociación por causa distinta de la remuneración del trabajo personal.

Los resultados de las cuentas en participación se considerarán rendimientos de esta naturaleza para el partícipe no gestor."

³⁸⁷ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.185.

Convenio como "persona". Así, en algunos sistemas, la sociedad personalista goza de su propia capacidad contributiva diferente respecto de los socios de la misma y deben tributar en virtud de la misma en el momento de realizar los beneficios y los socios tributarán en el momento en que se repartan dichos beneficios por la parte de beneficios que reciban.

En otros sistemas, sin embargo, las sociedades personalistas carecen de capacidad contributiva y no son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades por lo que los beneficios distribuidos serán considerados como beneficios empresariales obtenidos directamente por los socios.

El Comité de Asuntos Fiscales en sus Comentarios afirma que, en principio, los beneficios distribuidos serán considerados como beneficios empresariales obtenidos directamente por los socios.

Sin embargo, el Comité de Asuntos Fiscales ha admitido que esos beneficios distribuidos sean considerados como dividendos si el régimen fiscal recibido por las sociedades de personas es similar al régimen fiscal de las sociedades de capitales en el Estado de la sede de dirección de las mismas (son consideradas como sujetos pasivos del impuesto sobre beneficios de entidades jurídicas, los socios deben tributar por dichas rentas únicamente en el momento de percibir las) .

IV.D.1.b) El reparto de la soberanía tributaria en materia de dividendos (números 1 y 2 del art.10 del Modelo de Convenio de 1992) :

En los números 1 y 2 del art.10 del Modelo de Convenio de 1992 se regula el reparto de la soberanía tributaria para gravar los "dividendos" (definidos de acuerdo con el número 3 del artículo 10).

El número 1 del artículo 10 establece que los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a una persona residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en el Estado de residencia del receptor de los dividendos.

Así, el Estado en el que reside la persona física, persona jurídica o agrupación de personas receptora de los dividendos tiene potestad de gravamen sobre los dividendos que hubiera recibido provenientes de un residente en el otro Estado.

A su vez, el número 2 del art.10, atribuye potestad para gravar los dividendos al Estado donde tiene su residencia la sociedad pagadora de los dividendos.

La potestad de gravamen del Estado de la fuente está limitada a un porcentaje relativamente bajo de los rendimientos abonados :

-5 por ciento del importe bruto de los dividendos si el

beneficiario efectivo es una sociedad (excluidas las sociedades de personas) que posea directamente al menos el 25 por ciento de la sociedad que paga los dividendos; y

-15 por ciento del importe bruto de los dividendos en todos los demás casos.

Nos hallamos, aquí, ante un supuesto de potestad compartida de gravamen entre el Estado de la fuente de los rendimientos y el Estado de residencia del receptor de los mismos. El otro supuesto previsto por el Modelo de Convenio de la OCDE es el de los "intereses" en el art.11.

De esta forma se intenta proteger los intereses del Estado de residencia de la sociedad pagadora de los dividendos y del Estado de residencia del receptor de los dividendos.

No se atribuye a ninguno de los dos Estados un derecho exclusivo de imposición.

La potestad de gravamen del Estado de la fuente está limitado a un porcentaje relativamente bajo de los rendimientos abonados (5-15 por 100) aunque los Estados pueden fijar otros porcentajes. Esta limitación existe sólo para dividendos e intereses. Para las otras categorías de rentas que entran dentro de la potestad de gravamen del Estado de la fuente de las mismas, el derecho de gravamen tiene un carácter exclusivo o ilimitado sobre dichas categorías de rentas.

Esta limitación existe para el gravamen de los beneficios distribuidos por las sociedades pero no para el gravamen de los beneficios realizados por las sociedades, cuyo nivel de gravamen puede quedar determinado libremente por la normativa interna del Estado de residencia de la sociedad.

Por otro lado, la potestad de gravamen del Estado de residencia del receptor también está limitada. No es a través de un determinado porcentaje sobre los rendimientos que se manifiesta la limitación, sino por la obligación de aplicar las medidas tendentes a evitar la doble imposición jurídica propuestas en el art.23 del Modelo de Convenio a los dividendos percibidos (exención o imputación).

El compromiso de asumir la pérdida de recaudación tributaria por aplicación de las medidas tendentes a evitar la doble imposición jurídica debe entenderse como el corolario de la limitación de la potestad de gravamen del Estado de la fuente.

Los poderes para gravar los dividendos que el Modelo de Convenio concede a cada uno de los Estados contratantes están condicionadas por requisitos de carácter subjetivo y objetivo³⁸⁸.

³⁸⁸ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.186.
GONZÁLEZ POVEDA, V., op.cit., pág.274.

1) Requisitos de carácter subjetivo y objetivo en el número 1 del artículo 10 :

En el supuesto del número 1 del artículo 10, el sujeto activo de la relación tributaria, la Administración tributaria que puede exigir el pago del tributo es la del Estado en el cual reside la persona que percibe los dividendos provenientes del otro Estado.

Se emplea la expresión "puede someter a imposición" que tiene dos funciones: la primera de ellas es dejar claro desde el primer momento que la capacidad de gravamen del Estado de residencia del receptor de las rentas no es exclusiva sino que será compartida, ya que sino se habría utilizado la expresión "únicamente pueden ser sometidas a gravamen" y, la segunda de ellas, es remitirse al Derecho interno para determinar la forma de gravamen de los dividendos percibidos (manteniéndose siempre la obligación de evitar la doble imposición jurídica internacional).

El receptor de los dividendos debe ser residente del Estado contratante en el que no reside la sociedad pagadora de dichos dividendos.

El receptor debe reunir, además, la condición de persona de acuerdo con la letra a) del número 1 del art.3 del Modelo de Convenio.

Por lo que respecta a la entidad pagadora de los dividendos, debe tratarse de una sociedad residente de un Estado contratante (según la definición de la letra b) del número 1 del art.3 del Modelo de Convenio).

En consecuencia, este número 1 no trata más que de los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante. No se aplicará a los dividendos pagados por una sociedad residente en un Estado tercero, ni a los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante imputables a un establecimiento permanente que una empresa de dicho Estado posea en el otro Estado contratante.

Desde el punto de vista objetivo, el número 1 del art.10 del Modelo de Convenio establece que los dividendos deben ser "pagados" por la sociedad residente en el otro Estado contratante.

Según los Comentarios, el término "pagados" debe entenderse en un sentido amplio, equivalente a ejecutar la obligación de poner los fondos a disposición del accionista del modo previsto en el contrato o por los usos del comercio. Los Comentarios excluyen la mediación de pago del concepto de "pagados".

2) Requisitos de carácter subjetivo y objetivo en el número 2 del artículo 10 :

También el número 2 del artículo 10 del Modelo establece unos requisitos de carácter subjetivo que en el supuesto de darse obligan al Estado de la fuente a limitar el gravamen sobre dividendos.

Desde el punto de vista subjetivo, el receptor de los rendimientos, de los dividendos debe ser "el beneficiario efectivo de los mismos".

La mayoría de los Estados han aceptado que el Estado de la fuente tenga una potestad limitada de gravamen con el objetivo de favorecer la inversión y el desarrollo económico de su propio país y, lógicamente, pretende que estas medidas favorezcan a las sociedades que generan inversión y empleo fuera del Estado del que son originarias y contribuye a crear riqueza en el Estado en el que se implantan. Por lo tanto, las limitaciones a la potestad de gravamen no deben financiar a personas que intentan entrar dentro del supuesto de hecho de la norma convencional con el objetivo único de beneficiarse de las reducciones impositivas pero no por razones económicas válidas³⁸⁹.

Con la introducción de la cláusula del "beneficiario efectivo" quiere evitarse que personas residentes en países con

³⁸⁹ MARZO CHURRUCA, S., op.cit., pág.207.

los cuáles el Estado de origen de las rentas no ha celebrado CDI o residentes en "paraísos fiscales" utilicen un intermediario, ya sea persona física o persona jurídica (sociedad holding) para beneficiarse de las cláusulas del CDI.

El ejemplo clásico es el de un residente de un "paraíso fiscal" que utiliza una sociedad residente de un Estado que ha celebrado un CDI con el Estado en el que la persona residente del "paraíso fiscal" pretende realizar las inversiones. Esta sociedad, generalmente dotada de un régimen fiscal privilegiado de gravamen en el Estado de residencia, recibe intereses, dividendos y cánones con un gravamen limitado en el Estado de la fuente. La sociedad receptora de las rentas del capital mobiliario se beneficia del régimen privilegiado de gravamen por dichas rentas y traslada los beneficios al beneficiario efectivo, al titular de los medios dinerarios que financian la inversión y que reside en un tercer Estado, generalmente un "paraíso fiscal".

Para evitar que se apliquen estos mecanismos se introdujo la cláusula del "beneficiario efectivo" que condiciona la aplicación de los tipos limitados de gravamen en el Estado de la fuente. Así, el Estado de la fuente queda obligado a limitar su derecho de gravamen sobre los dividendos, intereses o cánones (en el supuesto de que se aplique la tributación compartida) si el beneficiario efectivo de las rentas es residente del mismo Estado contratante que el receptor nominal de las mismas.

El Estado de residencia mantiene su derecho de gravamen sobre las rentas percibidas por el receptor de las mismas sea o no este último "el beneficiario efectivo" de los mismos, con la obligación de evitar la doble imposición internacional.

En la práctica se planteará el problema de conocer cuál es el beneficiario efectivo de las rentas: la persona física o sociedad que aparece como titular de los bienes o derechos que originan las rentas u otra persona física o jurídica diferente, propietario originario del dinero que ha originado tales rentas. Entrarán en juego las normas de Derecho de sociedades, del secreto bancario y de circulación de capitales.

Si se descubre que el receptor de las rentas no es el beneficiario efectivo de las mismas y que, además, dicho beneficiario efectivo no es residente del Estado del receptor nominal de las rentas, entonces el Estado de la fuente de los dividendos, intereses y cánones no quedará ya vinculado por las limitaciones que aparecen en el Modelo de Convenio de la OCDE. Los límites máximos aplicables a las rentas del capital mobiliario no actuarán ya y, entonces, el Estado de la fuente podrá gravar dichas rentas libremente, sin ninguna clase de límite.

Ante este supuesto de fraude de ley mediante la introducción de un intermediario, el propio Modelo reacciona autorizando la aplicación de una norma interna diferente de la norma contenida en el CDI a modo de sanción.

El Estado de residencia del receptor nominal se verá perjudicado ya que, aunque en un primer momento puede gravar las rentas libremente, deberá aplicar, en un momento posterior alguna de las medidas destinadas a evitar la doble imposición jurídica (siendo la imposición en el Estado de la fuente superior, generalmente, a la que se habría producido de existir los límites del Convenio).

Por lo que respecta a los otros requisitos subjetivos, el Estado con derecho de gravamen limitado en el Estado contratante en el que reside la sociedad pagadora de los dividendos y ésta última debe tener la condición de "sociedad" de acuerdo con la definición de la letra b) del número 1 del artículo 10.

Desde el punto de vista objetivo, al igual que en el número 1 del artículo 10, debe tratarse de dividendos "pagados", valiendo aquí la misma interpretación que la señalada anteriormente.

Acabamos de ver como la reacción del Comité de Asuntos Fiscales ante la creación de sistemas de evasión fiscal basados en la utilización de personas y sociedades interpuestas con el objetivo único de beneficiarse de las reducciones impositivas ha sido la de aumentar la potestad de gravamen del Estado de la fuente sobre las rentas del capital mobiliario.

Las limitaciones impositivas en el Estado de la fuente actuarán si el beneficiario efectivo de las mismas, sea el

receptor nominal o no de las mismas, es residente del otro Estado contratante y se dan las otras condiciones señaladas.

3) Límites a la potestad de gravamen del Estado de la fuente de acuerdo con el número 2 del art.10 :

Si se dan los requisitos subjetivos y objetivos examinados anteriormente, el Estado de residencia de la sociedad pagadora de los dividendos debe respetar unos límites máximos de gravamen en la fuente sobre dichos dividendos.

Los Comentarios al artículo justifican la fijación de este límite por el deseo de facilitar el desarrollo de las inversiones en otros Estados y por la posibilidad que ha tenido el Estado de residencia de la sociedad pagadora de los dividendos de gravar de forma ilimitada los beneficios con cargo a los cuales se pagan los dividendos.

Se fijan, así, en el número 2 del artículo 10 los siguientes límites máximos de gravamen sobre los dividendos abonados:

-el 15 por ciento sobre el importe de los dividendos brutos en términos generales; y

-el 5 por ciento sobre el importe de los dividendos brutos pagados si el beneficiario efectivo es una sociedad (excluidas las sociedades de personas) que posea directamente al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos.

Se designan dos tipos aplicables, el más reducido de ellos

está destinado a determinar el gravamen aplicable a los dividendos en el supuesto de pagos de una sociedad filial a una sociedad matriz, de pagos dentro de un grupo de sociedades.

Los dos tipos son meras recomendaciones del Comité de Asuntos Fiscales ya que los Estados pueden pactar libremente la aplicación de otros tipos de gravamen, superiores o inferiores³⁹⁰.

En el caso de que se hayan pactado los tipos arriba indicados, éstos actúan como tipos máximos. Si el Derecho interno escoge tipos inferiores, se aplicarán estos últimos.

La existencia de un tipo impositivo del 5 por ciento se justifica, además de por el deseo de facilitar las inversiones internacionales, por el deseo de evitar una imposición en cascada de los grupos de sociedades (los beneficios de una sociedad filial se gravan, primeramente, como beneficios de la misma, posteriormente se gravan como dividendos abonados a la matriz y se gravan a nivel de dicha matriz y, finalmente, se gravan en el momento de repartirse a las personas físicas).

Para la aplicación de este tipo del 5 por ciento resulta necesario que se reúnan determinadas condiciones subjetivas y

³⁹⁰ En los CDI celebrados por España raramente se aplica el tipo de gravamen del 5 por ciento para los pagos de dividendos de sociedades filiales a sociedades matrices. En la mayoría de CDI se aplica, en estos supuestos, el tipo de gravamen del 10 por ciento.

objetivas señaladas anteriormente (beneficiario efectivo residente en el otro Estado contratante, sociedad pagadora residente del Estado contratante).

Desde el punto de vista subjetivo, es necesario que el beneficiario efectivo de los dividendos sea una sociedad capitalista. Se incumple tal requisito si la titularidad de los títulos que generan los dividendos corresponde a una sociedad personalista. Los Estados en el momento de negociar los CDI pueden acordar la igualación del tratamiento de las sociedades personalistas con las sociedades capitalistas, especialmente cuando el tratamiento de las mismas en Derecho tributario interno sea igual que el recibido por las sociedades capitalistas.

Desde el punto de vista objetivo, se exige el requisito de que la sociedad de capitales posea de forma directa, al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos. Se ha elegido un porcentaje del 25 por ciento para considerar que en el supuesto en que se produzca una participación tan considerable existe una vinculación de tipo filial-matriz entre ambas sociedades. De la Villa advierte que el porcentaje del 25 por ciento es arbitrario al poder los Estados convenir una participación inferior o superior³⁹¹.

El porcentaje del 25 por ciento se aplica sobre el capital de la sociedad que paga los dividendos, teniendo, aquí, el

³⁹¹ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.192.

término "capital" un sentido idéntico al que tiene en Derecho de sociedades, esto es, el valor nominal de las acciones³⁹². No deberán efectuarse diferencias entre las diferentes clases de acciones emitidas (acciones ordinarias, acciones privilegiadas, acciones de voto plural...) ya que las posibles diferencias están basadas en los diferentes derechos del tenedor de las mismas pero no en la importancia en la participación en el capital.

Cuando, de acuerdo con las previsiones que veremos más adelante, en el momento de analizar el tratamiento de los intereses, un préstamo sea considerado como aporte del capital, la cuantía del préstamo deberá ser considerada como capital a efectos del cálculo del 25 por ciento.

En el caso de que los organismos carezcan de capital de acuerdo con la legislación de Derecho privado, para el cálculo del porcentaje se utilizan las aportaciones efectuados como recursos propios de la entidad, con derecho al reparto de beneficios (si los hubiere), sin derecho al pago de intereses, ni a la devolución de las mismas salvo en el caso de liquidación de la entidad jurídica.

Los Estados pueden pactar la inclusión de un porcentaje de participación en la sociedad diferente (superior o inferior). También pueden pactar que la participación en vez de ser fijada teniendo como base un porcentaje sobre el capital social sea

³⁹² BROSETA PONT, M., op.cit., pág.231-233.

fijada sobre el capital con derecho a voto. Asimismo puede acordarse que la participación en el capital sea tanto directa como indirecta.

No se exige en el número 2 del art.10 del Modelo que la sociedad tenedora de las acciones las hubiera mantenido durante un plazo determinado de tiempo para poder acogerse a las ventajas del tipo de gravamen más reducido. Sin embargo, en los Comentarios se admite la posibilidad de que la adquisición de una parte o de la totalidad del porcentaje sobre el capital se hubiera realizado con un carácter abusivo (cuando, por ejemplo, la sociedad posee una cantidad inferior al 25 por ciento y poco antes del pago de los dividendos, adquiere la participación necesaria para beneficiarse del tipo reducido).

Por ello, los Comentarios al art.10 del Modelo de Convenio proponen la introducción de la cláusula "a condición de que la participación no haya sido adquirida esencialmente para obtener una ventaja de la presente disposición" para evitar las adquisiciones de participaciones efectuadas con el objetivo de beneficiarse del tipo de gravamen más reducido.

La introducción de esta cláusula conllevará la dificultad de conocer si la adquisición de la participación en el capital se ha realizado con el único objetivo de beneficiarse del tipo de gravamen más reducido o, por el contrario, como consecuencia de objetivos económicos legítimos.

Nos parece que presenta menores dificultades de aplicación el establecimiento de un criterio temporal objetivo como la posesión de la participación del 25 por ciento en el capital durante un determinado plazo de tiempo. Aunque este sistema puede perjudicar inversiones totalmente legítimas efectuadas sin respetar el plazo fijado previamente.

Al final del número 2 del art.10 se afirma que las autoridades de los Estados contratantes, señaladas en el artículo 3 del Modelo de Convenio, establecerán de mutuo acuerdo la forma de aplicar estos límites. Esto significa que las normas de Derecho tributario formal destinadas a dotar de efectividad las normas de Derecho tributario material, destinadas a regular el camino, el método, el procedimiento de aplicación o gestión de los tributos³⁹³ deben ser fijadas de mutuo acuerdo entre los Estados.

Los Comentarios al Modelo se remiten al Derecho interno del Estado de la fuente de los dividendos para la regulación de la forma de aplicar las disposiciones del CDI. Según los Comentarios, es el Derecho interno del Estado el que puede someter a gravamen los dividendos, el que debe regular la forma en que debe practicarse la sujeción a gravamen : por medio de declaración-liquidación o por medio de retención, retención que puede aplicarse al tipo que figura en el Convenio o al tipo ordinario de retención con derecho a solicitar la devolución de

³⁹³ FERREIRO LAPATZA, J.J., op.cit., pp.469-470.

las cantidades retenidas en exceso³⁹⁴.

³⁹⁴ Por lo que respecta a nuestro sistema jurídico-tributario existen diversas clases de normas destinadas a la aplicación de las cláusulas que regulan el tratamiento de las rentas del capital mobiliario en los CDI celebrados por España.

Así, el Decreto 363/ 1971, de 25 de febrero, de aplicación de convenios para evitar la doble imposición (BOE de 8 de marzo), que regula de forma unilateral las devoluciones de impuestos como consecuencia de la aplicación de las cláusulas de los CDI en el caso de rentas del capital mobiliario y sobre los rendimientos de las rentas del trabajo personal.

También han sido promulgadas una serie de Ordenes ministeriales destinadas a regular la solicitud de la reducción del tipo de gravamen en la fuente o a devolver las retenciones excesivas sobre las rentas del capital mobiliario en el caso de determinados CDI celebrados por España. Estas Ordenes que a continuación citamos han sido adoptadas por acuerdo mutuo entre las Administraciones de los dos Estados :

Alemania:

Orden de 10 de noviembre de 1975 sobre aplicación de los artículos 10, 11 y 12 del Convenio entre España y la República Federal de Alemania para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta (BOE de 4 de diciembre de 1975); y Orden de 30 de diciembre de 1977 sobre aplicación del artículo 12 del Convenio entre España y la República Federal de Alemania para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio (BOE de 17 de enero de 1978).

Austria:

Orden de 26 de marzo de 1971 por la que se regula el procedimiento de aplicación de los artículos 10, 11 y 12 del Convenio hispano-austríaco para evitar la doble imposición, de 20 de diciembre de 1966 (BOE de 29 de abril de 1971).

Bélgica:

Orden de 27 de febrero de 1973 por la que se regula la aplicación de los artículos 10, 11 y 12 del Convenio Hispao-Belga para evitar la doble imposición, de 24 de septiembre de 1970 (BOE de 26 de marzo de 1970).

Dinamarca:

Orden de 4 de diciembre de 1978 sobre aplicación de los artículos 10, 11 y 12, del Convenio entre España y Dinamarca para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, de 3 de julio de 1972 (BOE de 5 de enero de 1979).

Francia:

Orden de 28 de abril de 1978 sobre aplicación de determinados artículos del Convenio entre España y Francia para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio de 27 de junio de 1973 (BOE de 6 de septiembre de 1978).

4) Referencia a la Directiva del Consejo 90/435/ CEE:

El análisis adecuado del número 2 del artículo 10 del Modelo de Convenio no puede dejar de efectuar una referencia al contenido de la Directiva del Consejo 90/435/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales.

Países Bajos:

Orden de 31 de enero de 1975, sobre aplicación de los artículos 10, 11 y 12 del Convenio entre España y el Reino de los Países Bajos para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la Renta (BOE de 13 de febrero de 1975).

Portugal:

Orden de 25 de junio de 1973 por la que se regula la aplicación de los artículos 10, 11 y 12 del Convenio Hispano-Portugués para evitar la doble imposición de 29 de mayo de 1968 (BOE de 14 de julio de 1973).

Reino Unido:

Orden de 22 de septiembre de 1977 sobre aplicación de determinados artículos del Convenio entre España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio (BOE de 11 de octubre).

Suecia:

Orden de 18 de febrero de 1980, por la que se regula la aplicación de los artículos 10, 11 y 12 del Convenio Hispano-Sueco para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio, de 16 de junio de 1976 (BOE de 1 de marzo de 1980).

Suiza:

Orden de 20 de noviembre de 1968, por la que se regula el procedimiento de aplicación de los artículos 10, 11 y 12, del Convenio Hispano-Suizo para evitar la doble imposición, de 26 de abril de 1966 (BOE de 26 de noviembre de 1968).

Para el análisis del Derecho tributario formal de la obligación real de contribuir resulta de gran interés:

BAENA AGUILAR, A., La obligación real de contribuir..., pp.405-597, pp.405-430.

GONZÁLEZ POVEDA, V., op.cit., pp.451-476.

Esta Directiva se integra dentro del proceso de superación de medidas tradicionales unilaterales o convencionales para evitar la doble imposición internacional mediante la armonización de los sistemas fiscales estatales. Para algunos autores la forma más eficaz de evitar la doble imposición consiste en una aproximación general de las regulaciones tributarias estatales en cuanto a los métodos para evitar la doble imposición, los tipos de gravamen, la base imponible. Se requiere una aproximación general de los elementos configuradores de la imposición directa.

Como consecuencia de la importancia de la aproximación de los sistemas tributarios de los Estados a efectos de la lucha contra la doble imposición, la solución a este problema únicamente pueden conseguirse a nivel regional, pues en la actualidad, y en razón de las disparidades interestatales (económicas, culturales y sociales) determinantes de evidentes diferencias en sus políticas económicas, la armonización fiscal no puede pretenderse a un nivel mundial.

Sin embargo, en el ámbito de la Unión Europea la doble imposición puede ser eliminada ya que su carácter de Organización internacional, con personalidad jurídica propia, le otorga una voluntad autónoma de la de los Estados componentes (aunque éstos concurran mediante su voto a la formación de la voluntad de la Organización), y se proyecta a través de diversos actos

obligatorios para los Estados miembros y particulares³⁹⁵.

Estos actos pueden significar la aproximación de las estructuras fiscales de los Estados como la Directiva del Consejo 90/435/CEE³⁹⁶.

Esta Directiva tiene por objeto regular los problemas fiscales nacidos de las relaciones entre sociedades matrices y filiales situadas en Estados miembros diferentes y de esta forma fomentar la ampliación y la expansión de las empresas comunitarias en este ámbito, mediante el establecimiento de filiales.

Con el objetivo de facilitar la creación de grupos internacionales de sociedades y eliminar la doble imposición sobre los beneficios se exime de retención en la fuente los beneficios distribuidos por las sociedades residentes de los Estados miembros de la Unión Europea a sus matrices que también sean residentes de la Unión Europea. La relación matriz-filial existe cuando una sociedad posee, al menos, el 25 por ciento del capital de otra sociedad (se establecen, además, otras condiciones relativas a la sujeción a gravamen de la filial,

³⁹⁵ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a.A., La doble imposición internacional en la Unión Europea, Ed.La Ley, Madrid, 1995, pp.30-34, pp.38-44.

³⁹⁶ Para el análisis detenido de ésta directiva ver: CARBAJO VASCO, D., La armonización fiscal de la imposición directa en la CEE, Cuadernos de Actualidad, 5/1991, pp.134-138.

GONZÁLEZ POVEDA, V. op.cit. pp.270-272;
SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a.A., op.cit., pp.198-210.

tiempo de posesión de la participación...)).

La R.F.A., Grecia y Portugal pueden exigir temporalmente, con algunas condiciones, una retención en la fuente sobre los dividendos distribuidos por las sociedades filiales residentes en dichos Estados a sus sociedades matrices.

Igualmente, se prevén en la Directiva, con el objetivo de evitar la doble imposición económica de los beneficios distribuidos unas posibles medidas a nivel de la sociedad matriz que veremos en el momento de estudiar el Capítulo V del Modelo de Convenio.

Para hacer efectiva la Directiva 90/435/CEE se promulgó la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas. En el sentido que estamos viendo, el artículo 20, comprendido en el Título II de la Ley 29/1991, elimina la obligación real de contribuir y la retención respecto de los dividendos repartidos por las sociedades españolas a su sociedad matriz residente en cualquier otro Estado comunitario.

Por otro lado, el art.18 apartado 3 de esta Ley también prohíbe, en conexión con el artículo 6 de la Directiva, que se practique en España retención sobre los dividendos percibidos por una sociedad residente en España, de sus filiales residentes en

otro Estado miembro³⁹⁷.

**IV.D.1.d) Tratamiento tributario de los dividendos
percibidos por establecimientos
permanentes (número 4 del art.10):**

Hemos contemplado hasta ahora el supuesto en que una sociedad residente de un Estado abone dividendos a una sociedad o a una persona física residentes en el otro Estado contratante sin que ésta última persona actúe en el Estado de residencia de la sociedad mediante establecimiento permanente.

En el caso en que una persona residente en un Estado actúe en el otro Estado contratante mediante un establecimiento permanente presente en dicho otro Estado, el tratamiento de los dividendos percibidos por el establecimiento permanente queda regulado por el número 4 del artículo 10 del Modelo.

El tratamiento previsto para los dividendos percibidos por una persona residente de un Estado que actúa en el otro Estado mediante establecimiento permanente varía en función de la vinculación existente entre las participaciones en capital que dan lugar a la obtención de dividendos y el establecimiento permanente.

1) Supuesto en que las participaciones generadoras de los dividendos están vinculadas a un establecimiento permanente:

En este supuesto nos encontramos ante una persona física o jurídica residente en un Estado contratante que es titular de un establecimiento permanente o una base fija de negocios situados en el otro Estado contratante. Tal establecimiento permanente o base fija de negocios posee en su activo participaciones en los fondos propios de sociedades residentes en el Estado contratante en el que se encuentra el establecimiento permanente.

Si la participación en los fondos propios generadores de los dividendos está vinculada de forma efectiva, forma parte, del activo de un establecimiento permanente o de una base fija para actividades empresariales, no se aplicarán las disposiciones de los números 1 y 2 del art.10 del Modelo de Convenio. El tratamiento de los mismos será el previsto en los arts.7 y 14 del Modelo para los establecimientos permanentes y para las bases fijas para actividades empresariales, respectivamente.

Se efectúa, pues, una remisión a los artículos que tienen un ámbito más general y no al específico que aparece en el artículo 10 del Modelo.

Una vez efectuada la remisión al art.7 del Modelo cabe preguntarse a cuál de los diferentes números del art.7 debería practicarse tal remisión. En efecto, por un lado, el número 7 del art.7 otorga, en el caso de rendimientos tratados específicamente

en otros artículos, preferencia al tratamiento previsto por esos otros artículos y, por otro lado, el número 2 del artículo 7 concede el derecho al Estado de situación del establecimiento permanente de someter a imposición los beneficios empresariales que éste hubiera podido obtener de ser una empresa distinta y separada.

Parece evidente que no será de aplicación el tratamiento previsto en el número 7 del art.7 que se remite a su vez al tratamiento para los dividendos ya que el número 4 del artículo 10, previamente, se había remitido al tratamiento previsto en el número 7.

Serán, por lo tanto, de aplicación los números 1 y 2 del art.7 del Modelo de Convenio que establecen que la totalidad de los beneficios obtenidos por el establecimiento permanente de actuar como una empresa distinta y separada respecto del establecimiento principal podrán ser gravados de forma ilimitada por el Estado en el que se encuentra el establecimiento permanente.

Dichos beneficios se someterán a gravamen de acuerdo con el Derecho interno del Estado en que se encuentra el establecimiento permanente, por lo tanto, tal y como indica De la Villa, tales dividendos no se convierten en beneficio comercial o industrial, sino que será la legislación interna del Estado donde radica el establecimiento permanente la que determina el régimen fiscal

aplicable³⁹⁸.

En el supuesto de obtención de dividendos provenientes de participaciones en capital de sociedades residentes de Estados terceros (de Estados que no son ni el Estado de residencia de la persona que posee el establecimiento permanente ni el Estado de situación del establecimiento permanente) directamente vinculadas con un establecimiento permanente, pueden producirse supuestos de triangulación³⁹⁹.

El caso típico de triangulación es:

- una empresa residente en el Estado A
- dicha empresa posee un establecimiento permanente en el Estado B
- dicho establecimiento permanente recibe rendimientos del capital mobiliario (dividendos, intereses y cánones) provenientes de un Estado tercero C.

Este supuesto va a generar la cuestión de saber cuál será el tratamiento que deberán recibir los rendimientos del capital mobiliario percibidos por un establecimiento permanente provenientes de un tercer Estado.

Si existen Convenios de Doble Imposición entre los tres Estados cabe preguntarse cuál de ellos será aplicable para las

³⁹⁸ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pp.204-205.

³⁹⁹ DE JUAN PEÑALOSA, J.L., Modelo..., pp.42-44.

rentas del capital recibidas por un establecimiento permanente.

En el Estado actual de desarrollo del Derecho Internacional tributario, el establecimiento permanente no se considera residente del Estado en el cual desarrolla su actividad, sino del Estado de residencia del establecimiento principal.

Por lo tanto, no cabe aplicar el CDI entre el Estado B (el Estado de situación del establecimiento permanente) y el Estado C (el Estado de origen de las rentas del capital mobiliario) sino el CDI entre el Estado A (el Estado de residencia de la empresa titular del establecimiento permanente) y el Estado C (el Estado de origen de las rentas del capital mobiliario) para regular el tratamiento de las rentas percibidas por el establecimiento permanente provenientes del Estado C.

Para regular el tratamiento de los beneficios obtenidos por el establecimiento permanente se empleará el artículo 7 del CDI entre el Estado A (el Estado de residencia de la empresa) y el Estado B (el Estado de situación del establecimiento permanente).

Así, tendremos que las rentas del capital mobiliario que habrá percibido el establecimiento permanente provenientes de un Estado tercero quedarán gravadas de acuerdo con las disposiciones del CDI entre el Estado de residencia de la empresa titular del establecimiento permanente y el Estado de origen de las rentas del capital mobiliario y no por el CDI entre el Estado de establecimiento permanente y el Estado de origen

de las rentas, ya que el establecimiento permanente no es considerado como residente del Estado en el que se encuentra.

Normalmente, las rentas de capital mobiliario habrán de soportar una retención en la fuente al tipo fijado en el CDI entre el Estado de origen de las rentas y el Estado de residencia de la empresa explotadora del establecimiento permanente. El tipo fijado puede ser diferente del fijado por el CDI entre el Estado de origen de las rentas y el Estado de situación del establecimiento permanente.

La cuestión que se plantea, entonces, es si el Estado de situación del establecimiento permanente debe admitir la imputación del impuesto pagado en el Estado de origen por las rentas de capital derivadas de activos efectivamente vinculados con el establecimiento permanente, en el momento de calcular el impuesto debido en el Estado de situación del establecimiento permanente.

Los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE resuelven este supuesto: el Estado contratante donde radica el establecimiento permanente imputa el impuesto del Estado de la fuente de las rentas del capital mobiliario sin que la imputación exceda del límite previsto en el Convenio entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia del establecimiento principal del establecimiento permanente, ya que sino se produciría una discriminación contra el establecimiento permanente frente al tratamiento de las sociedades que son residentes del Estado en

el cual se encuentra el establecimiento permanente.

El Estado de residencia del establecimiento principal deberá deducir de su propia imposición los impuestos abonados por el establecimiento permanente en el Estado en el cuál actúa de acuerdo con el CDI entre el Estado de residencia del establecimiento principal y el Estado de situación del establecimiento permanente. Sin embargo, tal y como acabamos de ver el Estado de residencia del establecimiento principal no habrá de deducir las cantidades pagadas a título de impuesto por las rentas de capital de un Estado tercero.

2) Supuesto en que las participaciones generadoras de los dividendos no están vinculados con un establecimiento permanente:

En este supuesto una empresa residente de un determinado Estado posee un establecimiento permanente en otro Estado y, paralelamente, percibe rentas del capital mobiliario provenientes del mismo Estado en el que se encuentra el establecimiento permanente.

Si la participación generadora de las rentas de capital no está vinculada de forma efectiva al establecimiento permanente ni a la base fija para actividades profesionales, sí que serán de aplicación las disposiciones de los números 1 y 2 del art.10 del Modelo de Convenio.

l hecho para una empresa residente de un

Estado el actuar en el otro Estado contratante mediante un establecimiento permanente no implica que las rentas que obtenga dicha empresa provenientes del Estado donde actúa el establecimiento permanente deban ser adjudicadas a dicho establecimiento permanente.

No existe una "vis atractiva" del establecimiento permanente para todas las rentas que provengan del Estado dónde éste actúa, sino que se adjudican al establecimiento permanente únicamente cuando existe la vinculación.

Podemos concluir, por lo tanto, que la existencia de un establecimiento permanente no determina por sí sola la integración de las rentas del capital dentro de los beneficios de dicha estructura económica sino que exige la efectiva vinculación de la participación en el capital de dicho establecimiento permanente.

IV.D.1.e) La exclusión de la imposición de los dividendos distribuidos por una sociedad residente del otro Estado contratante (número 5 del artículo 10) :

En el número 5 del artículo 10 se prevé la posibilidad de gravamen de un Estado por las distribuciones de beneficios procedentes del mismo efectuados por Sociedades no residentes.

Para el Comité de Asuntos Fiscales, el Estado de la fuente no puede gravar los dividendos distribuidos por entidades

residentes del otro Estado contratante, ni los beneficios no distribuidos por entidades residentes del otro Estado, aunque tanto dividendos como beneficios distribuidos procedan, en todo o en parte, de aquel otro Estado⁴⁰⁰.

Tal y como indican los Comentarios al Modelo de Convenio, el párrafo 5º excluye la imposición extraterritorial de los dividendos, es decir, la práctica de los Estados que gravan los dividendos distribuidos por una sociedad no residente, en consideración al solo hecho de que los beneficios sociales que sirven a tal distribución de dividendos proceden de su territorio.

No habrá nunca imposición extraterritorial de dividendos cuando el país de origen de las rentas que han generado tales dividendos ha podido someter a gravamen en la fuente las rentas que los han generado. Cuando una sociedad residente de un Estado reparte dividendos a otra sociedad residente del otro Estado contratante o a un establecimiento permanente o a una base fija de negocios situada en ese otro Estado, el Estado de la sociedad pagadora de los dividendos puede someter a gravamen los mismos, en la fuente.

Pero, una vez los dividendos se han integrado junto con los otros ingresos de la entidad receptora, el Estado de la fuente de los dividendos no puede someter a gravamen los beneficios

^ GIL, J.M., op.cit., pág.205.

repartidos por la entidad receptora de los dividendos basándose en el hecho de que tales beneficios distribuidos tienen su origen en rentas provenientes del Estado que pretende someter a gravamen dichos beneficios.

Admiten, sin embargo, los Comentarios que el número 5 del art.10 que un Estado someta a una retención en la fuente los dividendos, distribuidos por sociedades extranjeras, que son abonados dentro de su territorio.

El precepto del número 5 del art.10 es denominado "exclusión de la imposición extraterritorial de los dividendos" ⁴⁰¹, impide la aplicación del régimen de "cifra relativa"⁴⁰².

Los Comentarios al número 5 del artículo 10 tras excluir la imposición extraterritorial de los dividendos contemplan la cuestión de la imputación y gravamen de beneficios no repartidos obtenidos por sociedades residentes de otros Estados, que a continuación analizaremos.

IV.D.1.f) Imputación y gravamen de beneficios no repartidos obtenidos por sociedades residentes de otros Estados

No es infrecuente que los Estados, como medida destinada a luchar contra la evasión fiscal introduzcan en su Derecho interno

⁴⁰¹ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.205.

⁴⁰² FERNÁNDEZ PÉREZ, J.R., op.cit., pp.219-222.

normas que imputen a los residentes de los Estados concernidos, tanto personas físicas como personas jurídicas, los beneficios o el conjunto de rentas obtenidos por entidades (generalmente, sociedades) residentes de otros Estados, tanto si los anteriores resultaban repartidos como si no lo eran⁴⁰³.

⁴⁰³ Medidas de este tipo aparecen en la normativa interna de Estados Unidos, Alemania, Canadá, Francia, Reino Unido, Japón y desde el 1 de enero de 1995, en España de acuerdo con los arts.2 y 10 de la Ley 42/1994 de Medidas fiscales, administrativas y de orden social.

El art.2 de la Ley 42/1994 establece:

Artículo 2. Inclusión en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de determinadas rentas positivas obtenidas por entidades no residentes.

Uno. Las personas físicas sujetas por obligación personal de contribuir incluirán en su base imponible la renta positiva obtenida por una entidad no residente en territorio español, en cuanto dicha renta perteneciera a alguna de las clases previstas en el apartado dos de este artículo y se cumplieren las circunstancias siguientes:

a) Que por sí solas o conjuntamente con entidades vinculadas según lo previsto en el artículo 16 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, o con personas físicas sujetas por obligación personal de contribuir unidas por vínculos de parentesco en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad hasta el segundo grado inclusive, tengan una participación igual o superior al 50 por 100 en el capital, los fondos propios, los resultados o los derechos de voto de la entidad no residente en territorio español, en la fecha de cierre del ejercicio social de esta última.

El importe de la renta positiva a incluir se determinará en proporción a la participación en el capital, los fondos propios o los derechos de voto.

b) Que el importe satisfecho por la entidad no residente en territorio español, imputable a alguna de las clases de rentas previstas en el apartado dos, por razón de gravamen de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades, sea inferior al 75 por 100 del que hubiere correspondido de acuerdo con las normas del citado Impuesto.

Dos. Únicamente se incluirá en la base imponible la renta positiva que provenga de cada una de las siguientes fuentes:

a) Titularidad de bienes inmuebles rústicos y urbanos o de derechos reales que recaigan sobre los mismos, salvo que estén afectos a una actividad empresarial conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 40 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o cedidos en uso a entidades no residentes, pertenecientes al mismo grupo de

sociedades de la titular, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

b) Participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad y cesión a terceros de capitales propios, en los términos previstos en el artículo 37.1 y 2 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

No se entenderá incluida en esta letra la renta positiva que proceda de los siguientes activos financieros:

a) Los tenidos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias originadas por el ejercicio de actividades empresariales.

b) Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades empresariales.

c) Los tenidos como consecuencia del ejercicio de actividades de intermediación en mercados oficiales de valores.

d) Los tenidos por entidades de crédito y aseguradoras como consecuencia del ejercicio de sus actividades empresariales, sin perjuicio de lo establecido en la letra c).

La renta positiva derivada de la cesión a terceros de capitales propios se entenderá que procede de la realización de actividades crediticias y financieras a que se refiere la letra c), cuando el cedente y el cesionario pertenezcan a un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio y los ingresos del cesionario procedan, al menos en el 85 por 100, del ejercicio de actividades empresariales.

c) Actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios, excepto los directamente relacionados con actividades de exportación, realizadas, directa o indirectamente, con personas o entidades residentes en territorio español y vinculadas en el sentido del artículo 16 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en cuanto determinen gastos fiscalmente deducibles en dichas personas residentes.

No se incluirá la renta positiva cuando más del 50 por 100 de los ingresos derivados de las actividades crediticias, financieras, aseguradoras o de prestación de servicios, excepto los directamente relacionados con actividades de exportación, realizadas por la entidad no residente procedan de operaciones efectuadas con personas o entidades no vinculadas en el sentido del artículo 16 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

d) Transmisiones de los bienes y derechos referidos en las letras a) y b) que generan incrementos y disminuciones de patrimonio.

No se incluirán las rentas previstas en los apartados a), b) y d) anteriores, obtenidas por la entidad no residente en cuanto procedan o se deriven de entidades en las que participe, directa o indirectamente, en más del 5 por 100, cuando se cumplan los dos requisitos siguientes:

a') Que la entidad no residente dirija o gestione las participaciones mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales.

b') Que los ingresos de las entidades de las que se obtengan las rentas procedan, al menos en el 85 por 100, del ejercicio de actividades empresariales.

A estos efectos se entenderá que proceden del ejercicio de actividades empresariales las rentas previstas en las letras a), b) y d) que tuvieran su origen en entidades que cumplan el requisito de la letra b') anterior y estén participadas, directa o indirectamente, en más del 5 por 100 por la entidad no residente.

Tres. No se incluirán las rentas previstas en las letras a), b) y d) del apartado anterior cuando la suma de sus importes sea inferior al 15 por 100 de la renta total o al 4 por 100 de los ingresos totales de la entidad no residente.

Los límites establecidos en el párrafo anterior podrán referirse a la renta o a los ingresos obtenidos por el conjunto de las entidades no residentes en territorio español pertenecientes a un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

En ningún caso se incluirá una cantidad superior a la renta total de la entidad no residente.

No se incluirá en la base imponible de la persona física residente el impuesto o impuestos de naturaleza idéntica o similar al Impuesto sobre Sociedades efectivamente satisfecho por la sociedad no residente por la parte de renta a incluir.

Las rentas positivas de cada una de las fuentes citadas en el apartado dos se incluirán en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que corresponda como un componente más de las rentas previstas en el artículo 61 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Cuatro. Estarán obligadas a la correspondiente inclusión en su base imponible las personas físicas residentes en territorio español comprendidas en la letra a) del apartado uno, que participen directamente en la entidad no residente o bien indirectamente a través de otra u otras entidades no residentes. En este último caso el importe de la renta positiva será el correspondiente a la participación indirecta.

Cinco. La inclusión se realizará en el período impositivo que comprenda el día en que la entidad no residente en territorio español haya concluido su ejercicio social que, a estos efectos, no podrá entenderse de duración superior a doce meses, salvo que el sujeto pasivo opte por realizar dicha inclusión en el período impositivo que comprenda el día en que se aprueben las cuentas correspondientes a dicho ejercicio, siempre que no hubieran transcurrido más de seis meses contados a partir de la fecha de conclusión del mismo.

La opción se manifestará en la primera declaración del Impuesto en que haya de surtir efecto y deberá mantenerse durante

tres años.

Seis. El importe de la renta positiva a incluir en la base imponible se calculará de acuerdo con los principios y criterios establecidos en la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, y en las restantes disposiciones relativas al Impuesto sobre Sociedades para la determinación de la base imponible. Se entenderá por renta total el importe de la base imponible que resulte de aplicar estos mismos criterios y principios.

A estos efectos se utilizará el tipo de cambio vigente al cierre del ejercicio social de la entidad no residente en territorio español.

Siete. No se integrarán en la base imponible los dividendos o participaciones en beneficios en la parte que corresponda a la renta positiva que haya sido incluida en la base imponible. El mismo tratamiento se aplicará a los dividendos a cuenta.

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

Una misma renta positiva solamente podrá ser objeto de inclusión por una sola vez, cualquiera que sea la forma y la entidad en que se manifieste.

Ocho. Será deducible de la cuota íntegra el impuesto o gravamen efectivamente satisfecho en el extranjero por razón de la distribución de los dividendos o participaciones en beneficios, sea conforme a un convenio para evitar la doble imposición o de acuerdo con la legislación interna del país o territorio de que se trate, en la parte que corresponda a la renta positiva incluida en la base imponible.

Esta deducción se practicará aun cuando los impuestos correspondan a períodos impositivos distintos a aquel en el que se realizó la inclusión.

En ningún caso se deducirán los impuestos satisfechos en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales.

Esta deducción no podrá exceder de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por la renta positiva incluida en la base imponible.

Nueve. Para calcular la renta derivada de la transmisión de las participaciones, directa o indirecta, se emplearán las reglas contenidas en la letra c) del apartado uno del artículo 48 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en relación a la renta positiva incluida en la base imponible. Los beneficios sociales a que se refiere el citado precepto serán los correspondientes a la renta positiva incluida en la base imponible.

Diez. Los sujetos pasivos a quienes sean de aplicación lo previsto en el presente artículo deberán presentar

La novedad aportada por esta medida consiste en la posibilidad de imputar beneficios no repartidos, que nunca han llegado al partícipe de la entidad que ha obtenido los beneficios. Esta solución equivale a no reconocer la personalidad jurídica de la entidad que ha obtenido efectivamente los beneficios y considerar que son obtenidos directamente por los partícipes de la entidad.

conjuntamente con la declaración por el Impuesto sobre la Renta los siguientes datos relativos a la entidad no residente en territorio español:

- a) Nombre o razón social y lugar del domicilio social.
- b) Relación de administradores.
- c) Balance y cuenta de pérdidas y ganancias.
- d) Importe de las rentas positivas que deban ser incluidas en la base imponible.
- e) Justificación de los impuestos satisfechos respecto de la renta positiva que deba ser incluida en la base imponible.

Once. Cuando la entidad participada sea residente de países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales se presumirá que:

- a) Se cumple la circunstancia prevista en la letra b) del apartado uno.
- b) La renta obtenida por la entidad participada procede de las fuentes de renta a que se refiere el apartado dos.
- c) La renta obtenida por la entidad participada en 15 por 100 del valor de adquisición de la participación.

Las presunciones contenidas en las letras anteriores no se aplicarán cuando la entidad participada consolide sus cuentas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 del Código de Comercio, con alguna o algunas de las entidades obligadas a la inclusión.

Doce. Lo revisto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales que hayan pasado a forma parte del ordenamiento interno y en el artículo 13 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El artículo 10 de la Ley 42/1994 establece unas reglas de inclusión en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de determinadas rentas positivas obtenidas por entidades no residentes que son análogas a las reglas de inclusión en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Se puede plantear la cuestión de saber si esta medida destinada a combatir la evasión fiscal resulta compatible con el contenido del Modelo de Convenio de 1992 y, en especial, con el número 5 del artículo 10 (artículo que regula el tratamiento previsto para los dividendos).

Estudiaremos, por lo tanto, a continuación, la opinión sobre esta cuestión formulada por el Comité de Asuntos Fiscales a través de los Comentarios al artículo 5 del Modelo de Convenio de 1992 y daremos nuestra opinión sobre esta cuestión.

1) Comentarios al número 5 del artículo 10 del Modelo de Convenio:

El número 5 del artículo 10 del Modelo, hemos visto, excluye la imposición extraterritorial de dividendos, es decir, la práctica de los Estados que someten a gravamen los dividendos distribuidos por una sociedad no residente en esos Estados en razón del solo hecho de que los beneficios sociales gracias a los que se generan los dividendos provienen del territorio de los Estados citados en primer lugar (porque, por ejemplo, son producidos a través de un establecimiento permanente situado en el territorio de estos Estados).

Podría sostenerse que cuando el país de residencia del contribuyente utiliza disposiciones destinadas a evitar, a combatir la evasión fiscal, que someten a gravamen beneficios que no han sido distribuidos, esta medida resulta contraria al número

5 del artículo 10.

Los Comentarios han resuelto la cuestión afirmando que las medidas internas resultan compatibles con este número 5 del art.10 del Modelo, ya que el número 5 del art.10 no afecta, no regula, más que la imposición en el lugar de la fuente de las rentas, la posibilidad de gravamen por el Estado de origen de las rentas y, en consecuencia, no afecta al gravamen en el lugar de residencia del accionista mediante la utilización de medidas destinadas a evitar la evasión fiscal internacional.

Además, el número 5 del artículo 10 regula la imposición de la sociedad y no del accionista. En suma: los Comentarios admiten en principio la consideración como "transparentes" de sociedades fuera de las fronteras de cada país, como supuesta y dudosa medida de lucha contra la evasión fiscal⁴⁰⁴.

Una vez admitido un principio como éste, que nos parece muy criticable y que estudiaremos a continuación, los Comentarios han tenido que dar algunas explicaciones sobre la manera de aplicar la imputación de las rentas percibidas por sociedades a sus accionistas.

En el caso, el más frecuente, de que la totalidad de las rentas percibidas por la sociedad sean imputadas a los accionistas de la sociedad, como si esta no existiera, cabe

⁴⁰⁴ DE JUAN PEÑALOSA, J.L., op.cit., pág.34.

preguntarse si todas éstas reciben un tratamiento unitario o si, por el contrario, cada elemento de la renta debe quedar sometido al régimen previsto por las disposiciones correspondientes del Convenio (beneficios industriales o comerciales, intereses, dividendos, cánones).

Los Comentarios no aportan ninguna solución a esta cuestión que no es baladí, ya que unas determinadas categorías de rentas admiten unos gastos deducibles (beneficios industriales o comerciales, beneficios provenientes de actividades independientes obtenidos mediante base fija) mientras que otras son gravadas de forma bruta (cánones, intereses, dividendos).

En el caso de que se dé un tratamiento unitario a todas las rentas y se consideran como un reparto de beneficios ficticio, cabe preguntarse si recibirán el tratamiento de los "dividendos" (art.10) o el de "otras rentas" (art.21). Los Comentarios confiesan "no lo sabemos" ("Rien n'est moins clair")⁴⁰⁵.

Nos parece que los "beneficios imputados" no pueden recibir el tratamiento previsto para los "dividendos" en el art.10 ya que en el número 1 del artículo 10 se exige que los dividendos sean "pagados", sean puestos a disposición del titular de las acciones, de los títulos mientras que en el supuesto que estamos estudiando no se produce tal pago de dividendos.

⁴⁰⁵ DE JUAN PEÑALOSA, J.L., op.cit., pág.35.

tan firme y sólida el resto no puede ser más que confusión".

Además, pueden plantearse muchas cuestiones relativas a la equiparación de los beneficios imputados a los dividendos.

¿El Estado de residencia de la empresa tendrá derecho al gravamen en la fuente de los beneficios imputados como se prevé para el caso de los dividendos?

¿Se aplicará el beneficio de afiliación en favor de los accionistas de la sociedad cuya personalidad se desconoce? En el caso de aplicación de este beneficio de afiliación la retención del Estado de la fuente podría llegar a ser nula y los beneficios imputados podrían quedar exentos en el Estado de residencia de los accionistas.

¿Se admitirá la imputación de los impuestos pagados por la sociedad cuya personalidad se desconoce en el Estado de residencia de los accionistas en el momento de gravar los beneficios imputados en este último Estado?

¿Qué sucederá en el momento en el que los beneficios de la sociedad sean efectivamente distribuidos? ¿Quedarán exentos?

¿Se aplicará el procedimiento de gravamen en la fuente sobre dividendos?

Los Comentarios no resuelven ninguna de estas cuestiones que se plantean, lo que resulta un tanto paradójico: por un lado, se afirma la posibilidad de imputación de las rentas de determinadas

sociedades residentes de un Estado a los accionistas residentes de otro Estado y, por otro lado, no se aporta solución a las cuestiones que inmediatamente se plantean tras enunciar ese principio. "Bien es verdad que el Comité acepta de mala gana la posición adoptada y de forma inmediata se dispone a señalar los inconvenientes"⁴⁰⁶.

Creemos que el problema inicial se plantea en el momento que se acepta el principio de imputación de rentas no distribuidas por sociedades no residentes a socios residentes y que aparece contenido en normas de Derecho interno del Estado de residencia de los accionistas. Esta cuestión va a ser objeto de nuestra atención a continuación.

2) Posibilidad de imputación y gravamen de beneficios no repartidos:

Explica De Juan⁴⁰⁷ que la posibilidad de imputar y someter a gravamen los beneficios no repartidos de sociedades no residentes a los accionistas residentes del Estado que establece esta norma, es una novedad introducida por la sub-sección F del Internal Revenue Code de los Estados Unidos.

Para el autor se trata de una "invasión legislativa extraterritorial" que sirve para otorgar naturaleza de

⁴⁰⁶ DE JUAN PEÑALOSA, J.L., op.cit., pág.35.

⁴⁰⁷ DE JUAN PEÑALOSA, J.L., op.cit., pp.34-35.

"transparente" a una sociedad residente en otro país y bajo otra soberanía.

La Administración estadounidense y la de los otros Estados que aplican medidas similares pueden replicar que los Estados Unidos únicamente someten a gravamen a los accionistas residentes en Estados Unidos de sociedades residentes en otros Estados.

Además, en el caso de Estados Unidos no puede afirmarse la superioridad de los CDI como normas respecto de las leyes internas en todo caso⁴⁰⁸.

Frente a los argumentos formulados por las Administraciones fiscales podemos contestar que en el momento de celebrar un CDI las normas que están contenidas en el mismo incluyen

⁴⁰⁸ Es posible que las normas estadounidenses internas no violen ninguna disposición de los CDI, ya que de acuerdo con la práctica existente y la Constitución, en el Restatement of the Law Third, se dice, en la Sección 115, que un Act del Congreso prevalecerá sobre el convenio preexistente si resulta claro que tal sea la intención del Congreso y no cabe aplicar conjuntamente ambas normas.

Sin embargo, hay que destacar que la reforma del Internal Revenue Code estableció, en relación con los convenios para evitar la doble imposición internacional, en la sección 894(a), que "las disposiciones de este título se aplicarán a cualquier contribuyente con el debido respeto a cualquier obligación convencional de los Estados Unidos que sea aplicable a tal contribuyente". Hay que destacar que la Reforma del Internal Revenue Code de 1986 establece que algunas de sus disposiciones no se aplicarán en relación con los convenios entonces existentes, hace deseable o previsible que tal actitud se mantenga en relación a los posteriores y en relación a los nuevos Acts que el Congreso pueda adoptar.

Por lo que parece que los CDI, a partir de 1986, adquirieron un valor normativo superior respecto de los Acts elaborados por el Congreso.

suscita... BORRÁS RODRÍGUEZ, A., Problemática general que pp. 30-31.

disposiciones que regulan el reparto de la soberanía tributaria, normas especiales sobre colaboración entre Administraciones fiscales y definiciones que se imponen a las definciones propias del Derecho interno. Tanto los Estados como los particulares son destinatarios de las normas contenidas y pueden alegarlas en su interés.

En consecuencia, los particulares pueden alegar que la definición de "personas" del art.3.1.a) incluye las sociedades y el término "sociedad" significa "cualquier persona jurídica o cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos" (art.3.1.b) del Modelo). Estas definiciones vinculan a los Estados y a todos los operadores jurídicos, significan el reconocimiento de los entes subjetivos que entran dentro del ámbito de aplicación del Convenio.

Las personas jurídicas u otras entidades jurídicas a efectos impositivos son consideradas como "personas" a efectos de aplicación de los Convenios. Tienen una entidad propia, una subjetividad propia que las diferencia de sus partícipes, de sus accionistas.

En consecuencia, los partícipes, los accionistas o los asociados pueden afirmar su autonomía respecto a las mismas.

Si las sociedades son autónomas respecto de sus socios no será posible aplicar el art.10 del Modelo para calificar la imputación de rentas de las sociedades ya que el número 1 del

artículo exige que se trate de "dividendos pagados" supuesto que aquí no es el caso.

Tampoco puede emplearse el art.7 que regula los beneficios empresariales para calificar las rentas imputadas. El Estado de residencia de los empresarios puede gravar los beneficios empresariales obtenidos por aquéllos (personas físicas o jurídicas o agrupaciones de personas) residentes en el mismo, pero aquí no nos hallamos ante unos empresarios, sino ante unos accionistas que participan en el capital de una sociedad anónima que constituye otra persona jurídica y que realiza su actividad en otro Estado. Los accionistas deberán tributar en su Estado de residencia por los dividendos que les sean pagados desde el otro Estado, cuando los reciban.

No resulta, tampoco, de aplicación el art.21 "otras rentas" que autoriza al Estado de residencia a gravar las rentas percibidas por los residentes de ese Estado que no entren dentro del ámbito de los otros artículos ya que en este caso no se produce una traslación real y efectiva de medios dinerarios o en especie hacia el patrimonio del accionista sino que las rentas pertenecen, son propiedad, de personas jurídicas diferentes y no han salido del patrimonio de las mismas.

Fuera del derecho de gravamen que posee el Estado de residencia sobre determinadas categorías de rentas de acuerdo con los términos del articulado del CDI, el mismo carece de facultad de gravamen sobre el resto de rentas.

En consecuencia, no será exigible a las personas que entran dentro del ámbito subjetivo del Convenio (residentes de uno u otro Estado) mayores obligaciones respecto del Estado de residencia que las derivadas del Convenio. Es decir que el Estado no puede emplear su propio derecho interno para someter a gravamen a sus residentes, no puede crear unilateralmente supuestos de hecho que generan un gravamen extraconvencional para los residentes en el ámbito de impuestos contemplados por el Convenio.

Consideramos muy criticable la actuación del Comité de Asuntos Fiscales en la materia que hemos estudiado, la imputación y gravamen de beneficios no distribuidos de sociedades a los socios residentes del Estado que establece tal norma.

Es digna de crítica porque, por un lado, reconoce la compatibilidad de esta medida con el número 5 del art.10 (nosotros creemos haber demostrado que no es compatible con el Modelo de Convenio) y tras admitir tal posición no es capaz de mantener esta postura extravagante y continuando con la lógica que había iniciado, dar una calificación de las rentas de las que se trata (si son beneficios empresariales o comerciales u otras rentas o dividendos). No resuelve las preguntas que se plantearán a los particulares ni a las Administraciones fiscales.

De esta manera se ha introducido una gran inseguridad para los posibles inversores lo que nos parece que va directamente contra el espíritu del Modelo de Convenio de 1992. Por desgracia, este error no ha sido corregido en la Revisión de 1994.

IV.D.1.g) La cuestión de la doble imposición económica internacional :

Puede definirse la doble imposición económica como la imposición, a la vez, de los beneficios de la sociedad, a nivel de ésta, y, posteriormente, cuando dichos beneficios resultan distribuidos bajo forma de dividendos, también quedan sometidos a gravamen a nivel de los accionistas. Una misma riqueza, los beneficios empresariales, quedan sometidos a gravamen en dos momentos: en un primer momento, a nivel de la sociedad que los genera por su actividad económica y, en un segundo momento, a nivel de los accionistas una vez percibidos los beneficios bajo forma de dividendos.

La cuestión sobre la conveniencia o no de evitar esa doble imposición económica, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, ha producido numerosas discusiones entre los autores⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ Para el análisis de la cuestión ver:
GOTA LOSADA, A., **Doble imposición económica de dividendos**, en Hacienda Pública Española, nº2, Madrid, 1976, pp.33-50.

ARCO RUETE, L., **Doble imposición económica de dividendos**, en Hacienda Pública Española, nº24-25, Madrid, 1973, pp.195-242.

Como obras más actuales sobre el tema cabe destacar:

Son diferentes las posturas adoptadas por el legislador tributario en los diferentes Estados.

En el sistema clásico, tradicional o de doble imposición que se caracteriza porque en el Impuesto sobre Sociedades existe un tipo de gravamen y en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, los dividendos se integran en la base imponible de este impuesto junto a las otras rentas sin reducción ni deducción alguna. De acuerdo con este sistema no se corrige en modo alguno la doble imposición económica sobre dividendos.

Existen, también, una pluralidad de sistemas que suponen una reducción e incluso un alivio total de la doble imposición económica:

-el impuesto sobre sociedades aplicado a los beneficios distribuidos se percibe a un tipo menos elevado que el impuesto que se aplica a los beneficios no distribuidos;

-el impuesto pagado por la sociedad que corresponde a los beneficios efectivamente distribuidos se imputa parcialmente en el momento de calcular el impuesto del accionista (se adiciona

CORONA RAMÓN, J.F., *Integración de los Impuestos sobre la Renta y Sociedades*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1986.

ROMÁN GONZÁLEZ, M^a.V., *La tributación de las rentas de capital en los Estados miembros de la Comunidad Europea*, en *Hacienda Pública Española*, n^o116, 3/1990, pp.175-195.

GARCÍA SOBRINO, E. y ROZAS VALDÉS, J.A., *La doble imposición interna de dividendos en la CEE y su grado de corrección (Análisis del sistema español)*, pp.20-26, Cuadernos de Actualidad, I/1992.

el impuesto soportado por los beneficios distribuidos a éstos en el momento de calcular la base imponible y una vez calculada la base imponible se deduce de la cuota la cantidad imputada anteriormente);

-los beneficios distribuidos están exentos de gravamen a nivel de la sociedad que ha generado tales beneficios;

-los dividendos, beneficios distribuidos, quedan exentos de gravamen a nivel del accionista que los percibe.

Los Comentarios al Modelo de Convenio no adoptan una solución precisa para resolver este problema⁴¹⁰ limitándose a estudiar las distintas soluciones adoptadas por los Estados miembros de la OCDE en el momento de celebrar los CDI.

En algunos CDI, determinados Estados aceptan la aplicación del sistema de imputación a los dividendos que son abonados por las sociedades residentes de ese Estado a residentes del otro Estado contratante, de forma que obtengan dichos residentes del otro Estado contratante un crédito fiscal frente a la Hacienda Pública del Estado de residencia de la sociedad pagadora de los dividendos por una cantidad igual a la diferencia entre el impuesto soportado por la sociedad por los beneficios distribuidos y la retención en la fuente exigida sobre los dividendos por el Estado de la fuente. Esta operación puede dar lugar a una devolución de ingresos por parte del Estado de residencia de la sociedad pagadora de los dividendos.

⁴¹⁰ FERNÁNDEZ PÉREZ, J.R., op.cit., pág.223.

Por lo que respecta a las medidas destinadas a paliar la doble imposición económica sobre dividendos en las relaciones matriz-filial que han aparecido en los diferentes CDI, como la reducción del tipo de gravamen en la fuente al 5 por 100 (propuesta en la letra b) del número 2 del art.10 del Modelo de Convenio de 1992) o incluso la supresión del gravamen en la fuente en los repartos de dividendos en las relaciones matriz-filial (medida presente en algunos CDI), las mismas han perdido una parte de su interés en el ámbito de la Unión Europea, al entrar en vigor la Directiva del Consejo 90/435/CEE relativa al régimen fiscal aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

La adopción de una directiva en este sentido se realizó al considerarse que las disposiciones fiscales por las que se rigen las relaciones entre sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes varían sensiblemente de un Estado miembro a otro y son, por lo general, menos favorables que las que se aplican a las relaciones entre sociedades matrices y filiales de un mismo Estado miembro, por lo que se hace necesario unificar el régimen de los grupos de sociedades a escala comunitaria para evitar las distorsiones derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados⁴¹¹.

⁴¹¹ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a.A., op.cit., pp.198-204.

GONZÁLEZ POVEDA, V., op.cit., pp.270-272.

ALBI IBÁÑEZ, E., **Estrategias de planificación fiscal internacional: instrumentos financieros**, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, n^o44, 1993, pp.27-31.

Para unificar este régimen el art.4 de la Directiva propone que cuando una sociedad matriz reciba de su sociedad filial beneficios distribuidos por motivos distintos de la liquidación de la misma, el Estado de la sociedad matriz:

-o bien se abstendrá de gravar dichos beneficios;

-o bien las gravará, autorizando al mismo tiempo a dicha sociedad a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto de la filial correspondiente a dichos beneficios y, en su caso, la cuantía de la retención en origen percibida por el Estado miembro de la residencia de la filial.

En nuestro Derecho positivo fueron los artículos 17 a 24 de la Ley 29/1991 los que introdujeron en nuestro derecho el contenido de la Directiva 90/435/CEE.

El legislador no ha escogido la exención de los dividendos provenientes de filiales no residentes sino que ha escogido el sistema de imputación por el cual se integra en la base imponible de la sociedad matriz los dividendos percibidos, el impuesto sobre los beneficios efectivamente pagado por la sociedad filial correspondiente a los beneficios distribuidos y las retenciones practicadas sobre los dividendos (si provienen de la R.F.A., Grecia y Portugal).

Posteriormente se deducirán de la cuota íntegra del Impuesto sobre Sociedades el impuesto sobre los beneficios efectivamente pagados por la sociedad filial y las retenciones practicadas (art.18). Para ello se requiere el cumplimiento de una serie de

condiciones.

En el caso de la existencia de medidas en los Convenios de Doble Imposición destinadas a evitar la doble imposición económica, las sociedades matrices elegirán el régimen que les parezca más favorable (art.21)⁴¹².

Como consecuencia de la inclusión de esta Ley en nuestro ordenamiento se extendió tal régimen a la generalidad de las sociedades mediante el número 2 del art.24 de la Ley 61/1978 del Impuesto sobre Sociedades.

Es posible que los Estados en el momento de acordar los sistemas de evitar la doble imposición jurídica sobre las rentas, en el art.23 del Modelo introduzcan el sistema de imputación de impuestos que han gravado en la fuente los dividendos y, también, la imputación de los impuestos que han gravado los beneficios que han gravado los dividendos.

A lo largo de este epígrafe hemos analizado el tratamiento de los dividendos preparado por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE y que se refleja en el artículo 10 del Modelo.

Por lo que respecta al reparto de la soberanía tributaria, en el último Modelo, como en los anteriores, el Comité de Asuntos

⁴¹² GONZÁLEZ POVEDA, V., *Tributación de no...*, pp.270-272.
FARRÉ ESPAÑOL, J.M., *La doble imposición...*, pp.202-203.

Fiscales ha establecido un sistema de gravamen compartido entre el Estado de la fuente de la sociedad pagadora de los dividendos y el Estado de residencia del receptor de los mismos, aunque en este supuesto el Estado de origen de los dividendos vé limitada su capacidad de gravamen a un porcentaje sobre los dividendos pagados. El tipo propuesto es inferior en el caso de relación matriz-filial.

Este sistema de gravamen se extiende a todos los rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, de acuerdo con la definición del número 3 del artículo 10 del Modelo de Convenio de 1992.

El principio que hemos enunciado al analizar artículos anteriores respecto a la actuación de los establecimientos permanentes como empresas independientes se mantiene en este artículo. En efecto, la vinculación entre las participaciones en los fondos propios generadoras de dividendos y los establecimientos permanentes determinarán el tratamiento tributario de los dividendos.

Así, si existe una vinculación efectiva entre las participaciones en el capital y el establecimiento permanente, los dividendos recibirán el mismo trato que el resto de las rentas que perciba el establecimiento permanente para el cálculo del impuesto debido por dicho establecimiento permanente en el Estado en el que se encuentra. Si no existe tal vinculación entre la participación generadora de los dividendos y el

establecimiento permanente, los dividendos se consideran recibidos por el establecimiento principal y recibirán el trato previsto en el CDI entre el Estado de origen y el Estado de residencia del establecimiento principal. No existe una vis atractiva del establecimiento permanente respecto de los dividendos que provengan del Estado de situación de éste. El establecimiento permanente tiene su propio patrimonio, su propio activo, que puede generar rentas de forma independiente al activo del establecimiento principal.

También hemos examinado la cuestión de la triangulación, fenómeno que se produce cuando un establecimiento permanente situado en un Estado y titularidad de un establecimiento principal en otro Estado percibe rentas del capital mobiliario de un Estado tercero. Hemos intentado resolver la cuestión del CDI aplicable, partiendo de la base de que, actualmente, no se considera a los establecimientos permanentes como residentes del Estado en el que se encuentran sino en el que reside el titular de dicho establecimiento permanente.

Uno de los temas del que más nos hemos ocupado es el de la imputación y gravamen de rentas de sociedades no residentes introducido por algunos Estados en la legislación interna de los mismos y que nos parece contrario a los CDI que se hayan celebrado por los Estados al introducir nuevos supuestos de gravamen que no aparecen contemplados en los Acuedos Internacionales.

Finalmente, nos hemos ocupado de la doble imposición económica sobre dividendos, fenómeno que no ha sido resuelto por el Comité de Asuntos Fiscales a través del Modelo de Convenio de 1992, sino que ha sido resuelto en el ámbito de la Unión Europea por la Directiva 90/435/CEE.

IV.D.1.h) Tratamiento de los dividendos en los CDI celebrados por España :

1) El reparto de la soberanía tributaria sobre dividendos en los CDI celebrados por España :

En términos generales, afirma De la Villa Gil⁴¹³, los CDI celebrados por España se ajustan al Modelo de la OCDE, aunque algunos de ellos presentan una serie de particularidades en el tratamiento fiscal de los dividendos transferidos de uno a otro Estado, debido a las características del sistema impositivo interno, o a la introducción de medidas contra la doble imposición económica de la renta...

1.1) Definición de "dividendos" :

La definición de "dividendos" que aparece en los Modelos de Convenio de 1977 y de 1992 ha sido incluida con bastante fidelidad en los CDI celebrados por España.

⁴¹³ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pp.208-209.

Existen algunos CDI, en los cuales, se produce una ampliación del ámbito de la definición de "dividendos". En el CDI con Alemania se consideran también dividendos los rendimientos obtenidos por un cuenta partícipe, las distribuciones de beneficios hechas por las sociedades de personas a sus socios y las rentas de certificados de fondos de inversión.

Son dividendos, de acuerdo con el CDI con Bélgica, las remuneraciones de las aportaciones efectuadas a los socios a las sociedades no capitalistas, a las sociedades de personas. En el número 7 del Protocolo al CDI con Estados Unidos se incluyen entre los dividendos los beneficios de liquidación de una sociedad. De acuerdo con el número VII del Protocolo al CDI con los Países Bajos se aplica el art.10 a la renta de bonos u obligaciones con derecho a participar en los beneficios. En los CDI con Polonia, el Reino Unido y la URSS para definir el término "dividendos" se efectúa una remisión genérica a la legislación del Estado que distribuye la renta sin que se requiera la condición de que signifique una participación en los beneficios. Las reservas incorporadas al capital social se consideran dividendos en el CDI con Portugal. Los rendimientos distribuidos a sus socios por las sociedades mixtas rumanas se consideran como dividendos en el CDI con Rumania.

El resto de CDI celebrados por España contiene una definición casi idéntica de "dividendos" a la que aparece en el Modelo de Convenio de 1977 y de 1992.

1.2) Reparto de la soberanía tributaria :

Por lo que respecta a la cuestión del reparto de la soberanía tributaria, los CDI concertados por España mantienen la estructura fijada por el Modelo: reparto de la soberanía tributaria entre el Estado de residencia de la sociedad pagadora y el Estado de residencia de la persona que perciba los dividendos.

Existen, en los CDI celebrados por España diferencias respecto al Modelo de Convenio de la OCDE por lo que respecta al porcentaje al tipo aplicable a las relaciones matriz-filial y el porcentaje de participación que da lugar a la relación matriz-filial, por lo que España ha formulado las reservas en las sucesivas ediciones del Modelo de Convenio al considerar muy bajo el tipo proporcional del 5 por 100.

La cláusula del beneficiario efectivo aparece en los CDI suscritos con Argentina, Australia, Bulgaria, Canadá, China, Checoslovaquia, Corea, Ecuador, Estados Unidos, Filipinas, Hungría, India, Irlanda, Luxemburgo, Marruecos, Méjico, Reino Unido, Túnez y URSS.

1.3) Tipos máximos de retención aplicables por España :

Para analizar los diferentes tipos máximos aplicables en los CDI celebrados por España nos remitimos al siguiente cuadro:

| ESTADOS | RELACIÓN MATRIZ-FILIAL | | LÍMITE GENERAL |
|----------------|------------------------|--------|----------------|
| | % CAPITAL | LÍMITE | % |
| ALEMANIA | 25 | 10 | 15 |
| ARGENTINA | 25 | 10 | 15 |
| AUSTRALIA | - | - | 15 |
| AUSTRIA | 50 | 10 | 15 |
| BÉLGICA | - | - | 15 |
| BRASIL | - | - | 15 |
| BULGARIA | 25 | 5 | 15 |
| CANADÁ | - | - | 15 |
| CHECOSLOVAQUIA | 25 | 5 | 15 |
| CHINA | - | - | 10 |
| COREA | 25 | 10 | 15 |
| DINAMARCA | 50 | 10 | 15 |
| ECUADOR | - | - | 15 |
| ESTADOS UNIDOS | 25 | 10 | 15 |
| FILIPINAS | 10 | 10 | 15 |
| FINLANDIA | 25 | 10 | 15 |
| FRANCIA | 25 | 10 | 15 |
| HUNGRÍA | 25 | 5 | 15 |
| INDIA | - | - | 15 |
| IRLANDA | - | - | 15 |
| ITALIA | - | - | 15 |
| JAPÓN | 25 | 10 | 15 |
| LUXEMBURGO | 25 | 10 | 15 |
| MARRUECOS | 25 | 10 | 15 |
| MÉXICO | 25 | 5 | 15 |

| ESTADOS | RELACIÓN MATRIZ-FILIAL | | LÍMITE GENERAL |
|--------------|------------------------|--------|----------------|
| | % CAPITAL | LÍMITE | % |
| NORUEGA | 50 | 10 | 15 |
| PAÍSES BAJOS | 25-50 | 10 | 15 |
| POLONIA | 25 | 10 | 15 |
| PORTUGAL | 50 | 10 | 15 |
| REINO UNIDO | 10 | 10 | 15 |
| RUMANIA | 25 | 10 | 15 |
| SUECIA | 25 | 10 | 15 |
| SUIZA | 25 | 10 | 15 |
| TÚNEZ | 50 | 5 | 15 |
| URSS | - | - | 18 |

A continuación, vamos a realizar una serie de precisiones sobre los límites y porcentajes que acabamos de señalar.

En el caso de los CDI con Estados Unidos, Irlanda, Japón, Filipinas, Polonia y Reino Unido el porcentaje que da lugar a la relación matriz-filial no se calcula en base a la titularidad de un porcentaje de acciones de capital social sino sobre un porcentaje de acciones con derecho de voto.

Para poder disfrutar de la relación matriz-filial se exige un período de permanencia de un año (CDI con Austria, Hungría, Luxemburgo, Portugal y Suecia) o de seis meses (caso del CDI con Japón).

Por lo que respecta a la forma en que debe mantenerse la titularidad del capital social, en numerosos CDI se exige que la titularidad del porcentaje sobre el capital social sea directa (CDI con Argentina, Austria, Corea, Filipinas, Finlandia, Francia, Hungría, Japón, Luxemburgo, Marruecos, México, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia, Suiza y Túnez).

El CDI con Países Bajos admite dos supuestos de existencia de relación matriz-filial:

-si la sociedad que recibe los dividendos posee el 50 por 100 o más del capital de la sociedad que los paga;

-si la sociedad que recibe los dividendos posee el 25 por 100 o más del capital de la sociedad que los paga, siempre que por lo menos otra sociedad residente de los Países Bajos posea también el 25 por 100 o más del mismo capital.

El CDI con Irlanda contiene, por lo que se refiere a las relaciones entre una filial residente en España y una matriz residente en Irlanda una referencia, al contenido y condiciones establecidas por la Ley 29/1991 que introduce la Directiva CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (90/435/CEE).

Nos hemos referido, con anterioridad, a la importancia que tiene para luchar contra la doble imposición jurídica y económica la Directiva 90/435/CEE.

2) Medidas para evitar la doble imposición económica sobre dividendos :

Son numerosos los CDI celebrados por España que introducen medidas destinadas a evitar la doble imposición económica sobre dividendos. En la mayoría de éstos tales medidas se incluyen en el artículo, inspirado en el art.23 del Modelo, destinado a regular los mecanismos para evitar la doble imposición jurídica sobre dividendos.

Por otro lado, existen unos pocos CDI en los que se introducen las medidas destinadas a evitar la doble imposición económica sobre dividendos (R.F.A., Francia, Reino Unido y Irlanda) en el artículo destinado a regular el tratamiento de los dividendos.

Se caracterizan estas medidas que intentan paliar la doble imposición económica internacional por ser adoptadas por el otro Estado contratante que no es España y se basan en su propio derecho interno⁴¹⁴.

2.1) CDI con Alemania:

El sistema alemán ideado para evitar la doble imposición económica sobre dividendos se caracteriza por ser una mezcla de

⁴¹⁴ GONZÁLEZ POVEDA, V., op.cit., pp.45-48.
DEL ARCO RUETE, L., op.cit., pp.339-348.
FERNÁNDEZ PÉREZ, J.R., op.cit., pp.225-236.

los sistemas de doble tipo y de imputación. Por una parte, el tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades alemán, para beneficios no distribuidos, para reservas es del 45 por 100, reduciéndose en 15 puntos, es decir, hasta el 30 por 100 para los beneficios distribuidos (cualquiera que sea la residencia del accionista)⁴¹⁵.

Por otra parte, el accionista de sociedades residentes en Alemania que a su vez sea residente en Alemania tiene derecho a un crédito de impuesto de 3/7 del dividendo percibido proveniente de la sociedad (Novedad introducida por la Ley de Reforma del 1976).

Como reflejo de la vigencia de la Ley de Reforma anterior, de 1953, que establecía el sistema de doble tipo, el CDI, celebrado en 1967 contiene en el párrafo 3 del art.10.

En el mismo se establece que la retención en la fuente exigida por los dividendos pagados a una sociedad residente de España por una Sociedad residente de la República Federal (siempre que la primera persona, directa o indirectamente, posea

⁴¹⁵ Resulta de gran interés para conocer el sistema tributario alemán consultar:

GONZÁLEZ POVEDA, V., **Alemania.Fiscalidad internacional** CISS, Valencia, 1993.

Para conocer las últimas novedades en cuanto al Impuesto sobre Sociedades alemán, ver ESTEVE PARDO, M^a.L., **Líneas de Reforma en el Impuesto de Sociedades alemán**, pp.543-575, n^o83, Civitas REDF, pág.570.

al menos de 25 por 100 del capital de la segunda) no puede exceder del 25 por 100 del importe bruto de tales dividendos mientras exista una diferencia de al menos 20 puntos entre el tipo de los beneficios distribuidos y los beneficios no distribuidos.

Cuando la diferencia esté entre 10 y 20 unidades, el impuesto alemán no podrá exceder del 15 por 100 del importe bruto.

Dado que la diferencia actual es de 15 puntos, debería aplicarse el límite del 15 por 100.

Sin embargo, como consecuencia de la entrada en aplicación de la Directiva 90/435/CEE por la Ley de Reforma fiscal de 1992⁴¹⁶ se reducía la retención por los beneficios distribuidos por filiales a sus matrices residentes de otros Estados miembros al 5 por ciento hasta el 30 de junio de 1996 siempre y cuando la participación de la segunda en la primera fuera superior al 10 por 100 y este nuevo límite es el que se aplicará en la mayoría de los casos.

2.2) CDI con Francia:

El sistema francés del "avoir fiscal" supone un crédito fiscal por un importe del 50 por 100 del dividendo percibido que

⁴¹⁶ ESTEVE PARDO, M^a.L., op.cit., pp.561, 564-565.

se añade al dividendo percibido para calcular la renta sujeta a gravamen, la base imponible sujeta a gravamen. El importe del "avoir fiscal" será deducido de la cuota íntegra del impuesto y puede dar lugar a una devolución de impuesto.

Aunque el beneficio del "avoir fiscal" no es de aplicación, en principio, a los no residentes en Francia, este beneficio se ha concedido a los residentes en España a través del CDI entre Francia y España, en el número 3 del artículo 10.

El número 3 del art.10 extiende el beneficio del "avoir fiscal" a los residentes de España que reciban dividendos distribuidos por una sociedad francesa (letra a del número 3), si a su vez lo integran en su tributación en España (letra b del número 3).

Para calcular la retención que puede efectuar el Tesoro francés se debe aplicar el tipo del 15 por ciento a la cantidad obtenida por la suma del dividendo obtenido más el "avoir fiscal", dado que éste es considerado como dividendo.

Tras haber calculado el importe de la retención, se sustraerá dicho importe respecto del "avoir fiscal". El resultado de esta operación dará lugar a un abono por parte del Tesoro francés.

El residente en España deberá integrar en su base imponible los dividendos distribuidos antes de practicar la retención en

origen más el abono efectuado por el Tesoro francés⁴¹⁷.

Las matrices residentes en España que posean, al menos, el 25 por ciento del capital de la sociedad francesa pagadora deben optar entre percibir el "avoir fiscal" o adherirse al sistema previsto para evitar la doble imposición económica en la Ley 29/1991 de adecuación al sistema impositivo español de la Directiva 90/435/CEE (art.21 de la Ley 29/1991).

2.3) CDI con el Reino Unido:

El sistema británico para luchar contra la doble imposición económica está basado en el pago a cuenta del Impuesto sobre Sociedades (Advanced Corporation Tax, ACT) que se aplica sobre el beneficio distribuido.

El ACT que se calcula en base al dividendo distribuido por la sociedad que efectúa la distribución de beneficios y que es abonado por ésta se calcula mediante un porcentaje sobre el dividendo (actualmente es 20/80 del dividendo).

La cantidad abonada al Tesoro británico a través del ACT es considerada como un pago a cuenta de la sociedad que podrá deducirlo en el momento de la liquidación del Impuesto sobre Sociedades (Corporation tax).

⁴¹⁷ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pp.212-213.
FERNÁNDEZ PÉREZ, J.R., op.cit., p.227-228.

A su vez, el accionista de la sociedad pagadora del ACT integrará en su base impositiva de gravamen tanto el dividendo efectivamente percibido como el ACT. Una vez calculada la cuota impositiva íntegra correspondiente al impuesto del accionista se deducirá el ACT que había sido abonado por la sociedad pagadora de los dividendos⁴¹⁸.

El Convenio hispano-británico, también, extiende al accionista residente en España el crédito fiscal a través del número 3 del art.10.

Para los dividendos repartidos por residentes en el Reino Unido se distinguen dos regímenes: uno, el previsto en el párrafo 2º que sería de aplicación solamente en el supuesto de que el sistema británico abandonase su actual sistema de crédito fiscal y el otro, el contemplado en el número 3 del artículo 10, vigente en la actualidad.

Mientras el Reino Unido mantenga el sistema ACT para evitar la doble imposición económica, los dividendos percibidos por las sociedades residentes en España que bien sola, bien junto con una o más entidades asociadas, posean directa o indirectamente el 10 por 100 o más del derecho de voto de la sociedad que paga los dividendos (se entenderá que dos Entidades están asociadas cuando una posea directa o indirectamente más del 50 por 100 del derecho

⁴¹⁸ Para conocer el sistema tributario británico resulta de gran interés:

GONZÁLEZ POVEDA, V., Reino Unido. Fiscalidad internacional CISS, Valencia, 1993.

al voto en la otra, o una tercera sociedad posea más del 50 por 100 del derecho al voto en las dos primeras), no serán sometidos a gravamen en el Reino Unido (número 3, letra a), iii) en relación con la letra c)).

Tales sociedades tienen, además, derecho a deducir de su cuota impositiva en España, aunque no hayan sido objeto de gravamen en el Reino Unido, un importe igual a quince ochenta y cincoavos del total de dividendos percibidos (letra c) del número 2 del art.24 del CDI entre el Reino Unido y España).

Estas sociedades pueden salir del régimen previsto en el CDI y optar por la aplicación del régimen previsto en la Ley 29/1991, de acuerdo con el art.21 de la misma, si cumplen los requisitos para ello.

Si los beneficiarios efectivos de los dividendos pagados por una sociedad residente del Reino Unido son personas físicas o sociedades que no reúnen los requisitos de la letra c) del número 3, tendrán derecho al crédito fiscal en la misma medida equivalente al que habría disfrutado una persona física residente del Reino Unido que hubiera percibido dichos dividendos (número 3, letra b)).

Igualmente, el beneficiario efectivo de los dividendos tiene derecho a la devolución de cualquier exceso del crédito fiscal sobre la deuda tributaria exigida en el Reino Unido. En efecto, el Reino Unido tiene derecho a gravar a un tipo no superior al

15 por 100 la suma del dividendo distribuido más el crédito fiscal correspondiente (número 3, letra a), ii)).

El Tesoro británico queda obligado, sin embargo, a abonar al residente en España la diferencia entre el crédito fiscal sobre beneficios distribuidos y el impuesto exigido en la fuente por la suma del dividendo más el crédito fiscal (letra b) del número 3).

Creemos que la persona que tiene derecho al crédito fiscal y al abono por el Tesoro británico no queda obligada a incluir en la base imponible de su impuesto dicho abono del Tesoro británico, al estipularse expresamente que los dividendos pagados por una sociedad residente del Reino Unido a un residente de España pueden someterse a imposición en España (número 3 letra a), i)) y no efectuar ninguna mención sobre la obligación de incluir el crédito fiscal o el abono en la base imponible.

Las sociedades residentes en España que tienen derecho al crédito fiscal por los dividendos que perciben provenientes de sociedades residentes en el Reino Unido, tienen derecho, además, a aplicar a estos dividendos el mismo tratamiento que el que sería aplicable a los dividendos provenientes de sociedades residentes en España (letra c) del número 2 del art.24 del CDI).

Si se suprime en el Reino Unido el derecho a un crédito fiscal para las personas físicas por los dividendos percibidos, se suprimirá la aplicación de las medidas destinadas a evitar la

doble imposición económica sobre dividendos contenidas en el CDI entre España y el Reino Unido.

Sin embargo, las sociedades mantendrán el derecho de equiparar el tratamiento de los dividendos provenientes del Reino Unido con el tratamiento de los dividendos de sociedades residentes en España (letra b) del número 2 del art.24 del CDI).

Las sociedades que reúnan las condiciones exigidas en la Ley 29/1991 podrán beneficiarse del tratamiento previsto en dicha norma.

2.4) CDI con Irlanda :

Al igual que sucede en el ordenamiento británico, se utiliza en Irlanda el sistema del Advanced Corporation Tax (con un crédito fiscal equivalente a 25/75 de cada dividendo)⁴¹⁹.

En el CDI con Irlanda de 10 de febrero de 1994 (BOE de 27 de diciembre de 1994) se extiende, en algunos supuestos el crédito fiscal al accionista residente en España de una sociedad residente en Irlanda.

Las sociedades que, solas o junto con una o más sociedades vinculadas, posean directa o indirectamente, al menos el 25 por

⁴¹⁹ Para conocer el sistema impositivo irlandés ver:
European taxation, Ireland-1, n°3, March, 1994,
International Bureau for Fiscal Documentation.

100 del derecho de voto de la sociedad que paga los dividendos (dos sociedades se considerarán vinculadas si una de ellas posee, directa o indirectamente, más del 50 por 100 del derecho de voto de la otra, o una tercera sociedad posee más del 50 por 100 del derecho de voto de las mismas), los dividendos estarán exentos de gravamen en Irlanda (letra c) del número 1 del artículo 10 del CDI entre España e Irlanda).

Además, las sociedades residentes en España deberán integrar en su base imponible la suma de los dividendos efectivamente percibidos y el impuesto irlandés efectivamente exigido por los beneficios con cargo a los cuales se pagan los dividendos y tendrán derecho a deducir de la cuota impositiva, además de la retención en la fuente sobre los dividendos (que acabamos de ver que no existe) el impuesto irlandés efectivamente exigido sobre los beneficios con cargo a los cuales se pagan los dividendos (letra b) del número 2 del artículo 23 del CDI).

Se exigen unas condiciones que son idénticas a las que aparecen en la Ley 29/1991 cuando regula el tratamiento de las relaciones matriz-filial.

Las sociedades que no cumplen los requisitos del apartado 3 del artículo 10 del CDI y las personas físicas que sean beneficiarias efectivas de los dividendos tienen derecho a un crédito fiscal, de forma semejante a como lo tienen los residentes irlandeses (apartado 2 del artículo 10 del CDI).

Así, el Estado de Irlanda podrá gravar al tipo no superior al 15 por 100 la suma de los dividendos percibidos y el crédito fiscal (letra b) del número 1 del art.10 del CDI). Tendrán derecho al abono por el Tesoro irlandés de la diferencia entre el crédito fiscal y el impuesto exigido en la fuente (apartado 3 del art.10 del CDI).

No existe ninguna disposición que obligue en este supuesto a los receptores de los dividendos a integrar en la base imponible no sólo los dividendos sino tampoco los abonos efectuados por el Tesoro irlandés.

IV.D.2. Gravamen de los intereses (artículo 11 del Modelo de Convenio) :

En el art.11 del Modelo de Convenio se contempla el tratamiento de los intereses desde el punto de vista de la lucha contra la doble imposición jurídica internacional.

Seis son los números que tratan de regular el gravamen de esta categoría de rentas y serán objeto de estudio de acuerdo con el orden siguiente:

-delimitación del concepto de "intereses" (número 3);

-distribución de la potestad tributaria entre el país de la residencia del perceptor y el Estado de procedencia de las rentas (números 1 y 2);

-determinación del origen de la renta, como medio necesario de atribución de la soberanía tributaria al Estado fuente de aquélla (número 5);

-exclusión del régimen especial de gravamen previsto para los intereses en el caso de incidencia de establecimiento permanente o base fija (número 4), o en el caso de alterarse las condiciones de libre concurrencia en la obtención de los intereses (número 6).

IV.D.2.a. Concepto de "intereses" (número 3 del artículo 11) :

La definición de intereses que aparece en el número 3 del art.11, que no ha sido modificada desde el Modelo de Convenio de

1977, se caracteriza por ser una definición cerrada al suprimirse cualquier remisión a la legislación fiscal del Estado de donde proceden los intereses (tal remisión existía en el Proyecto de Convenio de 1963).

Se emplea, en el artículo 11, además de una definición genérica de "intereses", una serie de ejemplos constitutivos de "intereses" y una delimitación negativa de supuestos que no son, en ningún caso, "intereses".

Para el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE la adopción de una definición cerrada de intereses se justifica por los siguientes motivos:

a) La definición cubre prácticamente todas las clases de rentas que las diferentes legislaciones internas consideran como intereses.

b) La fórmula empleada ofrece una mayor seguridad jurídica y ponen los Convenios al abrigo de los cambios efectuados en las legislaciones internas.

c) Deben evitarse en los convenios, en la medida de lo posible, los reenvíos a las legislaciones internas de los Estados.

1) Definición genérica de "intereses" :

Son "intereses", de acuerdo con el número 2 del art.10 del Modelo, los "rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantías hipotecarias o cláusulas de participación en los beneficios del deudor". En esta definición genérica se incluyen las rentas producidas, derivadas de negocios jurídicos que tienen por causa la imposición de capitales y no de una posición acreedora⁴²⁰ en cualquier clase de negocio jurídico.

Los Comentarios definen los "rendimientos de créditos de cualquier naturaleza" como contraprestación, cualquiera que sea su denominación, procedente de capitales colocados en créditos públicos o privados, y de la titularidad de las cuentas en toda clase de instituciones financieras. Se incluyen, aquí, las remuneraciones por depósitos en dinero así como las fianzas.

La calificación como intereses de dichos rendimientos de créditos no se vé modificada por la presencia o no de una "garantía hipotecaria".

El hecho de que el prestamista tenga derecho a participar

⁴²⁰ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.227.

PÉREZ ROYO, I., **Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas**, Ed.Marcial Pons, Madrid, 1993, pp.117-142.

ANTÓN PÉREZ, J.A., **Rendimientos del capital mobiliario**, en **Comentarios a la Ley del I.R.P.F. y reglamento del Impuesto**, Ed.Colex, Madrid, 1993, pp.321-342.

RABLÁN, **El régimen tributario de las rentas vitalicias**, **Impuestos**, 1994, I, pp.470-475.

en los beneficios del deudor no implica tampoco que los intereses pierdan tal calificación, siempre y cuando se hallan pactado unos intereses fijos que no estén sometidos al riesgo empresarial.

La no calificación de un rendimiento del capital mobiliario como "interés" implica la inaplicación del art.11 y la vigencia de los arts.7 beneficios empresariales y art.10 dividendos.

2) Rendimientos expresamente declarados como "intereses" :

Para evitar dudas interpretativas y conflictos de calificación por aplicación de legislaciones de una pluralidad de Estados, de forma específica, expresa, el número 3 considera como "intereses" "las rentas de fondos públicos y bonos u obligaciones, incluidas las primas y lotes unidos a estos títulos".

Esta lista comprende las formas jurídicas más frecuentes generadoras de intereses: intereses provenientes de Deuda pública (emitida por el Estado o las otras Administraciones públicas), intereses de obligaciones y empréstitos emitidos por entidades (incluidos intereses provenientes de obligaciones convertibles), intereses de préstamos a particulares y entidades.

Las primas de reembolso y los lotes vinculados a la Deuda pública y a los bonos y obligaciones también son considerados como intereses, de acuerdo con los Comentarios.

Por el contrario, cuando una obligación se emite por encima de su valor nominal (con prima de emisión), la cantidad que paga el suscriptor por encima de su valor nominal debe considerarse, de acuerdo con el Comité de Asuntos Fiscales, como un interés negativo que puede ser deducido de los intereses sujetos a gravamen. Desde nuestro punto de vista la prima de emisión no constituye un interés negativo sino un gasto que aumenta el valor de adquisición del título y que servirá de reducción de la posible ganancia de capital generada por la transmisión del título.

Los Estados contratantes pueden, en sus negociaciones bilaterales, ampliar la fórmula del Modelo, incluyendo nuevos rendimientos que en la legislación interna de alguno de los Estados contratantes sean considerados como intereses.

3) Rendimientos expresamente excluidos de la condición de "intereses" :

Desde el punto de vista negativo el concepto de intereses no incluye "las penalizaciones por mora en el pago". Aunque se utilice la expresión "a efectos del presente artículo", en ningún caso tales penalizaciones son consideradas intereses ya que constituyen una forma particular de indemnización del acreedor por la ejecución tardía de determinadas obligaciones contractuales.

Los Comentarios añaden a las penalizaciones por mora en el

pago una lista de conceptos que no tienen la categoría de intereses.

Siguiendo los Comentarios, hay que señalar que el beneficio o la pérdida que un tenedor de bonos u obligaciones obtenga por la venta a un tercero de las mismas no entra dentro del concepto de interés. Según los casos podrá tratarse de un resultado comercial, de una ganancia o pérdida de capital o de una renta no especificada en el CDI.

Las rentas vitalicias y temporales que tengan por causa la imposición de capitales no son consideradas como intereses, ya que en algunos Estados son calificadas como pensiones y reguladas, por lo tanto, por el art.18 del Modelo de Convenio, y, además, resulta difícil distinguir amortización de capital y de intereses.

Creemos que los Estados en cuyas legislaciones las rentas vitalicias o temporales tienen la condición de intereses pueden acordar, en el momento de celebrar el CDI, que dichas rentas vitalicias o permanentes tengan la condición de intereses⁴²¹.

⁴²¹ En nuestro derecho las rentas vitalicias y temporales son consideradas como intereses. Así, en el art.37 de la Ley 18/1991 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas encontramos el número 3, titulado: "Otros rendimientos del capital mobiliario. Quedan incluidos en este epígrafe, entre otros:

e) Las rentas vitalicias u otras temporales que tengan por causa la imposición de capitales, siempre que su constitución no esté sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones".

Los intereses acumulados por contratos de seguros de vida con capital diferido tampoco deben integrarse en el concepto de intereses.

Aquellos intereses que en virtud del número 6 del art.11, que examinaremos más tarde, puedan considerarse sujetos al régimen de dividendos pierden la condición de intereses.

También pueden excluirse determinadas rentas de la condición de intereses por acuerdo entre los Estado Contratantes.

Tras haber examinado la definición genérica de "intereses" contenida en el número 3 del art.11, los supuestos incluidos expresamente en la definición y en los Comentarios y los supuestos excluidos por la definición y los Comentarios, vamos a analizar el reparto de la soberanía tributaria propuesto por el Comité de Asuntos Fiscales.

IV.D.2.b) El reparto de la soberanía tributaria sobre los intereses (apartados 1 y 2 del art.11 del Modelo) :

Sirven los apartados 1 y 2 del artículo 11 para exponer el reparto de la soberanía tributaria entre el Estado de residencia del perceptor de la renta y el Estado del cual proceden los intereses.

1) Imposición compartida sobre los intereses:

El apartado 1 permite al Estado de residencia del receptor de los intereses gravar libremente los mismos. Por su parte el apartado 2 permite la imposición limitada de los intereses (con un tipo máximo del 10 por 100) en el Estado del que proceden los mismos si el beneficiario efectivo de los intereses es residente del otro Estado contratante.

La OCDE ha optado por una imposición compartida para los intereses, al igual que para los dividendos (art.10 del Modelo) entre el Estado de origen de los intereses y el Estado de residencia del beneficiario efectivo de los mismos.

El tipo máximo aplicable por el Estado de la fuente es del 10 por 100 sobre los intereses brutos si el beneficiario efectivo de los mismos es residente del otro Estado contratante.

Al igual que sucedía en el caso de dividendos, la introducción de la cláusula del "beneficiario efectivo" (incluida por primera vez en el Modelo de Convenio de 1977) se explica por el deseo del Comité de Asuntos Fiscales de impedir la evasión fiscal internacional.

El límite del 10 por 100 es un límite máximo aplicable sobre los intereses brutos pero si el límite del Derecho interno es inferior se aplicará este último.

Al no pronunciarse el articulado del Modelo de Convenio sobre la forma de imposición del Estado de la fuente, es el Derecho interno del Estado el que determina como se hará efectivo el gravamen: si por vía de retención efectuada por el pagador o por vía de declaración efectuada por el receptor⁴²².

De la Villa⁴²³ advierte que si no se articulan unos mecanismos eficaces para evitar la doble imposición jurídica como los mecanismos de exención o de imputación se producirá una duplicidad de carga fiscal que reducirá considerablemente el rendimiento de los fondos prestados y ralentizará de esta forma la transferencia internacional de capitales.

El Estado de residencia del receptor de los intereses, que puede ser tanto una persona física como una persona jurídica como una agrupación de personas, tiene derecho a gravar las mismas aunque no de una forma ilimitada. En efecto, el Estado de residencia puede someter a gravamen los intereses percibidos de acuerdo con su propio Derecho interno pero, posteriormente,

⁴²² Tanto el Decreto 363/1971, de 25 de febrero, de aplicación de los CDI, como las diferentes Ordenes aprobadas para la aplicación concreta de determinados CDI contemplan la aplicación efectiva de los límites al gravamen de los intereses (que, de acuerdo, con nuestro derecho art.98 de la Ley 18/1991, arts.40 a 60 del RD 1841/1991 del Reglamento del IRPF, art.32 de la Ley 61/1978 del Impuesto sobre Sociedades y arts.253 y 262 del R.D. 2631/1978 del Reglamento del IS establecen una retención sobre los intereses) mediante la solicitud previa de reducción de la retención practicada en el momento del pago de los intereses o la solicitud de devolución de los intereses retenidos en exceso.

⁴²³ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.229.

quedará obligado a aplicar el método para evitar la doble imposición internacional que haya sido pactado por los dos Estados contratantes en el momento de celebrar el CDI.

El método pactado para evitar la doble imposición será el método de imputación o de exención de acuerdo con el art.23 del Modelo de Convenio.

La obligación de adoptar alguno de los mecanismos para evitar la doble imposición impide que pueda considerarse el Derecho del Estado como un derecho ilimitado. Esta obligación del Estado de residencia del receptor de los intereses es el corolario del derecho limitado de gravamen reservado al Estado de donde proceden los intereses.

2) Estado de origen de los intereses (número 5 del art.11):

El apartado 5 del artículo 11 del Modelo pretende responder a la cuestión: ¿cuál es el Estado del que proceden los intereses?

Según el número 5 del art.11 se entiende que el Estado de la fuente de los intereses es el Estado de residencia del deudor de los intereses y dicho deudor puede ser el propio Estado, una subdivisión política, una entidad local o una persona residente de este Estado.

Los intereses que provengan de un Estado tercero, de un Estado no contratante, no entran dentro del ámbito objetivo de

aplicación del artículo 11 del Modelo.

El principio de residencia del deudor que había elegido el Comité de Asuntos Fiscales para determinar el origen de la renta quiebra en el caso de que los préstamos productores de intereses mantuvieran un lazo económico evidente con un establecimiento permanente o una base fija de negocios.

Si los intereses provienen de un préstamo destinado a financiar el desarrollo del establecimiento permanente y los intereses pagados lo sean a cargo de dicho establecimiento permanente, se considerará que dichos intereses provienen del Estado contratante donde estén situados el establecimiento permanente o la base fija de negocios.

Se aplicará aquí el criterio de territorialidad y no se aplicará el principio de personalidad. Por lo tanto, la residencia del empresario titular del establecimiento permanente, incluso en el caso de que el propietario fuera residente de un tercer Estado, no determinará cuál es el origen de los intereses.

En el supuesto en que los préstamos estén destinados a financiar el desarrollo de un establecimiento permanente o una base fija de negocios y los intereses pagados lo sean a cargo de dichas entidades, los intereses se considerarán provenientes del Estado de situación del establecimiento permanente o la base fija de negocios (criterio de territorialidad), si el receptor de los intereses es residente del mismo Estado, del Estado de situación

del establecimiento permanente, entonces no se aplicarán las cláusulas del CDI entre el Estado de residencia del titular del establecimiento permanente o la base fija de negocios y el Estado de situación del establecimiento permanente o base fija de negocios sino el Derecho interno del Estado de situación del establecimiento permanente o base fija de negocios.

Si en el mismo supuesto el receptor de los intereses es residente del Estado de residencia del titular del establecimiento permanente o base fija de negocios, se aplicarán, entonces, las normas sobre intereses contenidas en el CDI entre el Estado de situación del establecimiento permanente o base fija de negocios y el Estado de residencia del titular del establecimiento permanente o base fija de negocios.

3) Calificación de determinadas rentas como "intereses" o "ingresos de actividades profesionales" :

Se puede plantear la cuestión de la conveniencia del gravamen en la fuente de los intereses cuando éstos constituyen rendimientos de actividades empresariales y no una retención de capital sin ninguna relación con la actividad económica del receptor de la misma, como es el caso de las actividades financieras, ventas a crédito de bienes de equipo y de otras ventas comerciales a crédito.

En el caso de las actividades económicas anteriormente

citadas se deberían gravar dichas actuaciones en función de los beneficios obtenidos que habrían de ser calculados sumando los intereses como ingresos y restándoles los gastos para determinar las bases imponibles que serían el beneficio obtenido. Si fuera de aplicación el número 2 del art.10, se gravarían los intereses brutos sin tener en cuenta el beneficio que efectivamente se hubiera obtenido por el desarrollo de la actividad económica que posiblemente sería inferior a la cantidad retenida en la fuente.

El resultado final sería, entonces, una doble imposición jurídica ya que el beneficio de pequeña cuantía que resultaría gravado en el Estado de residencia de la empresa que realiza actividades de financiación generaría una cuota relativamente pequeña que no permitiría la imputación total de las cantidades retenidas en la fuente de acuerdo con el número 2 del art.23 A o de acuerdo con el número 1 del art.23 B.

De la Villa⁴²⁴ sostiene que el excedente de impuesto que se soporta por el beneficiario de los intereses al imputar el Estado de residencia únicamente hasta el límite del propio impuesto significa una grave falta de equidad entre una empresa que realiza una actividad económica en un solo Estado que resulta menos gravada y otra empresa que realiza una actividad económica en dos Estados que resulta sometida a una imposición superior.

Los Comentarios al Modelo señalan que una posible solución

⁴²⁴ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.230.

para evitar tal exceso de gravamen consistiría en introducir una cláusula en los CDI celebrados que excluya de la imposición en la fuente los intereses producidos por el desarrollo del objeto social, de la actividad económica para la que surgió la empresa.

**IV.D.2.c) Incidencia del establecimiento
permanente en la tributación de los
intereses (número 4 del art.11) :**

El número 4 del art.11, al igual que sucede en el número 5 del art.10, para los dividendos, intenta resolver la cuestión de la forma de tributar de los intereses en el caso de la presencia de un establecimiento permanente en el Estado de procedencia de los intereses del receptor efectivo de los mismos.

Esta disposición contenida en el art.11 se aparta de la concepción de la "fuerza atractiva del establecimiento permanente" y, en consecuencia, los intereses recibidos por un residente de un Estado contratante de una fuente situada en el otro Estado no van a ser vinculados por razón de una especie de presunción al establecimiento permanente que dicho residente pudiera tener en ese otro Estado.

Por el contrario, en el caso de que los intereses sean generados por derechos de crédito que forman parte del activo del establecimiento permanente o están vinculados de alguna otra forma con dicho establecimiento permanente o base fija de negocios, se aplicarán los arts.7 y 14 del Modelo de Convenio.

El Estado de la fuente aplicará su propia normativa interna a estos rendimientos y los gravará sin ninguna clase de limitación (número 2 del art.7 y número 1 del art.14) pudiendo darle un tratamiento específico a los intereses.

IV.D.2.d) Recalificación de "intereses" como "dividendos" :

El número 6 del art.11 del Modelo de Convenio que regula el tratamiento de los "intereses" prevé, como medida para evitar la evasión fiscal, la posibilidad de que los intereses pagados puedan ser recalificados como "beneficios distribuidos" si existieran unas relaciones especiales entre el deudor y el beneficiario efectivo de los dividendos, o entre uno u otro y terceros y, al mismo tiempo, el importe de los intereses pagados excediera del que hubieran convenido el deudor y el acreedor en ausencia de tales relaciones.

Esta disposición parece entrar en contradicción con la definición de "intereses" del número 3 del propio artículo 11, introducida en el Modelo de Convenio de 1977 y mantenida en el Modelo de Convenio de 1992 y con la definición de "dividendos" que aparece en el número 3 del art.10 que regula el reparto de la soberanía tributaria de los Estados contratantes sobre los dividendos.

Conviene pues, ahora, examinar las razones que impulsaron al Comité de Asuntos Fiscales a introducir la cláusula del número

6 del art.11 y que han sido expresadas en el Informe del mismo titulado "La infracapitalización"⁴²⁵ y la posibilidad de armonizar las tres normas anteriormente citadas.

1) El problema de la infracapitalización :

Aunque la cláusula contenida en el número 6 del artículo 11 aparecía ya en el Proyecto de Convenio de 1963 y se ha mantenido idéntica hasta ahora, la cuestión planteada en la misma ha sido contemplada en el Informe de 1985 titulado "La infracapitalización" que ha servido para modificar ligeramente los Comentarios a este párrafo que aparecen en el Modelo de Convenio de 1992.

El origen de la inclusión de esta cláusula puede explicarse, de acuerdo con el Informe del Comité de Asuntos Fiscales, por el problema planteado a las Administraciones fiscales de todos los países por los grupos de empresas transnacionales que tratan de minimizar su carga fiscal global, aprovechando la incidencia que las diferentes formas de financiación de las sociedades tienen sobre la imposición de sus beneficios.

Así, existen dos formas básicas de financiar las actividades de una sociedad: la emisión de acciones o participaciones en su capital y el endeudamiento (préstamos, empréstitos...). Desde el punto de vista fiscal, la diferente forma de financiación llevará

⁴²⁵ OCDE, *La souscapitalisation*, París, 1985.

aparejada formas diferentes de tributación. Así, los dividendos repartidos a los accionistas se consideran una parte del beneficio imponible y no son, en consecuencia, deducibles para fijar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. En cambio, los intereses pagados a los acreedores se consideran, en todas las legislaciones, una carga de explotación que es deducible para determinar la base imponible.

En el ámbito de las inversiones internacionales, una filial que financia parte de sus actividades a través de capital proveniente de su matriz estará sujeta al Impuesto sobre Sociedades por la totalidad de los beneficios obtenidos en el Estado de residencia de la filial. Sus accionistas no residentes estarán sujetos al impuesto por los beneficios distribuidos, normalmente mediante una retención en la fuente que se encuentra limitada en su cuantía a través de los CDI.

Por el contrario, una filial que financia parte de sus actividades mediante préstamos de su matriz extranjera deducirá los intereses pagados en el momento de determinar su beneficio imponible y el impuesto será menor que en el supuesto anterior. El prestamista extranjero está sometido, generalmente, a una retención en la fuente sobre los intereses cobrados que resulta limitada a través de los CDI.

La carga impositiva final global del grupo dependerá de las disposiciones fiscales del país de residencia de la matriz para eliminar la doble imposición y el método elegido para ello

(exención o imputación) y del tratamiento otorgado al impuesto subyacente de la filial.

La diferencia en cuanto a las cargas impositivas finales provoca la tendencia de los grupos internacionales de sociedades de utilizar los préstamos como vía preferente y casi exclusiva de financiación. En principio, el contrato de préstamo no implica un riesgo económico, no supone una participación en los beneficios eventuales del receptor del préstamo. Sin embargo, en el ámbito de los grupos internacionales de sociedades el sentido económico del préstamo se acerca más al del capital al poder convertir los acreedores, en un momento dado, su crédito en capital de la sociedad o porque los intereses a pagar están directamente ligados a la obtención de beneficios.

De esta forma, recursos que en realidad son capitales propios se disfrazan de préstamos, hay una "capitalización disimulada", una "infracapitalización" ⁴²⁶.

Sanz Gadea⁴²⁷ define el término "infracapitalización" como un conjunto de situaciones anómalas de financiación cuya característica común es que bajo la apariencia de préstamo se oculta una realidad de participación en el capital social.

Se trata de un problema planteado a las Administraciones

⁴²⁶ GONZÁLEZ POVEDA, V., op.cit., pp.227-234.

⁴²⁷ SANZ GADEA, E., *Impuesto sobre Sociedades*, pp.387-393, Volumen I, CEF, 1993.

fiscales en todos los países por grupos de empresas transnacionales que tratan de minimizar su carga fiscal global, aprovechando la incidencia que las diferentes formas de financiación de las sociedades tienen sobre la imposición de sus beneficios ⁴²⁸.

En el ámbito del Modelo de Convenio de la OCDE se ha pretendido dar solución al problema de la "infracapitalización" mediante la inclusión de la cláusula del número 6 del art.11. A continuación estudiaremos los supuestos en que será de aplicación esta cláusula, así como las consecuencias de la misma.

2. Condiciones de aplicación del número 6 del art.11 y consecuencias :

La posible recalificación de los intereses pagados como dividendos contemplada en el art.11 del Modelo de Convenio es un reflejo concreto en el ámbito de las rentas del capital mobiliario del principio establecido en el artículo 9 del Modelo de Convenio de que las empresas asociadas, vinculadas, deben actuar en las transacciones económicas realizadas entre ellas como empresas independientes dentro del mercado.

Veamos a continuación las condiciones de aplicación del

⁴²⁸ Ver en nuestro sistema tributario el art.16.7 de la Ley 61/1978 según la redacción dada por la D.A.5ª de la Ley 18/1991. GONZÁLEZ POVEDA, V., op.cit., pp.230-234.

número 6 del art.11 del Modelo.

2.1) Condiciones :

En primer lugar, es necesario que la empresa que efectúa el pago de los intereses, de las cantidades monetarias que son contraprestación por un contrato formalmente considerado como préstamo sea una empresa vinculada con el beneficiario efectivo (persona física o persona jurídica) o que tanto la empresa pagadora como el beneficiario efectivo de los pagos estén vinculados con una entidad tercera.

Hemos visto anteriormente que la vinculación entre empresas puede establecerse a través de numerosos mecanismos: participaciones financieras en el capital de las sociedades, identidad de personas en los órganos de administración de las sociedades, contratos de control de determinadas sociedades... Lo determinante para que exista vinculación es que exista un único centro de decisión económica y gestión empresarial que rija el desarrollo de la actividad de todo el grupo con independencia de las personalidad jurídica de los componentes.

Además de esta condición subjetiva, para entrar dentro del supuesto de hecho del número 6 del artículo 11, es necesario que se dé la condición objetiva de que el importe de los intereses exceda del importe que hubiera sido exigido entre agentes económicos que no hubieran estado vinculados. Parece que sea un criterio cuantitativo (el tipo de interés aplicado) el que

determina la existencia de "infracapitalización".

Sin embargo, el Comité de Asuntos Fiscales también ha incluido unos indicios de tipo cualitativo que pueden inducir a pensar que nos encontramos ante un supuesto de "infracapitalización":

- relación capital propio/capital ajeno elevado;
- finalidad de la financiación vía préstamo;
- importe del préstamo calculado en función del número de accionistas;
- introducción de la cláusula de devolución sólo en caso de existencia de beneficios.

Si se dan los requisitos expuestos de carácter objetivo y subjetivo estaremos ante un supuesto de "infracapitalización" de la utilización económica y material de capital propio bajo la forma jurídica de capital ajeno, capital de préstamo.

Podrá aplicarse, entonces, el número 6 del artículo 11 del Modelo y, en consecuencia, el "exceso de intereses" estará sujeto a gravamen. Estudiaremos ahora como podrá calcularse dicho "exceso de intereses" que estará sujeto a gravamen.

2.2) Consecuencias de la aplicación del número 6 del art.11 del Modelo :

Los Comentarios al artículo 11 señalan que el "exceso de intereses" pagado estará sujeto a gravamen, en función de las

circunstancias de cada supuesto, de acuerdo con la legislación de los dos Estados contratantes y de acuerdo con las disposiciones del Convenio.

Es posible afirmar, pues, que el "exceso de intereses" deberá ser objeto de tratamiento, en primer lugar, con las disposiciones del Convenio de acuerdo con una interpretación sistemática de las normas que poseen una unidad y que poseen un rango superior respecto de las disposiciones propias del Derecho interno de los Estados.

Tal interpretación sistemática nos lleva a aplicar el contenido de los Comentarios al número 3 del artículo 10 que regula el tratamiento de los "dividendos" que convierte a efectos fiscales los intereses en dividendos ⁴²⁹.

En los Comentarios al número 3 del artículo 10 que contiene la definición de "dividendos" dentro de la regulación del tratamiento de los dividendos se incluyen los intereses de préstamos en la medida en que el prestamista está también sometido a los riesgos de la sociedad, es decir, cuando la devolución del préstamo dependa en gran medida del éxito de la empresa y se den algunos de los supuestos anteriormente citados en que se produzca tal fenómeno.

Se aplicará, así, el régimen previsto para los dividendos

⁴²⁹ DE JUAN PEÑALOSA, J.L., *Modelo/92, Impuestos*, n°15-16, 1993, pp.22-46, pág.32.

a los intereses de préstamos en la medida en que el prestamista esté también sometido a los riesgos de la sociedad. Una vez declarada la existencia de un préstamo sometido al riesgo de la sociedad prestataria habrá que recalificar los intereses como dividendos. Pero queda por responder a la cuestión cuantitativa ¿qué cantidad deberá ser imputable como intereses?

Sanz Gadea⁴³⁰ responde a esta pregunta afirmando que los arts.11 y 12 del Modelo no impiden asimilar esta clase de intereses a los dividendos en aplicación de las normas internas sobre la infracapitalización del Estado en que reside el prestatario. Este autor se muestra partidario, por lo tanto, de corregir los beneficios de la entidad deudora de acuerdo con las normas internas de infracapitalización.

Nosotros somos partidarios de utilizar la regla general que aparece en el número 1 del art.9 del Modelo de Convenio para determinar qué cantidad de intereses debe recalificarse como dividendos y que consiste en aplicar el tipo de interés que hubiese sido exigido entre empresas independientes. El art.9 establece la regla de actuación independiente entre empresas asociadas que se encuentra reflejada de forma concreta en el número 6 del art.10 y en los Comentarios a los arts.10 y 11 del Modelo.

Al ser un principio general, el de independencia, el

⁴³⁰ SANZ GADEA, E., op.cit., pág.385.

enunciado en el art.9, va a ser necesario utilizarlo para resolver la cuestión de la cantidad de intereses que debemos recalificar como dividendos.

Así, sería necesario determinar cuál sería el interés exigido en las condiciones del mercado en plena competencia para las condiciones del supuesto de hecho (cantidad, plazo, garantías, beneficios...).

En función del interés de mercado se podría calcular la cantidad de intereses que deberían ser exigidos por un agente económico independiente y qué cantidad deberá ser considerado como dividendo.

Nuestra solución, creemos, responde a una interpretación más rigurosa del sistema del Modelo y al mismo tiempo es más respetuosa con el principio de jerarquía normativa. Además, Sanz Gadea parte de la base de la existencia de una legislación sobre infracapitalización en todos los sistemas y esto no es así, ya que existen algunos ordenamientos tributarios que carecen de reglas sobre infracapitalización y las normativas internas sobre infracapitalización son muy heterogéneas, aplicándose unos ratios muy diferentes ⁴³¹.

Podemos concluir, en consecuencia, que una vez conocido que

⁴³¹ Para las sociedades holding residentes en Luxemburgo el ratio es de 6 a 1, para las sociedades holding residentes en los Países Bajos es de 85 a 15 y para las sociedades holding residentes en Bélgica no existe ratio.

una cierta cantidad de intereses debe ser recalificada como dividendos debemos emplear la regla del número 1 del art.9 que establece la regla de que las relaciones entre las empresas asociadas deben regirse de acuerdo con el principio de plena competencia. Esta regla debe emplearse para conocer cuál sería el tipo de interés aplicable dadas las condiciones del préstamo y poder determinar, así, qué parte de los intereses debe reconvertirse en dividendos. Sólo en el caso en que no pudiera encontrarse un tipo de interés adecuado, exigido por el mercado, podrían emplearse las normas sobre infracapitalización internas.

Las normas internas sobre infracapitalización resultan así aplicables, de acuerdo con Sanz Gadea pero, creemos, no de forma incondicionada sino únicamente si se cumplen los requisitos que hemos visto: cuando el prestamista incurre en los riesgos empresariales de la sociedad que ha recibido el préstamo y, además, no es posible determinar cuál sería el tipo de gravamen que se hubiera practicado entre empresas independientes que actuaran en plena independencia.

2.3) Compatibilidad entre el número 6 del artículo 11 y las definiciones de "dividendos" e "intereses" :

Algún autor (De Juan) se ha planteado la cuestión de saber si la mutación de los intereses en dividendos es posible teniendo en cuenta que el propio Modelo de Convenio da, en los arts.10 y 11 unas definiciones precisas de lo que debe entenderse por

"dividendos" e "intereses".

En el número 3 del art.10 del Modelo se definen los "dividendos" como los rendimientos de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, bonos del fundador y otras rentas provenientes de cualquier clase de participación en el capital de riesgo de una empresa y que esté sometido a los riesgos empresariales excluyéndose expresamente las rentas producidas por derechos de crédito.

Se definen en el número 3 del art.11 los "intereses" como los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusulas de participación en los beneficios del deudor y, especialmente, las rentas de fondos públicos y bonos u obligaciones.

La transformación a efectos fiscales de la naturaleza de una renta que pasa de ser considerada "interés" a ser considerada "dividendo", parece vulnerar el contenido de la definición del número 3 del art.11 que define los intereses como "rendimientos de créditos de cualquier naturaleza".

De Juan sostiene que la mejor forma de no tropezar con las definiciones de intereses y dividendos es considerar que los fondos prestados cuando exceden la cuantía aceptada por la legislación interna no son fondos ajenos sino que son fondos propios, una participación en el capital social, por la duración de la cesión y porque no hay propósito en el cedente de obtener

la retrocesión del capital ⁴³².

Por las razones antes apuntadas de ausencia en algunos Estados de normas destinadas a combatir la infracapitalización y por la diferencia en el contenido de éstas, no estamos de acuerdo con la opinión de De Juan. Resultará muy difícil en numerosos casos determinar qué parte de los fondos ajenos se transforman en fondos propios y transforman las rentas que originan de "intereses" en "dividendos". Además, no se explica cómo puede aplicarse la normativa interna de infracapitalización por encima de las definiciones expresas que aparecen en el Modelo de Convenio y que vinculan a los Estados si los incluyen en los CDI que efectivamente celebren.

Podemos justificar la recalificación de algunas rentas de "intereses" en "dividendos" basándonos en los Comentarios al número 3 del artículo 10 que contempla la definición de "dividendos" y en el que incluye no solamente los dividendos propiamente dichos sino también los intereses de préstamos en los que el prestamista comparte efectivamente los riesgos sufridos por la sociedad, es decir, cuando la devolución depende en gran medida del éxito de la empresa.

Si consideramos que estos Comentarios incluidos en el Modelo de Convenio de 1977 y en el Modelo de Convenio de 1992 (con diferente numeración) constituyen "trabajos preparatorios" que

⁴³² DE JUAN PEÑALOSA, J.L., op.cit., pág.33.

servirán para interpretar los artículos que figuran en los CDI efectivamente celebrados, dada la ausencia de otros criterios interpretativos, podemos admitir que estos Comentarios permiten matizar las definiciones contenidas en le propio articulado y en el supuesto que aquí nos ocupa permita conciliar la posibilidad de recalificar los "intereses" en "dividendos" con el objetivo de evitar la utilización de capital "disimulado" para reducir la carga fiscal en el Estado del pago de las rentas.

2.4) Compatibilidad entre el número 6 del art.11 y las cláusulas de no discriminación del art.24 del Modelo de Convenio

Las normas de infracapitalización entran en juego cuando la beneficiaria de los intereses es una persona física o persona jurídica residente en un Estado diferente del de la persona que paga los intereses, pero no entran en juego cuando la persona pagadora y la persona receptora caen dentro de la órbita de una misma soberanía fiscal.

Este trato dispar, según que la sociedad prestamista sea o no residente del mismo Estado que la sociedad prestataria, hace entrar en liza la normativa sobre la discriminación, en especial el número 4 del artículo 24 del Modelo. El párrafo 4 del artículo 24 señala que existirá discriminación si los intereses que se pagan por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante no son deducibles en la misma medida que lo serían si los intereses se pagasen a una empresa residente en

el primer Estado, salvo que se aplique el art.9.

Si consideramos, como lo hace De Juan ⁴³³, que la infracapitalización de la sociedad, contemplada en los arts.10 y 11, significa una violación del art.9 al no respetarse las reglas sobre la libre competencia entre las empresas, el tratamiento desigual de las sociedades residentes y de las sociedades no residentes estaría plenamente amparado por la cláusula "salvo que se aplique el art.9" contenida en el mismo párrafo 4 del art.24.

En cuanto al número 5 del art.24, éste impide la discriminación entre empresas por razón de nacionalidad, por la nacionalidad de los titulares de las empresas (según la definición de la letra c), del número 1 del art.3). Para De Juan⁴³⁴ no se produce aquí ninguna clase de discriminación ya que la norma especial contenida en el número 9 prevalece sobre la general que aparece en el número 5 del art.24 ya que ésta extiende sus efectos no sólo a la imposición sobre la renta y el patrimonio sino también a los otros tributos.

Hemos visto, pues, que para evitar la evasión fiscal que podría realizarse a través de la infracapitalización, los Comentarios al art.10 y al art.11 permiten transformar en dividendos determinados intereses en el caso de que se cumplan

⁴³³ DE JUAN PEÑALOSA, J.L., op.cit., pág.33.

⁴³⁴ DE JUAN PEÑALOSA, J.L., op.cit., pág.33.

unos determinados requisitos (existencia de vinculación entre la persona pagadora y la persona receptora de los pagos o de éstas con una persona tercera y existencia de un riesgo para el prestamista asociado directamente al de la sociedad prestataria). Una vez determinada la necesidad de recalificar los intereses se hace necesario determinar en qué cantidad deberán considerarse como dividendos y para ello será necesario utilizar, en primer lugar, de acuerdo con el número 1 del artículo 9 del Modelo el principio de competencia entre empresas independientes determinando así el tipo de interés aplicable. Sólo en el caso en el que el criterio anterior no resulte aplicable, se empleará la normativa interna en materia de infracapitalización.

En el caso en que no deban aplicarse las cláusulas de infracapitalización que transforman los intereses en dividendos, los intereses quedan sometidos a gravamen tanto en el Estado de origen de los intereses como en el Estado de receptor de los mismos. La potestad de gravamen del Estado de la fuente, al igual que en el supuesto de los dividendos, está limitada, a un tipo del 10 por 100 sobre los intereses brutos.

Al igual que sucede en el supuesto de los dividendos no existe una vis atractiva de los establecimientos permanentes o bases fijas de negocios situadas en un Estado contratante, por lo que, únicamente los intereses directamente vinculados con el establecimiento permanente o la base fija de negocios se integran junto al resto de ingresos de dichas entidades para calcular el beneficio neto de las mismas.

IV.D.2.e) El tratamiento de los "intereses" en los
CDI celebrados por España :

Tanto De la Villa como González Poveda afirman que los CDI celebrados por España presentan especialidades respecto al Convenio Modelo⁴³⁵.

Todos los CDI celebrados por España contienen una definición de intereses, aunque esta definición presenta una cierta heterogeneidad.

Así, en los primeros CDI celebrados por España se siguió la definición que aparecía en el Modelo de Convenio de 1963 (R.F.A., Austria, Bélgica, Francia...) que incluía la expresión "así como culaquier otra renta asimilada a las rentas por cantidades prestadas por la legislación fiscal del Estado del que proceden las rentas".

En los CDI celebrados con posterioridad al año 1977 se siguió la fórmula introducida por éste que suprimía cualquier referencia a la normativa interna de los Estado contratantes (CDI con Bulgaria, Checoslovaquia, China, Hungría, Polonia, Rumania, Suecia, Túnez, Ecuador, Filipinas, India).

Sin embargo, existen numerosos CDI celebrados tras la

⁴³⁵ GONZÁLEZ POVEDA, V., **Convenios y Tratados internacionales**, Ed.CISS, pág.770, Valencia, 1993.

DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., 233-237.

publicación del Modelo de Convenio de 1977 y la mayoría de los que se han firmado tras la publicación del Modelo de Convenio de 1992 que reintroducen la fórmula de remisión a las otras rentas que son consideradas en Derecho interno como rentas de préstamos.

Así, se apartan del texto del Modelo de Convenio de 1977 los CDI celebrados con Australia, Estados Unidos de América, Italia, Luxemburgo, Marruecos, URSS, Argentina y México. Se apartan del Modelo de Convenio de 1992, los CDI con Irlanda y la República de Corea. El otro CDI firmado por España tras la publicación del Modelo de Convenio de 1992, con la India, sigue el texto del Modelo.

La tributación de los intereses en el Estado de residencia del beneficiario se admite en todos los Tratados.

En principio, el Estado de la fuente de los intereses conserva también la potestad de gravamen sobre los intereses. Esta potestad queda excluida en los CDI con Checoslovaquia, Polonia, Bulgaria y URSS.

En el CDI con Irlanda el número 1 del art.11 señala que los intereses deben tributar únicamente en el Estado de residencia del receptor de los mismos, aunque en el número 4 del Protocolo Adicional al CDI el Estado español se reserva la facultad de gravar dichos intereses en la fuente.

Desde la promulgación del Modelo de Convenio de 1977 se

exige que el receptor de los intereses sea el beneficiario efectivo de los mismos para establecer un límite cuantitativo a la imposición en la fuente de los mismos. La cláusula del beneficiario efectivo en relación con los intereses se ha hecho constar en los CDI con Argentina, China, Corea, Estados Unidos, Hungría, India, Irlanda, Italia, Luxemburgo, México, Reino Unido, Rumania, Suecia y Túnez.

En el cuadro que figura a continuación expresaremos cuál es el límite de imposición en la fuente fijado en los sucesivos CDI, tanto el tipo exigido en la fuente por el otro Estado contratante como por España.

| ESTADO | RETENCIÓN EXIGIDA POR EL OTRO ESTADO | RETENCIÓN EXIGIDA POR ESPAÑA |
|----------------|---|---|
| ALEMANIA | 10% | 10% |
| ARGENTINA | 12,5% | 12,5% |
| AUSTRALIA | 10% | 10% |
| AUSTRIA | 5% | 5% |
| BÉLGICA | 15% | 15% |
| BRASIL | 15% | 15% |
| BULGARIA | 0% | 0% |
| CANADÁ | 15% | 15% |
| CHECOSLOVAQUIA | 0% | 0% |
| CHINA | 10% | 10% |
| COREA | 10% | 10% |
| DINAMARCA | 10% | 10% |
| ECUADOR | 15% | 15% |
| ESTADOS UNIDOS | 10% | 10% |
| FILIPINAS | 10-15% | 10-15% |
| FINLANDIA | 10% | 10% |
| FRANCIA | 10-12% | 10% |
| HUNGRÍA | 0% | 0% |
| INDIA | 15% | 15% |
| IRLANDA | 0% | 10% |
| ITALIA | 12% | 12% |
| JAPÓN | 10% | 10% |
| LUXEMBURGO | 10% | 10% |
| MARRUECOS | 10% | 10% |
| MÉXICO | 10-15% | 10-15% |

| ESTADO | RETENCIÓN EXIGIDA POR EL OTRO ESTADO | RETENCIÓN EXIGIDA POR ESPAÑA |
|--------------|---|---------------------------------|
| NORUEGA | 10% | 10% |
| PAÍSES BAJOS | 10% | 10% |
| POLONIA | 0% | 0% |
| PORTUGAL | 15% | 15% |
| REINO UNIDO | 12% | 12% |
| RUMANIA | 10% | 10% |
| SUECIA | 15% | 15% |
| SUIZA | 10% | 10% |
| TÚNEZ | 5-10% | 5-10% |
| URSS | 0% | 0% |

González Poveda advierte que un gran número de Convenios contienen disposiciones especiales que afectan a los intereses de la Deuda pública o a los intereses de operaciones financieras de determinadas instituciones⁴³⁶.

En algunos CDI como los celebrados con Austria (número 3 del art.11), Brasil (letra b) del apartado 4 del art.11) y Portugal (número 3 del art.11) se establece que los intereses de la Deuda pública únicamente pueden someterse a gravamen en el Estado que emite los títulos de Deuda pública.

⁴³⁶ Para una información más detallada de las cláusulas especiales que aparecen en los CDI, ver GONZÁLEZ POVEDA, V., *Tratados...*, pp.770-773.

Esta exclusividad del derecho de gravamen del Estado de emisión de la Deuda pública solía acompañarse de normas de Derecho interno que establecían la exención de gravamen en el Estado de emisión de los intereses de Deuda pública percibidos por no residentes.

El resultado final era la doble exoneración fiscal de los intereses de Deuda pública tanto en el Estado de la fuente como en el Estado de residencia del receptor de los intereses.

Lógicamente, la Deuda pública de dichos Estados despertó el interés de muchos inversores residentes en nuestro país que percibían unos intereses (con un elevado nivel de seguridad en el caso de Austria y de Portugal) libres de gravamen tanto en la fuente como en la residencia.

Los expertos fiscales idearon un sistema para sacar aún mayor provecho de dichos intereses de Deuda pública exentos de impuestos. En efecto, sugirieron que los inversores adquirieran los bonos u obligaciones de Deuda pública poco tiempo antes de que se hiciera efectivo el pago del cupón por lo que el vendedor exigía como precio no el valor nominal del título de Deuda pública sino el valor nominal más una cantidad correspondiente al interés que ya había sido devengado desde el anterior pago de intereses y que le compensara del hecho de que ya no percibiría los intereses derivados del título de Deuda pública.

Una vez adquirido el título de Deuda pública, el inversor

residente en España lo conservaba hasta el momento en que se hacía efectivo el pago. Hemos visto que dicho interés estaba exento de gravamen y, por lo tanto, de retención en la fuente.

Tras el pago del interés, el valor del mercado del título vuelve a ser el de su valor nominal (ya que no se ha devengado ningún derecho sobre el interés futuro o este es muy bajo), por lo que el inversor al vender dicho título obtiene una minusvalía a corto plazo (generado en menos de un año).

La minusvalía a corto plazo podría ser compensada con una posible plusvalía, sin ninguna restricción en el caso del Impuesto sobre Sociedades (art.15 de la Ley 61/1978) y únicamente con los incrementos de patrimonio irregulares en el caso del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (art.66.Tres de la Ley 18/1991).

Actualmente, los CDI que presentan la peculiaridad en cuanto al derecho de gravamen de los intereses están siendo objeto de revisión para eliminar las normas que incitan al desarrollo de estos supuesto de planificación fiscal internacional. El CDI entre España y Austria ha sido ya revisado y los intereses de Deuda pública dejan de ser gravables de forma exclusiva en el Estado deudor de los mismos y se establece una potestad compartida de gravamen para todos los intereses con un tipo de retención en la fuente muy bajo del 5 por ciento⁴³⁷

⁴³⁷ La modificación del CDI entre España y Austria se efectuó mediante el Protocolo de 24 de febrero de 1995 cuyo Instrumento de ratificación fue publicado por el B.O.E. de 2 de

En los últimos CDI celebrados por España (Argentina, Ecuador, Filipinas, México, India, Irlanda y Corea) aparecen, también, algunas disposiciones especiales en materia de intereses.

En el CDI con Irlanda, este Estado carece de capacidad de someter a gravamen en la fuente los intereses, mientras que España, en virtud el art.4 del Protocolo, puede someter a gravamen en la fuente los intereses abonados a un residente de Irlanda a un tipo del 10 por 100, aunque esta norma no se aplicará, en ningún caso, a los intereses pagados en relación con la venta a crédito de un equipo industrial, comercial o científico.

Tampoco pueden someterse a gravamen en el Estado de la fuente esta última clase de intereses en el CDI con Corea. Al igual estarán exentos de gravamen en la fuente que intereses procedentes de un Estado contratante y obtenidos por el Gobierno del otro Estado contratante, incluidas sus subdivisiones políticas y sus entidades locales u obtenidos por el Banco Central de ese Estado o una agencia financiera del mismo o los intereses derivados de créditos garantizados o indirectamente financiados por alguna de las instituciones anteriormente citadas (número 3 del art.11 del CDI entre España y Corea).

De acuerdo con el número 3 del art.12 del CDI con la India

se excluye de gravamen en la fuente los intereses procedentes de un Estado contratante y obtenidos por el Gobierno, una subdivisión política, una entidad local del otro Estado contratante, por el Banco Central del otro Estado contratante o cuando lo autorice así el Gobierno del Estado de origen de los intereses.

Se recogen en el art.11 del CDI con Argentina cuatro supuestos que dan lugar a una exención de gravamen en la fuente de los intereses originados en uno de los Estados Contratantes:

-cuando el deudor de los intereses sea un Estado contratante o una de sus subdivisiones políticas o administrativas o una de sus colectividades locales;

-cuando los intereses sean pagados al Gobierno del otro Estado contratante, a una de sus colectividades locales, a una Institución u Organismo, comprendidas las instituciones financieras;

-intereses pagados a Instituciones u Organismos, diferentes de los anteriores, en razón de financiaciones convenidas con ellos en el marco de acuerdos concluidos entre los Gobiernos de ambos Estados Contratantes y siempre que el plazo de la financiación no sea inferior a cinco años;

-cuando los intereses se paguen con motivo de ventas de equipos industriales, comerciales o científicos.

En el CDI con Ecuador se excluye de gravamen en la fuente los intereses procedentes de un Estado contratante y pagados al otro Estado contratante, o a una de sus subdivisiones políticas

o a cualquier institución financiera vinculada a las Instituciones que acabamos de citar (número 5 del art.11) y los intereses pagados a un residente de un Estado Contratante por razón de préstamos concedidos por un plazo mínimo de cinco años (número 4 del art.11).

Los intereses procedentes de un Estado Contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante respecto de valores emitidos por el Gobierno del primer Estado contratante, una de sus subdivisiones políticas o entidades del mismo no están sujetos a gravamen en la fuente, de acuerdo con la letra a) del número 3 del art.11 del CDI con Filipinas. El mismo tratamiento se dará a los intereses derivados de préstamos garantizados por los Bancos Centrales de los dos Estados contratantes (letra b) del número 3 del art.11).

Tampoco se someten a gravamen en el Estado de origen, de acuerdo con el número 4 del art.11 del CDI con México, los intereses de los cuales el beneficiario efectivo sea uno de los Estados contratantes, una de sus subdivisiones políticas o una de sus entidades locales, cuando los intereses sean abonados por las instituciones anteriormente citadas o cuando los intereses sean pagados por préstamos a plazo de tres años o más, concedidos o garantizados por entidades de financiación o de garantía de carácter público de ese Estado contratante con el objetivo de promover la exportación.

Por lo que respecta a los números 4,5 y 6 del Modelo de

Convenio de 1992, la práctica totalidad de los CDI siguen en mayor o menor medida la redacción propuesta por el Comité de Asuntos Fiscales. Pueden realizarse algunas matizaciones en cuanto al número 4 del art.11 ya que no fue hasta el Modelo de Convenio de 1977 en el que se introdujo por primera vez la expresión "por medio de una base fija de negocios situada en él" que lógicamente no se recoge en los CDI celebrados con anterioridad a 1977.

IV.D.3. Gravamen de los cánones (art.12 del Modelo de Convenio) :

El artículo 12 del Modelo de Convenio de 1992 destinado a regular el reparto de la soberanía tributaria sobre los cánones integra junto con los artículos 10 (dividendos) y 11 (intereses) el conjunto de artículos del Modelo de Convenio destinados a regular el reparto de la soberanía tributaria sobre los rendimientos derivados de la utilización de un capital mobiliario.

Los cánones fueron denominados por la doctrina española "rendimientos derivados de la cesión de uso del capital mobiliario" y cuyos rasgos fundamentales se caracterizan "porque se derivan de un bien (que no sea dinero ni inmuebles) colocado o invertido en situaciones jurídicas que, en líneas generales, vienen definidas porque el titular transfiere su uso por un

cierto tiempo a cambio de una contraprestación"⁴³⁸.

Así, De la Villa ⁴³⁹ explica que los cánones constituyen rentas procedentes de un contrato translativo de uso y disfrute; concretamente de un arrendamiento de cosas ("locatio conductio rerum") que puede ser de cosas corporales o de cosas incorporales.

Decía este mismo autor, en 1983, cuando aún no había sido publicado el Modelo de Convenio de 1992, que lo que justifica el tratamiento específico de tales pagos es que se abonen por el uso de elementos patrimoniales muy concretos, los cuales tipifican la renta. Es el objeto del contrato, es decir, el bien o derecho cedido, el que califica la renta y no el que la realización de la actividad de cesión del derecho de uso constituya o no la actividad habitual del arrendador.

También resulta típico de esta clase de rentas que su cuantía no se encuentre fijada mediante una cantidad determinada en el momento de celebrar el contrato de cesión sino mediante otros medios como un porcentaje en proporción al volumen de ventas o a la utilización del bien.

La redacción actual del art.12 sufrió una notable

⁴³⁸ CLAVIJO HERNÁNDEZ, F., Los rendimientos del capital mobiliario..., pág.85.

⁴³⁹ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.251.

transformación con la publicación del Modelo de Convenio de 1992 que apartándose del Modelo de Convenio de 1977 suprimió en el número 2 del art.12 que define el término "cánones" la expresión "así como por el uso o la concesión de uso de un equipo industrial, comercial o científico".

Por lo tanto, a partir de la publicación del Modelo de Convenio de 1992 los pagos correspondientes a los contratos de uso o de concesión de uso de un equipo industrial, comercial o científico dejan de tener las condición de "cánones". Esta novedad puede suponer una excepción al principio general que habíamos señalado anteriormente siguiendo a De la Villa, cuestión que analizaremos en el momento del examen de la definición de cánones (apartado 2 del art.12).

Tras el análisis de la definición de cánones procederemos al estudio de la atribución de la potestad tributaria (apartado 1 del art.12) y la exclusión del régimen especial de gravamen en caso de incidencia de un establecimiento permanente (apartado 3 del art.12), finalizando con el supuesto de alteración de las condiciones ideales de libre concurrencia en los contratos de los que deriven el pago de cánones (apartado 4 del art.12).

IV.D.3.a) Definición de cánones (apartado 2 del art.12) :

El apartado 2 del art.12 da una definición de "cánones"⁴⁴⁰ utilizable en el conjunto del articulado del Convenio⁴⁴¹, aunque se utilice la expresión "empleado en el presente artículo". Resultaría más adecuado, quizás, la utilización de la fórmula "empleado en el presente Convenio".

De acuerdo con los Comentarios a este artículo, en términos generales, los cánones ("redevances", "royalties") provienen de bienes o derechos susceptibles de integrar la propiedad literaria y artística, de los diversos elementos de la propiedad citados en el texto (patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimiento secreto) así como las informaciones derivadas de la experiencia en materia industrial, comercial o científica.

Sin embargo, Farré Español advierte que el ámbito de aplicación de la definición de cánones ha sido reducido por el

⁴⁴⁰ "2.El término "cánones" empleado en el presente artículo significa las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso o concesión de uso de un derecho de autor sobre una obra literaria, artística o científica, incluidas las películas cinematográficas, de una patente, marca de fábrica o de comercio, dibujo o modelo, plano, fórmula o procedimiento secreto, así como por el uso de un equipo industrial, comercial o científico, y por las informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas."

⁴⁴¹ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.252.

Modelo de Convenio de 1992 y los Comentarios al mismo⁴⁴².

Se trata de una definición que omite referencias al Derecho interno de los Estados, la ausencia de remisión puede explicarse por la gran heterogeneidad de la legislación estatal sobre propiedad industrial e intelectual⁴⁴³.

El análisis de la definición comprende, en primer lugar, determinar cuáles son los títulos jurídicos que pueden dar lugar a la aparición de una renta incluida en el art.12 del Convenio, para después analizar las características del objeto del contrato dotado de una gran heterogeneidad. Finalmente, examinaremos las notas propias de las contraprestaciones, de las rentas denominadas cánones.

1) Títulos jurídicos que pueden dar lugar a la existencia de cánones:

En el número 2 del art.12 se declara que los cánones deben provenir de títulos jurídicos que signifiquen "el uso o la concesión del uso" de un derecho de autor sobre una obra literaria, artística o científica, de una patente marca de fábrica o de comercio, dibujo o modelo, plano fórmula o procedimiento secreto.

⁴⁴² FARRÉ ESPAÑOL, J.M., op.cit., pág.222.

⁴⁴³ VICENT CHULIÀ, F., Compendio crítico..., pp.1159-1160.

El Modelo de Convenio se refiere, por lo tanto, a lo que Vicent Chulià ha denominado una transmisión limitada, temporal a título de uso⁴⁴⁴.

Tal transmisión puede articularse a través de diversos mecanismos jurídicos:

- 1) Constitución de derechos reales de disfrute (usufructo) o de garantía (hipoteca mobiliaria);
- 2) Constitución de una relación obligatoria.

Sobre este último tipo de mecanismos jurídicos, De la Villa sostiene que el contrato-base es el del arrendamiento conforme al cual, el arrendador (perceptor de la renta) queda obligado a la cesión de la cosa y el arrendatario al abono del precio.

Sin embargo, la doctrina y la legislación mercantil han establecido unas denominaciones y características propias para los contratos que tienen por objeto la explotación de determinados bienes corporales o incorporales por tiempo indeterminado, que los alejan en cierta medida del contrato de arrendamiento⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ VICENT CHULIÀ, F., op.cit., pp.179-180.

⁴⁴⁵ En materia de patentes existe el denominado contrato de licencia de patente en virtud del cual el licenciante aún conservando su condición de titular de la patente autoriza, mediante una remuneración y por un período de tiempo establecido, al licenciatarario para que ejecute todas o algunas de las facultades propias del titular de la patente.

Al tipo de negocio jurídico al que no quiere referirse el Modelo de Convenio es a la transmisión plena, definitiva o a título de propiedad del derecho sobre una obra literaria, artística o sobre la propiedad de una patente o de una marca.

Los negocios jurídicos que pueden dar lugar al pago de cánones pueden haberse realizado aisladamente o bien pueden estar vinculados a una operación de compraventa internacional de mercancías⁴⁴⁶.

En la definición del número 2 del art.11, también se incluyen los títulos de uso o de cesión de uso de informaciones obtenidas a partir de una experiencia adquirida en materia industrial, comercial o científica. Este caso es, hasta cierto punto, diferente de los casos de cesión de uso de patentes o marcas ya que la percepción de la renta derivaba en los casos anteriores de una obligación de dar o de poner a disposición a cargo del arrendatario. En este supuesto, sin embargo, el pago del canon se liga a una obligación de hacer⁴⁴⁷, que se concreta

También en el mundo del arte se han introducido contratos de cesión de uso de bienes como el contrato de distribución o el contrato de exhibición de películas cinematográficas o el contrato de edición de obras literarias.

VICENT CHULIÀ, F., op.cit., pp.184-186, 194-198, 199, 200-204, 205-209.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., *Derecho Mercantil*, Ed.Ariel, pp.467-468, 944-953.

⁴⁴⁶ GUARDIOLA SACARRERA, E., *Régimen fiscal de las transferencias internacionales de tecnología*, pp.103-135, Revista Jurídica de Catalunya, 1/1995, pág.104.

⁴⁴⁷ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.253.

en la obligación de transmitir unos conocimientos y experiencias de una empresa para que puedan ser utilizadas por el adquirente.

El problema que se plantea en este caso es el de distinguir el contrato de cesión de uso de conocimientos e informaciones de ciertos contratos atípicos que difícilmente se distinguen del puro arrendamiento de servicios, en algunos casos, o del contrato de obra, en otros⁴⁴⁸.

La calificación como contratos de prestación de servicios y contratos de obra o de contratos de cesión de uso no es baladí

⁴⁴⁸ La doctrina mercantil habla de "los contratos de engineering" para designar contratos que engloban planificación de proyectos y estudios técnico-económicos, la realización, total o parcial, de los proyectos elaborados y la realización de una parte del proyecto a favor de otra empresa prestadora de servicios.

Existen una serie de contratos de este tipo que deben recibir la calificación de contratos de arrendamientos de obra o de servicios que generan unas rentas que en la mayoría de los casos deben incluirse en el art.14 del Modelo de Convenio.

Dentro de este tipo de contratos se incluye el "consulting engineering" en los que la empresa se limita a suministrar estudios de carácter técnico y económico, "contratos de merchandising", en el cual una empresa colabora con otra haciendo que sus productos sean más competitivos, "el contrato de asistencia técnica", por el que un empresario encarga a la empresa de engineering que programe, proyecte y ponga en funcionamiento una fábrica (este contrato puede dividirse en contratos de arrendamiento de servicios y contratos de obra).

En la modalidad de "know how" (saber hacer) sí se produce una especie de cesión de derechos: cesión de patentes y, especialmente, la cesión de procedimientos industriales no patentados. Además de esta cesión de uso de conocimientos existe un contrato de prestación de servicios. La parte que corresponda a una cesión de uso generará unos cánones regulados por el art.12 y la parte de rendimientos generados por el contrato de servicios generará una prestación de servicios.

ya que los primeros serán sometidos a gravamen de acuerdo con los arts.7 y 14 del Modelo de Convenio que implican que no existirá potestad de gravamen en la fuente más que en el caso de actuar en el Estado de la fuente mediante establecimiento permanente o base fija de negocios.

Por el contrario, los contratos de cesión de uso generan cánones que pueden sufrir una imposición limitada en la fuente, de acuerdo con el desarrollo que han tenido los distintos CDI celebrados.

La cesión del uso o la concesión del uso puede ser transmitida en el marco de una actividad de explotación industrial o comercial (por ejemplo, la concesión de uso de un derecho de propiedad intelectual por un editor), en el marco de una profesión independiente (por ejemplo, la concesión de uso de una patente de uso por parte del inventor), o sin ninguna clase de relación con la actividad del cedente (por ejemplo, la concesión del uso de una patente por los herederos del inventor).

Son, pues, heterogéneos los títulos jurídicos que pueden dar lugar al pago de cánones. Estos títulos jurídicos pueden tener como base un negocio de derechos reales (uso o usufructo) como una base de derecho de obligaciones.

2) El objeto generador de los cánones:

Afirma De la Villa que el rasgo esencial de este tipo de

rentas reside en el objeto que da nacimiento a las mismas. En efecto, el objeto del negocio jurídico que da lugar a la cesión del uso o de la concesión del uso posee una identidad propia, unas características propias que los diferencian de un contrato de arrendamiento ordinario.⁴⁴⁹

Cuando las prestaciones tecnológicas son objeto de transmisión independiente de una compraventa de mercancías aparece el genuino contrato de "transferencia de tecnología" u "operación invisible".

Son objeto de contratos de cesión o de concesión de uso derechos de explotación sobre bienes incorporeales como la propiedad industrial, la propiedad intelectual o las informaciones que pueden representar una cesión de derechos.

Entre otros, existen como objeto de contratos de cesión de uso o de concesión de uso:

-Las patentes entendidas como el derecho de propiedad especial que el titular registral ostenta sobre la innovación registrada. Tal derecho de propiedad habilita a su titular para la explotación exclusiva de la innovación en cuestión durante un período de tiempo fijado por el ordenamiento⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.258.

⁴⁵⁰ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., op.cit., pág.456.

-Las marcas entendidas como todo signo o medio que distinga o sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona. Son diversas las funciones económicas de las marcas, ya que sirven para atribuir calidad a los productos, para condensar o catalizar el "goodwill" empresarial de la persona que la utiliza y tienen, finalmente, una función publicitaria. Tienen un valor económico y son dignas de tutela jurídica. Las marcas pueden ser objeto de contrato de cesión de uso o de concesión de uso⁴⁵¹.

-La propiedad intelectual también puede ser objeto de contrato de cesión o concesión de uso. Ésta es definida por Diez Picazo⁴⁵² como el conjunto de derechos que la ley confiere al autor sobre la obra producto de su inteligencia. Componen la propiedad intelectual derechos de carácter personal o moral y derechos patrimoniales derivados de la explotación de la obra y que pueden ser cedidos temporal o definitivamente⁴⁵³. Pueden ser objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.

Los Comentarios al Modelo de Convenio incluyen dentro de las

⁴⁵¹ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., op.cit., pág.477.

⁴⁵² DIEZ PICAZO, L., **Sistema de Derecho civil, Volumen III**, pp.234-249, 240-241.

⁴⁵³ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., op.cit., pp.944-953.

formas de explotación de la propiedad intelectual, comprendidas dentro del número 2 del art.12, los derechos de la concesión del derecho de exhibición de películas cinematográficas, tanto si las películas son proyectadas en salas de espectáculos como si son proyectadas a través de televisión o vídeos comunitarios.

Admiten, sin embargo, los Comentarios la posibilidad de que por medio de conversaciones bilaterales los Estados contratantes puedan considerar las rentas producidas por la cesión de los derechos de exhibición de películas cinematográficas como beneficios industriales o comerciales e incluirlas, por lo tanto, en las disposiciones de los arts.7 y 9 del Modelo de Convenio.

La cuestión de la calificación como cánones de las remuneraciones pagadas como contraprestación por las informaciones obtenidas en materia industrial, comercial o científica ha despertado, también, el interés del Comité de Asuntos Fiscales. Los Comentarios afirman que tales informaciones constituyen el denominado "know how".

Se recoge en los Comentarios la definición de "know how" dada por la Asociación de Oficinas para la Protección de la Propiedad Industrial (ANBPPI), definición que es acogida por otros autores⁴⁵⁴. El "know how" es definido como "toda información técnica no divulgada, tanto si es susceptible de ser patentada, como si no lo es, que es necesaria para la

⁴⁵⁴ FARRÉ ESPAÑOL, J.M., op.cit., pág.222.
GONZÁLEZ POVEDA, V., op.cit., pág.362.

reproducción industrial, directamente y en las mismas condiciones, de un producto o proceso; siempre que este proceda de la experiencia". El "know how" representa lo que un productor no puede saber por el mero examen del producto y por el mero conocimiento del progreso técnico".

Mediante el contrato de "know how", una de las partes contratantes se obliga a comunicar sus conocimientos y experiencias particulares, no reveladas al público, a la otra parte que puede utilizarlas por cuenta propia. En principio, la persona que concede el derecho, el concedente no debe intervenir en la aplicación de las fórmulas concedidas al concesionario y no garantiza el resultado. Por lo tanto, este contrato difiere de aquellos que comportan prestaciones de servicios en las que una de las partes se obliga, mediante el empleo de los conocimientos propios de su profesión a realizar por ella misma una tarea para la otra parte.

Así, no constituyen cánones en el sentido del párrafo 2 del artículo 12, las remuneraciones obtenidas por los servicios post-venta, por las prestaciones realizadas por un vendedor en el marco de las garantías debidas al comprador, la pura asistencia técnica o las consultas por un ingeniero, un abogado o un experto contable. De forma general, estas remuneraciones se incluyen dentro de los arts.7 o 14 del Modelo de Convenio.

En la vida de los negocios, nos encontramos frecuentemente ante un contrato que tiene su base a la vez en el "know how" y

en prestaciones de asistencia técnica.

El ejemplo más frecuente de estos contratos mixtos lo constituye el contrato de franquicia ("franchise", "franchising"), en el cual el concedente ("franchiseur", "franchisor") comunica al concesionario ("franchisé", "franchisee") o franquiciado sus conocimientos o experiencias y le ofrece además una asistencia técnica variada, a la cual se añade en determinados casos ayudas financieras y entregas de mercancías.

Puesto que se trata de un contrato mixto será necesario descomponer, con ayuda de las indicaciones contenidas en el contrato el montante total de la remuneración estipulada en función de las diversas prestaciones a las cuales se aplica y someter a cada una de las partes de la remuneración así determinadas el régimen fiscal que le es propio.

Sin embargo, cuando una de las prestaciones convenidas constituye de forma evidente el objeto principal del contrato y que las otras prestaciones previstas en el mismo no tienen más que un carácter accesorio y marginal, parece que sea más conveniente someter la totalidad de la remuneración al régimen aplicable a la prestación principal.

Como consecuencia del rápido desarrollo de la informática, el Comité de Asuntos Fiscales se interesó por cual debía ser el tratamiento fiscal adecuado para los pagos efectuados como

consecuencia de la celebración de contratos destinados al uso o concesión de uso de los programas informáticos.

Fruto del análisis efectuado por el Comité de Asuntos Fiscales se publicó un informe en la materia⁴⁵⁵ que produjo modificaciones de los Comentarios en la materia en el Modelo de Convenio de 1992.

Son tres los casos típicos de acuerdo con el Comité de Asuntos Fiscales:

a) Pagos efectuados en condiciones tales que la totalidad de derechos vinculados a los programas de ordenador no resultan transferidos sino que se produce una transferencia parcial de derechos.

El supuesto en que se produce este acuerdo más frecuentemente es aquél en que el autor del programa o el propietario de los derechos de explotación sobre el mismo cede una parte de sus derechos a un tercero con el objetivo de que este último desarrolle una actividad de desarrollo o de explotación comercial del propio programa informático.

Se plantean problemas, incluso en este supuesto, para poder aplicar el número 2 del artículo 12 ya que en el mismo se exige que el programa pueda ser calificado como una obra literaria,

⁴⁵⁵ OCDE, Régime fiscal appliqué aux logiciels, en Questions de Fiscalité internationale n°4, OCDE, París, 1992.

artística o científica. Aunque ninguno de los tres casos resulta plenamente satisfactorio, el Comité de Asuntos Fiscales considera que la asimilación a una obra científica parece la solución más realista.

En el caso de que los Estado contratantes no se sintieran satisfechos con los términos que aparecen en el articulado, podrían introducir una referencia explícita a los programas informáticos, sugieren los Comentarios.

En el caso de que la concesión de uso no se haga con el objetivo de desarrollo o de explotación económica del programa informático, sino el uso personal o comercial del adquirente, la contrapartida monetaria debería ser considerada para el cedente del programa informático como un rendimiento de una actividad comercial de acuerdo con el art.7 o el art.14.

b) Supuestos de pagos efectuados en contrapartida de la alienación de los derechos ligados a los programas informáticos.

En principio, si los pagos constituyen la contrapartida de la transferencia de la plena propiedad sobre el programa informático, dichos pagos no constituirán cánones y no resultarían de aplicación las disposiciones contenidas en el número 2 del artículo 12. Resultarían aplicables, sin embargo, a los pagos el tratamiento previsto en el art.7 o en el art.14, o el tratamiento previsto en el art.13 para las ganancias de capital.

c) Supuestos de pago en el marco de contratos mixtos.

Estos contratos se caracterizan por suponer ventas de material con programas informáticos incorporados y concesiones de derechos de uso de los programas vinculados a prestaciones de servicios. Al igual que hemos señalado anteriormente para los contratos de "know how" resultará necesario descomponer el montante total de los pagos que deberán resultar efectuados teniendo como base la cantidad total de pagos que deberán ser efectuados y aplicar el régimen fiscal propio de cada uno de estos componenetes.

Tras haber hecho un catálogo sobre aquellas rentas que tenían la consideración de cánones, resulta necesario realizar unas consideraciones sobre aquellas rentas que carecen de tal condición, materia que ha sido objeto, además, de revisión en la edición del Convenio de 1992.

Hemos visto anteriormente como una de las novedades más destacadas introducidas por el Modelo de Convenio de 1992 ha sido la modificación de la definición de cánones del párrafo 2 del artículo 12 que en la última edición del Modelo no incluye las remuneraciones "por el uso o la concesión de uso del equipo industrial, comercial o científico"⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ Exclusión que ya estaba incluida en la legislación interna.

DE JUAN PEÑALOSA, J.L., op.cit., pág.36.

El Comité de Asuntos Fiscales decidió excluir tales rentas de la condición de cánones y considerarlas como beneficios empresariales sujetos a tributación de acuerdo con el número 7 del Modelo de Convenio.

Dice De Juan que para el Comité Fiscal tales cambios no tienen excesiva importancia por cuanto el art.12 no reconoce al país de la fuente el derecho a gravar los cánones, con lo que es el país de residencia del receptor de las rentas quien, tanto en el art.12 como en el art.7, se reserva la potestad tributaria en exclusiva. La perspectiva cambia radicalmente para los países-entre ellos España- que mantienen el criterio de compartir el gravamen de los cánones entre ambos Estados⁴⁵⁷.

La razón que explica el cambio de posición del Modelo estriba en que el alquiler de equipos industriales, comerciales o científicos se realiza en el marco de una actividad empresarial. Según opinión de Farré Español, "a nadie se le antoja considerar una empresa de leasing como un rentista pasivo que obtiene rendimientos del alquiler de sus máquinas"⁴⁵⁸.

Esta postura que sostiene la naturaleza de rentas empresariales y no de cánones de los pagos efectuados como consecuencia del alquiler de equipos industriales, comerciales o científicos en virtud de razones subjetivas, al considerarse

⁴⁵⁷ DE JUAN PEÑALOSA, J.L., op.cit., pág.36.

⁴⁵⁸ FARRÉ ESPAÑOL, J.M., Doble imposición..., pág.224.

que los beneficiarios de dichos pagos debían tener en cualquier caso la condición de empresarios (individuales o sociales), parece en contradicción con el rasgo objetivo de los cánones.

En efecto, sostenemos que el objeto de los contratos de uso o concesión de uso es un bien o un derecho incorporeal con unas características propias que los hacen difícilmente intercambiables por otros.

Es tal criterio, el de la incorporealidad de los bienes el que nos permite también excluir los pagos por el alquiler de equipos industriales, comerciales o científicos. Tales pagos tienen su origen en la cesión de uso de bienes corporales, materiales con una base fija, corpórea de gran valor, mientras que los cánones tienen su origen en bienes incorporeales, inaprehensibles por los sentidos (cuando es necesaria la base física como soporte del bien incorporeal ésta carece de valor añadido que se concentra en las partes que no pueden percibirse por los sentidos).

Basándonos, pues, en el carácter corporal de los equipos industriales, comerciales o científicos es posible explicar la exclusión del art.12 sin necesidad de recurrir a criterios de carácter subjetivo.

Por último, los Comentarios no consideran cánones los pagos variables o fijos derivados de la explotación de yacimientos, fuentes u otros recursos naturales, que se rigen por el art.6,

rentas derivadas de bienes inmuebles.

3) Los pagos efectuados:

Los cánones se caracterizan por ser pagos, generalmente, en dinero como contraprestación, como remuneración por el título jurídico que implica el uso o la concesión de uso de un derecho de los que aparecen mencionados en el número 2 del artículo 12, tanto si el derecho deba ser susceptible o no de depósito o de inscripción pública.

Tras haber realizado un extenso análisis de la noción de cánones de acuerdo con las disposiciones del número 2 del artículo 12 del Modelo de Convenio de 1992, resultará necesario analizar cuál será el reparto de la soberanía tributaria escogida.

IV.D.3.b) La potestad de gravamen sobre los cánones (número 1 del art.12) :

En el número 1 del artículo 12 se plasma el principio de imposición exclusiva en el Estado en el que el beneficiario efectivo de los cánones es residente. Únicamente tiene el poder para sujetar a gravamen los cánones, el Estado en el cuál es residente el beneficiario efectivo de los mismos.

Esta posición mantenida por el Comité de Asuntos Fiscales

es sumamente ventajosa para los Estados exportadores de tecnología y no resulta nada atractiva para los Estados importadores de tecnología que son muy numerosos e incluyen no solamente países en vías de desarrollo sino también Estados miembros de la OCDE.

Así, España, cuya economía importa tecnología, ha formulado en todos los Modelos de Convenio reservas a este artículo indicando su voluntad de imponer en los CDI que efectivamente celebre un gravamen en la fuente. Tal posición ha sido mantenida por numerosos Estados como Australia, Austria, Canadá, Francia, Grecia, Japón, Nueva Zelanda, Italia, Portugal y Turquía.

Estos Estados han introducido en los CDI que han celebrado un sistema de imposición compartida entre los dos Estados contratantes y limitada en el Estado de la fuente, de forma análoga a los sistemas existentes para dividendos (art.10) e intereses (art.11).

La exención impositiva prevista en el Estado de la fuente por el número 1 del art.12 se aplicará únicamente si el beneficiario efectivo de los cánones es residente del otro Estado contratante. Cuando un intermediario, que puede ser tanto un agente como otro mandatario, se interponga entre el acreedor y el deudor no se aplicará la exención impositiva en el Estado de gravamen.

En el caso de que el perceptor de los cánones sea una

sociedad residente del otro Estado contratante cuyo capital sea en parte titularidad de no residentes de ese Estado, los Estados pueden adoptar medidas para que en este supuesto tal sociedad no pueda beneficiarse de las cláusulas del Convenio que se celebre.

Al igual que sucedía en el caso de los dividendos (art.10 del Modelo), el término "pagados" tiene un sentido muy amplio que debe entenderse como "ejecutar la obligación de poner los fondos a disposición del acreedor de la manera prevista en el contrato o por los usos de comercio".

También de forma paralela al tratamiento previsto para los dividendos, el tratamiento previsto para los cánones únicamente se aplica en los casos de cánones provenientes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante. Sin embargo, no se aplica a los cánones provenientes de Estados no contratantes.

IV.D.3.c) La obtención de cánones a través de establecimientos permanentes (número 3 del art.12):

Esta precepto contempla el supuesto de que el beneficiario de los cánones sea residente de un Estado contratante y actúe en el otro Estado contratante mediante un establecimiento permanente o una base fija de negocios. Hemos visto anteriormente cómo existe un precepto similar en el caso de dividendos (número 4 del art.10) y en el caso de intereses (número 4 del art.11).

Al igual que en el supuesto de dividendos y cánones, no existe una "vis atractiva" del establecimiento permanente.

En el caso de que el residente de un Estado contratante actúe en el otro Estado contratante mediante establecimiento permanente, los cánones procedentes de este último Estado no se imputarán a dicho establecimiento permanente, salvo que los bienes o derechos que generan o produzcan tales cánones estén vinculados a dicho establecimiento permanente.

Si los cánones son producidos por bienes o derechos que forman parte del activo o que están vinculados de manera efectiva a un establecimiento permanente, el Estado de situación de dicho establecimiento permanente podrá someter a imposición dichos cánones de forma ilimitada de acuerdo con su propio Derecho interno, de acuerdo con el número 3 del artículo 12 en coordinación con el artículo 7 del Modelo de Convenio.

En el caso de que los cánones no estén vinculados con un establecimiento permanente, el Estado de la fuente de los mismos no podrá someterlos a imposición en la fuente por una cuantía ilimitada si se siguen las propuestas del número 1 del art.12, o podrán someter a imposición en la fuente por una cuantía ilimitada en el caso de haberse introducido alguna de las reservas efectuadas por numerosos Estados.

IV.D.3.d) El tratamiento del exceso de pago de cánones (número 4 del art.12):

De forma análoga a como sucedía en el supuesto de los intereses (número 5 del art.11), el número 4 del art.12 prevé el caso de que se hubiera producido un exceso en el pago de cánones como consecuencia, por razón, de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo de los cánones o de las que uno y otro mantengan con terceros.

En esta disposición, reflejo del principio de actuación como agentes independientes en el mercado contenido en el art.9 del Modelo de Convenio, se establece que el tratamiento previsto en el Modelo para los cánones se circunscribirá a la parte de los cánones que hubiera correspondido a lo pactado entre agentes independientes en el mercado.

El exceso, dice el artículo, puede someterse a imposición de acuerdo con la legislación los dos Estados contratantes y teniendo en cuenta las demás disposiciones del Convenio.

Al igual que sucedía en el caso de los intereses creemos que debe ser de aplicación en primer lugar el art.9 del Modelo de Convenio y fijar a través del principio del precio practicado entre agentes independientes cuál sería el nivel de cánones aceptable y determinar cuál sería el nivel excesivo que nosotros consideramos que debería calificarse como reparto de beneficios oculto y, por lo tanto, debe recibir el tratamiento previsto para

los dividendos (art.10).

En el caso de exigirse una retención en la fuente sobre los cánones, el tratamiento previsto para los dividendos y los cánones sería sustancialmente idéntico por lo que el número 4 del art.12 carecería de gran parte de su interés y utilidad.

Hemos visto como el Modelo de Convenio de 1992 introducía como una de las novedades fundamentales del mismo una restricción en el ámbito de aplicación de la definición de cánones al excluirse de ésta las contraprestaciones por el uso o la concesión del uso de un equipo industrial, comercial o científico que dejan de considerarse cánones y pasan a integrarse en el concepto de beneficios empresariales.

Creemos que se refuerza de esta manera el carácter objetivo que se encuentra en la base de la definición de cánones: constituyen la contraprestación por la cesión del uso o de la concesión del uso de unos bienes con unas características peculiares, bienes incorporeales, bienes que son fruto de los avances científicos y tecnológicos o de conocimientos ligados a los mismos que son difícilmente intercambiables por otros y que con frecuencia resultan el fruto de largos períodos de investigación y desarrollo.

En los Comentarios se advierte de la posibilidad de que la exclusión se extienda en un futuro Modelo o versión del presente a la licencia de utilización de películas cinematográficas.

Por otro lado, la propuesta del Comité de Asuntos Fiscales de limitar la tributación al Estado de residencia del receptor de los cánones resulta muy contestada como demuestra el hecho de que se sigan formulando nuevas reservas de Estados miembros de la OCDE al número 1 del art.12.

IV.D.3.e) El tratamiento de los cánones en los CDI celebrados por España:

Los CDI celebrados por España se caracterizan por apartarse de los sucesivos Modelos de Convenio en lo que respecta al reparto de la soberanía tributaria.

En los Modelos de Convenio la potestad de gravamen sobre los cánones se reserva de forma exclusiva al Estado de residencia del receptor de los mismos (número 1 del art.12), mientras que en casi todos los CDI celebrados se configura un régimen fiscal basado en la distribución de la soberanía tributaria entre el Estado de origen de los cánones que mantiene una potestad de gravamen limitada sobre los cánones y el Estado de residencia de del receptor que puede someterlos a gravamen sin más limitación que aplicar alguno de los mecanismos que se hayan previsto para evitar la doble imposición jurídica internacional⁴⁵⁹.

Varían de un CDI a otro el tipo impositivo que podrá aplicarse en la fuente a los cánones.

⁴⁵⁹ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pp.268-269.

| ESTADO | RETENCIÓN EXIGIDA POR EL OTRO ESTADO | RETENCIÓN EXIGIDA POR ESPAÑA |
|----------------|---|---------------------------------|
| ALEMANIA | 5% | 5% |
| ARGENTINA | 3-5-10-15% | 3-5-10-15% |
| AUSTRALIA | 10% | 10% |
| AUSTRIA | 5% | 5% |
| BÉLGICA | 5% | 5% |
| BRASIL | 10-15% | 10-15% |
| BULGARIA | 0% | 0% |
| CANADÁ | 10% | 10% |
| CHECOSLOVAQUIA | 5% | 5% |
| CHINA | 10% | 10% |
| COREA | 10% | 10% |
| DINAMARCA | 6% | 6% |
| ECUADOR | 5-10% | 5-10% |
| ESTADOS UNIDOS | 5-8-10% | 5-8-10% |
| FILIPINAS | 10-15-20% | 10-15-20% |
| FINLANDIA | 5% | 5% |
| FRANCIA | 6% | 6% |
| HUNGRÍA | 0% | 0% |
| INDIA | 10-20% | 10-20% |
| IRLANDA | 5-8-10% | 5-8-10% |
| ITALIA | 4-8% | 4-8% |
| JAPÓN | 10% | 10% |
| LUXEMBURGO | 10% | 10% |
| MARRUECOS | 5% | 5% |

| ESTADO | RETENCIÓN EXIGIDA POR EL OTRO ESTADO | RETENCIÓN EXIGIDA POR ESPAÑA |
|--------------|---|---------------------------------|
| MÉXICO | 10% | 10% |
| NORUEGA | 5% | 5% |
| PAÍSES BAJOS | 6% | 6% |
| POLONIA | 10% | 10% |
| PORTUGAL | 5% | 5% |
| REINO UNIDO | 10% | 10% |
| RUMANIA | 10% | 10% |
| SUECIA | 10% | 10% |
| SUIZA | 5% | 5% |
| TÚNEZ | 10% | 10% |
| URSS | 5% | 5% |

Todos los CDI celebrados por España contienen la definición del término "cánones" que se ajusta a la definición contenida en los Modelos de Convenio de 1963 y de 1977. Dicha definición incluye las contraprestaciones derivadas del uso o concesión del uso de los equipos industriales, comerciales o científicos, incluso en los tres últimos CDI celebrados por España (Corea, India e Irlanda) que se celebraron con posterioridad a la publicación del Modelo de Convenio de 1992 que ya no incluye las contraprestaciones que acabamos de señalar dentro del ámbito de los cánones.

Por lo que respecta a los cánones relacionados con un

establecimiento permanente (número 3) y el tratamiento del exceso de pago de cánones (número 4) la práctica totalidad de los CDI contiene una cláusula en este sentido que se encuentra muy influida por el Modelo de Convenio de la OCDE en cualquiera de sus versiones, ya que ni el número 3 ni el número 4 del art.12 han sufrido modificaciones desde el Proyecto de Convenio de 1963.

Una de las características más destacadas de los CDI celebrados por España consiste en la inclusión en un gran número de los mismos (Irlanda, India, Corea, México, Ecuador, Argentina, Túnez, Rumania, Luxemburgo, Estados Unidos, China, Canadá y Australia) de una cláusula explicativa del lugar de origen de los cánones.

Esta cláusula resulta una adaptación de la cláusula contenida en el número 5 del art.11 que regula cuál es el origen de los intereses. Esta disposición utiliza como punto de conexión para determinar la fuente, el origen de los cánones, la residencia del deudor de los mismos, excepto en el caso de que el deudor de dichos cánones actúe en alguno de los Estados contratantes mediante un establecimiento permanente o una base fija de negocios, en relación a la cual se haya contraído la obligación de pago de cánones y que soporten la carga de los mismos.

En este último supuesto los cánones se considerarán originarios del Estado contratante donde estén situados el establecimiento permanente o la base fija de negocios.

En los CDI con Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Checoslovaquia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia, Japón, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza y la URSS existe una cláusula similar a la anterior pero que carece de referencia alguna a "la base fija de negocios".

IV.E. Gravamen de las ganancias de capital en el Modelo de Convenio de 1992:

El artículo 13 del Modelo de Convenio de 1992 prevé el tratamiento, el reparto, de la soberanía tributaria sobre las ganancias de capital o incrementos de patrimonio.

El análisis de este artículo 13 del Modelo de Convenio plantea una serie de dificultades que pueden generarse en cualquier estudio sobre esta materia: en primer lugar, resulta complejo hallar una definición positiva y omnicomprendensiva de las ganancias de capital, dificultad que se acrecienta si tenemos en cuenta las diferentes concepciones existentes sobre la materia, las diferentes definiciones legales en los ordenamientos jurídico-fiscales y, por último, los diferentes tratamientos otorgados a las plusvalías en los diferentes ordenamientos internos⁴⁶⁰.

El artículo 13 del Modelo de Convenio de 1992 prevé el régimen de reparto de la soberanía tributaria aplicable a las ganancias de capital ("capital gains", "gains de capital").

La redacción actual de este artículo no ha variado desde la publicación del Modelo de Convenio de 1977 aunque los Comentarios al mismo han sido modificados en el Modelo de 1992 y en la Revisión de 1994.

⁴⁶⁰ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.277.

Diseñar un tratamiento para las ganancias de capital entre las categorías de rentas del Capítulo III del Modelo de Convenio no es cuestión totalmente pacífica, ya que existen autores que, al menos en el pasado, no han incluido las ganancias de capital dentro del concepto de rentas que debía estar sujeta a gravamen⁴⁶¹.

Una vez incluidas las ganancias de capital dentro de las categorías de rentas del Capítulo III, de una forma específica, sin recurrir a la inclusión de las ganancias de capital dentro del art.21 del Modelo de Convenio "Otras rentas", quedan todavía numerosas cuestiones que resolver: en primer lugar, es necesario

⁴⁶¹ Palao Taboada explica que "hasta tiempos muy recientes (el texto fue escrito en 1971) para la mayoría de las legislaciones de raigambre europea, sólo son renta los ingresos que sean resultado de una actividad productiva del contribuyente". Resultaban, pues, excluidos, del concepto de renta los incrementos de patrimonio "no ganados" ("unearned increments") y, entre ellos, las ganancias de capital.

Según el concepto de renta que acabó imponiéndose en las legislaciones de Europa y de Estados Unidos "es renta toda riqueza entrada en un patrimonio entre dos momentos de tiempo, o lo que es lo mismo, el consumo utilizado en el período más todo incremento patrimonial". Esta concepción amplia de renta comprende no sólo las ganancias de capital, sino las transferencias a título gratuito, las ganancias de juego...

PALAO TABOADA, C., **Ganancias de capital y capacidad contributiva**, pp.35-73, Hacienda Pública Española, nº9, 1971, pág.39.

SIMONS, H.C., *Personal Income ...*, pp.84 y ss.

VON SCHANZ, G., *El concepto de renta y las...*, pág.176.

GARCÍA AÑOVEROS, J., **Imposición de las ganancias de capital**, en *Las ganancias de capital*, XXIII Semana de Estudios de Derecho Financiero, Madrid, 1975, pp.87-117.

GOODE, R., **El impuesto sobre la renta**, pp.232-354, pág.254, IEF, 1974.

dar una definición de las "ganancias de capital" y, en segundo lugar, debe preverse un sistema de reparto de la potestad de gravamen de las ganancias de capital que pueda estar en concordancia con los diferentes sistemas adoptados por los Estados.

Sin embargo, en ninguna disposición del articulado del Modelo de Convenio de 1992 aparece una definición del término "ganancias de capital" no siquiera una referencia, una remisión al Derecho interno.

Por lo que respecta al tratamiento previsto por los ordenamientos internos de los Estados miembros, existe una gran heterogeneidad entre los Estados. La nota característica del régimen de las ganancias de capital es su gran heterogeneidad⁴⁶².

⁴⁶² El Comité de Asuntos Fiscales hace un resumen de las diferentes posibilidades que pueden encontrarse en Derecho Comparado sobre el tratamiento de las ganancias de capital.

Así, se enuncia que en determinados Estados, las ganancias de capital no se consideran rentas sujetas a gravamen mientras que en otros Estados las ganancias de capital de las empresas están sujetas a tributación pero las ganancias de capital de una persona física, fuera del ámbito empresarial, no están sujetas a gravamen.

Finalmente, en otros Estados las ganancias de capital de una persona física quedan sometidas a gravamen. Frecuentemente las ganancias de las personas físicas sólo quedan gravadas en ciertos casos como el de la enajenación de bienes inmuebles o las ganancias especulativas. En casi todos los sistemas, además, exista una exención para una determinada cantidad de ganancias y se efectúan ajustes en el cálculo de la ganancia para tener en cuenta la inflación.

Las ganancias de capital pueden resultar integradas en el impuesto general de la renta del beneficiario de las ganancias junto con las otras rentas o pueden hallarse gravadas por un impuesto específico que grave únicamente las ganancias de

A lo largo de este epígrafe vamos a analizar, en primer lugar, el concepto de ganancias de capital que puede extraerse de los Comentarios al Modelo de Convenio, para analizar a continuación los cuatro números del art.13 que se diferencian por el bien o derecho generador de la ganancia de capital.

IV.E.1) Concepto de ganancia de capital en el Modelo de Convenio de 1992 :

Hemos señalado anteriormente la inexistencia de una definición en ninguna de las versiones del Modelo de Convenio de la OCDE ni de remisión al Derecho interno de los Estados contratantes.

Sin embargo, en los Comentarios al art.13 se detallan unas características, unas notas propias del concepto de ganancia de capital.

Estos Comentarios van a ser de gran utilidad para interpretar el contenido de los artículos de los CDI, de acuerdo con el número 2 del art.3 del Modelo de Convenio.

Por lo tanto, las nociones que se dan sobre las ganancias de capital y que aparecen en los Comentarios serán de aplicación

capital.

Sobre esta materia es conveniente analizar, también:
ROMÁN GONZÁLEZ, M^a.V. y ROZAS VALDÉS, J.A., La tributación de las rentas de capital..., pp.175-195.

preferente sobre las definiciones contenidas en el Derecho interno de los Estados contratantes.

**IV.E.1.a) Concepto de "ganancia de capital" en los
Comentarios al art.13 del Modelo de Convenio:**

Basándose en los Comentarios, De la Villa afirma que la obtención de la ganancia ha de provenir de la "enajenación del bien" que produce la ganancia.

El Comité de Asuntos Fiscales señala un catálogo de operaciones que pueden calificarse como "enajenación del bien": venta o permuta de bienes, enajenación parcial, expropiación forzosa, la aportación social, la venta de un derecho, la donación e, incluso, la donación "mortis causa".

Para De la Villa la amplitud del concepto de "enajenación del bien" (que incluye supuestos como el de aportación social, donación "inter vivos" y "mortis causa") se da para dejar la posibilidad a los diversos Estados de someter a gravamen cualquier forma en la que pueda darse la ganancia de capital ya que las definiciones de ganancias de capital son muy diversas⁴⁶³.

La utilización de la expresión "enajenación de bienes" en

⁴⁶³ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.277.

el art.13 y en los Comentarios debe relacionarse con el número 2 del art.2 del Modelo de Convenio que al describir el ámbito objetivo del Convenio incluye los tributos "que gravan la totalidad o parte de la renta, incluidos los impuestos derivados de la enajenación de bienes muebles o inmuebles".

1) Ganancias de capital realizadas :

De acuerdo con los Comentarios al art.13 del Modelo de Convenio las ganancias de capital que pueden resultar gravadas de acuerdo con el articulado del art.13 del Modelo de Convenio pueden ser tanto las ganancias realizadas como las no realizadas.

Es el Derecho interno de los Estados el que debe completar esa autorización, esa ausencia de limitación para los Estados que aparecen en los Comentarios.

Algunos autores como De la Villa⁴⁶⁴ sostienen que la obtención de la ganancia de capital debe provenir de la "enajenación" de un bien, sin embargo, dentro de los propios Comentarios se admite la posibilidad de que circunstancias especiales puedan dar lugar a una imposición sobre las ganancias de capital de un bien que no ha sido alienado.

En consecuencia, tanto las ganancias de capital realizadas como las ganancias de capital no realizadas pueden quedar sujetas

⁴⁶⁴ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.277.

a gravamen. Los Comentarios al Modelo autorizan esa doble posibilidad. Serán los ordenamientos jurídicos internos los que desarrollen dicha posibilidad de acuerdo con los objetivos marcados por el legislador.

Así, dentro de las ganancias de capital podemos encontrar las ganancias de capital "realizadas" y las "no realizadas". Las primeras son fruto, provienen de la enajenación de bienes, de la alienación de bienes. En los Comentarios al artículo aparece una noción muy amplia de los términos "enajenación de bienes" que incluye, entre otros, la venta o permuta de bienes, la enajenación parcial, la expropiación, la aportación social, la venta de un derecho, la donación e, incluso, la donación "mortis causa".

En el caso de ganancias de capital realizadas se produce una variación en el valor del patrimonio del sujeto pasivo y, al mismo tiempo, una modificación cualitativa del mismo. Se produce una salida de un bien o un derecho del patrimonio del sujeto pasivo y, al mismo tiempo, una entrada de dinero, bienes o derechos en dicho patrimonio, siendo el valor del elemento que entra superior al valor del elemento que sale.

El problema que se plantea es que "esa doble condición se cumple también para todas las categorías de rendimientos"⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵ Este comentario es realizado por PÉREZ ROYO, I., en **Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas**, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1991, pág. 214, pp. 213-219, cuando realiza este autor el análisis del art. 44 de la Ley 18/1991 que reproduce exactamente el art. 20 de la Ley 44/1978 del Impuesto

Por lo que en algunos sistemas, como el nuestro, el concepto de incrementos y disminuciones de patrimonio tiene un valor residual, que incluye aquellas categorías de rentas que no pueden reconducirse a alguna de las otras rentas definidas y reguladas en las normas impositivas⁴⁶⁶.

En el sistema del Modelo de Convenio de 1992 no puede adoptarse esta posición que considera las ganancias de capital como un concepto residual ya que existe un artículo, el art.21 destinado, precisamente, a resolver el tratamiento tributario de aquellas rentas que no pueden calificarse como ninguna de las otras categorías de rentas que aparecen en el Capítulo III del Modelo de Convenio.

Consideramos que es el análisis, en profundidad, que realizaremos a continuación del articulado el que nos permitirá determinar cuándo se ha producido un incremento de patrimonio.

2) Ganancias de capital no realizadas :

Los Comentarios al Modelo, hemos señalado, admiten la posibilidad de someter a gravamen por incremento de patrimonio bienes que no hayan sido enajenados, alienados.

Se da el ejemplo de la reevaluación efectuada por el

sobre la Renta de las Personas Físicas.

⁴⁶⁶ Ver art.44.2 de la Ley 18/1991.
PÉREZ ROYO, I., Manual del Impuesto..., pág.215.

propietario de un bien sobre el valor del mismo contenido en la contabilidad para, de esta manera, ajustar el valor contable al valor real, de mercado, de dicho bien. Esta reevaluación, esta revalorización del bien contable puede quedar sujeta a gravamen si el ordenamiento jurídico de un Estado prevé que la revalorización resultante de la adaptación del valor contable al valor real de los activos debe quedar sujeta a gravamen.

En consecuencia, los Comentarios al Modelo autorizan la sujeción a gravamen como ganancias de capital de las revalorizaciones de activos incluidos en las contabilidades empresariales que resultan autorizadas en algunas ocasiones (por ejemplo, en el caso de pérdida de valor del signo monetario o del comienzo de aplicación de un nuevo sistema tributario) y que se efectúan con el objetivo de aproximar el valor contable de los bienes al valor real de mercado de los mismos.

Serán los Estados los que decidirán si se desarrolla o no esta posibilidad.

3) Otros supuestos de ganancias de capital:

Además de admitir la posibilidad de gravamen de las ganancias de capital tanto realizadas como no realizadas, los Comentarios realizan una serie de apreciaciones generales sobre la forma de obtención de dichas ganancias de capital.

Las ganancias de capital pueden haberse generado tanto a corto plazo (por ejemplo, ganancias especulativas en el mercado de valores) como a largo plazo (por ejemplo, ganancias derivadas de la enajenación de una empresa en el momento de la jubilación del titular de la misma).

Pueden haberse generado las ganancias de capital como consecuencia del aumento de valor intrínseco del bien o como consecuencia de la pérdida de valor del signo monetario mediante el cual se efectuó la valoración primera del bien.

En cuanto a la forma de calcular el incremento de patrimonio que se ha generado, se hace también remisión al Derecho interno. En la mayoría de los casos se calcula el incremento patrimonial deduciendo el precio de coste del precio de venta. Para obtener el precio de coste, es frecuente añadir al precio de compra todos los gastos derivados de la adquisición y todos los gastos de mejora.

4) El problema de las variaciones en el valor de las monedas nacionales:

Finalmente, los Comentarios efectúan una serie de consideraciones sobre los problemas que pueden aparecer en el tratamiento de las ganancias de capital en el caso de variaciones en el valor de las monedas nacionales.

Este problema se plantea, especialmente, cuando una empresa de base individual o social es titular de activos en otro Estado del que no es residente a través de un establecimiento permanente.

El valor de los activos se encontrará reflejado en las contabilidades del establecimiento permanente y del establecimiento principal en la moneda de cada uno de los Estados.

Como consecuencia de la fluctuación en el valor relativo de las monedas las operaciones que se realicen en un Estado pueden recibir una calificación diferente en el otro Estado.

Es posible que una plusvalía fruto de la venta de un bien mueble o inmueble incluido en el activo de un establecimiento permanente sea considerada como una pérdida de capital en la contabilidad del establecimiento permanente como consecuencia de las diferencias de valor de la moneda⁴⁶⁷.

Por otro lado, una minusvalía fruto de la enajenación de un bien o un derecho del establecimiento permanente puede ser

⁴⁶⁷ Supuesto que se daría si un bien está contabilizado por 100 u.m. en el Estado B cuando cada u.m. del Estado B vale 10 u.m. en el Estado A. Si se produce la enajenación por 120 u.m. en el Estado B se genera un incremento de patrimonio de 20 u.m. en el Estado B. Si, además, cada u.m. del Estado B vale 7 u.m. en el Estado A como consecuencia de la pérdida de valor de la moneda del Estado A, se produciría una pérdida de patrimonio en el Estado A ya que lo que valía $10 \times 100 = 1000$ u.m. se enajenó por $7 \times 120 = 840$ u.m.

considerada como una ganancia de capital en la contabilidad del establecimiento principal, también como consecuencia de la evolución del valor de las monedas⁴⁶⁸.

Una situación así es realmente compleja ya que exige, entre otras cosas, el empleo de la contabilidad de los dos Estados y exige el acuerdo de los dos Estados contratantes para su resolución de acuerdo con los Comentarios⁴⁶⁹.

5) Supuestos que carecen de la condición de ganancias de capital:

De acuerdo con los Comentarios al artículo 13 no pueden considerarse ganancias de capital los premios de loterías y del juego ni las primas y lotes vinculados con obligaciones.

Los premios en el juego deberán calificarse como otras rentas (art.21 del Modelo).

⁴⁶⁸ Se contabiliza un bien por 100 u.m. en el establecimiento permanente situado en el Estado B cuando cada u.m. del Estado B equivalía a 10 u.m. en el Estado A. Si se produce la enajenación por 80 u.m. del activo situado en el Estado B se habrá producido una pérdida de patrimonio de 20 (100-80). Si, además, cada u.m. del Estado B vale 13 u.m. en el Estado A como consecuencia del aumento de valor de la moneda del Estado A, se producirá un incremento de patrimonio en el Estado A ya que lo que valía 1000 (10 x 100)u.m. se enajenó por 1040 (13 x 80) u.m.

⁴⁶⁹ De la Villa Gil es de la misma opinión, op.cit., pág.277.

Las primas y lotes vinculados con obligaciones y empréstitos deben calificarse como intereses (art.11 del Modelo).

Tras haber analizado el concepto, bastante amplio de plusvalías (ya que se limita a excluir de esa condición determinadas rentas muy concretas), es necesario iniciar el estudio detallado del articulado del artículo 13.

En este artículo, dividido en cuatro apartados, se refleja el tratamiento de las ganancias de capital en función del bien o derecho generador de dichas ganancias de capital.

Para las ganancias de capital derivadas de bienes inmuebles se ha previsto el tratamiento en el apartado 1.

El tratamiento derivado de la enajenación de bienes muebles vinculados con un establecimiento permanente o una base fija de negocios se encuentra en el número 2.

En el número 3 se detalla el tratamiento de las ganancias derivadas de la enajenación de buques o aeronaves y bienes muebles afectos a los mismos.

Por último, existe una cláusula de cierre en el número 4 para el resto de bienes.

IV.E.2. Tratamiento previsto para las ganancias de capital originadas por la enajenación de bienes inmuebles (apartado 1 del art.13) :

El apartado 1 del art.13 autoriza la sujeción a gravamen por parte del Estado contratante de situación del bien inmueble de las ganancias derivadas de la enajenación de dicho bien y obtenidas por un residente del otro Estado contratante.

Por lo tanto, será necesario acudir al Derecho interno del Estado de situación del bien inmueble para saber si la ganancia de capital producida está efectivamente sujeta a gravamen. No existen límites en el Modelo de Convenio que restrinjan la potestad del Estado de situación del bien inmueble para someter el mismo a gravamen. Se aplica el principio de la *lex rei sitae*⁴⁷⁰.

Por otro lado, el Estado de residencia del titular del bien inmueble que lo enajena tiene la posibilidad de someter a gravamen la ganancia de capital que se haya producido. Además, el Estado de residencia del beneficiario de la enajenación del bien inmueble está obligado a aplicar el mecanismo de imputación o de exención para evitar la doble imposición jurídica.

Esta disposición debe ponerse en relación con el número 1

⁴⁷⁰ DE JUAN PEÑALOSA, J.L., *Ganancias de capital*, en *Relaciones Fiscales Internacionales*, IEF, Madrid, 1987, pp.273-281, pág.277.

del art.6 y el número 1 del art.22 que autorizan el gravamen de las rentas producidas por bienes inmuebles en el Estado del lugar de situación de éstos y que autorizan el gravamen de los bienes inmuebles como patrimonio en el Estado de situación del mismo, respectivamente. Se sigue el principio de autorizar al mismo Estado el gravamen de las rentas y de las ganancias de capital derivadas del mismo bien.

IV.E.2.a) Definición de "bienes inmuebles" :

No aparece ninguna definición de "bienes inmuebles" en el art.13, sin embargo, ésta se encuentra en el apartado 2 del art.6 del Modelo de Convenio.

Este apartado contiene una definición "abierta" (en el sentido que nosotros hemos dado) que enuncia una serie de supuestos que, en todo caso, se consideran como bienes inmuebles y que, además, efectúa una remisión al Derecho interno del Estado en que estén situados los bienes⁴⁷¹. Puesto que el sistema empleado por el Comité de Asuntos Fiscales para determinar el poder de gravamen en el caso de ganancias de capital está basado en la naturaleza del bien enajenado, la importancia de una correcta delimitación de la naturaleza de los bienes enajenados es fundamental.

Esta disposición se aplica también a los bienes inmuebles

⁴⁷¹ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.278.

que forman parte del activo de una empresa o de un establecimiento permanente en el Estado en que aquéllos se encuentran situados o se utilicen para el ejercicio de trabajos independientes.

De la Villa explica que la disposición del número 1 no se aplica a los bienes situados en un Estado pero que forman parte del activo de un establecimiento permanente o de una base fija de negocios situados en otro Estado que, a su vez, dependan de una empresa, de un establecimiento principal, en el Estado de situación de los bienes. En este supuesto el único Estado que tendrá derecho a someter a gravamen es el Estado en que los bienes están situados y el Estado en el que el beneficiario de la renta sea residente⁴⁷².

Los Comentarios explican que tampoco será de aplicación el número 1 del art.13 en el caso de ganancias de capital provenientes de bienes inmuebles situados en el Estado contratante en el que el cedente reside (supuesto en el que no llega a producirse un conflicto positivo de soberanías tributarias entre los Estados contratantes) o el supuesto en que el bien esté situado en un Estado tercero (supuesto en el que tampoco llega a producirse un conflicto positivo de soberanías).

⁴⁷² DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.278.

**IV.E.2.b) Supuestos de enajenación de bienes
inmuebles generadores de ganancias de capital:**

Puede ser generador de ganancias de capital cualquier acto o negocio jurídico que produzca la enajenación de bienes inmuebles.

Parece obvio que el Modelo de Convenio, al utilizar la expresión "las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga de la enajenación de bienes inmuebles", se refiere a las plusvalías realizadas, que se hubieran producido como consecuencia de una venta o de una permuta, o también por alienación parcial, expropiación, donación... Se produce, por tanto, una salida del patrimonio del beneficiario de un bien inmueble que no va a generar en el futuro más rentas como las que periódicamente podía haber generado en el pasado.

En el activo del que fue titular del bien inmueble ya no existe dicho bien inmueble sino que una cantidad de dinero superior al valor inicial del bien y/o un derecho de crédito sustituyen al bien inmueble, sin que vuelvan a aparecer nuevas cantidades de dinero o nuevos derechos de crédito provenientes de dicho bien, de dicho activo.

Esta es la diferencia principal entre las ganancias de capital del art.13 y las rentas de bienes inmuebles del art.6.

Sin embargo, en el supuesto de ganancias de capital no

realizadas sino que aparecen por mera anotación contable, sostiene De la Villa ⁴⁷³, que no pueden regularse a través del art.13 sino que tendrán la condición de rentas ordinarias que deberán seguir el tratamiento previsto en el número 6 o en el número 7 del Modelo de Convenio y, por consiguiente, deberán ser tratadas conforme al Derecho interno del Estado en el que los bienes se encuentren.

En el caso de que la ganancia de capital que deba reflejarse contablemente corresponda a un bien afecto a un establecimiento permanente, la pregunta que puede formularse es si la reevaluación, la revalorización del bien inmueble debe realizarse en la contabilidad de la sucursal, del establecimiento permanente o, bien, si debe realizarse en la contabilidad del establecimiento principal, en la sede central.

Tanto De la Villa como Del Arco⁴⁷⁴ son partidarios de que la revalorización de los bienes inmuebles incluidos dentro del activo del establecimiento permanente sirva, posteriormente, de base para el cálculo del beneficio del establecimiento principal.

⁴⁷³ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.279.

⁴⁷⁴ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.280.
DEL ARCO RUETE, J.L., op.cit., pág.226.

IV.E.2.c) Supuesto de las llamadas "real estate companies" :

Brood⁴⁷⁵ explica que en orden a evitar la tributación de las ganancias de capital realizadas con la venta de bienes inmuebles, algunas veces pueden ser utilizadas las llamadas "real estate companies", que son aquellas compañías cuyo principal activo consiste en la tenencia de bienes inmuebles en otro Estado contratante.

A través de la venta de las acciones de estas "real estate companies" se está transmitiendo la propiedad inmobiliaria.

En algunos casos, las "real estate companies" son utilizadas para evitar los gastos registrales, los impuestos indirectos de la transmisión y, también, para reducir la carga fiscal sobre las ganancias de capital producidas por bienes inmuebles en el Estado de situación del mismo, al carecer dicho Estado de la potestad de gravar las ganancias derivadas de bienes muebles no afectos a establecimientos permanentes (número 4 del art.13).

Este tipo de compañías resultan especialmente interesantes cuando la titularidad de sus acciones corresponden a compañías residentes en Estados que conceden una exención en el caso de una ganancia de capital producida por la venta de las acciones (por

⁴⁷⁵ BROOD, E., Estudio comparativo de los Tratados para evitar la doble imposición firmados por España desde la perspectiva de la planificación fiscal, pp.48-61, pág.50, Impuestos, nº15-16, Agosto, 1993.

ejemplo, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo).

En principio, señalan los Comentarios, las disposiciones del número 1 del art.13 no permiten, por sí mismas, asimilar a efectos de gravamen, la enajenación de inmuebles a las de acciones de sociedades cuyo objeto social exclusivo o primordial sea la tenencia de inmuebles.

Los Estados conservan la posibilidad de prever de forma expresa la equiparación del trato de la transmisión de acciones de sociedades con las peculiaridades antes señaladas con el de la enajenación de bienes inmuebles.

Existen reservas de los Estados (España, Finlandia, Francia, Estados Unidos y Canadá) anunciando su voluntad de llevar a cabo dicha equiparación.

Podemos concluir afirmando que el Comité de Asuntos Fiscales, al proponer el tratamiento de las ganancias de capital derivadas de bienes inmuebles, ha seguido el principio fijado en el art.6 cuando describe el régimen de gravamen de las rentas de bienes inmuebles de conceder el derecho preferente de gravamen al Estado de situación del bien inmueble.

Se trata de un criterio seguido por la mayoría de ordenamientos tributarios y, además, se caracteriza por su claridad.

Por otro lado, en la inmensa mayoría de los casos, las ganancias de capital habrán de ser realizadas.

IV.E.3. Ganancias de capital provenientes de la enajenación de bienes muebles vinculados a un establecimiento permanente o a una base fija de negocios (apartado 2 del art.13):

El apartado 2 del artículo 13 regula la tributación de las ganancias de capital provenientes de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente o pertenezcan a una base fija de negocios situados en Estado distinto de aquel en que radique la empresa o resida el profesional que los utiliza para sus actividades.

También se aplica a la alienación del propio establecimiento permanente (solo o con el conjunto de la empresa) o la base fija de negocios.

Vamos a analizar, a continuación, el ámbito objetivo de aplicación de esta disposición, para analizar a continuación el reparto de la soberanía tributaria que prevé.

IV.E.3.a) Ámbito objetivo de aplicación :

Dentro del número 2 del art.13 se prevé el tratamiento tributario para unas determinadas categorías de bienes muebles y universalidades de cosas.

Por un lado, tenemos los bienes muebles que forman parte de un establecimiento permanente y los bienes muebles que pertenecen a una base fija de negocios, y, por otro lado, tenemos las universalidades de cosas que constituyen el establecimiento permanente, la base fija de negocios y la empresa.

1) Los bienes muebles pertenecientes a establecimientos permanentes y bases fijas de negocios :

No existe ninguna definición de "bienes muebles" en el Modelo de Convenio, sin embargo, pueden determinarse por exclusión: según los Comentarios, son bienes muebles todos los bienes que no sean bienes inmuebles.

Estos bienes muebles pueden ser tanto corporales como incorporeales, tales como el fondo de comercio ("fonds de commerce", "goodwill") y los derechos de uso (licencias de explotación de patentes, licencias de explotación de marcas).

En algunas ocasiones podrá resultar difícil efectuar la distinción entre ganancias de capital derivadas de la enajenación de bienes incorporeales (marcas, patentes) y los cánones percibidos por la concesión de uso de propiedad intelectual o industrial.

Creemos que la diferencia debe encontrarse mediante el análisis del contenido del negocio jurídico que da lugar a la cesión del uso.

Si la cesión del uso tiene carácter definitivo al no conservar ningún derecho el antiguo titular del derecho de explotación o el pago por el negocio jurídico se realiza en un lapso relativamente corto de tiempo y no va a dar lugar a pagos periódicos, podemos afirmar que nos hallamos ante una ganancia de capital producida por la enajenación de bienes incorporeales.

Si la cesión tiene carácter temporal, limitado a un período de tiempo determinado o el derecho de explotación concedido no tiene carácter exclusivo o el pago se realiza a intervalos de tiempo periódicos, regulares, que se producen mientras se produce la explotación del derecho que da lugar a los pagos, nos encontramos ante el pago de cánones.

Es necesario considerar que las ganancias de capital derivadas de bienes muebles que forman parte del activo de un establecimiento permanente deben producirse por la enajenación de bienes que no constituyan el objeto habitual de venta del establecimiento permanente de acuerdo con el objeto social del mismo. Únicamente los bienes que no son ni existencias ni mercaderías pueden dar lugar a la aparición de ganancias de capital en el sentido del número 2 del artículo 13.

Cuando se venden bienes muebles en el ámbito habitual de actividad de un establecimiento permanente se produce un incremento de patrimonio como consecuencia de dicha venta (se vende a un precio superior al que se compra), pero desde el punto de vista sistemático no es posible afirmar que este supuesto sea

el que el Comité de Asuntos Fiscales ha querido regular mediante el art.13. Para tratar el incremento de patrimonio derivado de la venta de bienes que corresponden a la actividad habitual del establecimiento permanente se encuentra en el número 2 del art.7 del Modelo de Convenio que contempla el tratamiento de los beneficios empresariales por mediación de establecimiento.

De todas formas, los criterios de reparto de la soberanía tributaria en el art.7, para los beneficios empresariales por mediación de establecimiento permanente, y en el número 2 del art.13, para las ganancias de capital derivadas de bienes muebles afectos a establecimientos permanentes, son idénticos.

La expresión que se utiliza, "enajenación", nos impide pensar que pueda tratarse de ganancias de capital no realizadas.

En el caso de que se produjera una revalorización de activos, los incrementos de patrimonio generados deberán ser considerados beneficios comerciales y recibir el trato previsto en el art.7 del Modelo de Convenio.

2) Transmisiones de establecimientos permanentes, de bases fijas de negocios para actividades de servicios o de empresas en su conjunto:

El número 2 del art.13 prevé, también, el tratamiento que debe aplicarse a la enajenación de un establecimiento permanente

en su totalidad, una base fija de negocios para actividades de servicios o una empresa en su conjunto.

Estamos ante tres supuestos de enajenaciones de un conjunto de elementos muebles e inmuebles, corporales e incorporeales, interdependientes e indivisibles cuyo valor es superior a la suma el valor de todos sus componentes. Se transmite un conjunto organizado de elementos en funcionamiento, en atención a la actividad económica con él realizada⁴⁷⁶.

Tales características han provocado la atención del Comité de Asuntos Fiscales que ha previsto expresamente su tratamiento.

Es posible que en el caso de la enajenación de una empresa de la cual depende un establecimiento permanente puedan distinguirse dos elementos materiales y económicos diferenciados: por un lado, el establecimiento principal, y, por el otro, el establecimiento permanente y que pueden ser objeto de enajenación conjunta o separada. El hecho de que constituya elementos patrimoniales distinguibles y diferenciables aboca a tal solución⁴⁷⁷.

Los Comentarios admiten que deben considerarse como "enajenaciones realizadas" la transferencia de un activo de un establecimiento permanente situado en el territorio de un Estado

⁴⁷⁶ BROSETA PONT, M., op.cit., pp.106-113.

⁴⁷⁷ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.281.

a un establecimiento permanente o a una sede central de la misma empresa situada en el otro Estado. La inclusión de las ganancias efectuadas como consecuencia de tal transferencia en los beneficios del establecimiento permanente debe ser conforme al art.7 (beneficios comerciales).

Aquí también, debemos reiterar nuestra opinión de que las ganancias de capital contempladas son las realizadas y no las producidas por mera revalorización contable ya que ésta no podría producirse sobre el conjunto de la empresa o del establecimiento permanente sino sobre cada uno de los elementos del activo, supuesto que ha sido analizado anteriormente.

Por lo que respecta a la transmisión de participaciones en el capital de sociedades de personas, este supuesto no se encuentra contemplado en este número. El Comité de Asuntos Fiscales no ha previsto ninguna solución para esta cuestión dejando a las negociaciones bilaterales entre Estados la determinación del régimen tributario aplicable. Esta posición puede explicarse por el hecho de que en esos países tales sociedades se consideran propiedad de los socios, en otros se les atribuya personalidad jurídica y en otros ni siquiera exista la figura⁴⁷⁸. Creemos que en el caso en que no se pacte nada será de aplicación el número 4 del art.13, como cláusula residual de cierre.

⁴⁷⁸ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.281.

IV.E.3.b) Reparto de la soberanía tributaria:

Se establece, en el número 2 del art.13 que las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles que forman parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante, o de bienes muebles que pertenezcan a una base fija que un residente de un Estado contratante posea en el otro Estado contratante para la prestación de trabajos independientes pueden someterse a imposición en el Estado contratante de situación del establecimiento permanente o de situación de la base fija de negocios para la prestación de trabajos independientes.

Asimismo, las ganancias derivadas de la enajenación de un establecimiento permanente (sólo o con el conjunto de la empresa) o de la base fija de negocios pueden someterse a imposición en el Estado de residencia del establecimiento principal o de residencia de la persona que realiza actividades independientes.

Este derecho reconocido en favor del Estado de situación, se compatibiliza con el atribuido al Estado de residencia del beneficiario, que, sin embargo, quedará obligado a adoptar el mecanismo de la exención o el mecanismo de la imputación para evitar la doble imposición jurídica internacional.

Como requisito para que el Estado de situación del establecimiento permanente o de la base fija pueda someter a gravamen las ganancias de capital, es necesario, que dichas

ganancias de capital provengan de bienes que estén adscritos, que pertenezcan, de bienes que mantengan una vinculación directa con el establecimiento permanente o con la base fija de negocios.

Si no existe tal vinculación entre el bien enajenado y el establecimiento permanente o la base fija, el Estado de situación de éstos no puede someter a gravamen, no es competente para sujetar a gravamen las ganancias de capital.

Se rechaza, así, por parte de los Comentarios aquella postura defensora de la "vis atractiva" del establecimiento permanente según la cual cualquier bien mueble situado en el territorio de un Estado contratante en el cual una empresa de otro Estado contratante actúa mediante establecimiento permanente o una base fija de negocios debe estar sujeto a gravamen de idéntica forma a como lo haría un elemento propio del establecimiento permanente o de la base fija de negocios, independientemente de la efectiva vinculación del bien mueble con el establecimiento permanente o la base fija de negocios.

Esta teoría, rechazada por el Comité de Asuntos Fiscales, estaba justificada, se defendía, por un deseo de conseguir una mayor seguridad en cuanto al tratamiento tributario de los bienes mediante la eliminación de la prueba de la existencia o no de vinculación con el establecimiento permanente o la base fija de negocios. Además, la obtención de una ganancia de capital por la enajenación de un bien puede presumirse facilitada por la presencia de un establecimiento permanente.

También contempla el número 2 del artículo 13 la enajenación como un todo de un establecimiento permanente o de la base fija solas en conjunto con su establecimiento principal.

Para De la Villa⁴⁷⁹ las plusvalías o incrementos de patrimonio derivados de la transmisión del propio establecimiento permanente o base fija o de la empresa como un todo pueden dividirse en dos partes: las plusvalías provenientes de la transmisión del propio establecimiento permanente o base fija de negocios y, por otro lado, las plusvalías provenientes de la transmisión del propio establecimiento principal. Tal solución puede explicarse por el hecho de que constituyan elementos patrimoniales distinguibles y diferenciables que, frecuentemente, poseen una base inmobiliaria⁴⁸⁰.

En consecuencia, si lo que se enajena es el conjunto de la empresa (es decir, central y sucursal) el gravamen en el Estado de situación se circunscribe a la ganancia que corresponde al establecimiento permanente o base fija y a los bienes que formen parte de los mismos.

El cálculo de la ganancia de capital que se ha generado como consecuencia de la enajenación de bienes puede plantear algunas dificultades por la práctica de amortizaciones sobre dichos bienes. En efecto, es posible que en la contabilidad de una

⁴⁷⁹ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.281.

⁴⁸⁰ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.281.

empresa de un Estado se incluya un activo que se encuentra situado en el otro Estado y que sobre dicho bien se practiquen amortizaciones. Dichas amortizaciones serán deducibles respecto de los ingresos en el Estado en el que se encuentra contabilizado el activo.

Si el bien se encontrara en el Estado en el cual se efectuara su contabilización, para el cálculo de la plusvalía generada se tendrían en cuenta las amortizaciones practicadas sobre dicho bien.

Sin embargo, la enajenación de bienes situados en un Estado puede quedar sujeta a gravamen en dicho Estado de forma ilimitada, dicha sujeción se hará sin tener en cuenta las amortizaciones que se hubieran practicado en el otro Estado.

La falta de límites en la sujeción a gravamen en el Estado de situación del bien afecta al Estado en el cual se ha efectuado la contabilización ya que el mismo tendrá derecho también a someter a gravamen los bienes pero deberá aplicar alguno de los dos métodos del art.23 (imputación o exención) para evitar la doble imposición jurídica internacional.

En el caso de empleo del método de imputación, el Estado en el que se han contabilizado los bienes puede gravar la plusvalía añadiendo a la cantidad inicial las amortizaciones realizadas, de forma que gozará de la más amplia de las libertades para someterlas a gravamen, al mismo tiempo quedará obligado a deducir

de la cuota impositiva correspondiente a la plusvalía generada por la enajenación, la cantidad exigida como impuesto en el Estado de situación del bien.

Por otro lado, en el Estado donde se ha contabilizado el bien no puede aplicarse de forma estricta la exención de las ganancias obtenidas en el Estado de situación del bien ya que las amortizaciones practicadas sobre el bien han contribuido, previamente, a reducir los beneficios imponibles en el Estado de situación del bien.

La solución propuesta en los Comentarios al método de exención consiste en restringir la exención a la parte de los beneficios que no han dado lugar a la imputación de gastos o pérdidas, anteriormente, en el Estado de residencia del titular de los beneficios. A esos beneficios les será de aplicación el método de imputación.

IV.E.4. Ganancias provenientes de la enajenación de buques, embarcaciones o aeronaves (número 3 del art.13) :

En el número 3 del art.13 se incluye una derogación de la regla general contenida en el apartado 2 del art.13. De acuerdo con este número, la tributación de las ganancias derivadas de la enajenación de buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, de embarcaciones utilizadas en la navegación interior y de los bienes muebles afectos a las respectivas

explotaciones únicamente puede realizarse en el Estado Contratante donde está situada la sede de dirección efectiva de la empresa.

Aunque en el número 3 se trata, también, de bienes muebles como en el número 2, el criterio de tributación es distinto: no se atribuye al Estado de situación, sino al de la sede de dirección efectiva de la empresa. Vamos a estudiar, en primer lugar, qué se entiende por la expresión "ganancias derivadas de al enajenación de buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, de embarcaciones utilizadas en la navegación interior y de los bienes muebles afectos a las respectivas explotaciones" y, posteriormente, el reparto de la soberanía tributaria.

IV.E.4.a) **Ámbito objetivo de la disposición :**

Según De la Villa⁴⁸¹ las ganancias reguladas en el número 3 del artículo 13 son las que se derivan de la enajenación de los medios naturales utilizados en el ejercicio de la actividad empresarial de transporte marítimo o aéreo.

Por esta razón se incluyen entre los medios materiales los buques, embarcaciones, aeronaves explotadas en tráfico internacional y en la navegación interior y los bienes afectos

⁴⁸¹ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.280.

a la explotación de estos buques, aeronaves o embarcaciones.

Sin embargo, advierte el autor, los inmuebles utilizados para el desarrollo de las actividades de transporte internacional no están incluidos en el ámbito de aplicación objetivo del número 3 del art.13, sino que se incluyen dentro del ámbito de aplicación objetivo del número 1 y, por lo tanto, pueden someterse a imposición en el Estado de situación del bien.

Además, las ganancias derivadas de la enajenación de bienes inmuebles afectos a actividades empresariales deben incluirse entre las rentas del número 1 del art.8 y deben quedar sometidas a gravamen en el Estado contratante en el que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa.

Tras haber examinado cuál es el ámbito objetivo del número 3 del art.13 se hace necesario examinar el reparto de la soberanía tributaria sobre dichas ganancias de capital.

IV.E.4.b) Reparto de la potestad tributaria :

De acuerdo con el número 3 del artículo 13, las ganancias derivadas de la enajenación de buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, de embarcaciones utilizadas en la navegación interior o de bienes muebles afectos a la explotación de dichos buques, aeronaves o embarcaciones únicamente pueden someterse a imposición en el Estado contratante donde está situada la sede de dirección efectiva de la empresa.

Esta competencia exclusiva de gravamen otorgada al Estado de la sede de dirección efectiva de la empresa corresponde, también, a la competencia de gravamen de la explotación empresarial de buques o aeronaves en régimen internacional (número 1 del artículo 8) y a la competencia de gravamen sobre el patrimonio constituido por buques o aeronaves explotados en tráfico internacional o por embarcaciones utilizadas en la navegación interior, así como por bienes muebles afectos a la explotación de tales buques, aeronaves o embarcaciones (número 3 del art.22).

En el caso de que la actividad de navegación se organice a través de consorcios, determina que, en tal caso, las ganancias atribuibles a cada uno de sus miembros deba estar en proporción con su participación en dicho consorcio.

Los Comentarios admiten la posibilidad de que los Estados contratantes prefieran conceder el derecho a someter a gravamen en forma exclusiva en el Estado de residencia o combinen el criterio de la residencia con el de la sede de dirección efectiva.

Pueden, además, los Estados contratantes determinar que en el supuesto de que la sede de dirección se encuentre en el Estado en que está el puerto base, el derecho de gravamen será exclusivo para el Estado en que se encuentre dicho puerto base y, en el caso en que no exista ningún puerto base, sea el Estado de residencia del explotador, de acuerdo con el número 3 del art.8

del Modelo de Convenio.

**IV.E.5. Ganancias de capital obtenidas de otros bienes
(número 4 del art.13) :**

Para las ganancias de capital provenientes de cualquier otro bien que no sea alguno de los que aparecen en los números 1,2 y 3, el número 4 prevé que únicamente pueden quedar sujetos a tributación en el Estado en el que resida la persona que efectúa la enajenación.

Se trata de un supuesto residual, que afecta a los bienes que no quedan contemplados en los otros números.

Por lo tanto, únicamente pueden gravarse en el Estado de residencia del cedente las plusvalías generadas por la enajenación de bienes que no sean bienes inmuebles (número 1), bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente o de una base fija de negocios, establecimientos permanentes, bases fijas de negocios (número 2), buques, aeronaves o embarcaciones y bienes afectos a la explotación de los bienes anteriores (número 3).

Los Comentarios recalifican en determinados supuestos las ganancias derivadas de la enajenación de estos bienes residuales que caen en el ámbito de aplicación de otros artículos.

En concreto, la diferencia entre el precio de venta de las

acciones enajenadas por un accionista a la sociedad emisora y su valor nominal (artículo 10 "dividendos") y el reembolso por el deudor de obligaciones representativas de empréstitos a un precio superior al valor nominal o al valor a que fueron emitidos (art.11 "intereses").

El Comité de Asuntos Fiscales ha establecido un sistema de reparto de la potestad tributaria de gravamen sobre las ganancias de capital derivadas de la transmisión de determinados bienes o derechos paralelo al previsto para las rentas que se originan por dichos bienes o derechos.

Así, la potestad de gravamen por las ganancias de capital extraídas de bienes inmuebles se reserva, en primer lugar, al Estado de situación de los bienes (número 1 del art.13) al igual que sucede para las rentas de bienes inmuebles (número 1 del art.6).

En el caso de que una empresa realice actividades económicas en el otro Estado contratante mediante establecimiento permanente o preste servicios mediante base fija de negocios en el otro Estado (número 2 del art.7 y número 1 del art.14), ese otro Estado contratante tendrá un derecho preferente de gravamen sobre los beneficios extraídos de las actividades realizadas por dichas entidades. De forma paralela, el Estado de situación del establecimiento permanente o de la base fija de negocios tienen derecho preferente de gravamen sobre las ganancias de capital derivadas de la enajenación de bienes muebles que formen parte

del activo de un establecimiento permanente o pertenezcan a una base fija de negocios así como las ganancias derivadas del establecimiento permanente o de la base fija de negocios (número 2 del art.13).

Al igual que sucedía en las rentas derivadas de la explotación de buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, de embarcaciones utilizadas en la navegación interior (números 1 y 2 del art.8), en el art.13 del Modelo se estipula que las ganancias derivadas de la transmisión de los elementos anteriores serán objeto de gravamen en el Estado de la sede de dirección efectiva de la empresa que explota buques, aeronaves o embarcaciones.

Por último, como cláusula de cierre, se establece tanto para rentas como para ganancias de capital que, en el supuesto de que las rentas no se encuentren entre las otras categorías de rentas que se describen en el Capítulo 3 del Modelo (art.21) o las ganancias de capital no se encuentren entre las que aparecen en los números 1,2 y 3 del art.13 del Modelo, la potestad de gravamen será de forma exclusiva para el Estado de residencia del receptor de las rentas o de las ganancias de capital.

IV.E.6. Tratamiento de las ganancias de capital en los CDI firmados por España :

Existen algunas diferencias sustanciales en el tratamiento de las ganancias de capital en los CDI firmados por España

respecto del Modelo de Convenio de la OCDE. Estas diferencias se centran especialmente en el tratamiento de las ganancias de capital de las sociedades cuyo activo esté formado principalmente por bienes inmuebles y de las participaciones sustanciales en sociedades.

Explica De la Villa ⁴⁸² que el régimen de tributación de los inmuebles coincide en la casi totalidad de los supuestos.

Salvo en el caso del Convenio con Austria, en todos los demás CDI, el derecho a gravar las ganancias de capital procedentes de la enajenación de bienes inmuebles, concedido al Estado de situación, no es un derecho exclusivo, el Estado de residencia del transmitente puede gravar también las mismas ganancias, eliminando la doble imposición que se produzca, en la forma prevista en el Convenio⁴⁸³.

En los últimos CDI celebrados por España (CDI con Argentina, Ecuador, Filipinas, Méjico, India y Corea) se introduce una referencia a la definición de bienes inmuebles que aparecen en el art.6 del Modelo de Convenio.

Para combatir el fenómeno de las "real estate companies", de la transformación de ganancias de capital generadas por bienes inmuebles en ganancias de capital generadas por bienes muebles

⁴⁸² DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.284.

⁴⁸³ GONZÁLEZ POVEDA, V., Tributación de no..., pág.418.

se introducen excepciones a la regla general de gravar las ganancias de capital procedentes de la venta de acciones en el Estado de residencia del transmitente, cuando se trata de enajenaciones de participaciones en sociedades de tenencia de inmuebles o en fiducias titulares de bienes inmuebles o en sociedades de personas⁴⁸⁴.

En el Convenio con Francia se establece (párrafo segundo del número 1 del art.13) que las ganancias derivadas de la enajenación de partes o derechos análogos en una sociedad cuyo activo total esté compuesto principalmente de bienes inmuebles sitos en un Estado contratante pueden quedar sometido a gravamen en el Estado de situación de los bienes.

La misma norma aparece en los Convenios con Luxemburgo (art.13.1. párrafo segundo), China (art.13.4), Polonia (art.13.1), URSS (art.11.4), Méjico (art.13.2), India (art.14.4) y Corea (art.13.2).

En los CDI con Canadá (art.XIII.3.a)b)), Filipinas (art.13.3) e Irlanda (art.13.2) se añaden a la transmisión de acciones cuyo activo está constituido principalmente por bienes

⁴⁸⁴ Ver en Derecho español, el número 1 del art.17 de la Ley 18/1991 del IRPF, y letra e).Tres del art.23 de la Ley 61/1978 según redacción dada por la Ley 41/1994 de Presupuestos Generales del Estado en su art.72.

GONZÁLEZ POVEDA, V., *Tributación de no...*, pp.402-417.

BAENA AGUILAR, A., *La obligación real de contribuir...*, pp.277-288.

inmuebles, la transmisión de participaciones de sociedades de personas "partnership" y fiducias "trusts".

En el CDI con Suecia se permite el gravamen de las ganancias de capital producidas por la venta de acciones de sociedades cuyo activo principal consista en inmuebles siempre que el vendedor sea residente del Estado en el que se halla el bien pero sea nacional del Estado de situación (y no sea nacional del otro Estado o haya sido residente del Estado de situación durante un período de tiempo de cinco años anteriormente).

El número 2 del art.13 del CDI entre España y Estados Unidos sigue el número 1 del Modelo de Convenio de 1992. Pero para analizar correctamente el tratamiento de las ganancias de capital en el CDI con Estados Unidos resulta necesario examinar el Protocolo Adicional al mismo.

De acuerdo con el art.10 del Protocolo Adicional al CDI con Estados Unidos tendrán la consideración de bienes inmuebles en los Estados Unidos los intereses de bienes inmuebles situados en Estados Unidos.

González Poveda advierte que en el derecho americano, el término "interest" significa cualquier derecho sobre un bien, en este caso inmuebles. Entre estos derechos sobre bienes inmuebles que la ley fiscal de los Estados Unidos de 1980 (Foreign Investor in Real Property Tax Act) somete a tributación en Estados Unidos, se incluyen los derechos sobre bienes inmuebles de los cuales son

titulares sociedades preponderantemente inmobiliarias (U.S. Real Property Holding Companies). Una sociedad se considera en los Estados Unidos, preponderantemente inmobiliaria cuando el valor real del "interest" sobre bienes inmuebles cuya titularidad corresponde a dicha sociedad es igual o superior al 50 por 100 del valor total de los activos⁴⁸⁵.

En consecuencia, el número 1 del art.13 en combinación con el número 10 del Protocolo Adicional permite el gravamen de las sociedades cuyo activo principal consista en bienes inmuebles situados en Estados Unidos.

Por Canje de Notas de 13 de diciembre de 1993 y de 17 de junio de 1994 (BOE de 25 de mayo de 1995) se modificó el art.13 que regula las ganancias de capital en el CDI entre España y el Reino Unido y se introdujo un nuevo número según el cual las ganancias de capital derivadas de la enajenación de derechos de multipropiedad que puedan ser utilizados durante períodos que no excedan de cuatro semanas en cualquier año natural solamente pueden someterse a imposición en el Estado Contratante del que sea residente el transmitente.

Tras haber repasado las novedades respecto a la tributación de las ganancias de capital derivadas de bienes inmuebles o de sociedades cuyo activo principal consista en bienes inmuebles, vamos a analizar las diferencias respecto al Modelo de Convenio

⁴⁸⁵ GONZÁLEZ POVEDA, V., op.cit., pág.194.

por lo que respecta a las otras ganancias de capital.

Apartándose extraordinariamente del Modelo de Convenio, en algunos CDI celebrados por España se ha introducido la posibilidad de que en el caso de la transmisión de cantidades sustanciales de participaciones, acciones u otros derechos sobre el capital de una sociedad residente en un determinado Estado dicho Estado puede someter a tributación las ganancias de capital producidas.

Así, en el CDI con Estados Unidos se establece que las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante en la enajenación de acciones, participaciones u otros derechos en el capital de una sociedad u otra persona jurídica residente del otro Estado, pueden someterse a imposición en este otro Estado, si el perceptor de la ganancia de capital fue dueño durante el período de doce meses precedentes a la enajenación de una participación directa o indirecta del 25 por 100, al menos, del capital de dicha sociedad o persona jurídica.

En el apartado 10.c) del Protocolo Adicional al CDI existe una excepción al régimen general destinado a no poner trabas fiscales a las operaciones de reorganización de un grupo de sociedades.

Por otro lado, el CDI con los Países Bajos (art.14.5) permite someter a gravamen en los Países Bajos las ganancias obtenidas por la venta de una parte sustancial de las acciones

de una sociedad residente en dicho Estado por una persona residente en España que tenga la nacionalidad holandesa (sin tener al mismo tiempo la española) y que en los cinco años anteriores haya sido residente de los Países Bajos.

Esta postura se ha extendido en los nuevos CDI celebrados por España (CDI con Argentina, Corea, India, Irlanda y Filipinas) que incluyen el derecho a someter a gravamen en el Estado de residencia de la sociedad las ganancias derivadas de la transmisión sustancial de las acciones de la misma.

En relación con los bienes muebles afectos a un establecimiento mercantil o una base fija y con las ganancias derivadas de la enajenación de éstos, no cabe resaltar desviaciones notables⁴⁸⁶.

En el Convenio con Austria se otorga la facultad exclusiva de gravamen al Estado en que radican tales establecimientos permanentes o bases fijas.

El Convenio con Bélgica (art.13.2) se remite a la regulación del cálculo de los beneficios empresariales (apartados 2 y 3 del art.7).

Los Convenios suscritos con Austria, Francia, Noruega y Portugal contemplan el supuesto de la enajenación de

⁴⁸⁶ DE LA VILLA GIL, J.M., op.cit., pág.285.

embarcaciones dedicadas al transporte marítimo.

Los Tratados con Polonia, Hungría, Bulgaria y Rumania incluyen el transporte terrestre y, el último, el efectuado por ferrocarril.

En el CDI con Checoslovaquia no hay ninguna regla especial para las ganancias derivadas de buques o aeronaves destinadas al tráfico internacional.

En principio, los CDI siguen el Modelo de Convenio y la potestad tributaria corresponde al Estado donde radica la sede de dirección efectiva de la empresa explotadora.

Algunos CDI como los celebrados con Estados Unidos, Canadá, Japón, Reino Unido, Suecia, Italia y Corea emplean el criterio exclusivo del Estado de residencia del explotador.

Los Convenios con Suecia y Dinamarca contienen normas específicas sobre la participación en el Consorcio SAS.

La mayoría de los CDI adoptan la misma cláusula residual según la cual las ganancias de capital derivadas de los bienes que no han sido contemplados en otros artículos únicamente podrán ser gravados en el Estado de residencia del transmitente.

IV.F.Tratamiento de las rentas derivadas de actividades independientes en el Modelo de Convenio:

En el Modelo de Convenio de 1992 que sigue, en esta cuestión, la misma línea que los Modelos anteriores, los arts.14, 17 y 20 se encargan de proponer un régimen tributario para determinadas actividades independientes: es decir, actividades que dan lugar a una serie de pagos que no tienen como causa una relación laboral de dependencia ni la contraprestación por la utilización del capital mobiliario de una persona⁴⁸⁷.

Se trata de actividades que requieren básicamente una actividad, un trabajo personal, frecuentemente intelectual.

Los arts.14 (profesiones independientes), art.17 (artistas y deportistas) y art.20 (estudiantes) se encargan de proponer un régimen tributario para determinadas actividades independientes: es decir, actividades que dan lugar a una serie de pagos que no tienen como causa una relación laboral, aunque están basados en el trabajo personal.

En los trabajos independientes o profesiones liberales se ejerce una actividad personal en la que el factor trabajo suele ser preponderante. A su vez la actividad profesional se

⁴⁸⁷ PÉREZ ROYO, I., Manual del impuesto..., pp.143-208.
GOROSPE OVIEDO, J.I., Rendimientos de actividades empresariales o profesionales, en Comentarios..., pp.342-392.

caracteriza por su independencia respecto del empleador, mientras que en la actividad del trabajador dependiente se da siempre una relación de subordinación respecto de otra persona que organiza el trabajo a realizar⁴⁸⁸.

Los artistas y deportistas pueden actuar dentro de una relación laboral o no, pero cuando actúan fuera de una relación laboral su actividad personal, su trabajo personal amparado en su talento, prestigio y experiencia son determinantes para obtener las retribuciones que perciben.

Finalmente, los estudiantes pueden recibir ayudas para el estudio, para su formación, para que desarrollen una actividad de aprendizaje teórico o práctico pero sin que exista una situación de subordinación para la producción de bienes o servicios en el mercado⁴⁸⁹.

Vamos a analizar a continuación el tratamiento previsto para cada una de las categorías de rentas, así como el tratamiento que aparece en los CDI celebrados por España.

⁴⁸⁸ GONZÁLEZ POVEDA, V., op.cit., pág.236.

⁴⁸⁹ Las prácticas en empresas suelen tener un marcado carácter pedagógico de complemento de la formación técnica recibida anteriormente.