

LA CALIFICACIÓN DE LAS ENTIDADES EXTRANJERAS COMO TRANSPARENTES O NO TRANSPARENTES EN LOS IMPUESTOS SOBRE LA RENTA*

FÉLIX ALBERTO VEGA BORREGO**

Resumen: En este trabajo se analiza el método de calificación de la legislación española para determinar si una entidad extranjera debe ser tratada en España como transparente o no transparente. Aunque la normativa parece establecer un sistema de calificación basado en el método de la comparabilidad, en la práctica las consultas de la Dirección General de Tributos están aplicando el método basado en el régimen fiscal de la entidad en el país de origen.

Palabras clave: Régimen de atribución de rentas, transparencia fiscal, sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, método de la comparabilidad, método del régimen fiscal del país de origen.

Abstract: This article analyzes the criterion envisaged under Spanish law to classify foreign entities as transparent or opaque. Although the wording of the Spanish statutory rule seems to establish a resemblance test, the rulings of the Spanish General Directorate for Taxation reveal that the classification is mainly based on how the entity is treated for tax purposes in its home country.

Keywords: Transparency, corporate income tax subjects, resemblance test, tax treatment of the entity in its home country.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. MÉTODOS DE CALIFICACIÓN EXISTENTES EN EL DERECHO COMPARADO; 1. No transparencia de todas las entidades extranjeras; 2. Personalidad jurídica; 3. Opción; 4. Comparabilidad; 5. Sistema de lista; 6. Régimen fiscal de la entidad en el Estado de constitución; III. EL MÉTODO DE CALIFICACIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA; 1. Antecedentes; 2. Análisis del método de calificación previsto en la Ley: ¿un método de comparabilidad o de aplicación del régimen fiscal del Estado de constitución?; 3. Conclusiones; IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Agradezco al Consejo de Redacción de la RJUAM su invitación para participar en este número con el que se cumplen quince años de la revista. Tuve la suerte de formar parte

* Fecha de recepción: 3 de noviembre de 2014.

Fecha de aceptación: 17 de noviembre de 2014.

** Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid.

Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2012-31931, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

del primer Consejo de Redacción de la RJUAM hasta la fecha en que leí mi tesis doctoral. Fueron tres años de trabajo intenso que, como ha revelado el tiempo, no fueron en balde, gracias sobre todo a las distintas personas que con su esfuerzo han contribuido a que la RJUAM se siga publicando y tenga ya una posición relevante dentro del panorama de revistas jurídicas en castellano. Prueba de ello es que la revista consta dentro del elenco de revistas catalogadas por Latindex cumpliendo 31 características.

Voy a analizar en este trabajo un tema que comenzó a suscitar mi interés durante el tiempo en el que, además de formar parte de la RJUAM, escribía mi tesis doctoral. Se trata de estudiar el criterio o los criterios de la normativa tributaria española para calificar a una entidad constituida conforme a la normativa de otro país (entidad extranjera) como transparente o no transparente en el ámbito de los impuestos sobre la renta.

Cuando se considera que una entidad es no transparente, lo que se quiere decir es que es la entidad la que tributa por las rentas que obtiene. Por lo tanto, el sujeto pasivo de las rentas obtenidas por la entidad es la propia entidad. La situación contraria es la de la transparencia de la entidad o, utilizando la terminología del Derecho tributario español, el régimen de atribución de rentas¹. Cuando una entidad es transparente, las rentas se atribuyen directamente a sus socios o partícipes, que serán los que tributarán por dichas rentas y no, por lo tanto, la propia entidad. En suma, cuando nos encontramos ante una entidad que obtiene rentas, la primera pregunta que hay que formularse desde la perspectiva de los impuestos sobre la renta es si esa entidad es transparente (régimen de atribución de rentas) u opaca².

Este tema –la opacidad o transparencia de las entidades– tiene gran importancia tanto en el contexto nacional como internacional. Prueba de ello es que esta cuestión fue analizada en el Congreso en Lisboa de 2013 de la EATLP (*European Association of Tax Law Professors*) cuyo título fue *Corporate income tax subjects*³. Otra prueba de la relevancia de esta materia es el hecho de que ha sido el segundo de los temas abordados en el Congreso de 2014 en Bombay de la IFA (*International Fiscal Association*): *Qualification of taxable entities and treaty protection*.

¹ La expresión “*transparencia fiscal*”, a los efectos de este trabajo, debe asimilarse al régimen de atribución de rentas regulado en la legislación española. No debe confundirse con el régimen de transparencia fiscal vigente en nuestro ordenamiento hasta la entrada en vigor de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades (IS) y sobre la Renta de no Residentes (IRNR). En el ámbito del Derecho tributario internacional, el término transparencia (*transparency*) se asimila al régimen español de atribución de rentas. Vid. OCDE, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, OECD, Paris, 1999, p. 11 y PALAO TABOADA, C., “La aplicación de los convenios de doble imposición a las sociedades personalistas”, *Revista de contabilidad y tributación*, n° 209/210, 2000, p. 59, nota 3.

² Los términos opaco/opaca/opacidad no tienen aquí un sentido peyorativo. Se trata solo de indicar que la entidad no es transparente o, lo que es lo mismo, que no tributa en régimen de atribución de rentas.

³ Los informes general, transversales y nacionales pueden consultarse aquí: <http://www.eatlp.org/> → Past Congresses → Lisbon (2003).

Finalmente, no puede dejarse de señalar el interés de la OCDE y el G20 por este tema en el contexto del Proyecto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*). Como veremos, la decisión sobre si una entidad extranjera es transparente o no depende fundamentalmente del Derecho de cada país. Por eso es posible que una entidad tenga carácter híbrido, esto es, que reciba un tratamiento tributario distinto en cada uno de los países con los que tiene vínculos. Así, por ejemplo, una sociedad colectiva española, que conforme al Derecho español no es transparente, podría ser tratada como transparente en los países donde obtiene rentas y/o donde residen sus socios.

El carácter híbrido de una entidad puede producir situaciones de doble imposición internacional difíciles de resolver pero también, a través de una adecuada planificación, situaciones de no imposición⁴. De hecho, el carácter híbrido de una entidad ha sido una de las piezas clave de muchas estructuras de planificación fiscal internacional. Ejemplo de ello son los esquemas de planificación fiscal internacional utilizados por Amazon, Google y Starbucks que, como es sabido, han tenido gran impacto mediático. Aunque no es este el lugar para explicar con detenimiento esta estructura, si merece la pena destacar que uno de los elementos que permitía reducir significativamente la carga fiscal global descansaba en la utilización de una entidad híbrida⁵.

La acción 2ª del Plan BEPS constituye una reacción frente a la planificación fiscal agresiva con entidades y otros instrumentos híbridos, lo que explica que la misma se titule así: neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos. En septiembre de 2014 la OCDE ha publicado el informe derivado de esta acción donde se recomiendan a los Estados una serie de modificaciones en su Derecho interno para atacar este tipo de situaciones⁶.

Con todo, el objeto de este trabajo es más modesto. Se trata solo de analizar, como se ha dicho, los criterios del ordenamiento español para determinar si una entidad extranjera debe ser tratada como transparente u opaca. Los efectos de esta decisión se materializan cuando la entidad extranjera tiene vínculos con España. Dichos vínculos pueden darse tanto cuando la entidad obtiene rentas de fuente española como cuando alguno de sus socios o partícipes reside en España. Sin embargo, antes de entrar de lleno en el objeto de este trabajo, resulta imprescindible poner de relieve la trascendencia que tiene la transparencia o no transparencia de las entidades, tanto desde la perspectiva de las entidades constituidas conforme al Derecho español como de las entidades extranjeras.

Todo sistema tributario que cuente con un impuesto sobre sociedades (IS) tiene que establecer con cierta precisión qué entidades tienen la condición de sujetos pasivos de dicho impuesto⁷. Esta decisión tiene trascendencia tanto para la propia entidad como para sus so-

⁴ RUSSO, R., *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, Ámsterdam, 2007, pp. 113 y 134.

⁵ Sobre esta estructura, también denominada “el doble irlandés con sándwich holandés”, vid. VAN DEN HURK, H., “Starbucks contra el pueblo”, *Nueva Fiscalidad*, nº 2, 2014, pp. 17 y ss.

⁶ Disponible en <http://www.oecd.org/> → Topics → Tax → BEPS → Reports → 2014 Deliverables.

⁷ TEJERIZO LÓPEZ, J.M., “Los sujetos pasivos en el Impuesto General sobre la Renta de Sociedades y demás entidades jurídicas”, *Hacienda Pública Española*, nº 18, 1972, p. 45.

cios o partícipes. Cuando una entidad se califica como contribuyente del IS (no transparente, opaca, etc.) se parte de la premisa de que es la propia entidad la que tributa por las rentas obtenidas por ella. Por consiguiente, los socios o partícipes no resultarán gravados por la renta obtenida por la entidad hasta que la misma acuerde, a través de los procedimientos que resulten aplicables, la distribución o aplicación de su resultado. En el marco de las sociedades mercantiles esto último se instrumenta normalmente mediante el pago o distribución de dividendos. Cuando una entidad es opaca, mientras no acuerde tal distribución, el socio o partícipe no tendrá que tributar por las rentas obtenidas por la entidad. Además, con carácter general, el beneficio distribuido al socio tendrá para él, en el impuesto sobre la renta por el que tenga que tributar (IRPF, IS o IRNR), la calificación de rendimiento de capital mobiliario derivado de la participación en los fondos propios de la entidad. Así, el beneficio distribuido tiene su propia naturaleza que es independiente de la naturaleza de las rentas que haya obtenido la entidad.

Por el contrario, cuando una entidad es transparente, no será considerada el sujeto pasivo de las rentas obtenidas⁸. Las rentas generadas por la entidad se atribuirán de forma directa, en el porcentaje que corresponda, a sus socios o partícipes. La atribución de la renta se produce en todo caso, incluso aunque la entidad no haya distribuido sus beneficios a los socios. Con carácter general, la renta se atribuye al socio con la misma naturaleza que tuviera para la entidad⁹. Así, por ejemplo, si para la entidad la renta tiene la calificación de rendimiento de capital inmobiliario, se atribuirá al socio con esa misma naturaleza.

La decisión sobre la transparencia o no de una entidad es una cuestión de política legislativa, que depende del Derecho de cada país¹⁰. En el Derecho comparado, donde se producen las diferencias más habituales es en el ámbito de las sociedades personalistas (*partnerships*). Mientras que muchos países califican a estas sociedades como sujetos pasivos del IS, en otros se consideran transparentes. Así, por ejemplo, mientras que las sociedades

⁸ El hecho de que la entidad no sea el contribuyente de la renta no significa que desaparezca completamente a efectos tributarios. Las entidades en régimen de atribución de rentas suelen tener algunas obligaciones formales, como la presentación de declaraciones informativas y, en algunos casos, obligaciones de retención. Asimismo, en muchos ordenamientos, como por ejemplo el español, la renta se cuantifica a nivel de la entidad antes de atribuirse a los socios. *Vid.* LE GALL, J., “International tax problems of partnerships: general report”, *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 80a, Kluwer Law International, La Haya, 1995, p. 807 y AVERY JONES, J., “Characterization of Other States Partnerships for Income Tax”, *Bulletin of International Fiscal Documentation*, n° 7, 2002, p. 288.

⁹ El art. 88 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF), dispone lo siguiente: “Las rentas de las entidades en régimen de atribución de rentas atribuidas a los socios, herederos, comuneros o partícipes tendrán la naturaleza derivada de la actividad o fuente de donde procedan para cada uno de ellos”.

¹⁰ LANG, M.; STARINGER, C., “Qualification of taxable entities and treaty protection: general report”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 99b, Sdu Uitgevers, La Haya, 2014, p. 19.

colectivas españolas están sujetas al IS, el tipo societario equivalente del Derecho alemán es considerado allí como transparente a efectos fiscales¹¹.

La mayoría de los países cuando establecen qué entidades son sujetos pasivos de su IS toman como referencia los distintos tipos de entidades que existen en su Derecho interno. Si nos referimos al Derecho español, podemos advertir que el criterio general que utiliza la normativa española es el de la personalidad jurídica¹². Toda entidad que, conforme al Derecho español, tenga personalidad jurídica es sujeto pasivo del IS. Sin embargo, esta regla general tiene excepciones. Así, por ejemplo, las sociedades civiles, incluso cuando tienen personalidad jurídica, no se consideran sujetos pasivos (art. 7.1.a LIS). Al mismo tiempo, determinadas entidades que no tienen personalidad jurídica (fondos de pensiones, uniones temporales de empresas, etc.), son sujetos pasivos del IS porque así lo dispone de forma expresa el art. 7.1 LIS¹³.

El fundamento de la decisión del Legislador español sobre qué entidades españolas quedan sujetas al IS es difícil de determinar y el análisis detallado del mismo desbordaría el objeto de este trabajo. Sintéticamente puede señalarse aquí que concurren una serie de criterios: la personalidad jurídica, la existencia de la obligación de inscribirse en determinados registros y la obligación de llevar contabilidad¹⁴. Con todo, no puede olvidarse que se trata de una cuestión de política legislativa, que provoca que la decisión pueda cambiar a lo largo del tiempo, sin que en ocasiones el cambio normativo obedezca a profundos planteamientos teóricos¹⁵. Un ejemplo de ello lo hemos encontrado en el momento de elaborar este trabajo. El Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 6 de agosto de 2014, rompiendo con una larga tradición de no sujeción, incorpora dentro de los sujetos pasivos del IS a las sociedades civiles con objeto mercantil¹⁶. La Exposición de Motivos no justifica la razón de esta importante novedad, pues solo dice lo siguiente: “En el ámbito de los contribuyentes, se incorporan al [IS] las sociedades civiles que tienen objeto mercantil, y que tributaban hasta la aprobación de esta Ley como contribuyentes del [IRPF] a través del régimen de atribución de rentas”.

Todo lo expuesto hasta aquí se refiere exclusivamente a la calificación como opacas o transparentes de las entidades nacionales. El siguiente paso consiste en ver cómo se resuelve la misma pregunta cuando se trata de entidades extranjeras. No es una cuestión

¹¹ Vid. SCHNIEDER, E., *Die Körperschaftsteuer – ein Rechtsvergleich zwischen Spanien und Deutschland*, Peter Lang, Frankfurt, 1996, p. 119 y ECHEVARRÍA, A.; LÜDEMANN, P.; HRUSCHKA, F., “El tratamiento fiscal de las sociedades de personas en las relaciones entre Alemania y España”, *Impuestos*, 2000-II, p. 711.

¹² Vid. el art. 7 de la Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS).

¹³ Para un análisis detallado vid. JIMÉNEZ-VALLADOLID, D.; VEGA BORREGO, F.A., “Spain”, en *Corporate income tax subjects*, IBFD-EATLP, Ámsterdam, 2014 (en prensa), epígrafe 3.1.

¹⁴ Vid. JIMÉNEZ-VALLADOLID, D.; VEGA BORREGO, F.A., “Spain”, *cit.*, epígrafe 3.2.

¹⁵ TEJERIZO LÓPEZ, J.M., “Los sujetos pasivos...”, *cit.*, p. 46.

¹⁶ Sobre ello vid. TEJERIZO LÓPEZ, J.M., “Los sujetos pasivos en el Impuesto sobre Sociedades”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº 1/2, 2002, pp. 95 a 98.

baladí. Pensemos, por ejemplo, en una entidad holandesa con socios residentes en España. Si esta entidad, desde la óptica española, se califica como opaca/no transparente, los socios españoles no tendrán que tributar por las rentas generadas por la entidad hasta que la misma reparta beneficios. Por el contrario, si la entidad holandesa se califica como transparente a los efectos del Derecho tributario español, los socios residentes en España tendrán que incluir en su IRPF o su IS la parte proporcional que les corresponda de la renta de la entidad holandesa, incluso aunque no haya distribuido efectivamente su beneficio.

Desde la perspectiva comparada, los criterios de calificación de las entidades extranjeras son bien diversos¹⁷. De hecho, en muchas legislaciones, o no se prevé criterio alguno o los que se prevén distan de tener la claridad que suele existir cuando esta misma pregunta se resuelve desde la óptica nacional. Además, sucede también que en ocasiones los criterios utilizados para calificar a las entidades extranjeras no guardan la misma lógica seguida por el Legislador para resolver esta cuestión en el plano interno¹⁸. Por este motivo, antes de analizar la regulación española, resulta conveniente hacer un breve análisis de los diferentes sistemas de calificación que existen.

II. MÉTODOS DE CALIFICACIÓN EXISTENTES EN EL DERECHO COMPARADO

Los criterios utilizados por los Estados para calificar a las entidades extranjeras como transparentes o no transparentes son muy diversos. Es significativo que los parámetros utilizados difieren incluso entre los Estados cuyos ordenamientos jurídicos responden a un mismo modelo: Derecho civil o Derecho común.

Los sistemas de calificación que a continuación se expondrán no se aplican siempre en todos sus términos por los Estados que los utilizan. En este sentido, es habitual que se utilice con carácter general un método de calificación y, para determinados casos, se emplee otro distinto o una combinación de varios¹⁹. El estudio de los distintos sistemas que existen en el panorama internacional resulta útil a la hora de analizar el ordenamiento tributario español. Con todo, como característica general, cabe poner de relieve que, en la mayoría de los ordenamientos el criterio de calificación es obligatorio. En consecuencia, una entidad que se califique como transparente solo puede tributar como tal y viceversa. La mayoría de

¹⁷ VAN RAAD, K., "Recognition of foreign enterprises as taxable entities", *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 73A, Kluwer Law and Taxation, Deventer, 1988, p. 29 y LANG, M.; STARINGER, C., "Qualification of taxable entities...", *cit.*, p. 35.

¹⁸ LANG, M.; STARINGER, C., "Qualification of taxable entities...", *cit.*, p. 24.

¹⁹ Con más detalle *vid.* VAN RAAD, K., "Recognition of foreign enterprises...", *cit.*, pp. 288 y ss., VOGEL, K., *On Double Taxation Conventions*, Kluwer, Londres, 1997, pp. 90 a 93, SANZ GADEA, E., "Modificaciones de la Ley 43/1995 establecidas por la Ley 46/2002 (desaparición de la transparencia fiscal interna y establecimiento de las sociedades patrimoniales) (II)", *Revista de contabilidad y tributación*, nº 241, 2003, pp. 29 a 34 y los informes nacionales contenidos en el volumen 99b de la obra *Cahiers de Droit Fiscal International*, Sdu Uitgevers, La Haya, 2014.

los ordenamientos no atribuyen a las entidades extranjeras la posibilidad de elegir entre ser tratadas como transparentes u opacas²⁰.

1. No transparencia de todas las entidades extranjeras

Los Estados que utilizan este método consideran que todas las entidades constituidas en el extranjero no son transparentes, con independencia de sus características civiles o mercantiles o el tratamiento tributario que reciben en el Estado en el que se han constituido. En consecuencia, para los ordenamientos que utilizan este método el contribuyente es la entidad y no sus socios²¹.

Este método es sencillo de aplicar en la práctica. No obstante, el hecho de que sea sencillo de aplicar no significa que resuelva siempre los problemas internacionales que se generan en este ámbito, incluso cuando todos los Estados con los que la entidad tiene vínculos utilizan este método de calificación. Sigue siendo posible que no todos esos Estados tengan la misma opinión en relación a quién es el contribuyente de las rentas obtenidas por la entidad: la propia entidad o los socios. En efecto, es posible que el Estado de constitución de la entidad considere que son los socios y no la entidad quien tiene que contribuir por las rentas generadas a través de la misma. No se nos escapa, por el contrario, que en este supuesto el único Estado que podría adoptar una solución diferente sería solamente el propio Estado de constitución de la entidad.

A pesar de que la normativa tributaria española no se ha posicionado expresamente por ninguno de los métodos que aquí analizaremos –por lo menos no hasta la Ley 46/2002–, puede sostenerse que el método de la no transparencia de todas las entidades extranjeras es el que de hecho se ha sido utilizado en la práctica.

Hasta la aprobación de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978 (Ley 61/1978, de 27 de diciembre), como ha señalado GOTA LOSADA, ha existido “una antigua y constante doctrina de la Administración tributaria, auténtico precedente administrativo, consistente en que a las sociedades y entidades extranjeras no se les ha exigido nunca o casi nunca la prueba de su personalidad [...]. Tan es así que J. Garrigues mantiene que las leyes fiscales reguladoras del Impuesto sobre Sociedades han dado por supuesta la personalidad jurídica de todas las que operan en territorio español”²².

Al parecer, según señala el propio GOTA LOSADA, esta práctica no desaparece tras la LIS de 1978, pues “ni la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, ni el Reglamento del

²⁰ LANG, M.; STARINGER, C., “Qualification of taxable entities...”, *cit.*, p. 38.

²¹ Responden a este modelo los siguientes Estados: Chile, Grecia, Italia, Perú y Portugal. *Vid.* ROHATGI, R., *Basic International Taxation*, Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 557, AVERY JONES, J., “Characterization of Other States Partnerships...”, *cit.*, pp. 305 y 306 y los informes de los países mencionados contenidos en el vol. 99b de la obra *Cahiers de Droit Fiscal International*, Sdu Uitgevers, La Haya, 2014.

²² GOTA LOSADA, A. *Tratado del Impuesto sobre Sociedades*, EXTECOM, Madrid, 1989, p. 69.

Impuesto sobre Sociedades de 15 de octubre de 1982, ni ninguna disposición reglamentaria contienen normas que obliguen a las sociedades o entidades extranjeras que operan en España, mediante establecimiento permanente, o que simplemente obtienen rentas en España, a probar su personalidad jurídica conforme a la Ley de su constitución, de manera que la Administración tributaria española está admitiendo como sujetos pasivos a todas las entidades extranjeras que en apariencia actúan en la vida civil, mercantil o administrativa como entes personalizados²³.

2. Personalidad jurídica

Los Estados que acuden a este método consideran que la entidad extranjera es opaca cuando tiene personalidad jurídica²⁴. Si la entidad carece de personalidad jurídica se considera que es una entidad transparente a efectos tributarios y serán los socios los que tendrán que tributar, a través del régimen de atribución, por las rentas obtenidas por la entidad.

La solución propuesta por este método pasa por comprobar si la entidad tiene o no personalidad jurídica. Para determinar si la entidad extranjera tiene o no personalidad jurídica deberemos acudir a las reglas que, con carácter general, prevé el Derecho internacional privado en materia de reconocimiento de entidades constituidas conforme al Derecho de otro Estado²⁵.

Este criterio tampoco proporciona siempre un resultado uniforme que elimine la posibilidad de que existan entidades híbridas. En efecto, aunque todos los Estados con los que tenga vínculos la entidad utilicen el criterio de la personalidad jurídica, es posible que cada uno de ellos llegue a un resultado diferente. Ello se debe a que no todos los ordenamientos emplean el mismo método para establecer si una entidad extranjera tiene o no personalidad jurídica. En este sentido, en el Derecho internacional de sociedades existen dos modelos de reconocimiento de la personalidad de las entidades extranjeras (el modelo de constitución y el modelo de la sede real) claramente contrapuestos. Por este motivo, se puede comprender fácilmente que al no preverse una respuesta uniforme en la rama del ordenamiento al que se remite este método de calificación, nada garantiza, a su vez, que la respuesta tributaria que den todos los Estados implicados coincida.

Por lo que respecta al Derecho español, debemos resaltar que la doctrina considera que nuestro ordenamiento tributario ha utilizado, en algún momento, este método²⁶. En concreto, desde la LIS de 1978 hasta la reforma llevada a cabo en el IRPF, IS y el IRNR

²³ GOTA LOSADA, A., *Tratado del Impuesto sobre Sociedades*, cit., p. 69.

²⁴ Este modelo es seguido, aunque con matices, por Bélgica, Finlandia, México, Polonia y Rusia. Vid. LANG, M.; STARINGER, C., "Qualification of taxable entities..." cit., p. 38.

²⁵ GOTA LOSADA, A., *Tratado del Impuesto sobre Sociedades*, cit., p. 64. Sobre los modelos del Derecho internacional privado para el reconocimiento de entidades extranjeras vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho de sociedades y conflicto de leyes*, Edersa, Madrid, 2002.

²⁶ Vid. GOTA LOSADA, A., *Tratado del Impuesto sobre Sociedades*, cit., pp. 88 y 89.

por la Ley 46/2002²⁷, sin perjuicio de que, en la práctica, según da cuenta GOTA LOSADA, no se obligara a las sociedades o entidades extranjeras que operaban en España a probar su personalidad jurídica²⁸.

3. Opción

Este método, al igual que el método de la no transparencia de todas las entidades extranjeras, se caracteriza por su practicabilidad. Los Estados que siguen este método permiten a las entidades extranjeras decidir sobre quién tributará por las rentas obtenidas por ella: bien la propia entidad, bien los socios, a través de la atribución de rentas correspondiente. Cuando la entidad no elige el tratamiento tributario que quiere recibir en el Estado que ha establecido este método, la normativa suele contemplar una serie de reglas subsidiarias, que normalmente determinan que no se reconozca a la entidad extranjera como sujeto independiente de los socios²⁹. Cuando sucede lo anterior, los socios deben tributar directa e inmediatamente por las rentas obtenidas por la entidad en cuestión.

Hay que significar que el margen de libertad que permite este método para adoptar esta decisión no es absoluto. Determinados tipos societarios, nacionales o extranjeros, tienen siempre su propia personalidad fiscal, por lo que no serán transparentes a estos efectos. Dichos tipos societarios suelen ser las sociedades de capitales (*corporations*).

En este sentido, por ejemplo, una sociedad anónima española no tendría derecho a optar por la aplicación del régimen de transparencia. La sociedad anónima española siempre sería considerada el contribuyente de las rentas obtenidas. Los accionistas no estarían llamados a tributar hasta el momento en el que el órgano competente de la sociedad anónima acordase el reparto de beneficios mediante el pago de un dividendo.

Al igual que sucede con los métodos que hemos analizado anteriormente, tampoco este sistema de calificación asegura un tratamiento uniforme por parte de todos los Estados con los que una entidad puede tener vínculos. Es más, este método puede favorecer la producción de resultados asimétricos, especialmente en aquellos casos en los que el contribuyente utilice estratégicamente este derecho de opción. Y ello porque el diferente trato que puede llegar a recibir una misma entidad en los diferentes Estados en los que opera puede cons-

²⁷ Vid. GONZÁLEZ POVEDA, V., *Tributación de no residentes*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 440 y 441, CALDERÓN CARRERO, J.M., “Tax Treatment of Partnerships Under U.S.-Spain Tax Treaty”, *Tax Notes International*, vol. 17, n° 16, 1998, p. 1206 y ECHEVARRÍA, A.; LÜDEMANN, P.; HRUSCHKA, F., “El tratamiento fiscal...”, *cit.*, p. 718.

²⁸ GOTA LOSADA, A., *Tratado del Impuesto sobre Sociedades*, *cit.*, pp. 69, 88 y 89.

²⁹ EEUU es el ejemplo paradigmático de este método. Este método se aplica tanto a las entidades nacionales como a las extranjeras. Entró en vigor en enero del año 1997 y es conocido como la normativa *check-the-box*. Vid. DORFMUELLER, P., *Tax Planning for U.S. MNCs with EU Holding Companies*, Kluwer Law International, La Haya, 2003, pp. 70 y ss. e INFANTI, A.; MOENS, B., “Qualification of taxable entities and treaty protection: United States”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 99b, Sdu Uitgevers, La Haya, 2014, pp. 868 a 871.

tituir, si se combinan correctamente los elementos necesarios, un importante instrumento de planificación fiscal³⁰.

4. Comparabilidad

Este método aborda la calificación de la entidad extranjera a través de un sistema de comparación. El tratamiento de la entidad extranjera se determina en función del tratamiento que reciba la entidad nacional con la que sea comparable (*resemblance test*). Para ello se identifica, en primer lugar, cuáles son las características jurídicas de la entidad extranjera. Esta comprobación se realiza a partir de la regulación civil y mercantil de esa entidad en el Estado de constitución. En algunos Estados, sin embargo, la naturaleza jurídica de la entidad constituida en el extranjero se examina teniendo en cuenta también el contrato de sociedad celebrado por los socios y, en su caso, los estatutos de la misma³¹.

Una vez que se han identificado cuáles son las características de la entidad extranjera, se compara con los distintos tipos de entidades existentes en la legislación nacional, para establecer con qué tipo societario nacional es comparable. Una vez que se ha determinado con qué entidad nacional es comparable, se aplica a la entidad extranjera el mismo régimen que tenga la entidad nacional.

Así, utilizando como ejemplo el ordenamiento español, si consideramos que una *offene Handelsgesellschaft* (oHG) alemana equivale a una sociedad colectiva española del Código de Comercio, la conclusión sería que la oHG alemana será tratada en España como entidad opaca. Ello se debe a que las sociedades colectivas españolas son contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades. En cambio, si las sociedades colectivas españolas tributaran en España en régimen de atribución de rentas, la oHG alemana sería tratada como entidad transparente.

El método de la comparabilidad es el más utilizado por los países para calificar entidades extranjeras³². Sin embargo, la doctrina ha destacado que este método tiene una serie de inconvenientes, entre los que sobresale su complejidad³³. En efecto, en la práctica puede resultar muy complicado establecer la comparación, especialmente cuando el régimen legal

³⁰ Vid. DORFMUELLER, P., *Tax Planning...*, cit., pp. 65 y ss.

³¹ AVERY JONES, J., “Characterization...”, cit., pp. 308 y 312.

³² Destacan los siguientes: Alemania, Australia y Dinamarca. Vid. VAN RAAD, K., “Recognition of foreign enterprises...”, cit., pp. 58 y 59 y AVERY JONES, J., “Characterization...”, cit., pp. 306 y ss.

³³ Por este motivo se comprende perfectamente que EEUU modificara su ordenamiento en 1997 para cambiar el método vigente hasta ese momento (el de comparación) por el de elección. La razón de esta modificación fue precisamente la complejidad que acarrea la aplicación del método de comparación. Por eso se sustituyó por el método de la elección que es más sencillo de aplicar. Vid. MUÑIZ, N., “Emerging international consensus on treaty benefits for flow-through entities”, *Tax Notes International*, vol. 31, n° 12, 2003, p. 1057.

de las entidades –o de determinadas entidades– de dos Estados es muy diferente³⁴. No hay que perder de vista, además, que es posible que algunas entidades extranjeras no encuentren parangón en el Derecho interno. Para estas situaciones es conveniente que la legislación del Estado que utiliza este método fije alguna regla residual que establezca si la entidad extranjera es o no transparente³⁵.

Como sucede con los métodos anteriores, este sistema tampoco garantiza que la solución a la que lleguen los Estados implicados sea siempre uniforme. Y ello porque a pesar de que jurídicamente la entidad extranjera y la nacional sean comparables, la respuesta tributaria de cada ordenamiento puede ser distinta. Utilizando el ejemplo anterior, comprobamos como, en efecto, en Alemania la oHG no es el contribuyente de los rendimientos que obtiene³⁶. Los contribuyentes son los socios de la oHG. En consecuencia, aunque España le aplique el régimen tributario previsto para la entidad nacional comparable (la sociedad colectiva), el régimen tributario que recibe aquí es distinto al que aplica el ordenamiento tributario alemán.

No obstante, debemos observar también que, desde el punto de vista del principio de igualdad, este método es el que mejor se acomoda a sus exigencias, pues aplica a la entidad extranjera el mismo tratamiento tributario que a la entidad nacional con la que es afín. En este sentido, no hay que perder de vista que los convenios para evitar la doble imposición suelen contener normas sobre no discriminación, que siguen el art. 24 del Modelo de convenio de la OCDE. Aunque este aspecto desborda el objeto de nuestro estudio, no puede descartarse que las normas sobre no discriminación de los convenios para evitar la doble imposición puedan incidir, de alguna manera, sobre estos métodos de calificación, en especial cuando tratan de forma distinta a las entidades extranjeras respecto a las nacionales.

5. Sistema de lista

Este método es una derivación del de comparabilidad, habida cuenta de que atiende también a la naturaleza jurídica de la entidad extranjera. Los Estados que lo utilizan establecen una lista de requisitos que debe cumplir una entidad extranjera para ser tratada como entidad separada a efectos tributarios. Estos requisitos suelen coincidir con los elementos

³⁴ La Administración tributaria alemana, para facilitar esta tarea, dictó una resolución (circular de 24 de diciembre de 1999, modificada posteriormente el 29 de septiembre de 2004) en la que se recogen los distintos tipos de sociedades de una serie de Estados y se indica, a su vez, con qué entidades alemanas se equiparan. *Vid.* AMANN, R., *German Tax Guide*, Luchterhand/Kluwer Law International, La Haya, 2001, pp. 1022 a 1145 y DORFMUELLER, P., “Qualification of taxable entities and treaty protection: Germany”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 99b, Sdu Uitgevers, La Haya, 2014, pp. 364 y 365.

³⁵ VAN RAAD, K., “Recognition of foreign enterprises...”, *cit.*, p. 58.

³⁶ SEEVERS, M., “Taxation of partnerships and partners engaged in international transactions: Issues in cross-border transactions in Germany and the U.S.”, *Houston Business and Tax Law Journal*, 2001-2002, p. 166.

que caracterizan a las entidades que en su ordenamiento están sujetas al IS³⁷. Si la entidad extranjera no cumple alguno de esos criterios, o bien algunos de los que se estiman más relevantes, no se considerará una entidad independiente de los socios y estos deberán tributar directa e inmediatamente por las rentas obtenidas por la entidad.

Al igual que el método de la comparabilidad, este sistema es difícil de aplicar en la práctica, especialmente cuando el régimen legal de las entidades extranjeras es muy diferente al del Estado que utiliza este método. Del mismo modo, tampoco garantiza una solución uniforme. Es significativo el supuesto que explica AVERY JONES, en el que respecto a la misma sociedad colectiva francesa, Reino Unido consideró que era una entidad opaca y, por el contrario, para Holanda se trataba de una entidad transparente³⁸. Este caso es relevante, porque los criterios previstos en las listas de Reino Unido y Holanda son similares.

6. Régimen fiscal de la entidad en el Estado de constitución

Con este método se aplica a la entidad extranjera el mismo tratamiento que le dé el Estado de constitución³⁹. Si en el Estado de constitución la entidad es opaca, el otro Estado también reconocerá ese carácter. Lo mismo sucede cuando la situación es la contraria.

Este método, al menos *a priori*, es sencillo de aplicar. Además, si todos los Estados con los que tiene vínculos la entidad siguen este sistema, esta regla de calificación garantiza que la entidad y sus socios reciban el mismo tratamiento en todos ellos. En efecto, al remitirse todos los Estados implicados a la solución tributaria proporcionada por un único ordenamiento –el del Estado de constitución de la entidad–, se garantiza que todos ellos apliquen el mismo tratamiento tributario a la entidad. No obstante, no hay que pasar por alto que en ocasiones la determinación de si una entidad es transparente u opaca en el Estado de origen puede resultar compleja. Ello se debe a que pueden existir determinados regímenes en los que no quede claro bien la opacidad bien la transparencia de la entidad. Un ejemplo de ello, refiriéndonos al Derecho español, es el régimen de transparencia parcial aplicable a las agrupaciones españolas de interés económico y a las uniones temporales de empresa⁴⁰.

³⁷ Así, por ejemplo, en los Países Bajos se formulan las siguientes cuatro preguntas: 1) ¿Es la entidad el titular de los bienes utilizados para desarrollar su actividad?; 2) ¿Es la responsabilidad de los socios limitada?; 3) ¿Está dividido el capital en participaciones?; y 4) ¿La entrada de nuevos socios o partícipes, o la sustitución de los existentes, no precisa de la unanimidad de todos ellos? La regla general es que si se responden afirmativamente al menos tres de las cuatro preguntas la entidad se tratará como opaca. *Vid.* DE GRAAF, M.; GOOIJER, J., “Qualification of taxable entities and treaty protection: Netherlands”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 99b, Sdu Uitgevers, La Haya, 2014, pp. 563 a 566.

³⁸ AVERY JONES, J., “Characterization...”, *cit.*, pp. 313 y 314.

³⁹ Siguen este método, aunque con matices, los siguientes Estados: Chequia y Hungría. *Vid.* LANG, M.; STARINGER, C., “Qualification of taxable entities...”, *cit.*, p. 38.

⁴⁰ *Vid.* JIMÉNEZ-VALLADOLID, D.; VEGA BORREGO, F.A., “Spain”, *cit.*, epígrafe 3.5.

III. EL MÉTODO DE CALIFICACIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA

1. Antecedentes

La normativa española no abordó específicamente esta cuestión hasta el Proyecto de Ley que precedió a la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del IRPF, y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes. Eso no significa, lógicamente, que antes de esta Ley no fuera necesario calificar a las entidades extranjeras como opacas o transparentes. Como hemos visto en los epígrafes II.1 y II.2, la solución que se aplicó en la práctica se basó fundamentalmente en calificar a todas las entidades constituidas extranjeras como opacas.

El Proyecto de Ley abordó expresamente la calificación de las entidades extranjeras creando para ello un nuevo concepto: entidad extranjera en régimen de atribución de rentas. La finalidad de este concepto era determinar qué entidades extranjeras debían tratarse en España como transparentes, entendiendo que el resto de entidades foráneas se calificarían como opacas.

El Proyecto de Ley establecía un método de calificación que claramente apostaba por el régimen fiscal aplicable a la entidad en el Estado en el que se hubiera constituido. Si en el Estado de constitución la entidad era opaca, también lo sería en España y viceversa, si el Derecho fiscal del Estado de constitución consideraba que la entidad era transparente, así sería también tratada en España. Esta conclusión se deriva del tenor del art. 34 del Proyecto remitido al Congreso: “En particular, tendrán la consideración de entidades en régimen de atribución de rentas las entidades constituidas en el extranjero cuyas rentas sean atribuidas por las normas fiscales del Estado o territorio cuya normativa regule su funcionamiento a sus socios, herederos, comuneros o partícipes”. La doctrina también entendió que el criterio de calificación del Proyecto hacía depender la respuesta de la solución tributaria adoptada por el Estado de constitución⁴¹.

Este precepto fue modificado durante la tramitación en el Congreso, quedando con la siguiente redacción antes de ser remitido al Senado: “Tendrán la consideración de entidades en régimen de atribución de rentas las entidades constituidas en el extranjero, tengan o no personalidad jurídica, que no sean sujetos pasivos de un impuesto análogo al Impuesto sobre Sociedades en el Estado o territorio cuya normativa regule su funcionamiento”. Aunque la redacción del concepto de entidad extranjera en régimen de atribución de rentas se modificó sensiblemente, ello no significó un cambio del método de calificación. En efecto, lo relevante seguía siendo el régimen tributario de la entidad en el país de origen. La opa-

⁴¹ MARTÍN FERNÁNDEZ, J.; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “El régimen tributario de los *partnerships* británicos en España: situación actual y perspectivas de futuro”, *Fiscal Mes a Mes*, nº 80, 2002, p. 24, señalaron que, según el proyecto de Ley, la tributación de estas entidades en España va a depender de su régimen fiscal en el Estado en que se constituyeron.

cidad o transparencia en España dependería de que la entidad estuviera o no sujeta allí a un impuesto análogo al IS español.

Finalmente, el Proyecto de Ley se aprobó con la redacción que hoy contienen los arts. 87.1 LIRPF y 37 del Real Decreto Legislativo 5/2004 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (LIRNR): “Tendrán la consideración de entidades en régimen de atribución de rentas, las entidades constituidas en el extranjero cuya naturaleza jurídica sea idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas”. Como puede verse, durante la tramitación en el Senado la redacción sufrió una importante modificación que es lo que hace hoy, como veremos en el siguiente epígrafe, que no esté del todo claro cuál es el método por el que finalmente ha optado el Legislador. Hay que señalar que, salvo error u omisión, no hemos encontrado en el Diario de Sesiones explicación alguna de esta modificación.

2. Análisis del método de calificación previsto en la Ley: ¿un método de comparabilidad o de aplicación del régimen fiscal del Estado de constitución?

El tenor de la norma vigente parece establecer el método de comparabilidad. El tratamiento de las entidades extranjeras, como opacas o transparentes, se decide por comparación con las entidades españolas. Para ello se determinaría, en primer lugar, cuáles son las características jurídicas de la entidad extranjera. Esta comprobación se realizaría a partir de la regulación civil y mercantil de esta entidad en el Estado conforme a cuya normativa se haya constituido. La norma no aclara, como sucede en otros Estados, si además hay que atender al contrato de sociedad, cuando exista, o, en su caso, a los estatutos de la entidad.

La norma española tampoco establece qué características de la entidad extranjera deben analizarse preferentemente, si bien parece lógico que habría que examinar, entre otras, las siguientes⁴²:

- Existencia o no de personalidad jurídica diferenciada de los socios o partícipes.
- Capacidad de la entidad para ser titular de bienes y derechos; modo a través del cual se articula la gestión de la actividad de la entidad.
- Gestión centralizada o atribuida solidariamente a cada uno de sus socios o partícipes de la entidad.
- Derecho directo de los socios o partícipes a los beneficios de la entidad, o necesidad de un acuerdo de distribución.
- Régimen de responsabilidad de los socios o partícipes de la entidad.

⁴² Vid. MARTÍN BARRIOS, F., “Entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero. Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 11 de enero de 2011”, *Actualidad Jurídica* (CISS-Deloitte), abril, 2011, p. 50.

No hemos incluido entre las características que habría que examinar el régimen fiscal de la entidad en el país de constitución, toda vez que en el método de comparabilidad no es un elemento a tener en cuenta⁴³.

Una vez que se han determinado cuáles son las características de la entidad extranjera, se compararía con los distintos tipos de entidades existentes en la legislación española, para establecer cuál es su equivalente. Finalmente, la entidad extranjera sería tratada en España como una entidad transparente u opaca en función del régimen fiscal aplicable a la entidad española con la que es comparable.

Conforme a este método, tomando como referencia los arts. 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) y 7.1 LIS, se considerarían transparentes las entidades cuyas características sean similares a las entidades españolas que tributan en régimen de atribución de rentas que fundamentalmente son las siguientes:

- Las sociedades civiles –todo ello sin perjuicio de que si se aprueba el Proyecto de LIS publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 6 de agosto de 2014, el régimen de transparencia solo se aplicaría a las sociedades civiles sin objeto mercantil.
- Las herencias yacentes.
- Las comunidades de bienes.
- Las entidades carentes de personalidad jurídica que constituyen una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición, exceptuando las entidades españolas sin personalidad jurídica que están sujetas expresamente al IS (*vid.* art. 7.1 LIS: fondos de inversión, uniones temporales de empresa, etc.).

Por el contrario, se tratarían como opacas las entidades extranjeras cuyas características jurídicas fueran comparables con las entidades españolas que están sujetas al IS. Así, por ejemplo, una entidad extranjera cuyas características son comparables con las de una sociedad de responsabilidad limitada sería tratada como opaca en España, en la medida en que estas entidades son sujetos pasivos del IS español.

La aplicación de este método, en los términos descritos, puede resultar muy compleja, entre otros, por varios motivos. La norma española no establece cuáles son las características relevantes que hay que analizar para efectuar el test de comparabilidad. Por otra parte, no hay que pasar por alto que en muchos casos es posible que la entidad extranjera no sea comparable con ninguna entidad española. Si se diera esta situación, otro defecto con el que contaría la norma es que no contempla una regla residual que determine cómo debe ser tratada una entidad extranjera que no tiene en España una entidad comparable. Finalmente,

⁴³ BUSTOS, J.A.; SÁNCHEZ, F.J.; SEJO F.J, *Comunidades de bienes*, Francis Lefebvre, Madrid, 2004, p. 24 y LANG, M.; STARINGER, C., “Qualification of taxable entities...”, *cit.*, p. 37.

a diferencia de lo que ha sucedido en otros países⁴⁴, la Administración española no ha publicado ninguna guía o directriz general sobre la calificación de las entidades extranjeras.

Los problemas derivados de la mera comparación de los aspectos jurídicos de la entidad extranjera se han puesto de manifiesto por la doctrina española. En este sentido, hay que destacar que la mayor parte de la doctrina ha considerado que al hacer esta comparación, el criterio de la Ley española permite tener en cuenta, además de las características legales de la entidad extranjera, el régimen fiscal que le otorgue el Estado de constitución. Se trataría, por lo tanto, de tener en cuenta en el test de comparabilidad no solamente los aspectos legales de la entidad, sino también el tratamiento tributario que soporta en el Estado de origen⁴⁵. Conforme a ello, sería relevante para saber si una entidad extranjera es transparente u opaca en España, el tratamiento tributario que recibe en su Estado de origen. Como veremos a continuación, este aspecto ha tenido gran importancia en la práctica, al menos a la vista de las contestaciones a consultas emitidas por la Dirección General de Tributos (DGT) a partir de la entrada en vigor de la Ley 46/2002⁴⁶.

Es significativo poner de relieve que todavía no existe ninguna resolución judicial pronunciándose sobre la interpretación del criterio de calificación previsto en la Ley 46/2002. Solamente existe una serie de resoluciones de la Dirección General de Tributos que contestan a consultas formuladas por los contribuyentes en las que se preguntaba si determinadas entidades extranjeras debían ser opacas o transparentes a efectos de la normativa española. Por lo tanto, estas consultas de la DGT constituyen el principal material de estudio para determinar cuál es el método de calificación en España.

Hay que resaltar que estas consultas de la DGT se pronuncian sobre la calificación de las entidades extranjeras a partir de las *características de las mismas que describe el propio consultante*. Las contestaciones de la DGT no se sustentan en ningún tipo de actividad realizada por la Administración dirigida a comprobar cuál es la configuración legal de estas entidades en su país de constitución. La DGT se pronuncia simplemente sobre las características expuestas por el propio contribuyente en su consulta. Hay que destacar el hecho de que en prácticamente todos los supuestos el consultante se refiere también al régimen tributario de la entidad en el Estado de origen, señalando si en este país la entidad se considera opaca o transparente a efectos tributarios.

⁴⁴ BARENFELD, J., *Taxation of Cross-Border Partnerships*, IBFD, Ámsterdam, 2005, pp. 115-116.

⁴⁵ *Vid.*, entre otros, RODRÍGUEZ VEGAZO, A., “El régimen de atribución de rentas tras la Ley 46/2002”, *Carta Tributaria*, nº 15, 2003, p. 24, RUIBAL PEREIRA, L., *La tributación de las rentas obtenidas por las entidades en atribución de rentas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 54, MOSQUERA MOURIÑO, A., “Régimen de atribución de rentas: especial referencia a las actividades económicas”, *Carta Tributaria*, nº 4, 2012, p. 5, RAMOS PRIETO, J., “La tributación en España de los *partnerships* y *trusts*”, en *Internacionalización de las inversiones*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 734 y VILLAR EZCURRA, M., “Qualification of taxable entities and treaty protection: Spain”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 99b, Sdu Uitgevers, La Haya, 2014, p. 746.

⁴⁶ VV.AA., *Fiscalidad internacional y competitividad. Cuestiones controvertidas en la norma y la práctica españolas*, ePraxis, Madrid, 2014, p. 42.

A continuación analizaremos brevemente los casos en los que se ha pronunciado la Administración española. Con carácter general, se puede advertir que en estos pronunciamientos la DGT se limita a reproducir las características legales y fiscales de la entidad extranjera descritas por el consultante y a continuación se pronuncia sobre si debe considerarse transparente u opaca a efectos de la legislación española, pero sin recoger razonamiento alguno acerca de qué entidad española es comparable con la entidad extranjera. Como veremos, el criterio que ha pesado más para la Administración española es el régimen fiscal de la entidad extranjera en su Estado de origen, lo que explica que en muchos casos se hayan calificado como transparentes entidades extranjeras cuya entidad comparable en España no es transparente, sino opaca, al estar sujeta al IS⁴⁷.

La consulta de 22 de abril de 2003, nº V0037-03 de la DGT se refiere a una *Closed Commanditaire Vennootschap* (CV) constituida conforme al Derecho neerlandés. Las características legales de esta entidad descritas en la consulta permitirían concluir que la entidad española con la que es comparable sería una sociedad comanditaria. Conforme a ello, la DGT debería haber concluido que la CV era opaca en España, ya que una sociedad comanditaria española está sujeta al IS⁴⁸. Sin embargo, la consulta concluyó sin explicación alguna que debía calificarse como una entidad transparente. Ello permite deducir que el aspecto al que más importancia le dio la Administración española es al hecho de que esta entidad tributaba en los Países Bajos en régimen de transparencia⁴⁹.

La siguiente consulta relevante es la de 1 de junio de 2005, nº 0196-05, que se refiere a un *general partnership* escocés⁵⁰. De acuerdo con la información que proporciona la consulta, esta entidad, además de tener personalidad jurídica conforme a la legislación mercantil aplicable, sus características legales la harían comparable con una sociedad colectiva española, que en España está sujeta al IS. La DGT consideró que la entidad debía ser tratada como transparente. Aunque no se recoge de forma expresa en la consulta, intuimos que el aspecto al que debió dar más relevancia la DGT fue al hecho de que esta entidad era transparente en Reino Unido.

Algo parecido sucedió cuando la Dirección General de Tributos examinó la calificación en España de una *Limited Liability Partnership* de Reino Unido (consulta de 25 de julio de 2007, nº V1319-05). Aunque resulta complejo determinar con qué entidad española con-

⁴⁷ DELGADO PACHECO, A., “Las entidades en atribución de rentas y el régimen fiscal de *partnerships* y *trusts* en España”, en *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, p. 502.

⁴⁸ De hecho, antes de que se emitiera esta consulta esta era la opinión de la doctrina en relación a este tipo de entidad holandesa. *Vid.* SNEL, F.; MAS, C., “The Classification of Partnerships for Tax Purposes: A Comparative Analysis (Netherlands/Spain)”, *European Taxation*, nº 10, 2003, p. 376.

⁴⁹ La consulta de 4 de diciembre de 2007, nº V2614-07, analiza un caso donde aparece el mismo tipo de entidad holandesa, llegando la DGT a la misma conclusión que en la consulta analizada.

⁵⁰ No nos referiremos a las consultas de 30 de diciembre de 2004, nº 2110-04 y de 25 de julio de 2007, nº 24-07, porque se refieren ambas a un *partnership* británico pero sin especificar de forma clara qué tipo concreto de *partnership* se trataba. No obstante, cabe señalar que se consideró que la entidad era transparente en España precisamente porque ese era el régimen tributario aplicado por la normativa de Reino Unido.

creta sería equiparable teniendo en cuenta solo sus características legales al margen de las tributarias, por la información que aporta la consulta es evidente que dicha entidad se parece más a las entidades españolas sujetas al IS que a las que tributan en régimen de atribución de rentas. A pesar de ello, aquí de nuevo se consideró que la entidad era transparente, precisamente en atención, aunque no lo reconoce expresamente la DGT, a que el consultante señaló que la entidad tributaba en régimen de atribución de rentas en Reino Unido.

La consulta de 28 de noviembre de 2006, nº V2634-06, llegó a la conclusión de que una cooperativa inmobiliaria holandesa no era transparente (opaca) en España. Aquí, otra vez, la DGT en su contestación omite cualquier análisis de comparabilidad, si bien parece que dio cierta importancia para considerar a la cooperativa como una entidad opaca al hecho de que esta entidad estaba sujeta al IS holandés.

La última consulta relevante se refirió a un fondo de capital riesgo extranjero, del que no se da ninguna información en la resolución de la DGT acerca del país de constitución (consulta de 11 de junio de 2011, nº V0012-11). En este caso, a diferencia de las consultas anteriores, el consultante no hizo referencia alguna al régimen fiscal aplicable en el país de origen, limitándose a describir las siguientes características: 1) los partícipes en el fondo de capital riesgo tienen limitada su responsabilidad sobre las deudas del fondo hasta el importe de sus aportaciones; 2) los fondos de capital riesgo son gestionados y representados por un tercero, un *General Partner*, y los partícipes carecen de capacidad de gestión; y 3) la distribución de beneficios se efectúa mediante un acuerdo de distribución del *General Partner* sin que los partícipes tengan ninguna capacidad de influencia en dicha toma de decisión.

Aquí la DGT consideró que el fondo de capital riesgo extranjero era opaco en España, si bien, como en otras ocasiones, sin identificar con qué entidad española podía ser equiparable. En este caso no es posible señalar si resultó relevante para alcanzar esta decisión el régimen tributario que tenía la entidad en su país de origen, en la medida en que el consultante no debió aportar ninguna información al respecto. No obstante, teniendo en cuenta los precedentes que hemos expuesto, puede afirmarse que es posible que la DGT hubiera llegado a la conclusión opuesta si el fondo de capital riesgo extranjero en su país de origen hubiera tributado conforme a un régimen de transparencia.

3. Conclusiones

De lo expuesto en los epígrafes anteriores entendemos que puede llegarse a las siguientes conclusiones. Teóricamente, a la vista del tenor del concepto de entidad extranjera en régimen de atribución de rentas que prevé la Ley, el método de calificación que contempla el ordenamiento español es el de la comparabilidad. Conforme a este método solo se toman en cuenta las características legales de la entidad, sin que resulte relevante cuál es el régimen fiscal que aplica el país de origen.

Sin embargo, en la práctica, a tenor de las consultas de la DGT sobre la materia, es evidente que además de las características legales de la entidad se toma en cuenta también el régimen fiscal de la misma en el país de constitución. De hecho, esta última característica (el régimen fiscal) es a la que la DGT parece darle la mayor importancia, por no decir que es la única que toma en consideración. Como consecuencia de ello, puede afirmarse que la calificación en España de las entidades extranjeras no se realiza realmente siguiendo los parámetros del método de la comparabilidad sino que se aplica más bien el método que atiende al régimen fiscal que tiene la entidad en el país de origen. Conforme a ello, y de acuerdo con los parámetros de este método, se asume el régimen fiscal del país de origen y, por lo tanto, si la entidad es transparente en dicho país también lo será en España y, por el contrario, si la entidad es opaca también lo será en España.

La posición que ha adoptado la Dirección General de Tributos a la hora de interpretar el concepto de entidad extranjera en régimen de atribución de rentas es ciertamente discutible, sobre todo a la vista del tenor de la Ley y los antecedentes que hemos expuesto en el epígrafe III.1. En efecto, aunque el Proyecto de Ley que dio lugar a la Ley 46/2002 pretendía establecer claramente el método del régimen fiscal aplicable en el país de origen, lo cierto es que dicho Proyecto sufrió una modificación sustancial durante su tramitación parlamentaria, que permite concluir que el método que se quería implantar era uno bien distinto: el de la comparabilidad.

Sin embargo, no puede desconocerse la realidad, y la verdad es que no es el método que se está aplicando en la práctica, al menos a la vista de las consultas de la Dirección General de Tributos. Aunque sin reconocerlo de forma expresa, las consultas de la DGT no están aplicando el método de la comparabilidad sino el del régimen fiscal del país de origen. En consecuencia, ante cualquier duda que pueda tener un operador jurídico sobre la transparencia u opacidad de una entidad extranjera que vaya a tener vínculos con España –obtención de rentas de fuente española o socios residentes en España– lo más aconsejable es que formule con carácter previo una consulta a la Dirección General de Tributos. Ello se debe a que la contestación que ofrezca la DGT tendrá efectos vinculantes para la Administración tributaria (art. 89 LGT). Por este motivo, si el consultante aplica el criterio expresado en la contestación a la consulta, no correrá ningún riesgo de que la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en un procedimiento de comprobación posterior, modifique la calificación de la entidad, todo ello sin perjuicio de que pudiera intentar recalificar la operación con base en las normas generales antiabuso que existen en el ordenamiento español. Sin embargo, cuando ello suceda, no estaremos técnicamente en un supuesto de calificación de la entidad extranjera, sino ante un ejemplo más de la aplicación de dichas normas generales antiabuso a un caso concreto⁵¹.

⁵¹ En este sentido, LANG, M.; STARINGER, C., “Qualification of taxable entities...”, *cit.*, pp. 21 y 22.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AMANN, R., *German Tax Guide*, Luchterhand/Kluwer Law International, La Haya, 2001.
- AVERY JONES, J., “Characterization of Other States Partnerships for Income Tax”, *Bulletin of International Fiscal Documentation*, nº 7, 2002.
- BARENFELD, J., *Taxation of Cross-Border Partnerships*, IBFD, Ámsterdam, 2005.
- BUSTOS, J.A.; SÁNCHEZ, F.J.; SEIJO F.J., *Comunidades de bienes*, Francis Lefebvre, Madrid, 2004.
- CALDERÓN CARRERO, J.M., “Tax Treatment of Partnerships Under U.S.-Spain Tax Treaty”, *Tax Notes International*, vol. 17, nº 16, 1998.
- DE GRAAF, M.; GOOIJER, J., “Qualification of taxable entities and treaty protection: Netherlands”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 99b, Sdu Uitgevers, La Haya, 2014.
- DELGADO PACHECO, A., “Las entidades en atribución de rentas y el régimen fiscal de *partnerships* y *trusts* en España”, en *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.
- DORFMUELLER, P., *Tax Planning for U.S. MNCs with EU Holding Companies*, Kluwer Law International, La Haya, 2003.
- DORFMUELLER, P., “Qualification of taxable entities and treaty protection: Germany”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 99b, Sdu Uitgevers, La Haya, 2014.
- ECHEVARRÍA, A.; LÜDEMANN, P.; HRUSCHKA, F., “El tratamiento fiscal de las sociedades de personas en las relaciones entre Alemania y España”, *Impuestos*, 2000-II.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho de sociedades y conflicto de leyes*, Edersa, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ POVEDA, V., *Tributación de no residentes*, La Ley, Madrid, 1993.
- GOTA LOSADA, A. *Tratado del Impuesto sobre Sociedades*, EXTECOM, Madrid, 1989.
- INFANTI, A.; MOENS, B., “Qualification of taxable entities and treaty protection: United States”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 99b, Sdu Uitgevers, La Haya, 2014.

- JIMÉNEZ-VALLADOLID, D.; VEGA BORREGO, F.A., “Spain”, en *Corporate income tax subjects*, IBFD-EATLP, Ámsterdam, 2014 (en prensa).
- LANG, M.; STARINGER, C., “Qualification of taxable entities and treaty protection: general report”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 99b, Sdu Uitgevers, La Haya, 2014.
- LE GALL, J., “International tax problems of partnerships: general report”, *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 80a, Kluwer Law International, La Haya, 1995.
- MARTÍN BARRIOS, F., “Entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero. Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 11 de enero de 2011”, *Actualidad Jurídica* (CISS-Deloitte), abril, 2011.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, J.; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “El régimen tributario de los *partnerships* británicos en España: situación actual y perspectivas de futuro”, *Fiscal Mes a Mes*, nº 80, 2002.
- OCDE, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, OECD, Paris, 1999.
- MOSQUERA MOURIÑO, A., “Régimen de atribución de rentas: especial referencia a las actividades económicas”, *Carta Tributaria*, nº 4, 2012.
- MUÑIZ, N., “Emerging international consensus on treaty benefits for flow-through entities”, *Tax Notes International*, vol. 31, nº 12, 2003.
- PALAO TABOADA, C., “La aplicación de los convenios de doble imposición a las sociedades personalistas”, *Revista de contabilidad y tributación*, nº 209/210, 2000.
- RAMOS PRIETO, J., “La tributación en España de los *partnerships* y *trusts*”, en *Internacionalización de las inversiones*, Bosch, Barcelona, 2009.
- RODRÍGUEZ VEGAZO, A., “El régimen de atribución de rentas tras la Ley 46/2002”, *Carta Tributaria*, nº 15, 2003.
- ROHATGI, R., *Basic International Taxation*, Kluwer Law International, La Haya, 2002.
- RUIBAL PEREIRA, L., *La tributación de las rentas obtenidas por las entidades en atribución de rentas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- RUSSO, R., *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, Ámsterdam, 2007.
- SANZ GADEA, E., “Modificaciones de la Ley 43/1995 establecidas por la Ley 46/2002 (desaparición de la transparencia fiscal interna y establecimiento de las sociedades patrimoniales) (II)”, *Revista de contabilidad y tributación*, nº 241, 2003.

- SCHNIEDER, E., *Die Körperschaftsteuer – ein Rechtsvergleich zwischen Spanien und Deutschland*, Peter Lang, Frankfurt, 1996.
- SEEVERS, M., “Taxation of partnerships and partners engaged in international transactions: Issues in cross-border transactions in Germany and the U.S.”, *Houston Business and Tax Law Journal*, 2001-2002.
- SNEL, F.; MAS, C., “The Classification of Partnerships for Tax Purposes: A Comparative Analysis (Netherlands/Spain)”, *European Taxation*, nº 10, 2003.
- TEJERIZO LÓPEZ, J.M., “Los sujetos pasivos en el Impuesto sobre Sociedades”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº 1/2, 2002.
- TEJERIZO LÓPEZ, J.M., “Los sujetos pasivos en el Impuesto General sobre la Renta de Sociedades y demás entidades jurídicas”, *Hacienda Pública Española*, nº 18, 1972.
- VAN DEN HURK, H., “Starbucks contra el pueblo”, *Nueva Fiscalidad*, nº 2, 2014.
- VAN RAAD, K., “Recognition of foreign enterprises as taxable entities”, *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 73A, Kluwer Law and Taxation, Deventer, 1988.
- VILLAR EZCURRA, M., “Qualification of taxable entities and treaty protection: Spain”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 99b, Sdu Uitgevers, La Haya, 2014.
- VOGEL, K., *On Double Taxation Conventions*, Kluwer, Londres, 1997.
- VV.AA., *Fiscalidad internacional y competitividad. Cuestiones controvertidas en la norma y la práctica españolas*, ePraxis, Madrid, 2014.