

TRIBUTACION DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN LOS MERCADOS FINANCIEROS ESPAÑOLES

Enrique FONSECA CAPDEVILA

I. INTRODUCCION

En un estudio sobre la fiscalidad en las operaciones y mercados financieros no puede faltar actualmente la consideración del elemento internacional, de la actuación de los sujetos no residentes y de las consecuencias impositivas que dichas actuaciones comportan.

Cualquier consideración sobre el papel que la inversión extranjera juega en una economía desarrollada o, aún más, en la economía de un país en desarrollo, y sobre la importancia que la fiscalidad tiene en la toma de decisiones que determinan los movimientos internacionales de capitales, sería innecesaria por obvia; sin embargo, no podemos desconocer que las especiales circunstancias de la economía española han determinado que el papel de la inversión extranjera haya cobrado un especial relieve y que en el futuro quepa esperar de ella idéntica o creciente importancia, pues, como han puesto de relieve Miguel Angel Lasheras y María Antonia Mones, el ahorro (privado y público) español es insuficiente para financiar la tasa de inversión necesaria para conseguir una reducción sostenida del desempleo hasta 1992 (1).

Pero la fuerte demanda de capitales que, desde nuestra economía se ha generado hacia el exterior ha producido también un aumento notable de la importancia que la retribución de los capitales exteriores ha pasado a tener y, en consecuencia, de su relevancia en la nueva ordenación de la fiscalidad, nacida de la reforma fiscal iniciada en el período 1977-1978, y de la que cobra en estos momentos en que, de nuevo, se encuentra sometido a revisión el esquema de la imposición personal, con el elemento adicional de la pertenencia a la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la búsqueda de una posición satisfactoria en su futuro mercado único, en el que la falta de acuerdo en orden a la

armonización del tratamiento fiscal de las rentas del capital obligará a los estados a utilizar su propia fiscalidad como un elemento orientador del mercado más, e incluso como un instrumento de acción coyuntural.

Pues bien, en los apartados siguientes se analizará —previa la definición, a nuestros efectos, de los conceptos de mercados financieros y de inversión extranjera— el régimen actual de la tributación de los no residentes en este ámbito y la proyectada reforma inmediata en esta materia, en cuanto de público existe, si bien sólo desde la perspectiva de las diferencias existentes con el régimen general.

II. LOS MERCADOS FINANCIEROS

El concepto de mercado o mercados financieros —más común en plural— es de uso habitual no sólo en el lenguaje técnico o profesional, sino también en el periodístico, o incluso en el coloquial del hombre de la calle, lo que, sin embargo, no convierte este término en algo de fácil aprehensión. El *Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia Española (2), dispone de varios significados para el término mercado, del que podemos destacar los de «plaza o país de especial importancia o significación en un orden comercial cualquiera» o «contratación pública en paraje destinado al efecto y en días señalados». Por financiero entiende el *Diccionario* aquello «perteneciente o relativo a la hacienda pública, a las cuestiones bancarias o bursátiles o a los grandes negocios mercantiles».

De este análisis podríamos extraer la conclusión de que por mercados financieros españoles debemos entender los lugares de intercambio de aquellos productos a través de los cuales se obtiene la financiación pública, en la medida en que sean objeto de comercio, de los bancarios y de los contra-

tados en las bolsas de comercio, fundamentalmente; también podríamos entender por mercados financieros españoles el propio Estado, desde la perspectiva múltiple del comercio organizado de los distintos productos financieros. Como ha señalado Fernando Bautista:

El concepto de mercado como lugar físico donde se compran y se venden productos, está siendo sustituido por otro en el que prima la interrelación normativa y organizativa sobre la localización geográfica al permitir los avances de las telecomunicaciones, la diversidad de centros operativos y de contratación (3).

Así, junto al mercado que corresponde a un lugar físico en el que, de forma directa o por procedimientos informáticos, se efectúan las transacciones, como ocurre en el caso de las bolsas de comercio, existen otros mercados que carecen de esa identificación material, como es el caso del interbancario de dinero o del de anotaciones en cuenta de deuda pública, o del denominado de «papel comercial», de letras y pagarés de empresa.

José Antonio Santos Arrarte considera que el mercado financiero es un conjunto de mercados en los que las unidades deficitarias obtienen los recursos sobrantes de las unidades excedentarias, bien directamente o bien en forma intermediada por el sector financiero (en cualquiera de sus variedades: bonos, seguros, financieros, y sociedades y fondos de inversión mobiliaria).

El mismo autor distingue entre mercado de renta variable, mercado de depósito, mercado monetario, mercado de previsión y mercado hipotecario (4).

En conclusión, parece que no podemos entender hoy por mercados financieros sino las formas organizadas (bien por el poder público, bien por la práctica comercial) a través de las cuales se producen las transacciones públicas sobre los productos característicos de la financiación pública y privada: el capital de las empresas, el crédito, y las divisas, en sus más diversas manifestaciones jurídicas y comerciales.

III. LA INVERSION EXTRANJERA

La «extranjería», como fenómeno jurídico o calificación legal, tiene delante de sí una amplia panorámica, que discurre entre los artículos 17 y 28 del *Código Civil*, encargados de regular la atribución de la nacionalidad española, y el artículo 15 del *Código de Comercio*, que regula el ejercicio de la

actividad mercantil por las personas y compañías extranjeras en España, o los artículos 5 y 6 del nuevo texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), que se ocupan de la nacionalidad y domicilio de las mismas (5), y el artículo 5 de la Ley de Extranjería (LE) de 1 de julio de 1985, que considera extranjeros a quienes carezcan de la nacionalidad española, previendo además que los extranjeros podrán encontrarse en España en dos situaciones: estancia y residencia (6).

La legislación de inversiones extranjeras, cuya norma fundamental es el Real Decreto Legislativo 1265/81, de 27 de junio, sobre inversiones extranjeras en España, asume un concepto de extranjería específico en cuanto calificador de las inversiones: las realizadas por personas extranjeras privadas, físicas o jurídicas, cualquiera que sea su residencia, y por los españoles residentes en el extranjero; por establecimientos y sucursales en territorio español de personas extranjeras privadas, físicas o jurídicas, o de españoles residentes en el extranjero, y las que, en los porcentajes establecidos, realicen sociedades españolas que tengan participación extranjera en su capital, mediante la constitución de otras sociedades españolas o mediante la adquisición de acciones o participaciones de éstas.

Las inversiones extranjeras se clasifican, según la forma en que son llevadas a efecto, en inversiones directas, inversiones en cartera, inversiones en bienes inmuebles y otras formas de inversión (7).

En lo que ahora nos interesa, tenemos que referirnos, fundamentalmente, a las inversiones en cartera, otras formas de inversión y, eventualmente, inversiones directas.

El Reglamento de Inversiones Extranjeras en España (RIEE), aprobado por el Real Decreto (RD) 2077/1986, de 23 de septiembre, califica como inversiones en cartera las siguientes:

- 1) La adquisición de acciones, admitidas o no a cotización oficial en Bolsa, siempre que no constituyan inversiones directas.
- 2) La adquisición de fondos públicos, títulos privados de renta fija o participaciones en fondos de inversiones mobiliarias o entidades de inversión colectiva.
- 3) La adquisición en Bolsa de letras, pagarés y otros efectos de comercio admitidos a negociación.

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 4 de febrero de 1990, sobre inversiones extranjeras en España, considera libres y no sujetas al

trámite de verificación previa las inversiones extranjeras de cartera efectuadas en Bolsa y las efectuadas fuera de Bolsa que se materialicen en:

a) Acciones de sociedades españolas no admitidas en cotización en bolsas de valores.

b) Acciones de sociedades españolas admitidas a cotización en Bolsa de valores y realizadas a precios convenidos con arreglo a lo dispuesto en la normativa del mercado español de valores.

c) Participaciones en fondos españoles de inversión colectiva en valores mobiliarios, debidamente autorizados o inscritos en el registro especial correspondiente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

d) Deuda del Estado, con arreglo a lo dispuesto en la Orden de 22 de julio de 1987.

En los restantes casos de inversión extranjera de cartera fuera de Bolsa, se requerirá la verificación previa de la Dirección General de Transacciones Exteriores (8).

Por otra parte, el RIEE recoge, en el capítulo de inversión directas, algunas relacionadas con nuestro objeto:

1) La participación en una sociedad española que permita al inversor extranjero la influencia efectiva en la gestión o control de dicha sociedad, considerándose que el inversor extranjero puede ejercer influencia efectiva cuando su participación sea igual o superior al 20 por 100 o cuando, sin alcanzar dicho porcentaje, goce directa o indirectamente de representación en el órgano de administración de la misma. Se incluye en esta categoría:

- Tanto la constitución de la sociedad como la adquisición total o parcial de sus acciones, o de las participaciones sociales cuando se trate de sociedades cuyo capital no esté representado por acciones.

- La adquisición de derechos de suscripción y la adquisición de títulos privados convertibles en acciones, que, a estos efectos, se equiparán a la adquisición de acciones.

2) La constitución, ampliación o adquisición de sucursales o establecimientos de sociedades extranjeras o explotaciones que realicen personas físicas no residentes.

3) La concesión a sociedades españolas de préstamos, de duración superior a cinco años, por alguno de los sujetos incluidos en el apartado 1, con el fin de establecer o mantener vínculos económicos duraderos.

La Orden de 4 de julio de 1990 ha matizado que se considera que un préstamo se concede a fin de establecer o mantener vínculos económicos duraderos cuando el prestamista comparte los riesgos derivados de la actividad económica del prestatario, lo que, en todo caso, implica que la deuda originada por un préstamo asimilable a una inversión directa tenga el carácter de subordinada, y que no se concedan garantías de ninguna clase en cobertura de las obligaciones de pago derivadas de la operación de préstamo.

4) Las inversiones con cargo a beneficios no distribuidas, mediante ampliación del capital de una sociedad española cuando, como consecuencia de ésta, la participación extranjera sea igual o superior al 20 por 100 del capital, o mediante la ampliación de la dotación patrimonial de sucursales o establecimientos de sociedades extranjeras.

El sistema de control administrativo de las inversiones extranjeras directas puede resumirse, a la luz del artículo 6º. del RIEE y de su desarrollo por la Orden de 4 de febrero de 1990, de la siguiente manera:

- En los casos previstos en los apartados 1) y 4) anteriores, será necesaria verificación administrativa previa siempre que:

a) Siendo la participación extranjera total en una sociedad española —en el momento previo de la nueva inversión— inferior o igual al 50 por 100, como consecuencia de la nueva inversión o como consecuencia de la amortización de acciones de la Sociedad, la participación extranjera supere el 50 por 100.

b) Siendo la participación extranjera total en una sociedad española —en el momento previo a la nueva inversión— superior al 50 por 100, como consecuencia de la nueva inversión se produzca una modificación en el porcentaje de participación extranjera y ésta se mantenga por encima del 50 por 100, o se produzca un aumento del capital nominal de la sociedad propiedad de inversores extranjeros, aunque no se modifique el porcentaje de participación extranjera total, o se produzcan alteraciones en la composición del porcentaje de participación extranjera que afecten, al menos, a un titular de una inversión extranjera directa, manteniéndose constante el capital nominal en poder de inversores extranjeros.

En los casos anteriores, cuando la inversión se produzca en sociedades cuyas acciones están admitidas a cotización en bolsas españolas, sólo se consideran «participación extranjera» aquellas participaciones accionariales que superen el 5 por 100

del capital suscrito, o que, sin alcanzar dicho porcentaje, impliquen representación directa o indirecta en sus órganos de administración.

- Las inversiones directas por importe igual o inferior a 25 millones de pesetas, cualquiera que sea el capital social o asignado a la empresa objeto de la inversión, sólo en los casos siguientes:

- a) Préstamos asimilados a inversión extranjera directa.

- b) Inversiones por aportación no dineraria.

- c) Inversiones en entidades distintas de sociedades o sucursales.

- d) Inversiones en las que resulte una participación extranjera superior al 50 por 100 del capital social, cuando cumplan simultáneamente las dos circunstancias siguientes:

- Que con anterioridad la inversión extranjera sea igual o inferior al 50 por 100.

- Las cuentas anuales y el informe de gestión de la sociedad destinataria están sujetos a revisión por auditores de cuentas, con arreglo a los artículos 181 y 203 del texto refundido de la LSA.

- Son inversiones igualmente libres, pero sometidas al trámite de verificación previa, las recogidas en los números 2), 3) y 4), *in fine*, anteriores.

Las restantes inversiones financieras que no tienen acogida en las rúbricas de inversiones directas o en cartera se incluyen en el capítulo residual de «otras formas de inversión». Para ellas, existe un riguroso sistema de control administrativo consistente en la obligatoriedad de obtener la previa autorización de las autoridades competentes en cada caso.

No obstante, el artículo 15 de la Orden de 6 de marzo de 1990 concede una autorización general para la formalización de contratos de futuros y de opciones sobre valores incluidos en el artículo 2º de la Ley del Mercado de Valores (LMV) cuando sean emitidos en España, y siempre que la inversión extranjera en tales valores se encuentre liberalizada y no sometida a verificación previa.

1. Registro de las inversiones extranjeras

Las inversiones extranjeras directas deben ser declaradas al Registro de Inversiones Extranjeras en el plazo máximo de treinta días naturales a contar desde la fecha de formalización de las operaciones, de acuerdo con el procedimiento establecido en las resoluciones de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 25 de enero de 1975,

17 de octubre de 1983, 6 de septiembre de 1984 y 4 de septiembre de 1985.

2. Desinversión y transferibilidad

La transferencia al exterior de los rendimientos y del producto de la desinversión es uno de los aspectos en los que la conjunción de las actuaciones en materia de control administrativo de inversiones extranjeras y de gestión tributaria adquieren mayor intensidad.

La Ley de Inversiones Extranjeras (LIE) reconoce a los titulares de estas inversiones efectuadas con capitales exteriores el derecho a transferir al exterior, sin limitación, los capitales invertidos y las plusvalías obtenidas de las enajenaciones que realicen, así como los beneficios y dividendos legalmente repartidos y el producto de la venta de derechos de suscripción de títulos valores.

Por el contrario, la Administración podrá denegar el derecho de transferencia cuando, previa comprobación administrativa, resulte que los beneficios y plusvalías se hayan obtenido infringiendo las normas del ordenamiento jurídico español.

Sin duda alguna, entre las normas infringidas que pueden motivar el rechazo de la transferencia de los fondos se encuentran las de carácter fiscal, y, efectivamente, la demostración del cumplimiento de las obligaciones fiscales viene recogida expresamente en las diversas normas reguladoras del procedimiento a seguir en las transferencias al exterior, entre las que cabe destacar la Orden de 14 de septiembre de 1979 y la Circular 32/1985, de la Dirección General de Transacciones Exteriores; todo ello con independencia de que el control deba ser efectuado directamente por la Administración o por las entidades delegadas.

Concretamente, en la instrucción 2ª de la Circular de 32/1985 se señala como condición a cumplir para la ejecución de los pagos al exterior, salvo excepción expresa, «que se hubieran cumplido las obligaciones fiscales a que estuvieran sujetos los pagos a favor de no residentes, de conformidad con las normas vigentes aplicables sobre la materia».

IV. OTRAS OPERACIONES REALIZADAS POR NO RESIDENTES EN LOS MERCADOS FINANCIEROS ESPAÑOLES

1. Préstamos financieros

En el caso de préstamos financieros (aquellos que no constituyen inversión directa, ni están vincu-

lados a transacciones comerciales ni a prestación de servicios, y cualquiera que sea su forma de instrumentación, con la salvedad de los que, en función de ésta, sean considerados inversiones en cartera), aunque se declaren liberalizados por Directiva 88/361 con carácter general, se permite a España mantener las restricciones existentes hasta 31 de diciembre de 1992, consistentes en la necesidad de obtener autorización previa del Banco de España, de acuerdo con el artículo 3º. del Reglamento de Control de Cambios (RCC). A partir de la Circular 6/1987 del Banco de España, se liberalizan los préstamos en divisas convertibles, pesetas convertibles, ECUs, con una vida media mínima de tres años desde la primera disposición, por un importe no superior a 1.500 millones de pesetas y siempre que el prestatario español no sea sucursal del prestamista no residente.

Con independencia del régimen de control de cambios aplicable, la Circular 1/1989 impuso la constitución, en el Banco de España, de un depósito sin remuneración por el 30 por 100 de cualquier préstamo o crédito financiero exterior, de cualquier naturaleza, en divisas o en pesetas convertibles.

2. Cuentas bancarias extranjeras

Las cuentas bancarias de inversores extranjeros en España pueden, en la actualidad, clasificarse en cuentas en pesetas convertibles, cuentas en divisas y cuentas en pesetas ordinarias.

Las cuentas en pesetas convertibles, reguladas en la Orden de 26 de junio de 1987 (modificada por órdenes de 10 de abril de 1989 y 12 de marzo de 1990, y por la Circular del Banco de España número 10/1989, de 30 de marzo), pueden ser abiertas a favor de no residentes por las entidades delegadas, sin previa autorización del Banco de España, bajo la forma de depósitos a la vista, de ahorro o imposiciones a plazo. Cualquier otra modalidad de colocación bancaria de pesetas convertibles requiere autorización del Banco de España y, en particular, la creación o transmisión de certificados de depósito a no residentes.

A partir de la Orden de 12 de marzo de 1990, dichas cuentas pueden ser retribuidas libremente.

Las cuentas extranjeras en pesetas ordinarias, reguladas en el RD 1723/1985, en la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 20 de diciembre de 1985 y en las circulares 33/1986 y 34/1988 de dicha Dirección General, pueden ser abiertas en las entidades delegadas a nombre de no residentes, y pueden revestir la forma de depósitos a la vista, de ahorro o imposicio-

nes a plazo. Cualquier otra colocación de recursos en pesetas ordinarias, y en especial por medio de certificados de depósito denominados en pesetas, requiere autorización previa de la Dirección General de Transacciones Exteriores.

Las condiciones de retribución de estas cuentas se regulan por las mismas normas que las cuentas de residentes. Los abonos a estas cuentas son libres, sin perjuicio del régimen general de control de cambio que pueda ser aplicable a las operaciones de las que aquéllos procedan.

Al contrario de lo que sucede con las cuentas de pesetas convertibles, éstas no gozan, en principio, de convertibilidad, si bien se reconoce el derecho de transferencia al exterior del producto de la liquidación de inversiones extranjeras efectuadas con saldos de estas cuentas y sus rendimientos, y de los intereses bancarios devengados por las propias cuentas.

La Circular 5/1987, de 13 de marzo, del Banco de España permite a las entidades delegadas la admisión de depósitos en divisas admitidas a cotización en el mercado español y en ECU, admitiéndose también cualquier otra forma de captación de recursos en divisas. El interés para estas cuentas puede ser libremente pactado, salvo cuando sea una operación entre una entidad delegada y una compañía filial o matriz en el extranjero, caso en el que habrá de estarse al interés de mercado. Sus fondos pueden ser convertidos a pesetas ordinarias o convertibles o a cualquier otra divisa convertible.

V. LA INVERSION EXTRANJERA DESDE UNA PERSPECTIVA TRIBUTARIA. EL CONCEPTO DE NO RESIDENTE

Como hemos visto con anterioridad, el fenómeno de la extranjería es tratado desde los más diversos puntos de vista en nuestro ordenamiento, pero ciertamente en el ámbito del Derecho Tributario este fenómeno adquiere características peculiares.

En primer término, cabe destacar que, con muy escasas excepciones, se prescinde aquí del vínculo jurídico-político de la nacionalidad, para atender al criterio de la residencia como situación determinante de un régimen fiscal propio de las dos categorías de sujetos pasivos que inicialmente resultan de este hecho diferenciador: quienes son considerados residentes en España a efectos fiscales y aquellos que no son considerados como tales. Pero, además, esta residencia tampoco es la que resulta de una situación jurídico administrativa

—no es la residencia que contempla la LE ni la regulación mercantil—, sino que se trata de un concepto específico del Derecho Tributario.

1. Los sujetos pasivos del IRPF por obligación personal y por obligación real. Residencia fiscal en España

Sentado en el IRPF que la sujeción al mismo puede producirse tanto por obligación personal como por obligación real, el artículo 4 de la Ley 44/1978 conceptúa como sujetos pasivos por obligación real a quienes tengan su residencia habitual en España, y entiendo por residencia habitual en España la permanencia por más de 183 días durante el año natural en territorio español, sin que, a los efectos de dicho cómputo, se tengan en cuenta las ausencias cuando, por las circunstancias en que se realicen, pueda inducirse que aquéllas no tendrán una duración superior a tres años.

Al propio tiempo, y sin perjuicio de las dudas que en cuanto a su constitucionalidad pueda plantear (9), se extiende la sujeción por obligación personal a las personas físicas que, no siendo residentes en España en los términos anteriores, formen parte de una unidad familiar que se considere residente, es decir, de una unidad familiar en la que cualquiera de los cónyuges, el padre o la madre solteros, o todos los hermanos sometidos a un solo tutor, según los casos, sean residentes en España a los efectos del impuesto.

El mismo artículo 4º. de la Ley del IRPF sujeta a su exigencia, por obligación real, a cualquier otra persona física que obtenga rendimientos o incrementos de patrimonio producidos en territorio español o satisfechos por una persona o entidad pública o privada residente en dicho territorio, si bien sólo en relación con los mismos.

Proyecto de Ley del impuesto sobre la renta

El Proyecto de Ley del IRPF publicado el día 4 de agosto de 1990 en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, prevé modificaciones en cuanto a la configuración del sujeto pasivo por obligación personal y por obligación real.

Se consideran sujetos pasivos por obligación personal las personas físicas que tengan su residencia en territorio español, pero el artículo 12 extiende aún más el ámbito de la obligación personal e insiste en considerar circunstancias determinantes de ésta los vínculos matrimoniales o paternofiliales:

Uno. Se entenderá que el sujeto pasivo tiene su residencia habitual en territorio español cuando se dé cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Que permanezca más de 183 días, durante un año natural, en territorio español.
- b) Que el cónyuge no separado legalmente o los hijos que dependan del sujeto pasivo residan en España.
- c) Que radique en España el núcleo principal o la base de sus actividades empresariales o profesionales o de sus intereses económicos.

Dos. Para determinar el período de permanencia en territorio español de un sujeto pasivo no se computarán sus ausencias temporales, salvo que demuestre su residencia habitual durante 183 días en el año en otro país.

El artículo 11 define el concepto residual de sujeto pasivo por obligación real de la siguiente forma:

Las personas físicas distintas de las mencionadas en la letra anterior —obligación personal— que obtengan rendimientos o incrementos de patrimonio producidos en territorio español o satisfechos por una persona o entidad pública o privada residente en dicho territorio o por un establecimiento permanente situado en el mismo.

2. Los sujetos pasivos del IS por obligación personal y por obligación real. Residencia fiscal en España

La Ley 61/1978, del IS, configura como sujetos pasivos por obligación personal a los que sean residentes en España, fijando como parámetros de dicha residencia el cumplimiento de cualquiera de las siguientes condiciones:

- a) que se hubiesen constituido conforme a las leyes españolas;
- b) que tengan su domicilio social en territorio español;
- c) que tengan la sede de dirección efectiva en territorio español, entendiéndose por sede de dirección efectiva el lugar donde está centralizada, de hecho, la gestión administrativa y la dirección de los negocios.

Por otra parte, están sujetos por obligación real los sujetos pasivos que, sin ser residentes, obtengan rendimientos o incrementos de patrimonio en territorio español o perciban rendimientos satisfechos por una persona o entidad pública o privada residente en él, salvo cuando, en este último caso, los rendimientos se abonen por establecimientos permanentes situados en el extranjero, con cargo a los mismos, y los trabajos, servicios o demás prestaciones por las que se abonen los rendimientos estén directamente vinculadas a la actividad del establecimiento permanente.

3. Los sujetos pasivos no residentes y el establecimiento permanente

El concepto de establecimiento permanente, que es una de las piezas centrales de la construcción del régimen fiscal aplicable a los no residentes en el ámbito de la imposición sobre la renta y de la armonización fiscal internacional, ha venido estando, sin embargo, reservado en España al IS, y sólo a partir de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988 se introduce una consideración específica de la obtención de rentas por personas físicas a través de establecimiento permanente, para aplicar en dichos casos el mismo tipo impositivo y las mismas reglas de cálculo de la base imponible que si se tratara de sujetos pasivos del IS (10).

Pero es en el IS donde el establecimiento permanente ha sido objeto de una consideración pormenorizada. El artículo 306 del Reglamento del impuesto sobre sociedades (RIS) clasifica los establecimientos permanentes en tres categorías: con actividad continuada, con actividad esporádica y establecimientos que no cierran un ciclo mercantil completo.

En el artículo 314 del RIS se enumeran las circunstancias determinantes de que una entidad no residente se considere que actúa en España, a través de un establecimiento permanente con actividad continuada:

a) Cuando directamente, o mediante apoderado, posean en territorio español una sede de dirección, sucursal, oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, almacenes, tiendas u otros establecimientos desde los que se desarrolle una explotación económica que cierre un ciclo mercantil.

b) Que dispongan en territorio español de agencias o representaciones autorizadas para contratar en nombre y por cuenta del sujeto pasivo.

c) Que posean en territorio español minas, canteras, pozos de petróleo o de gas, u otros lugares en los que realicen toda o parte de su actividad.

d) Que posean en territorio español explotaciones agrarias, forestales, pecuarias o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales.

e) Que realicen de modo continuado o habitual en territorio español actividades profesionales o artísticas.

Los establecimientos permanentes con actividad continuada tributan, básicamente, de la misma forma que los sujetos pasivos por obligación personal, si bien con la peculiaridad fundamental de que estos sujetos no tributan por su renta mundial, sino

únicamente por la obtenida en España. En cualquier caso, no se tratará aquí de los no residentes que actúan en España por medio de establecimiento permanente, cuya fiscalidad sobre rentas obtenidas en España es equiparable en gran medida a la de los residentes, sino de los inversores extranjeros sin establecimiento permanente en España.

El artículo 328 del RIS denomina establecimientos permanentes que no cierran un ciclo mercantil completo a aquellas entidades no residentes que, disponiendo en España de una instalación o lugar de trabajo, destinen los productos o servicios en ellos realizados a su propio uso, sin que se produzca contraprestación alguna, aparte de la cobertura de los gastos originados por tal instalación o lugar de trabajo.

Para estos establecimientos, el artículo 329 del RIS incorpora un nuevo sistema de imposición personal (11), consistente en calcular la base imponible aplicando el porcentaje del 15 por 100 sobre los gastos del establecimiento y sumando al resultado los ingresos de carácter accesorio y los incrementos y disminuciones de patrimonio.

Por último, se considera que una entidad no residente opera en España mediante un establecimiento permanente con actividad esporádica cuando realice alguna de las siguientes actividades (art. 323 del RIS):

a) Obras de construcción, instalación o montaje con duración superior a doce meses.

b) Servicios de cualquier tipo en favor de terceros durante más de ciento ochenta y tres días en un período anual, cuando no resulten realizados por una sucursal en España.

c) Explotaciones económicas de las contempladas en el artículo 314 de este reglamento, desarrolladas o a desarrollar por un período no superior a tres años.

Estos establecimientos tienen la posibilidad de optar entre el régimen tributario aplicable a los establecimientos con actividad continuada o el propio de las entidades no residentes sin establecimiento permanente, si bien, en este último caso, sin derecho a beneficiarse de la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición que pudieran afectarles.

Proyecto de Ley del IRPF

Este proyecto viene a traer al texto de la Ley del IRPF la utilización del concepto de establecimiento permanente de una persona física inaugurado por la Ley de Presupuestos de 1988, con dos matiza-

ciones adicionales consistentes en contemplar expresamente la renta de fuente extranjera obtenida por el establecimiento permanente en España (12), y en remitirnos a las normas del IS exclusivamente en lo concerniente a la calificación de establecimiento permanente. No se entiende por qué esa remisión no se hace extensiva, por ejemplo, a la posible opción de los establecimientos permanentes con actividad esporádica por la tributación como no residentes sin establecimiento permanente.

4. Entidades no residentes sin establecimiento permanente

Por exclusión, las entidades no incluidas en ninguna de las anteriores categorías de establecimientos permanentes que obtengan rentas sujetas al IS recibirán el tratamiento previsto para la obtención de rentas sin establecimiento permanente. El hecho de que una entidad no residente disponga de uno o varios establecimientos permanentes en España, circunstancia contemplada en el artículo 311 del RIS (13), tampoco atrae hacia su ámbito las rentas generadas por dicha entidad no residente al margen de su establecimiento o establecimientos en España, siendo perfectamente compatible que una entidad no residente tribute en relación con parte de sus rentas en España como establecimiento permanente, y en relación con otra parte de aquéllas como no residente sin establecimiento permanente.

5. Los convenios para evitar la doble imposición y el concepto de sujeto pasivo no residente en España

El ámbito subjetivo de aplicación de los impuestos personales sobre la renta es uno de los aspectos que vienen afectados de forma más importante por los convenios para evitar la doble imposición. El Modelo de Convenio de 1977 que, elaborado bajo los auspicios de la OCDE, se ocupa de esta cuestión, elige, en su artículo 1, el criterio de la residencia como punto de conexión de los sujetos pasivos con cada uno de los estados contratantes para delimitar su campo de aplicación. La residencia viene referida inicialmente (art. 4.1) a cualquier persona que, en virtud de la legislación de uno de los estados signatarios, esté sujeta a imposición por razón del domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, no incluyendo, por el contrario, a las personas que estén sujetas a imposición en un Estado exclusivamente por la renta que obtengan procedente de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio que posean en él. En definitiva, trasladando

el concepto a nuestras categorías, se identifica residencia con sujeción por obligación personal.

Pero como dicha definición no es suficiente, porque el derecho interno de ambos estados puede establecer puntos de conexión, dispares o coincidentes, que comporten la atribución de residencia a la misma persona en los dos estados, se hace necesario buscar una norma de conflicto que seleccione un solo Estado de residencia del sujeto pasivo.

Cuando, en virtud de las disposiciones del párrafo 1, una persona física sea residente en ambos estados contratantes, su situación se resolverá de la siguiente manera:

a) Esta persona será considerada residente del Estado donde tenga una vivienda permanente a su disposición; si tuviera una vivienda permanente a su disposición en ambos, se considerará residente del Estado con el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas (centro de intereses vitales).

b) Si no pudiera determinar el Estado en que dicha persona tiene el centro de sus intereses vitales, o si no tuviera una vivienda permanente a su disposición en ninguno de los estados, se considerará residente del Estado contratante donde viva habitualmente.

c) Si viviera habitualmente en ambos estados o no lo hiciera en ninguno de ellos, se considerará residente del Estado del que sea nacional.

d) Si fuera nacional de ambos estados o no lo fuera de ninguno de ellos, las autoridades competentes de los estados contratantes resolverán de común acuerdo.

Para los casos en que el conflicto se plantee sobre la residencia de una persona que no sea una persona física (14), ésta se considerará residente del Estado en que se encuentre su sede de dirección efectiva.

La definición del término «persona», y la atribución de residencia a los que no puedan ser considerados personas físicas, es de particular importancia por el peso que en los mercados financieros tiene la acción inversora de determinadas instituciones como fondos de pensiones, fondos de inversiones y otras agrupaciones de personas que, según los ordenamientos jurídicos, pueden estar dotadas o no de personalidad jurídica y de la consideración de sujetos pasivos del IS o equivalente. En general, a través del concepto de agrupación de personas o a través del concepto de sociedades, vienen a ser acogidos en los convenios para evitar la doble imposición.

Concepto de establecimiento permanente

El Modelo de Convenio de la OCDE también distingue entre la actuación del no residente con establecimiento permanente y sin establecimiento permanente, como paso previo para permitir el gravamen de las rentas obtenidas por un establecimiento permanente en el Estado en el que esté situado, y sin perjuicio del gravamen que resulte procedente en el Estado de residencia de la sociedad a la que el establecimiento permanente pertenece.

Tanto en el Modelo de Convenio como en todos los suscritos por España, «establecimiento permanente» significa lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad.

El Modelo de Convenio de 1977 configura el concepto de establecimiento permanente en base a los siguientes elementos delimitadores, que atraen tal calificación:

- a) Las sedes de dirección.
- b) Las sucursales.
- c) Las oficinas.
- d) Las fábricas.
- e) Los talleres.
- f) Las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales.

Por el contrario, quedan al margen de este concepto, además de otros que nada tienen que ver con la actividad inversora en los mercados financieros:

- a) El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa.
- b) El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatorio.

Cuando una persona—distinta de un agente que goce de un estatuto independiente— actúe por cuenta de una empresa y ostente y ejerza habitualmente, en un Estado contratante, poderes que le facultan para concluir contratos en nombre de la empresa, se considerará que esta empresa tiene un establecimiento permanente en ese Estado respecto de todas las actividades que esta persona realiza por cuenta de ella, a menos que las actividades de esa persona se limiten a las enumeradas con anterioridad y que, de haber sido ejercidas por medio de un lugar fijo de negocios, no se hubiera considerado este lugar un establecimiento perma-

nente de acuerdo con las disposiciones de este párrafo.

No se considera que una empresa tiene un establecimiento permanente en un Estado contratante por el mero hecho de que realice sus actividades por medio de un corredor, un comisionista general o cualquier otro agente que goce de un estatuto independiente, siempre que estas personas actúen dentro del marco ordinario de su actividad.

El hecho de que una sociedad residente de un Estado contratante controle o sea controlada por una sociedad residente del otro Estado contratante, o que realice actividades en ese otro Estado (ya sea por medio de establecimiento permanente o de otra manera), no convierte por sí solo a cualquiera de estas sociedades en establecimiento permanente de la otra.

Tanto el análisis de estos preceptos como la lectura de los comentarios al artículo 5 del Modelo de Convenio (15) llevan a la conclusión de que los trabajos de elaboración de este Modelo, en lo que a la definición de establecimiento concierne, tuvieron presentes, fundamentalmente, las actividades industriales, comerciales, extractivas y de servicios en general, pero no las actividades financieras, y ello hasta el punto de que ni en el artículo 5 ni en los comentarios al mismo existe referencia expresa a ellas; tal vez porque, al venir referido el establecimiento permanente al concepto previo de empresa, se estimó que, en buena parte de los casos, la actividad inversora, más o menos especulativa, escapaba a la actividad empresarial.

Esta indefinición ha permitido la proliferación de entidades que, bajo las más diversas formas jurídicas (sociedades de inversión, fondos de inversión, corporaciones, etc.) radicadas en países de baja fiscalidad, concentran sus inversiones financieras en España, donde disponen del adecuado asesoramiento e incluso de apoderados, más o menos independientes, encargados de efectuar las inversiones y desinversiones de la entidad.

Tanto la dificultad de acreditar la existencia de una verdadera actividad empresarial, que exceda de la mera inversión de un patrimonio, como la de probar la existencia de un lugar fijo de negocios propio o a través de un apoderado que no sea agente independiente, como la falta de claridad por parte del Modelo y de los convenios en cuanto a que estas modalidades de actividad deban ser gravadas como una modalidad de establecimiento permanente, cuando ya han sido gravados en el país de la fuente los beneficios de las entidades en cuyos títulos se concreta la inversión y se pueden gravar también los dividendos o intereses que

el inversor no residente obtenga de la misma, favorecen esta situación. Con independencia de la opinión que nos pueda merecer, no parece que la interpretación administrativa hasta el momento haya sido favorable a considerar la existencia de establecimiento permanente en estos casos, dada la publicidad de algunos de ellos y la inexistencia de reacciones conocidas sobre el particular.

En cualquier caso, como ya hemos señalado, nos interesa aquí analizar el tratamiento fiscal que nuestro ordenamiento dispensa al inversor no residente en los mercados financieros españoles cuando su actuación se produce sin establecimiento permanente, bien porque no concurren las características inherentes al mismo exigidas por el Derecho español, bien porque, pese a que éstas puedan darse, la aplicación de los requisitos exigidos en un convenio de doble imposición hacen que no pueda considerarse existente un establecimiento permanente.

VI. RENTAS DE LAS INVERSIONES EN LOS MERCADOS FINANCIEROS Y SU REGIMEN FISCAL EN LOS IMPUESTOS SOBRE LA RENTA (Rentas obtenidas en España)

Tanto en el IRPF como en el vigente IS, el hecho imponible es la obtención de renta por el sujeto pasivo. El artículo 4 de las leyes reguladoras de ambos impuestos considera componentes de la renta:

a) Los rendimientos de las explotaciones económicas de toda índole y los derivados de actividades profesionales o artísticas.

b) Los rendimientos derivados de cualquier elemento patrimonial que no se encuentre afecto a las actividades referidas a la letra anterior.

c) Los incrementos de patrimonio determinados de acuerdo con lo prevenido en las leyes respectivas.

La Ley del IRPF añade a los anteriores los rendimientos del trabajo personal, cuyo tratamiento queda al margen de nuestro objetivo.

En lo que concierne a las rentas obtenidas por los inversores extranjeros sin establecimiento permanente, son los rendimientos de elementos patrimoniales no afectos a explotaciones económicas y los incrementos de patrimonio los que realmente resultan relevantes, aunque también deban ser tenidos en cuenta, en alguna medida, los rendimientos de explotaciones económicas.

Pero, como veíamos en el caso de tributación por obligación real, los sujetos pasivos sólo serán gravados por los rendimientos e incrementos de patrimonio obtenidos en España o satisfechos por personas o entidades residentes en este país.

Hasta aquí la unidad de criterio en los impuestos personales; pero, a la hora de establecer qué rendimientos e incrementos de patrimonio se entienden obtenidos en España, aparecen ciertas discrepancias.

El artículo 7 de la Ley 44/1978 dice textualmente:

Los sujetos pasivos por obligación real únicamente serán sometidos al impuesto por el importe de los rendimientos o incremento de patrimonio producidos en territorio español o por los satisfechos por una persona o entidad pública o privada residente en dicho territorio.

El Reglamento, de 3 de agosto de 1981, concreta qué rendimientos e incrementos de patrimonio se entenderán, en todo caso, producidos en territorio español:

a) Los rendimientos de explotaciones económicas de toda índole obtenidos por un establecimiento permanente situado en territorio español perteneciente a una persona física.

b) Los rendimientos del trabajo personal y de las actividades profesionales o artísticas, cuando dicho trabajo se preste o las actividades se realicen en territorio español.

c) Los rendimientos de valores mobiliarios emitidos por entidades residentes en España, públicas o privadas, y las demás participaciones en beneficios de las indicadas entidades.

d) Los rendimientos que provengan de préstamos, patentes, asistencia técnica o cualquier otra prestación de trabajo o capital realizada en territorio español a una persona o entidad en él residente o a un establecimiento permanente situado en dicho territorio.

e) Los rendimientos de los inmuebles situados en España y de los derechos reales establecidos sobre aquéllos.

f) Los rendimientos procedentes de cualquier bien mueble situado en España y, en general, de los derechos que hayan nacido, puedan ejercitarse o debieran cumplirse en su territorio.

g) Los incrementos o disminuciones patrimoniales que se deriven de bienes muebles o inmuebles situados en territorio español o de derechos que en él hayan nacido, puedan ejercitarse o debie-

ran cumplirse y de títulos-valores emitidos por empresas españolas o enajenados en España.

h) Cuando se trate de sociedades extranjeras con establecimiento permanente en España, la parte del rendimiento total equivalente a la proporción en que se encuentre el capital fiscal atribuible al establecimiento permanente respecto al capital fiscal mundial de dicha sociedad.

En el IS, el criterio calificador de la renta sujeta por obligación real presenta ciertas peculiaridades. No se habla de rendimientos o incrementos de patrimonio «producidos» en territorio español, sino de las entidades no residentes que «obtengan» rendimientos o incrementos de patrimonio en dicho territorio. La consecuencia del diferente planteamiento terminológico es, para algunos autores, irrelevante (16); para otros, sin embargo, es decisiva (17).

En el artículo 7 de la Ley del IS y en el artículo 19 del RIS se consideran obtenidos en España:

a) Los rendimientos de explotaciones de toda índole obtenidos por medio de establecimiento permanente situado en territorio español.

b) Las contrapositiones de toda clase de servicios, asistencia técnica, préstamos o cualquier otra prestación de trabajo o capital realizada o utilizada en territorio español.

c) Los rendimientos de los inmuebles situados en España o de los derechos establecidos sobre ellos.

d) Los rendimientos de valores mobiliarios emitidos por sociedades residentes en España o por sociedades extranjeras con establecimiento permanente en España, de dinero, bienes, derechos u otros activos mobiliarios invertidos o situados en España.

e) Los incrementos de patrimonio derivados de toda clase de elementos patrimoniales situados en España.

Las diferencias entre los dos elencos de rendimientos obtenidos en España pueden arrojar alguna luz adicional sobre la discusión entre la igualdad o no de las expresiones «producidos» y «obtenidos». Como diferencias, en conclusión, el silencio sobre las rentas e incrementos de patrimonio derivados de derechos que hayan nacido en España, puedan ejercitarse o debieran cumplirse en ella y de los títulos valores emitidos por empresas españolas o enajenados en España.

Estas diferencias entre ambos reglamentos no sólo nos llevan a pensar que los conceptos de

obtención y producción han sido también distintos a la hora de la reglamentación, sino incluso a preguntarnos si el Reglamento del IRPF no incurrió en algún exceso ilegal al considerar producidos en España los incrementos de patrimonio derivados de transacciones sobre títulos valores emitidos por compañías españolas en cualesquiera circunstancias o los atinentes a derechos que hayan nacido en España, o allí pudieran ejercitarse o hubieran de cumplirse. Pensemos, por ejemplo, en una indemnización entre dos no residentes por daños causados en España reconocidos por los tribunales de justicia españoles, pero satisfecha en el extranjero.

En relación con los mercados financieros, dos aspectos de esta problemática son vitales: ¿Se consideran incrementos de patrimonio obtenidos en España los que resultan de la venta en el extranjero, y entre no residentes, de acciones de una compañía española situadas fuera de España? ¿Se consideran rendimientos obtenidos en España los que resultan de emisiones de obligaciones efectuadas por no residentes, y en el extranjero, en pesetas, cuando el receptor del rendimiento es también extranjero, por el mero hecho de que el agente pagador sea una entidad financiera española?

La diversidad de opiniones es consecuente con los postulados anteriores. En efecto, la Dirección General de Tributos, en los escasos supuestos en que se conoce que la situación haya sido planteada formalmente (18), ha contestado que las plusvalías derivadas de la enajenación de títulos de sociedades españolas entre no residentes y en el extranjero estarán gravadas por el IS, aunque los títulos estén fuera del territorio español al tiempo de la transmisión.

Por el contrario, la localización de los títulos fuera de España (19), los antecedentes históricos e incluso argumentos de derecho comparado han llevado a buena parte de los autores y profesionales en esta materia a entender lo contrario (20). Esta opinión no se encuentra tampoco divorciada de la práctica administrativa, que, pese a disponer en el Registro de Inversiones Extranjeras de cuanta información se precisa para acceder a miles de operaciones de esta índole, jamás ha procedido a su liquidación. Los daños para la economía española serían incalculables. La posibilidad de cotización de las acciones de compañías españolas en las bolsas extranjeras estaría absolutamente fuera de lugar si cada una de las transacciones debiera ser declarada y, en su caso, liquidada: los mismos títulos darían lugar en un corto espacio de tiempo a cientos de miles de declaraciones y liquidaciones.

En relación con el segundo aspecto comentando, la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria, recogiendo el texto del RD Ley 7/1989, de 29 de diciembre, nos ha venido a dispensar de mayores consideraciones, al establecer en su artículo 7:

Los rendimientos de capital e incrementos o disminuciones de patrimonio derivados de valores emitidos en España por personas físicas o jurídicas no residentes sin mediación de establecimiento permanente no se considerarán obtenidos o producidos en territorio español a los efectos de los Impuestos sobre la Renta correspondientes al titular de los valores, cualquiera que sea el lugar de residencia de las instituciones financieras, que actúen como agentes de pagos o medien en la emisión o transmisión de valores.

1. Rentas no obtenidas en España: cuentas bancarias y depósitos de no residentes

La enumeración de las rentas obtenidas en España se completa con la delimitación negativa de las que expresamente se consideran no obtenidas en España, y de entre las cuales nos interesa destacar los rendimientos de depósitos y operaciones que cumplan análogas funciones en moneda extranjera y de las cuentas extranjeras en pesetas. Su regulación, sin embargo, ha sido asimétrica en los dos impuestos sobre la renta.

La regulación inicial del IRPF presentaba una situación en la que no cabía duda de la sujeción al impuesto de los rendimientos de depósitos en divisas y cuentas en pesetas; sin embargo, el propio Reglamento del impuesto, siguiendo el precedente de anteriores decretos reguladores de la obligación de practicar retenciones a cuenta y de la legislación que sobre este particular existía ya desde 1975, dispone, en el artículo 147.4, que no existe obligación de practicar retención a cuenta en el caso de intereses y comisiones de los depósitos en moneda extranjera y de las cuentas extranjeras en pesetas, con lo que, en la práctica, se eliminaba la tributación de los no residentes en estos casos.

Por otra parte, el RIS, en su artículo 334.1c), siguiendo el precedente del artículo 3 del RD de 20 de febrero de 1979, establecía que no tendrán la consideración de rentas obtenidas en España los rendimientos de los depósitos en moneda extranjera, de operaciones que cumplan análogas funciones y de las cuentas extranjeras en pesetas que se satisfagan a entidades no residentes en

España, con lo que se venía a conectar el hecho de la inexistencia de la obligación de retener con el carácter de rentas que se consideran no obtenidas en España y ello porque, aunque el RIS no es aplicable al IRPF, servía para dar carta de naturaleza a la inexistencia de retenciones en ambos impuestos, si bien con una técnica legislativa muy defectuosa, que había prescindido de acudir a una Ley para determinar la no sujeción al impuesto de ciertos rendimientos, que es materia de reserva de Ley.

La legislación posterior ha venido a confirmar y concretar la situación descrita, y así, la Ley de Régimen Fiscal de Activos Financieros, de 29 de mayo de 1985, en su artículo 8º, dispone que no estarán sometidos a retención los intereses y demás contraprestaciones de los rendimientos de los depósitos en moneda extranjera y de las cuentas extranjeras en pesetas que se satisfagan a no residentes en España, salvo que el pago se realice a un establecimiento permanente, por el Banco de España, bancos, cajas de ahorros, cajas rurales, cooperativas de crédito y demás establecimientos con funciones delegadas del mismo.

La reiteración en la legislación sobre activos financieros de la inexistencia de obligación de retener en estos casos, establecida de forma común para los impuestos sobre sociedades y sobre la renta de las personas físicas, viene a servir de confirmación del criterio de que, para ambos impuestos, se produce la no sujeción de los rendimientos de los depósitos en divisas y cuentas extranjeras en pesetas a favor de no residentes satisfechos por entidades de naturaleza bancaria.

La inexistencia de obligación de retener a lo largo de este proceso legislativo ha venido a ser complementada con la inexistencia de obligación, por parte de los no residentes, de presentar la declaración denominada «Modelo 210» de los impuestos sobre la renta para efectuar la remesa de los fondos obtenidos al exterior. De este modo, diversas resoluciones sucesivas, de las que se puede citar como muestra la de 21 de julio de 1986, de la Dirección General de Tributos, excluían de la obligación de presentar la citada declaración a los resultados de las cuentas en pesetas convertibles y en divisas.

Como conclusión de todo lo anterior, podemos decir que existe una muy abundante legislación relativa a las obligaciones de practicar retenciones y a las obligaciones de declarar por parte de los no residentes que ha llevado consigo el propósito, y la práctica, de que los rendimientos de los depósitos en divisas y cuentas extranjeras en pesetas por no residentes no soporten tributación en los

impuestos sobre la renta; sin embargo, conviene precisar que ello ha sido conseguido fundamentalmente a través de normas reglamentarias y procedimentales, y no mediante una declaración de una norma con rango de Ley de no sujeción al impuesto de estos rendimientos.

2. Rentas obtenidas en España en el proyecto de Ley del IRPF

El artículo 17 del proyecto de Ley, después de definir la sujeción por obligación real en los términos ya comentados, introduce una importante delimitación negativa que trata de tomar posiciones ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo de armonización del tratamiento de las rentas del capital en el seno de la CEE:

En resumen, el precepto considera no obtenidos en España los intereses e incrementos de patrimonio derivados de bienes muebles cuando correspondan a personas físicas no sujetas por obligación personal que tengan su residencia habitual en otros estados de la CEE y no operen en España mediante establecimiento permanente.

Esta regla no se aplicará a los incrementos de patrimonio derivados de la transmisión de acciones, participaciones u otros derechos en una sociedad, persona jurídica o entidad, en los siguientes casos:

a) Cuando el activo de la sociedad, persona jurídica o entidad consista principalmente, directa o indirectamente, en bienes inmuebles situados en territorio español.

b) Cuando durante el período de doce meses precedentes a la transmisión el sujeto pasivo haya participado, directa o indirectamente, en al menos el 25 por 100 del capital o patrimonio de dicha sociedad, persona jurídica o entidad.

Tampoco será aplicable dicho criterio de no sujeción a intereses o incrementos de patrimonio obtenidos a través de los territorios de la CEE que se determinen reglamentariamente por su carácter de paraísos fiscales.

Tampoco se consideran obtenidos o producidos en territorio español los rendimientos del capital mobiliario ni los incrementos o disminuciones de patrimonio derivados de valores emitidos en España por personas físicas o jurídicas no residentes sin mediación de establecimiento permanente, cuando el perceptor de los mismos sea un no residente sin establecimiento permanente en España.

La disposición adicional 8ª. del proyecto hace

extensible lo dispuesto en el artículo 17 a los sujetos pasivos del IS en territorio español que operen sin mediación de establecimiento permanente en el mismo.

3. El lugar de obtención de las rentas y los convenios para evitar la doble imposición

Ni el Modelo de Convenio de la OCDE, en sus versiones de 1963 y de 1977, ni los diferentes convenios suscritos por España hasta el momento efectúan una clasificación de qué rentas y en virtud de qué criterios se entienden obtenidas en uno u otro de los estados signatarios. En síntesis, todo se reduce a la combinación del derecho a gravar la renta mundial por «obligación personal» del país de residencia del perceptor con el derecho a gravar en el país de la fuente, en alguna medida, las mismas rentas en algunos casos:

a) Dividendos

Los dividendos pagados por una sociedad residente de un estado contratante a una residente del otro estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro estado.

Sin embargo, estos dividendos pueden también someterse a imposición en el estado contratante en que resida la sociedad que pague los dividendos, si bien con las limitaciones que se indican en el apartado correspondiente.

b) Beneficios empresariales

Los beneficios de una empresa de un estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro estado mediante establecimiento permanente.

c) Intereses

Los intereses procedentes de un estado contratante pagados a un residente del otro estado contratante pagados a un residente del otro estado contratante pueden someterse a imposición en este último estado. Como en el caso anterior, los intereses pueden someterse en el estado de la fuente a un gravamen limitado.

d) Incrementos de patrimonio

Las ganancias de capital, en la terminología convencional, tributan, como criterio general, en el estado de residencia del perceptor cuando se produzcan por la enajenación de bienes muebles.

En ciertos convenios se asimilan las ganancias de capital por transmisión de acciones de sociedades cuyo objeto social exclusivo, o esencial, consista en la tenencia de bienes inmuebles a las procedentes de la enajenación de los propios bienes inmuebles (21).

e) *Otras rentas*

Cualquier otra renta de una inversión financiera, cualquiera que fuese su procedencia, distinta de las anteriores, sólo puede ser sometida a gravamen en el país de residencia del perceptor.

VII. LA RENTA GRAVABLE. CALCULO DE LA BASE IMPONIBLE DEL NO RESIDENTE

Hemos analizado ya quién tiene la condición de no residente a efectos fiscales y cuáles de sus rentas pueden ser consideradas como obtenidas en España y sometidas a imposición personal, pero no acaban ahí las consecuencias que el hecho diferencial de la no residencia acarrea en los impuestos sobre la renta. El cálculo de la base imponible viene también drásticamente influido a partir del RD Ley 24/1982, de 29 de diciembre, y de la Ley 5/1983, de 29 de junio, que, con el mismo contenido, dan un giro radical al sistema de imposición de los no residentes que había resultado de la reforma de 1978. Pero la evolución experimentada por esta materia ha dejado graves lagunas sin resolver.

1. Impuesto sobre sociedades

En el IS se parte, en 1978, de un esquema en el que los rendimientos e incrementos de patrimonio obtenidos en España por no residentes tributan de acuerdo con las normas generales en cuanto se refiere a la determinación de la base imponible, sin que exista ninguna norma particular para no residentes, con la excepción de la aplicación del tipo especial del 24 por 100 por intereses y comisiones de préstamos aplicable sobre el importe íntegro, salvo que el no residente se acogiera a la normativa general del impuesto y optase por la tributación al 35 por 100 sobre el importe neto. Pero la Ley decía más; decía que el período impositivo coincidiría con el ejercicio económico de la entidad, sin exceder de doce meses, si bien se entendería concluido cuando una sociedad no residente en España solicitase la autorización correspondiente para retirar del territorio nacional los rendimientos gravados por obligación real; decía también que la base im-

ponible estaría constituida por el importe de la renta en el período de la imposición y que la cuantía de las distintas partidas, positivas o negativas, que componen la renta se integrarían y compensarían para el cálculo de la base imponible; y decía, por último, que si, en virtud de las normas aplicables para la determinación de la base imponible, ésta resultare negativa, su importe podría ser compensado en los cinco ejercicios inmediatos y sucesivos (22).

La Ley 18/1982, de 26 de mayo, dio nueva redacción al número 2 del artículo 23:

Cuando se trate de rendimientos obtenidos por sociedades extranjeras que operen en España, sin establecimiento permanente, se aplicará un impuesto definitivo del veinticuatro por ciento sobre el importe de los rendimientos netos, salvo que el sujeto pasivo se acoja al régimen general. En el primer caso, el Ministro de Hacienda podrá establecer reglamentariamente coeficientes de rendimiento neto atendiendo a la naturaleza de los mismos.

Este precepto, que planteaba ya una dudosa deslegalización de las bases imponibles de no residentes, mantenía aún la conexión con la anterior regulación a través de la opción por el régimen general.

El siguiente texto legislativo en la materia es el RD 2631/1982, de 15 de octubre, que aprueba el RIS, dedica los artículos 332 a 346 a las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente y, en lo que ahora nos interesa, introduce las siguientes innovaciones:

- En cuanto al cálculo del rendimiento neto, dice textualmente el artículo 336:

1. Los rendimientos netos se determinarán aplicando sobre el importe de los ingresos íntegros minorados, en su caso, en el importe de los sueldos y salarios satisfechos en España, los coeficientes que señale el Ministerio de Hacienda.

2. Las actividades que no tuvieran señalado un coeficiente específico tendrán asignado con carácter general aquel que resulte preciso para que su tributación se limite a la aplicación del tipo de retención.

3. Serán requisitos indispensables para la admisibilidad de los gastos de personal a que se refiere el apartado 1 de este artículo:

- a) Que correspondan a retribuciones del personal directamente empleado en territorio español.

- b) Que los servicios prestados guarden relación directa y resulten necesarios para la obtención de los ingresos.

c) Que no correspondan a servicios profesionales o de administración y gestión.

d) Que se haya practicado y declarado la retención reglamentaria a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Aunque se ha querido encontrar el apoyo legal de este precepto en el artículo 20 de la Ley (23), en cuanto autoriza el procedimiento de estimación objetiva singular de las bases imponibles, no puede desconocerse que la aplicación de tal régimen debe venir impuesta por Ley, por mandato expreso del artículo 10 a) de la Ley General Tributaria (LGT) y genérico de los artículos 31 y 133 de la Constitución.

- Los incrementos de patrimonio se determinarán de acuerdo con el régimen general, pero el valor de adquisición se calculará por la conversión de la divisa declarada en su momento al tipo de cambio vigente en la fecha de enajenación.

- En cuanto a la compensación de pérdidas, dice el artículo 338:

Las normas sobre compensación de pérdidas no serán aplicables a las entidades no residentes en territorio español que obtengan rentas en el mismo sin mediación de establecimiento permanente.

La ilegalidad de este precepto hubiera sido ostensible si, con anterioridad a su entrada en vigor, no se hubiera publicado el RD Ley 24/1982, de 29 de diciembre, que vino a dotarle del soporte legal necesario.

- El devengo del impuesto se entenderá producido en el momento en que sean exigibles los ingresos por la entidad no residente en territorio español, si bien en los casos en que el cobro se realice en varios plazos, y con posterioridad a la realización de las operaciones, los gastos se imputarán en la misma proporción a los diversos vencimientos (24).

El artículo 343, so pretexto de reglamentar la declaración del impuesto, afecta también a la base imponible, exigiendo la declaración separada de cada renta, de modo que no puedan compensarse entre sí las de distinto signo atribuibles a un mismo período impositivo.

Inmediatamente después del Reglamento, y antes de su entrada en vigor, prevista para el día 1 de enero de 1983, se dicta el RD Ley 24/1982, de 29 de diciembre, incorporado después a la Ley 5/1983, de 29 de diciembre, en cuanto afecta a la tributación de no residentes. Ambos inauguran un nuevo planteamiento de la imposición sobre la renta de no residentes, que ha perdurado hasta el

momento con escasas adaptaciones, cuyas características son las siguientes:

- Se unifica la forma de tributación de personas físicas y jurídicas.

- Los rendimientos gravables tributarán a un tipo fijo aplicable sobre el montante bruto.

- En los casos de prestaciones de servicios, asistencia técnica, gastos de instalación y montaje, derivados de contratos de ingeniería y, en general, de explotaciones económicas realizadas en España sin establecimiento permanente, el sujeto pasivo podrá deducir de los ingresos íntegros los gastos de personal y de aprovisionamiento de materiales incorporados a los otros trabajos, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

- Los sujetos pasivos en cuestión tributarán separadamente por cada devengo, total o parcial, de los rendimientos.

- Los incrementos de patrimonio tributan con arreglo a las normas generales por imposición personal.

- No resultará aplicable la compensación de pérdidas.

En este estado de la cuestión ya se suscitaban dudas notables en cuanto a la tributación separada por cada devengo en un artículo en que este procedimiento sólo se refiere a rendimientos (25), cuando hay una consideración pormenorizada o «rentas obtenidas...», analizando separadamente rendimientos e incrementos de patrimonio, como, por otra parte, hacen ambos impuestos generales. De no ser aplicable la tributación separada, incrementos y disminuciones patrimoniales podrían compensarse entre sí en el período impositivo.

En todo caso, también se plantean dudas, ante la inexistencia de una redefinición técnica del período impositivo, en torno a la posibilidad de compensar rendimientos negativos con rendimientos positivos dentro del período impositivo definido por la Ley, aunque su declaración se efectúe separadamente por cada devengo.

La Orden de 29 de julio de 1983, so pretexto de dictar normas sobre la declaración de las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente por personas o entidades no residentes, también ha introducido en los aspectos sustantivos alguna novedad de interés:

- Los rendimientos derivados de un mismo contrato, pero obtenidos o percibidos en fechas distintas, se regirán por las reglas a las que se acoja el sujeto pasivo en el momento de presentar la prime-

ra liquidación, sin perjuicio de las variaciones de tipos impositivos.

- Tratándose de pagos en moneda extranjera, las liquidaciones se realizarán aplicando el cambio «vendedor» al cierre inmediato a la fecha de presentación, con las siguientes salvedades:

a) Cuando al inicio del cómputo de plazo de declaración el cambio sea superior, se aplicará éste.

b) Cuando en la fecha de la declaración estuviera cerrado el mercado de divisas de Madrid, por razones de política económica, se aplicará el cambio de cierre del día en que se produzca la reapertura de dicho mercado de divisas.

c) Si la transferencia efectiva de los fondos al exterior se demora más de un mes desde la liquidación del impuesto, se aplicará el cambio vigente a la fecha de transferencia si fuera superior del apartado a).

- Para el cálculo de los incrementos de patrimonio, el valor de adquisición se calculará por la conversión de la divisa declarada en su momento al tipo de cambio vigente en la fecha de enajenación, si bien aquí se trata de una mera reproducción del artículo 337 del Reglamento.

De los aspectos anteriores de la Orden Ministerial destaca no sólo la intromisión en materias objeto de reserva de Ley, sino también, en ciertos supuestos, su clara ilegalidad, por más que en ocasiones pueda resultar favorable al contribuyente.

No se comprende bien a qué regla queda sometido el sujeto pasivo en relación con los rendimientos derivados de un mismo contrato, pero si la salvedad, en cuanto a los tipos impositivos concierne, quiere dar a entender que lo estará en cuanto a las reglas de determinación de la base imponible u otros elementos esenciales del tributo, debemos decir que sólo las disposiciones en cuanto a la entrada en vigor de las leyes que regulen en cada momento esta materia y sus disposiciones transitorias serán relevantes a este fin, sin que la declaración de voluntad del sujeto pasivo al presentar la primera declaración, ni el tenor excesivo de la Orden, puedan tener ninguna proyección material.

En cuanto al cálculo de la base imponible, cuando el pago es en divisas, no nos cabe duda de su necesaria conversión a pesetas, pero no puede comprenderse el criterio *pro-fisco* de articular diversas alternativas de conversión para elegir de entre ellas la más desfavorable al contribuyente. Si el criterio aplicable es el de tributación separada

para cada devengo total o parcial, es la fecha del devengo la que debe determinar el rendimiento o incremento de patrimonio obtenido, y para ello, en ese momento, debe hacerse la conversión a pesetas, cualquiera que sea el momento de la declaración. La aplicación del cambio a la fecha de transferencia efectiva de los fondos desconoce el criterio de devengo, desconoce que ni las variaciones del valor de las divisas depositadas en España ni las de los créditos en moneda extranjera están sujetas a gravamen y, entre otras cosas, porque no hay variación patrimonial alguna que permita apreciar un incremento de patrimonio, y mucho menos pueden ser conectadas al rendimiento inicial que determinó, y por su cambio, una obligación tributaria autónoma cuando se devengó.

La ilegalidad, por último, de la conversión de la divisa declarada en su momento al tipo de cambio vigente en la fecha de enajenación, para el cálculo de incrementos y disminuciones de patrimonio, ha sido destacada de forma generalizada, por desconocer de modo absoluto el criterio legal del valor de adquisición: por desconocer que son cosas distintas el coste de adquisición en pesetas que en su día tuvo un bien y el valor de la misma cantidad de divisas en la fecha de enajenación, y por desconocer que el mismo efecto se produce para el inversor extranjero que adquiere en los mercados internacionales o en España pesetas convertibles para realizar su inversión. Lo cierto es que, además, este mecanismo —que puede, en alguna medida, ser de índole correctora de los diferenciales de inflación entre dos países— también se encuentra influido de forma decisiva por los tipos de interés de los países afectados y por un sinnúmero de otras circunstancias que afectan a la cotización de las divisas y, desde luego, es absolutamente incoherente con el mecanismo que la propia Orden utiliza para la valoración de los rendimientos obtenidos en divisas.

Por otra parte, este procedimiento de corrección de valores, que en tanto en cuanto ha sido favorable al inversor no ha suscitado litigios, da lugar, con el aumento de la cotización de la peseta, especialmente frente al dólar, a que el valor de adquisición pueda ser inferior al precio satisfecho en pesetas en su día, circunstancia especialmente extraña en una medida correctora de valores que, lógicamente, debe tener su límite en el valor de adquisición en pesetas realmente satisfecho.

Con posterioridad a la Orden comentada, no se han dictado normas que afecten de un modo significativo al cálculo de las bases imponibles derivadas de las rentas de las inversiones en mercados financieros, con la única excepción de la Resolu-

ción de 17 de febrero de 1984 de la Dirección General de Tributos sobre presentación de declaraciones globales, que dedica su norma 4ª.2 a la tributación de las operaciones de permuta financiera: las operaciones de permuta financiera se liquidarán, con absoluta independencia de la operación principal a la que afectan, en cada una de las fechas en que han de realizarse los pagos efectivos, y por la diferencia entre el importe de éstos y el de los pagos equivalentes derivados de la operación principal. Sobre este tema, nos remitimos al estudio específico de esta figura en la tercera parte de este libro (26).

2. Impuesto sobre la renta de las personas físicas

En este impuesto, la evolución legal ha sido más acusada que en el IS por causa del carácter progresivo que el primero tiene y que se aplicó inicialmente a las personas no residentes también. En efecto, la Ley 44/1978, aplicando idéntico criterio para el cálculo de la renta gravable a personas residentes y no residentes, definía el período impositivo con la misma extensión del año natural para ambos tipos de sujetos pasivos, y el cálculo de la base imponible por la suma algebraica de rendimientos de cualquier signo, incrementos y disminuciones de patrimonio, para aplicar después la tarifa progresiva procedente. La evolución posterior es común con el IS en los aspectos analizados, si bien con la peculiaridad de que a las personas físicas se les aplican los índices correctores para el cálculo de las plusvalías aprobados por la Ley de Presupuestos de cada año (27), de manera que los costes de adquisición pueden ser actualizados en dicha medida y, sin embargo, no se les aplica la conversión de la divisa al cambio de la fecha de enajenación, por entender la Administración que dicho precepto se refiere únicamente a sujetos pasivos del IS en virtud del artículo 337 del RIS.

3. Otras peculiaridades en el cálculo de la base imponible de los no residentes. Rentas presuntas y operaciones vinculadas

El artículo 3º.3 de la Ley del IRPF establece la presunción de que las prestaciones de trabajo y las de bienes, en sus distintas modalidades, se presumirán retribuidas salvo prueba en contrario; y el Reglamento de 3 de agosto de 1981 añadió que, en su caso, dichas prestaciones se estimarían por su valor normal de mercado y que, tratándose de préstamos, se tomaría el interés básico del Banco de España que se hallara en vigor el último día del período impositivo.

En el IS, tratándose de operaciones vinculadas, los artículos 16 de la Ley y 39 del Reglamento obligan a valorar dichas operaciones a los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre sociedades independientes. Al propio tiempo, el artículo 3º.3 establece una presunción de onerosidad idéntica a la de Ley 44/1978.

El artículo 5º. del RD 2.027/1985, de 23 de octubre, establece un interés mínimo para el cálculo de interés y demás rendimientos explícitos cuando se den las circunstancias previstas en las disposiciones anteriores, y lo mismo hacen el artículo 11 para los rendimientos implícitos y el artículo 16 para los rendimientos con retención en origen.

Aunque en las leyes correspondientes no está dicho de forma expresa, resulta obvio, por la propia naturaleza de la presunción de onerosidad y de la valoración a precios de mercado, que cuando nos encontramos ante operaciones en divisas la referencia al interés básico del Banco de España o al interés mínimo de la legislación de activos financieros —que, por otra parte, sólo puede aplicarse al cálculo de retenciones— no serán aplicables, sino que habrá que acudir al interés de mercado de la divisa correspondiente.

4. Tributación de las rentas de las inversiones financieras en los convenios de doble imposición

4.1. Intereses

Las definiciones de interés acogidas en los convenios suscritos por España giran en torno a las propuestas en los dos modelos de Convenio de la OCDE. En el primero de ellos, el término «intereses» se acuña de forma amplia y con una referencia residual al derecho interno de los estados, dando cabida a los rendimientos de la deuda pública, de los bonos y obligaciones, con o sin garantía hipotecaria y con derecho o no a participar en beneficios, de los créditos de cualquier clase, así como de cualquier otra renta que la legislación fiscal del Estado de la fuente asimile a los rendimientos de las cantidades dadas a préstamo.

Esta formulación del interés ha venido a resultar conflictiva a partir de la entrada en vigor de la Ley de Activos Financieros, que incorpora como rendimientos implícitos del capital buen número de rentas que hasta entonces habían sido tratadas como incrementos de patrimonio y, por tanto, no sujetas al IRPF o al IS cuando el perceptor no era residente.

No parece que la situación pueda resolverse a través del expediente de pensar que aquellas par-

tidas que en la legislación interna no tenían la consideración de interés a la firma del Tratado quedarán al margen de ella cualesquiera que sean las vicisitudes de la legislación interna, dado que la remisión a la legislación de los estados es una remisión abierta. Sin embargo, tampoco puede obviarse que la definición de interés del modelo de 1963 trata de deslindar qué tipo de imposición de capitales es productora de intereses frente a otras productoras de dividendos, ganancias de capital u otras rentas, y si bien el reenvío al derecho interno pudiera permitir la inclusión de las diversas formas de imposición de capitales que la Ley de Activos Financieros contempla, no podemos aceptar que también pueda extenderse a los rendimientos derivados de la transmisión de los títulos representativos de los capitales productores de dichos rendimientos, que no son una fuente autónoma de «intereses» redefinida, sino ganancias de capital ya consideradas en su día en el Convenio Modelo y sometidas a gravamen en el Estado de residencia del perceptor, y no susceptibles, en esta medida, de reclasificación.

En la segunda versión del Modelo de Convenio, este problema se ha resuelto mediante la supresión del reenvío al derecho interno del Estado de residencia del pagador:

Los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en beneficios del deudor, y especialmente las rentas de los fondos públicos y bonos u obligaciones, incluidas las primas y lotes unidos a estos títulos. Las penalizaciones por mora no se consideran intereses a efectos de este artículo.

La claridad de este precepto no permite dudar de que los rendimientos por la venta o cesión de los créditos titulados o no, incluidos los supuestos de conversión de obligaciones en acciones, no se consideren intereses. Y ello es así pese a que, al amparo de este precepto, se puede conseguir burlar de modo absoluto la tributación en España de los rendimientos implícitos del capital; circunstancia que, por otra parte, es producto normal de los acuerdos internacionales para evitar la doble imposición, que difícilmente pueden adaptarse a la velocidad con que evolucionan los ordenamientos internos.

Por último, al margen de otras peculiaridades que no pueden ser traídas a estas páginas (28), debemos resaltar que, de acuerdo con el artículo 11 del Convenio con Suiza, los intereses procedentes de España y pagados a un banco residente en Suiza por un préstamo no reembolsable, total o parcialmente, antes de cinco años sólo pueden

someterse a imposición en Suiza, y que el Convenio con Estados Unidos (29) establece una previsión similar a la del Convenio con Suiza, al tiempo que utiliza una definición de intereses más amplia, que además se complementa en el Protocolo, al especificar que los rendimientos de los activos financieros regulados en la Ley 14/1985 o en la normativa que la sustituya se entenderán comprendidos en el apartado 4º:

4. El término «intereses» empleado en el presente artículo significa los rendimientos de los créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria, y, sin perjuicio del apartado 3 del artículo 10 (Dividendos), con o sin derecho a participar en los beneficios del deudor, y en particular los rendimientos de fondos públicos y de bonos u obligaciones, incluidos las primas y lotes unidos a esos títulos, bonos u obligaciones, así como cualquier otras rentas que se someten al mismo régimen que los rendimientos de los capitales prestados por la legislación del Estado contratante del que las mismas proceden. Las penalizaciones por mora en el pago no tendrán la consideración de intereses a los efectos del presente Convenio.

4.2. *Dividendos*

El término «dividendo» empleado en el Modelo de Convenio significa:

Los rendimientos de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las partes de fundador u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetos al mismo régimen en fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado en que resida la sociedad que los distribuya.

Pese al amplio tenor del concepto de dividendo que resulta del Modelo, no tienen cabida en él las participaciones en los beneficios de sociedades civiles, comunidad de bienes y demás entes incluidos en el artículo 33 de la LGT, ni la imputación que de las mismas ha de hacerse a los socios, comuneros o partícipes, ni los beneficios imputados en régimen de transparencia fiscal, ni la repatriación de resultados obtenidos por medio de sucursales u otra forma de establecimiento permanente (30).

Al propio tiempo, como ha señalado Victoriano González Poveda (31), existe un conjunto de rentas —tales como «la entrega de acciones gratuitas, beneficios de liquidación, e incluso la diferencia entre el precio de venta y el valor nominal en la venta de acciones de un accionista a la sociedad que las ha emitido, en el momento de la liquidación

de la sociedad o de la reducción del capital social»— que los convenios permiten considerar como dividendos y que, sin embargo, en nuestra legislación son tratadas como incrementos de patrimonio, atrayendo con ello las reglas de las ganancias de capital de los convenios.

Sobre esta materia ha tenido el Tribunal Económico-Administrativo Central oportunidad de pronunciarse en una resolución del día 4 de junio de 1986, en relación con la renta obtenida con ocasión de la disolución y liquidación de una sociedad española por un residente en Alemania, señalando, entre otras cosas, que:

... porque al no comprender el Convenio Hispano-Alemán de manera concreta las operaciones de liquidación de sociedades, se aplica nuestro Derecho interno, el cual no ofrece duda alguna acerca de su definición como incremento o disminución de patrimonio... Que sentado que los incrementos de patrimonio son ganancias de capital y que los derivados de la liquidación de una sociedad a favor de los socios, son incrementos «realizados» porque traen causa de una alteración patrimonial, en este caso diversos y complejos actos societarios, y no de un mero aumento de valor, es incuestionable que debe aplicarse al artículo 13 del Convenio.

Por último, es necesario hacer referencia a la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de estados miembros diferentes, que trata de eliminar la doble imposición de dividendos entre sociedades de los países miembros, cuando exista una participación mínima del 25 por 100 en el capital de la filial (o determinados derechos de voto pactados en acuerdos bilaterales), mediante la supresión de retenciones en la fuente y la no inclusión en la base imponible de la sociedad perceptora del dividendo percibido, o bien los 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 retención en origen practicada en el Estado de residencia de la filial al amparo de alguna de las excepciones previstas en la Directiva. La incorporación de la Directiva al derecho interno deberá hacerse antes del 1 de enero de 1992 (32).

4.3. *Ganancias de capital*

El artículo 13 del Modelo de Convenio reserva al Estado del que es residente la persona o entidad que obtenga una ganancia de capital (con algunas excepciones relativas a bienes inmuebles, activos de establecimientos permanentes, buques y aero-

naves) el gravamen de ésta, de manera que los inversores extranjeros en nuestros mercados financieros amparados por un convenio de doble imposición no tributarán en España por este concepto, ni siquiera, como hemos visto, cuando se trate de ganancias de capital que, a efectos de nuestro derecho interno, tengan la consideración de rendimientos del capital, como las derivadas de la transmisión de activos mobiliarios de rendimiento implícito o mixto, por lo que carece de interés cualquier otra consideración sobre el cálculo de la ganancia obtenida.

Los convenios con Francia, Luxemburgo, Polonia, la URSS, Canadá, Suecia y Estados Unidos disponen de reglas especiales para el gravamen de las ganancias obtenidas de la enajenación de acciones, participaciones en el capital u otros derechos, según los casos, de entidades cuyo patrimonio esté constituido fundamentalmente por bienes inmuebles.

4.4. *Los convenios de doble imposición y los rendimientos presuntos y ajustes de valor por operaciones vinculadas*

Hemos visto ya cómo la legislación interna adopta ciertas medidas para el gravamen de aquellas operaciones que aparentemente carecen de contraprestación, y de aquellas otras que, produciéndose entre personas vinculadas, se realizan a precios que difieren de los normales de mercado.

Los convenios también prevén situaciones de esta naturaleza, y tratan de resolverlas a través de dos vías: el ajuste de intereses pactados cuando puedan ser considerados excesivos y el ajuste de los beneficios afectados por una distribución artificiosa entre empresas asociadas.

La armonización de los dos mecanismos correctores no deja de plantear problemas. Nos referimos a cada uno de ellos por separado.

A) *Préstamos entre personas o entidades vinculadas*

El artículo 11 del Convenio habla de intereses «pagados», y el impuesto se calcula sobre el «importe bruto de los intereses», de modo que muy difícilmente podrían tener cabida en este artículo intereses presuntos; sin embargo, el número 6 del mismo artículo contiene una salvedad para eliminar la tributación privilegiada de los intereses cuando éstos sean excesivos y constituyan, en definitiva, repartos de beneficios u otro tipo de rentas:

Quando, por razón de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo

de los intereses o de las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de los intereses pagados, habida cuenta del crédito por el que se pague, exceda de lo que hubiera convenido, el deudor y el acreedor en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo no se aplicarán más que a este último importe. En este caso el exceso podrá someterse a imposición, de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio.

Como ha señalado Alfonso Gota Losada, la ausencia de una norma que permita la consideración como dividendos del exceso de interés no será obstáculo para que pueda ser aplicada una retención en la fuente calculada de acuerdo con el tipo general de tributación de no residentes (33).

La lectura del precepto permite establecer con claridad que no pueden ser gravados a su amparo intereses presuntos, ni efectuarse ajustes positivos sobre los realmente satisfechos.

B) Operaciones entre empresas asociadas

La vinculación entre empresas bajo dicha denominación ha sido contemplada en el artículo 9º. del Modelo de Convenio de 1977:

1. Cuando

a) Una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante, o

b) Unas mismas personas participan directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante.

Y en uno y otro caso las dos empresas están, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir estas condiciones, ya que de hecho no se han producido a causa de las mismas, pueden ser incluidos en los beneficios de esta empresa y sometidos a imposición en consecuencia.

2. Cuando un Estado contratante incluye en los beneficios de una empresa de este Estado y somete, en consecuencia, a imposición en los beneficios sobre los cuales una empresa de otro Estado contratante ha sido sometido a imposición en este otro Estado, y los beneficios así incluidos son beneficios que habrían sido realizados por la empresa del primer Estado si las condiciones con-

venidas entre dos empresas hubieran sido las que se hubiesen convenido entre dos empresas independientes, el primer Estado procederá al ajuste correspondiente del montante del impuesto que ha percibido sobre los beneficios. Para determinar este ajuste se tendrá en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio, consultándose a las autoridades competentes de los Estados contratantes en caso necesario.

El ajuste previsto en el apartado 1 puede consistir en el aumento de los ingresos o en la reducción de los gastos de la empresa afectada. En relación con las inversiones en los mercados financieros, este supuesto no tiene especial importancia, dada la objetividad que suele reinar en sus transacciones; pero, desde la óptica del gravamen en España del inversor, la situación puede presentarse bien porque el ajuste de los intereses u otros rendimientos en el país receptor para aumentar los beneficios motive el aumento del gravamen en la fuente en España, o bien porque la disminución de los gastos produzca el efecto contrario. Para ello, es necesario que se den las reglas de vinculación que permitan, en el derecho interno, efectuar tales ajustes (34).

También puede ocurrir que sean las autoridades españolas las que propongan una reducción del gasto por intereses u otras contraprestaciones minorando la retención sobre éstas y aumentando el beneficio de la empresa pagadora.

Recientemente, los países miembros de la CEE han firmado un convenio multilateral (23-7-1990), publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 20 de agosto de 1990 (número L. 225/11), cuya entrada en vigor se producirá el primer día del tercer mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación del Estado signatario que cumplimente en último lugar esa formalidad.

El Convenio se aplicará cuando, a efectos impositivos, los beneficios que se hallen incluidos en los de una empresa de un Estado contratante estén incluidos o vayan a incluirse probablemente también en los de una empresa de otro Estado contratante, como consecuencia de los ajustes motivados por tratarse de empresas vinculadas, cuyas relaciones comerciales o financieras no reflejen las condiciones que se acordarían entre empresas independientes.

El Convenio sólo se refiere a los beneficios de las empresas sometidas a los impuestos sobre la renta, y regula el procedimiento a seguir para obtener el ajuste bilateral cuando cada una de las empresas se encuentre en un Estado diferente.

VIII. EL TIPO IMPOSITIVO APLICABLE A LOS NO RESIDENTES SIN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

Para el cálculo de la cuota tributaria, después de la evolución normativa del IRPF que hemos analizado, los tipos impositivos son de carácter proporcional en ambos impuestos sobre la renta:

Con carácter general, el 25 por 100, aplicable sobre los rendimientos íntegros devengados. El tipo del 35 por 100 se aplica cuando se trata de incrementos de patrimonio, calculados de acuerdo con las normas generales, con los escasos matices que afectan a los no residentes comentados en el apartado correspondiente (art. 7 y 16 de la Ley 5/1980, de 29 de junio).

No obstante, cuando es aplicable algún convenio de doble imposición, los tipos quedarán reducidos a los que se detallan en los cuadros núms. 1 y 2.

Las cuotas resultantes de la aplicación de los convenios no admiten bonificación alguna. Deberá compararse la resultante de aplicar las bonificaciones sobre la cuota calculada con las normas generales, en el caso de que aquéllos sean aplicables a no residentes, con el resultado de aplicar los límites de imposición del Convenio y aplicar la menor de ellas (art. 340 y 342 del RIS). De ella sólo cabrá deducir las retenciones practicadas en su caso.

IX. RETENCIONES A CUENTA

Tras una tortuosa evolución, la situación actual de las retenciones a cuenta de no residentes sin establecimiento permanente puede resumirse en dos preceptos: el apartado 3 de la Orden de 6 de junio de 1983, para las personas físicas, y el 341 del RIS. El primero sustituye el tipo general de retención por el tipo definitivo del impuesto aplicable según el Decreto Ley 24/1982, de 29 de diciembre; el segundo obliga a retener de acuerdo con las normas generales cuando el pagador no actúe como representante, salvo que se acredite la práctica de la liquidación final procedente.

La incardinación de la regulación de las retenciones en el conjunto normativo regulador de la tributación de los no residentes nos lleva a las siguientes conclusiones:

- Si el pagador asume la representación, liquidará el impuesto definitivo y no tendrá obligación de ingresar retención alguna.

CUADRO NUM. 1
INTERESES

Estados	Limite general
Alemania	10
Austria	5
Bélgica	15
Brasil	15
Canadá	15
Checoslovaquia	10
Dinamarca	10
Finlandia	10
Francia	10
Hungría	10
Italia	12
Japón	10
Luxemburgo	10
Marruecos	10
Noruega	10
Países Bajos	10
Polonia	10
Portugal	15
Reino Unido	12
Rumania	10
Suecia	15
Suiza	10
Túnez	10
URSS	10

CUADRO NUM. 2
DIVIDENDOS

Estados	Limite general	Relación matriz filial	
		Capital (porcentaje)	Limite impuesto
Alemania	15	25	10
Austria	15	50	10
Bélgica	15	—	10
Brasil	15	—	—
Canadá	15	—	—
Checoslovaquia	15	25	5
Dinamarca	15	50	10
Finlandia	15	25	10
Francia	15	25	10
Hungría	15	25	5
Italia	15	—	—
Japón	15	25 (*)	10
Luxemburgo	15	25	10
Marruecos	15	25	10
Noruega	15	50	10
Países Bajos	15	25-50	5-10
Polonia	15	25 (*)	5
Portugal	15	50	10
Reino Unido	15	10 (*)	10
Rumania	15	25	10
Suecia	15	50	10
Suiza	15	25	10
Túnez	15	50	5
URSS	18	—	—

(*) Porcentaje sobre el derecho de voto.

- Si el pagador no asume la representación del sujeto pasivo, pero se le acredita el pago del impuesto definitivo por el procedimiento adecuado, tampoco procederá la retención.

- Si no concurren las circunstancias anteriores, procederá la práctica de la retención calculada de

acuerdo con las normas generales, pero con los tipos definitivos de tributación de no residentes en el caso de personas físicas.

X. LA REPRESENTACION DEL NO RESIDENTE Y SU RESPONSABILIDAD ANTE LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA

La LGT exigía, en su artículo 46, a los sujetos pasivos que residieran en el extranjero durante más de seis meses al año que designasen un representante en territorio español, a los efectos de sus relaciones con la Hacienda Pública, pero sin acompañar a dicha representación responsabilidad alguna en cuanto al impuesto gestionado.

Los artículos 11 de la Ley del IRPF y 10 de la del IS obligaban a los sujetos pasivos no residentes a nombrar a una persona física o jurídica con domicilio en España que asumiera su representación ante la Administración tributaria, sin derivar de ello ninguna otra consecuencia.

El artículo 163 del Reglamento del IRPF se refiere a esta cuestión para señalar que el representante está obligado a efectuar el ingreso del impuesto y a cumplir las demás obligaciones tributarias que fueran exigibles a su representado, y que no incurrirá en responsabilidad personal respecto de la deuda tributaria, salvo que hubiese mediado provisión de fondos.

El RIS permite (art. 28) que el pagador de los rendimientos pueda asumir la condición de representante, representación que es obligatoria para los supuestos de actuación sin establecimiento permanente.

Pero es realmente el RD Ley 24/1982, incorporado después a la Ley 5/1983, el que dota de soporte legal a esta obligación:

3. Los sujetos pasivos no residentes a los que se refiere el presente artículo tributarán separadamente por cada devengo, total o parcial, de los rendimientos a través del representante designado al efecto o, en su defecto, del pagador.

El representante o pagador, según proceda, responderá solidariamente del ingreso de las cuotas correspondientes a los rendimientos cuya gestión, a efectos fiscales, tenga encomendado o asuma.

Con independencia de la crítica que, por desmedido, pueda hacerse del precepto, también ha planteado opiniones controvertidas la expresión «tenga encomendado o asuma». Para algunos, el

pagador, en defecto de representante, responde solidariamente. Para otros, sólo en el caso de que asuma la gestión. Parece que el carácter restrictivo que debe presidir la interpretación de las normas desfavorables obliga a estar a la literalidad del precepto, condicionando la misma a que la gestión sea asumida por el pagador, porque, aunque en un plano teórico pueda parecer que nunca asumirá voluntariamente tal obligación (35), en la práctica ello no es así, porque las exigencias de control de cambio impiden hacer el pago al exterior sin el trámite del cumplimiento de las obligaciones tributarias, a las que normalmente se ve obligado el pagador sí, como es normal, el perceptor carece de representante en España.

Por otro lado, el representante sólo responderá de aquellas obligaciones tributarias que se hayan gestionado con su intervención, o que le hayan sido atribuidas, y no de aquellas que escapen a su conocimiento y actuación. Lo contrario sería una vulneración al principio de seguridad jurídica.

En todo caso, la Ley se refiere exclusivamente a las cuotas tributarias, sin incluir intereses, recargos o sanciones (sin perjuicio de lo que resulte de las normas sancionadoras a consecuencia de los actos u omisiones del propio pagador o representante), y no parece que por vía interpretativa pueda ampliarse este ámbito.

Por último, hay que hacer mención al supuesto especial de sustitución añadido por el artículo 5 del RD Ley 1/1989, de 23 de marzo, mediante la atribución a las entidades gestoras del Sistema de Anotaciones en Cuenta de las letras del Tesoro de la condición de sustitutos del contribuyente en cuanto a la retención e ingreso del IRPF o del IS correspondiente a los rendimientos de estos activos financieros obtenidos por no residentes sin establecimiento permanente, y aplicando al efecto el tipo general o los especiales de los convenios, cuya procedencia deberá ser justificada a la Administración.

1. La representación en el proyecto de Ley del IRPF

El proyecto de Ley del IRPF se ha ocupado de modo especial de la regulación de la representación de los no residentes y de los mecanismos para garantizar a la Administración pública el cumplimiento de las obligaciones tributarias de éstos en España. Concretamente, el artículo 22 del Proyecto, en lo que se refiere a las personas físicas (y la disposición adicional 5ª.1 en lo que se refiere a los sujetos pasivos del IS, en términos muy simila-

res), regula la representación en los siguientes términos:

Uno. Los sujetos pasivos no residentes en territorio español vendrán obligados a nombrar una persona física o jurídica con domicilio en España, para que les represente ante la Administración Tributaria en relación con sus obligaciones por este Impuesto.

El sujeto pasivo o su representante estarán obligados a poner en conocimiento de la Administración el nombramiento, debidamente acreditado, en el plazo de dos meses a partir de la fecha del nombramiento.

Dos. A efectos de este Impuesto, se considerarán representantes de los establecimientos permanentes quienes figuren como tales en el Registro Mercantil o, en su defecto, quienes figuren facultados para contratar en nombre de los mismos.

Cuando estas personas no estuviesen domiciliadas en territorio español, será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior.

Tres. El incumplimiento de las obligaciones a que se refiere el apartado uno constituirá infracción tributaria simple, sancionable con multa de 25.000 a 2.000.000 de pesetas.

Cuatro. En todo caso, el depositario o gestor de los bienes o derechos de los no residentes sin establecimiento permanente o el pagador de los rendimientos, responderá solidariamente del ingreso de las deudas tributarias correspondientes a las rentas cuya gestión tenga encomendada o haya satisfecho.

Cinco. Tratándose de transmisiones de bienes inmuebles por sujetos pasivos no residentes que actúen sin establecimiento permanente, el adquirente vendrá obligado a retener e ingresar el 10 por 100 del precio acordado en concepto de pago a cuenta del Impuesto correspondiente a aquéllos.

Si dicha retención no se hubiese ingresado, los bienes transmitidos quedarán afectos al pago del impuesto.

XI. DECLARACION DE LAS RENTAS OBTENIDAS EN ESPAÑA POR NO RESIDENTES SIN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

La Orden de 29 de julio de 1983, por la que se dictan normas sobre la declaración de las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente por personas o entidades no residentes en España, trató de acomodar el procedimiento y el modelo de declaración al nuevo sistema de tributación en los impuestos sobre la renta resultante

de la reforma operada por el RD Ley 24/1982, de 29 de diciembre.

El procedimiento a seguir se puede caracterizar por las siguientes notas:

- Los sujetos pasivos presentarán una declaración tributaria por cada devengo total o parcial de los rendimientos o incrementos de patrimonio.

- El plazo de presentación de la declaración será de veinticinco días naturales, contados a partir de la fecha en que resulten exigibles los ingresos para las personas o entidades, o la de cobro, si ésta fuera anterior.

Cuando en dicha fecha no se hubiere obtenido la autorización administrativa del contrato u operación generadora de la renta, el plazo se contará desde la fecha a que se obtenga aquélla.

Con posterioridad, diversas resoluciones de la Dirección General de Tributos, de las cuales merece ser destacada la de 21 de julio de 1986, han excluido de la presentación del «Modelo 210», aprobado por la Resolución de la misma Dirección General de 12 de marzo de 1984, determinados pagos al exterior, que o bien no se consideran resultantes de operaciones productoras de rentas, o bien se consideran productores de rentas no gravables en España.

La Resolución de la Dirección General de Tributos de 17 de febrero de 1984 ha aprobado la presentación de declaraciones globales para determinados rendimientos del capital por parte de las personas o entidades pagadoras, sobre las siguientes bases:

- Que se trate de intereses o dividendos procedentes de empréstitos emitidos en mercados extranjeros o de títulos con cotización calificada en Bolsa.

- Que el pagador asuma la condición de representante del no residente.

- Que se transfiera al exterior el importe neto resultante de la deducción del impuesto a satisfacer del íntegro devengado.

- La declaración se presentará trimestralmente en el plazo para el ingreso de las retenciones a cuenta, presentando un «Modelo 210» por cada uno de los países con los que exista convenio y otro para el conjunto de países o situaciones en que no resulta aplicable convenio alguno.

La misma posibilidad, con los mismos requisitos, se arbitra para los bancos y cajas de ahorros depositarios o gestores de valores cotizados o negociados en Bolsa, con la particularidad de que estas

entidades podrán compensar las cantidades que puedan resultar a devolver a favor de los no residentes (como consecuencia de la diferencia de tipo de retención en la fuente y de los reducidos que resulten de la aplicación de los convenios) con las retenciones a cuenta de rendimientos del capital que deban ingresar en el mismo período por sus actividades las propias entidades bancarias; de manera que se posibilite con ello que el sujeto pasivo no residente perciba el rendimiento neto de aplicar el tipo previsto en el Convenio, sin necesidad de acudir a un procedimiento de devolución.

Fuera de estos casos, las declaraciones globales requieren autorización previa de la Dirección General de Tributos.

El «Modelo 210» y los convenios

La general aplicación del «Modelo 210» ha planteado la posibilidad de que se encuentre en contradicción con las obligaciones internacionales asumidas por España en sus convenios para evitar la doble imposición (36), que prevén la búsqueda de sistemas por mutuo acuerdo para aplicar los límites impositivos que los convenios fijan, e incluso con los formularios de declaración que, de acuerdo con los otros estados contratantes, se aprobaron en su día por sucesivas órdenes ministeriales, en el ámbito de buen número de convenios.

NOTAS

(1) «La fiscalidad del ahorro en España ante la liberalización de capitales y la integración monetaria europea», *Hacienda Pública Española*, núm. 114/1990, págs. 15 a 24. En el mismo sentido, Cristina Alcaide Guindo y Pedro Burgos Ródena, «Las implicaciones fiscales de la inversión exterior», pág. 19.

(2) *Diccionario de la Lengua Española*, decimonovena edición, Espasa Calpe, 1982.

(3) «Conferencia sobre nuevos productos financieros». Institute for International Research España, 13/3/1989.

(4) «El Sistema Financiero», en el trabajo colectivo *Curso de Introducción a Bolsa*, Bolsa de Madrid, Instituto Español de Analistas de Inversiones, págs. 93 y siguientes.

(5) «1. Serán españolas y se regirán por la presente Ley todas las Sociedades Anónimas que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar que se hubiesen constituido.

»2. Deberán tener su domicilio en España las Sociedades Anónimas cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro de su territorio» (art. 5).

»1. La Sociedad fijará su domicilio dentro del territorio español en lugar en que se halle el Centro de su efectiva administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación.

»2. En caso de discordancia entre el domicilio registral y el

que correspondería conforme al apartado anterior, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos.»

(6) El artículo 13º. del RDL 1265/1981 establece que la estancia no podrá superar los noventa días, salvo prórrogas. La residencia requiere un permiso cuya duración, con sus prórrogas, no podrá ser superior a cinco años.

(7) Artículo 3º. del RDL 1265/1981.

(8) La propia Orden Ministerial (OM) aprueba los nuevos modelos TE-13 de solicitud de «verificación» o «autorización» de inversión extranjera en empresas españolas o en inmuebles.

(9) La sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989, sobre determinados artículos de la Ley 48/1985, hace albergar serias dudas al respecto. Un sólo párrafo del fundamento jurídico cuarto puede resultar esclarecedor: «La relación entre el principio general de igualdad consagrado por el artículo 14 CE y los principios rectores del sistema fiscal que se especifican en el artículo 31 CE está por así decir, explícitamente incorporada a este último precepto, que menciona también, entre dichos principios, el de igualdad. Es evidente que ésta se predica, como no podía ser de otro modo, de la situación ante la Ley Reguladora del IRPF de todos los sujetos del mismo y que carece de sentido referirla a la situación de las unidades tributarias que, como tales, no son titulares de derechos u obligaciones de clase alguna. Pero dejando de lado, por el momento, está evidencia, lo que interesa poner de relieve ahora, para evitar después reiteraciones fatigosas, es que como la carga tributaria a que cada sujeto ha de hacer frente es función de su capacidad económica, la definición de ésta y el método para determinarlas han de ser establecidos mediante normas que efectivamente den a todos los sujetos un trato igual y no introduzcan entre ellos diferencias resultantes de su propia condición personal, o de las relaciones que existan entre ellas y otras personas cuando ni aquella condición ni estas relaciones son elementos determinantes del impuesto en cuestión. Añadir, para concluir, que la igualdad es perfectamente compatible con la progresividad del impuesto y que sólo se exige que el grado de progresividad se determine en función de la base imponible y no en razón del sujeto es una previsión que, por su obviedad misma, apenas resulta necesaria».

(10) El artículo 8 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos 1988, dice: «Con vigencia exclusiva para 1988, las personas físicas no residentes en territorio español que obtengan rentas en el mismo mediante establecimiento permanente, resultarán gravadas al tipo del 35 por 100 por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas».

(11) Esta circunstancia hace pensar que el mismo adolece de un defecto de infracción de los principios de reserva de Ley y de legalidad acuñados en el artículo 10 de la Ley General Tributaria y 31 y 133 de la Constitución Española, que pudiera ser determinante de su nulidad.

(12) «... tributarán por la totalidad de la renta imputable a dicho establecimiento, háyase obtenido en territorio español o extranjero».

(13) Sobre la ilegalidad del régimen de tributación separada de los diversos establecimientos permanentes de una Entidad puede verse Emilio Albi Ibáñez, José Antonio Rodríguez Ondarza y Juan José Rubio Guerrero, «Tributación de los no residentes en España».

(14) Hay que tener en cuenta que el Modelo de Convenio incluye en el término persona, salvo que del contexto del convenio concreto se infiera otra cosa: a) las personas físicas, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas; b) el término «sociedad» significa cualquier persona jurídica o cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos (art. 3).

«Todos los convenios firmados por España recogen el término «persona». La mayor parte de ellos siguen de forma estricta la definición recogida en el Modelo de Convenio, según la cual comprende «las personas físicas, las sociedades y cualquier agrupación de personas». Respecto a los convenios que presentan especialidades, cabe citar los de Alemania, Canadá, Japón, Noruega, Portugal y la URSS. En concreto, los tratados con Alemania y Portugal no incluyen dentro de la definición de persona las agrupaciones de personas que tienen la consideración de sociedad. El convenio con Canadá integra las herencias yacentes y comunidades de bienes y los fideicomisos. El de Noruega amplía el concepto de persona, incluyendo cualquier otra entidad que sea tratada como una unidad impositiva por las leyes fiscales en vigor en cualquiera de los estados contratantes. El de Japón se refiere exclusivamente a las sociedades y cualquier otra agrupación de personas. El de la URSS comprende, además de las personas físicas, las personas jurídicas, las sociedades o cualquier otra entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos». Emilio Albi y otros, *op. cit.*, página 196.

Sobre esta misma cuestión, *vid.* José María de la Villa, «Convenios fiscales de doble imposición», en *Comentarios a las leyes tributarias y financieras*, Editorial de Derecho Financiero, 1982, páginas 79 y 80.

(15) Una traducción al castellano del Informe 1977 del Comité Fiscal de la OCDE sobre el Modelo de Convenio de 1977 puede verse en «Modelo de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio», Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978.

(16) Victoriano González Poveda opina que el artículo 4 de la Ley del IS, al hablar de obtención, lo hace en el mismo sentido que el mismo artículo de la Ley del IRPF cuando habla de rendimientos e incrementos de patrimonio producidos en territorio español (*Tributación de no residentes*, pág. 60, Ed. La Ley, 1989).

(17) Emilio Albi y otros han opinado, en contra de lo anterior, «que el ámbito de la obligación real de contribuir en el Impuesto sobre Sociedades se extiende únicamente a las rentas obtenidas materialmente en España, y no al conjunto de rentas satisfechas por personas o entidades residentes en España. Ello implica la exclusión de gravamen de los rendimientos percibidos por un no residente de un residente en España, en el supuesto de que no sean obtenidos en territorio español» (*op. cit.*, pág. 62).

En el mismo sentido, *vid.* Federico Sánchez Pinilla, *Notas al impuesto sobre la renta de las personas físicas*, 4ª. ed., página 76, Instituto de Empresa, 1989.

(18) Contestaciones de la Dirección General de Tributos a consultas tributarias de 29 de marzo y 2 de abril de 1979.

(19) El artículo 10.1 del Código Civil dice: «La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se registrarán por la Ley del lugar donde se hallen.

«La misma Ley será aplicable a los bienes muebles».

En nada afecta a esta cuestión, como se ha pretendido en ocasiones, el art. 10.3, que sólo se refiere a la Ley aplicable a la emisión de títulos-valores.

(20) Emilio Albi Ibañez, José Antonio Rodríguez y Juan José Rubio señalan «que la interpretación de la Dirección General de Tributos no sólo es de imposible aplicación práctica, sino

que es contraria a lo dispuesto en los artículos 7c) de la Ley y 19e) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, en los que se establece que tendrán la consideración de renta obtenida en territorio español los incrementos de patrimonio derivados de toda clase de elementos patrimoniales situados en territorio español, por cuanto tales títulos no se sitúan en España»; *op. cit.*, pág. 315.

Jesús Quintás Bermúdez, al reflexionar sobre la interpretación del artículo 333 del RIS en este punto, dice: «Ciertamente, no parece fácil un criterio consistente para resolver estas cuestiones, aun cuando intuimos que, por razones de operatividad, la solución final se inclinará hacia la no consideración de tales incrementos de patrimonio como obtenidos en España en la mayor parte de ellos» (*Comentarios al Reglamento del Impuesto sobre Sociedades*, Civitas, 1984, pág. 1.007).

(21) Convenios con Canadá, Francia, Luxemburgo, Polonia, URSS y EEUU.

(22) *Vid.* artículos 7, 11, 18, 21 y 23 de la Ley 61/1978.

(23) *Vid.* Jesús Quintás Bermúdez, *Comentarios al Reglamento del Impuesto sobre Sociedades*, Civitas, 1984, página 1.013.

(24) *Vid.* art. 338 del Reglamento.

(25) Sólo a partir de la Ley de Presupuestos de 1978 se incluye a los incrementos de patrimonio en el sistema de tributación separada por cada devengo.

(26) También puede consultarse *Fiscalidad de las operaciones financieras*, Ed. Escuela de la Hacienda Pública, 1989 (varios autores); *Las operaciones swap como instrumento para mejorar la financiación de las empresas*, Ed. Instituto de Empresa, 1985; «Tributación de las operaciones financieras: opciones, futuros, swaps, y Fra's», *Carta tributaria*, núm. 112, Enrique Fonseca Capdevila; y «Comunicación a la XXXVI Semana de Estudios de Derecho Financiero sobre tributación de las operaciones swap», Enrique Fonseca Capdevila.

(27) Para 1990, los índices correctores aplicables son los contenidos en el artículo 9 de la Ley 5/1990, de 29 de junio.

(28) Sobre cada Convenio en particular, *vid.* Victoriano González Poveda, *op. cit.*, págs. 216-220; *Tratados y convenios internacionales*, págs. 548 a 551, y José María de la Villa, *op. cit.*, págs. 243 a 249.

(29) Firmado el 22 de febrero de 1990 y actualmente a trámite de ratificación (*Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 23 de mayo de 1990).

(30) *Vid.* Victoriano González Poveda, *Tratados y convenios internacionales*, págs. 539 y 540.

(31) *Op. cit.*, pág. 201.

(32) *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 20 de agosto de 1990, núm. L. 225/6.

(33) *Tratado del Impuesto de Sociedades*, Tomo II, ed. Banco Exterior de España, 1989, pág. 486.

(34) *Vid.* José María de la Villa, *op. cit.*, págs. 173 a 179.

(35) En este sentido se pronuncia Victoriano González Poveda, *op. cit.*, pág. 334.

(36) *Vid.* José Luis de Juan Peñalosa, «Cuestiones de Fiscalidad Internacional en España», *Crónica Tributaria*, núm. 46, páginas 1.010 a 1.114.