

# Doctrina

# Científica

## La Directiva 2003/48/CE, sobre fiscalidad del ahorro y su transposición al ordenamiento español\*

9

FERNANDO PÉREZ ROYO\*\*

**SUMARIO:** I. EL CAMINO HASTA LA APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA. 1. *Introducción* 2. *La Propuesta de 1989*. 3. *Segundo intento: la Propuesta Monti*. 4. *El compromiso de Santa María de Feira, la propuesta de 2001 y la aprobación y entrada en vigor, en junio de 2003, de la Directiva...* 5. *... pero condicionada en su aplicación al resultado de acuerdos con países terceros*. II. EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA. 6. *Campo de aplicación de la Directiva y objeto de la misma*. 7. *Elementos personales del pago: agente pagador, beneficiario efectivo, entidades residuales*. 8. *Concepto de pago de intereses*. 9. *Información que debe facilitarse*. 10. *El intercambio de información*. 11. *Régimen transitorio de retención a cuenta*. 12. *Régimen transitorio de los instrumentos de deuda negociables*. III. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 13. *Introducción*. 14. *Ámbito de aplicación*. 15. *Rentas sujetas a suministro de información*. 16. *Obligados al suministro de información*.

### I. EL CAMINO HASTA LA APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA

#### 1. *Introducción*

La Directiva 2003/48, aprobada en 3 de junio de 2003 (LCEur 2003, 1951), pero que aún se encuentra pendiente de entrar en aplicación, es una importante pieza en el funcionamiento correcto del mercado europeo de capitales, que se ha demorado durante más de tres lustros, poniendo de manifiesto lo arduo que resulta alcanzar un mínimo consenso en el seno del Consejo en torno a materias de fiscalidad. Por eso, es interesante el análisis no sólo de los puntos en torno a los cuales se ha plasmado ese consenso, sino también del proceso que ha conducido a su aprobación.

El punto de origen se encuentra en la Directiva sobre liberalización de movimientos de capitales de 24 de junio de 1988. Como se advirtió en el proceso de elaboración de esa pieza normativa –fundamental en el programa del Mercado Único–, para el correcto

\* Este artículo tiene tres partes. La primera trata del proceso de elaboración de la Directiva sobre fiscalidad del ahorro e incluye referencias a los antecedentes así como a la negociación y acuerdos con terceros países que condicionan la aplicación de las medidas de la Directiva. La segunda contiene el análisis del contenido de la Directiva y finalmente la tercera trata de la transposición al ordenamiento español

\*\* Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.



funcionamiento del mercado de capitales a escala europea no bastaba sencillamente con la abolición del control de cambios que establecía la Directiva sino que, además, eran necesarias otras medidas en el ámbito de los servicios financieros y también en el campo de la fiscalidad. Fundamentalmente en el de la fiscalidad del ahorro, pues con la desaparición de los controles de cambios, existía el riesgo de que la colocación de los capitales e instrumentos de ahorro viniera condicionada por razones fiscales, en detrimento de otros criterios sobre asignación racional de los recursos y con daño para el correcto desempeño de los sistemas fiscales nacionales, que podrían ver erosionada la base de imposición en lo relativo a las rentas de capital de sus residentes.

Por eso, la propia Directiva de liberalización de movimientos de capitales previó la aprobación, en breve plazo, de medidas que abordaran este problema. En concreto, el apartado 5 del artículo 6 decía que «la Comisión presentará al Consejo, a más tardar el 31 de diciembre de 1988, las propuestas destinadas a suprimir o atenuar riesgos de distorsiones, de evasión y fraude fiscales vinculados a la diversidad de los regímenes nacionales referentes a la fiscalidad del ahorro y al control de su aplicación». Este mismo precepto contemplaba que el Consejo se pronunciara sobre las propuestas de la Comisión antes del 30 de junio de 1989 y recordaba que toda disposición comunitaria en materia fiscal estaba sujeta a la regla de unanimidad en el Consejo.

10

## 2. La Propuesta de 1989

El mandato del Consejo fue cumplido con algún retraso por la Comisión, pero, en todo caso, quedó en nada por la incapacidad del propio Consejo de llegar a acuerdo sobre la propuesta. Ésta fue la presentada el 8 de febrero de 1989 bajo el título de Propuesta de Directiva relativa a un Régimen Común de Retención a Cuenta sobre los Intereses. Su contenido era muy simple. El campo de aplicación se limitaba a los pagos en forma de intereses, con exclusión de otras formas de remuneración de los capitales, singularmente los dividendos, cuando el perceptor de los intereses fuera un sujeto residente en un Estado miembro distinto de aquel en el que se pagan. La Propuesta establecía, como decía su nombre, un sistema común de retención a cuenta (*withholding tax*), en cuantía del 15 por 100 (sin perjuicio de la aplicación de tipos superiores para los propios residentes), que debería ser aplicado por cada Estado miembro respecto de los pagos que se produjeran en su territorio. El establecimiento de esta retención sería obligatorio para los pagos a residentes en otro Estado miembro, mientras que sería facultativo en relación a los residentes (con ciertas condiciones). La retención sería deducible del impuesto sobre la renta del perceptor en su país de residencia y en ese caso el importe sería transferido a dicho país por el que

practicó la retención. Merece especial atención el dato de que se facultara a los Estados miembros para excluir de la retención los intereses derivados de los «Eurobonos» o empréstitos internacionales suscritos por entidades financieras sindicadas con domicilio fiscal en distintos Estados miembros. La excepción era de gran calado, sobre todo en lo que respecta al Reino Unido, pues la *City* era, y continúa siendo, la plaza más importante para la negociación de estos títulos, tanto en el mercado primario, reservado, como decimos, a las entidades de crédito, como en el secundario.

La Propuesta de 1989 (Propuesta Scrivener, por el nombre de la Comisaria que la presentó) tuvo, sin embargo un recorrido muy corto. Ni siquiera llegó a ser dictaminada por el Parlamento Europeo, que se encontraba al final de la legislatura, y, en todo caso, pronto quedó claro que no sería suscrita por el Consejo. Los principales opositores fueron los gobiernos del Reino Unido (a pesar de la concesión sobre los *Eurobonds*) y del Gran Ducado de Luxemburgo.

De esta manera, la Directiva sobre liberalización de los capitales entró en vigor sin el acompañamiento de previsiones fiscales sobre los rendimientos de los capitales cuyo movimiento se liberalizaba. Las consecuencias inmediatas fueron las que eran de prever: la generalidad de los Estados miembros procedieron a adoptar medidas en sus sistemas fiscales para declarar exentos los rendimientos obtenidos por no residentes (en España, la exención fue introducida por la Ley del IRPF de 1991 (RCL 1991, 1452, 2388)<sup>1</sup>). Aunque estos rendimientos quedaran sujetos en el país de residencia del beneficiario, al no contar sus autoridades fiscales con información, la evasión era muy sencilla.

Sin entrar en mayores matices, puede decirse que la liberalización de los movimientos de capitales, esencial para el funcionamiento del mercado único, pero especialmente importante para las principales plazas financieras, se alcanzó en el plazo previsto, pero la competencia que se abría con esa medida quedaba falseada por las posibilidades de fraude fiscal que se abrían, en ausencia de normas comunitarias sobre esa cuestión. Desde el punto de vista de la competencia entre las distintas plazas financieras, se señalaba que las medidas fiscales habían sido bloqueadas fundamentalmente por los gobiernos de los países que en mayor medida se beneficiaban de la liberalización del mercado de capitales.

## 3. Segundo intento: la Propuesta Monti

La iniciativa en torno a la cuestión, que había quedado de hecho marginada durante varios años, se vuelve a plantear dentro del «nuevo enfoque» sobre la fiscalidad adoptado por la Comisión Santer en 1997. El papel protagonista en esta fase corresponde al Comisario Monti y el concepto clave que define la

1. Véase artículo 17.a), que declara exentos: «Los intereses y los incrementos de patrimonio derivados de bienes muebles, obtenidos sin mediación de establecimiento permanente, por personas físicas residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea».

filosofía bajo el que se inscribe la filosofía del nuevo enfoque es el de «competencia fiscal perniciosa» (*harmful tax competition*). Este concepto estaba adquiriendo por aquella carta de naturaleza en los ámbitos especializados relacionados con la fiscalidad internacional<sup>2</sup>.

Bajo el impulso de Monti, la Comisión presenta en 5 de noviembre de 1997 la Comunicación titulada «Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa en la Unión Europea»<sup>3</sup>. En esta Comunicación, aparte de consideraciones generales sobre la caracterización de este fenómeno de la competencia fiscal perniciosa, se propone la adopción de una serie de medidas que rápidamente pasaron a ser conocidas como «Paquete Monti». El acuerdo político de principio en torno a los diferentes elementos de este «paquete» se alcanzó en el ECOFIN de 1 de diciembre de 1997, bajo presidencia luxemburguesa. Dicho acuerdo político comprendía los siguientes elementos: 1) una Resolución sobre un Código de Conducta (no vinculante jurídicamente) para la fiscalidad de las empresas; 2) un principio de acuerdo respecto del contenido de la futura Directiva sobre fiscalidad del ahorro; 3) el encargo a la Comisión de presentar una propuesta de Directiva sobre régimen común aplicable a los pagos de intereses y cánones entre empresas asociadas.

En 20 de mayo de 1998 la Comisión presentó efectivamente la Propuesta de Directiva destinada a garantizar un mínimo de imposición efectiva de los rendimientos del ahorro en forma de intereses dentro de la Comunidad<sup>4</sup>. El enfoque de esta Propuesta era diverso del de la de 1989 en diversos puntos. De entrada, su objeto era más reducido, pues se limitaba a la adopción de medidas respecto de los pagos de intereses cuyo beneficiario efectivo fuera residente en un Estado miembro diferente de aquel en el que tenía lugar el pago. En segundo lugar, la nueva Propuesta se aplicaba solamente respecto de los pagos satisfechos a personas físicas, dejando fuera a las sociedades y demás personas jurídicas. En tercer lugar, en cuanto al tipo de medidas a adoptar para garantizar el mínimo de imposición efectiva de que se habla en el título, la Propuesta Monti se basaba en el llamado «modelo de coexistencia», según el cual cada Estado miembro podría elegir entre la aplicación de alguno de los dos siguientes sistemas o tipos de medidas: la aplicación de una retención o *withholding tax* sobre la suma satisfecha o bien el suministro de información al Estado de residencia del beneficiario efectivo, de manera que el pago pudiera ser efectivamente sometido al tratamiento fis-

cal previsto en la legislación de dicho Estado de residencia. En cuanto a la delimitación del concepto de intereses, se adoptaba una definición muy amplia, que cubría tanto los instrumentos con intereses explícitos como los implícitos, así como los intereses distribuidos o capitalizados por entidades de inversión colectiva. Desde el punto de vista técnico, llama la atención la adopción del sistema del agente pagador, en sustitución del deudor, tanto para la práctica de la retención como para el suministro de información a la autoridad competente del Estado en el que tuviera lugar el pago, que sería el encargado de transmitirla al de residencia del beneficiario efectivo.

La Propuesta de la Comisión fue objeto de informe (conforme al procedimiento de consulta) por parte del Parlamento Europeo, que aprobó su Dictamen en 10 de febrero de 1999. Sin embargo, al nivel legislativo propiamente dicho, es decir, en el seno del Consejo, a pesar del acuerdo de principio al que previamente se había llegado, no fue posible alcanzar la unanimidad requerida para la adopción definitiva de la Directiva. La oposición fundamental fue planteada por los mismos países que se habían señalado en el bloqueo de la propuesta de 1989, pero con nuevos matices que presagiaban los desarrollos posteriores. Nos referimos fundamentalmente a la posición del Gobierno del Reino Unido, el primer gobierno del *New Labour*, que estaba aportando un giro significativo en el enfoque de las relaciones con la Unión Europea. El Tesoro británico dio a la luz en 1999 un *paper* en el que se reiteraba la posición tradicional de oposición a que la normativa europea (con retención en la fuente o con intercambio de información) alcanzara a los *Eurobonds*<sup>5</sup>. Pero, como indicaremos enseguida, esta posición tradicional estaba a punto de cambiar.

4. *El compromiso de Santa María de Feira, la propuesta de 2001 y la aprobación y entrada en vigor, en junio de 2003, de la Directiva...*

Lo importante es que no se reprodujo la situación de «in-passe» de 1989: en la Cumbre de Helsinki de diciembre de 1999, el Consejo Europeo acordó que la cuestión se siguiera discutiendo en el Grupo de Trabajo de alto nivel sobre materias fiscales, tomando como base el principio de que «todos los ciudadanos residentes en un Estado miembro deberían satisfacer el impuesto a que estuvieran obligados por las rentas derivadas de sus ahorros». Casi de inmediato, en febrero de 2000, el Tesoro británico publicó otro *paper*<sup>6</sup> en el que se argumentaba que la única forma de asegurar el indicado principio era establecer un sistema de intercambio de información

2. En mayo de 1996 el Consejo de Ministros de la OCDE se manifestó en favor de «desarrollar medidas para contrarrestar los efectos distorsionadores de la competencia fiscal perniciosa sobre las decisiones de inversión y financiación así como las consecuencias para las bases fiscales de los Estados». El Informe preparado por el Comité de Asuntos Fiscales fue presentado en 1998, bajo el título «Competencia fiscal perniciosa. Una cuestión global emergente». Puede consultarse en el sitio Internet de la OCDE.

3. COM (1997) 564 final.

4. DO C 212, pg.13

5. *International Bonds and the Draft Directive on Taxation of Savings*, HM Treasury, September 1999.

6. *Exchange of Information and the Draft Directive on Taxation of Savings*, HM Treasury, February 2000.

para permitir que cada Estado miembro estuviera en condiciones de aplicar a sus residentes las normas sobre imposición del ahorro derivadas de su propio sistema fiscal. Esta línea iba a ser la que prevaleciera finalmente, pues sobre la base de las discusiones en el Grupo de Trabajo, el Consejo ECOFIN presentó al Consejo Europeo de Santa María de Feira (19 y 20 de junio de 2000) un Informe o principio de acuerdo sobre la Directiva de fiscalidad del ahorro. Los términos del acuerdo o compromiso aprobados por los jefes de Estado y de Gobierno en Santa María de Feira son los siguientes:

– Opción por el objetivo de intercambio de la máxima información posible. Es decir, levantamiento del secreto bancario a efectos fiscales.

– En consecuencia, los Estados miembros se comprometen a un suministro de información automático sobre la renta del ahorro con otros Estados miembros. No obstante, como sistema transitorio y para países determinados, se mantiene la opción de aplicar, en lugar del suministro de información, una retención a cuenta. Los países autorizados a beneficiarse del régimen transitorio son Austria y Luxemburgo, a los que posteriormente se ha añadido Bélgica.

– Subordinación de la aplicación de la Directiva a la «adopción de medidas equivalentes» por parte de Estados Unidos y países terceros clave (Suiza, Liechtenstein, Mónaco, Andorra y San Marino). Para ello, se acordará entablar negociaciones con dichos países. Al propio tiempo, los Estados miembros se comprometen a la aplicación de las mismas medidas en los territorios dependientes o asociados correspondientes (Islas del Canal, Isla de Man y territorios dependientes o asociados del Caribe<sup>7</sup>). Una vez obtenidas garantías sobre estos extremos (la aplicación de «medidas equivalentes» en Terceros Países y la aplicación de las mismas medidas en territorios dependientes o asociados), el Consejo deberá pronunciarse por unanimidad sobre la adopción y aplicación de la Directiva.

Éste, como puede fácilmente apreciarse, es un punto clave en el compromiso. La cuestión de las negociaciones con terceros países, con la finalidad de mantener la competitividad de los mercados europeos, había estado presente desde el principio. En la Propuesta de 1998 se incluía dentro del articulado una referencia a la negociación con terceros países y en un anexo a la Directiva se recogía igualmente el compromiso de los Estados miembros de hacer aprobar las mismas medidas en los territorios dependientes. Pero en ningún caso se subordinaba la aplicación de la directiva al resultado de las negociaciones con terceros países. Éste fue precisamente el objeto de diversas enmiendas presentadas en el debate parlamentario (principalmente por parte de

miembros luxemburgueses), pero la mayoría del Parlamento desestimó este esquema de subordinación o condicionamiento. Del mismo parecer era la Comisión y la mayoría del Consejo. Podemos decir que esta concesión ha sido fundamental para alcanzar el compromiso de Santa María de Feira.

– Una vez aprobada la Directiva en los términos de que se acaba de hacer mención, los Estados miembros autorizados a aplicar la retención convendrán en poner en práctica el intercambio de información en cuanto las condiciones lo permitan y, en cualquier caso, en un plazo máximo de siete años después de la entrada en vigor de la Directiva.

Como se ha dicho, estos puntos fueron aprobados por unanimidad en el Consejo Europeo, aunque con las matizaciones que se contienen en las Declaraciones para el Acta, cuya lectura es importante, porque pone de manifiesto los puntos de vista de determinados Estados miembros en relación con cuestiones clave<sup>8</sup>.

El siguiente paso en el camino hacia la preparación de la Directiva fue el acuerdo en el Consejo ECOFIN de 26 y 27 de noviembre de 2000, en el que se aprobó el contenido sustancial de la propia Directiva. De manera que a la Comisión sólo quedaba la trasposición de estas conclusiones a un texto articulado.

Este texto, la Propuesta de Directiva del Consejo destinada a garantizar la imposición efectiva de los rendimientos del ahorro en forma de intereses dentro de la Comunidad fue finalmente presentada por la Comisión en 18 de julio de 2001. Después de ser dictaminada por el Parlamento Europeo, mediante el procedimiento de consulta, y luego de nuevos compromisos en el seno del Consejo, la Directiva fue finalmente aprobada en 3 de junio de 2003. El plazo para la trasposición por los Estados miembros se extendía hasta 1 de enero de 2004 y la entrada en vigor de la Directiva en 1 de enero de 2005. Este último plazo ha sido alargado, por acuerdo del Ecofin de 19 de julio de 2004, hasta 1 de julio de 2005.

En el éxito final (¿) de la propuesta hay que tener en cuenta diversos factores. Por un lado, está el viraje registrado en la posición del país que había liderado la oposición a las anteriores propuestas. Pero, además, jugó un papel central la estrategia del «paquete» iniciada en 1997, es decir, el acuerdo de vincular en su aprobación las diferentes medidas incluidas en él: el Código de Conducta, la Directiva sobre intereses y cánones entre empresas asociadas y la Directiva sobre fiscalidad del ahorro. Y efectivamente en la fecha antes citada, 3 de junio de 2003 se acordó en el ECOFIN la aprobación del conjunto del «paquete».

Por lo que hace a la Directiva sobre fiscalidad del

7. Es importante resaltar la distinción entre «medidas equivalentes», que se pretendían acordar con los terceros países y «las mismas medidas» (las de la Directiva), a aplicar en los territorios dependientes.

8. Entre estas declaraciones de los Estados miembros sobresale la relativa a la opción por el sistema transitorio de retención. Austria y Luxemburgo manifiestan su decidida intención de usar esta opción, mientras que Bélgica, Grecia y Portugal comunican que «se lo están pensando» y que darán una respuesta antes de fin de año.

ahorro, en la misma se establece que su entrada en vigor se producirá de acuerdo con los criterios ordinarios: a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial. Pero esa entrada en vigor, que determina la obligación de los Estados miembros de transponer los preceptos de la Directiva a cada ordenamiento nacional, no significa, en este caso, que las medidas sean aplicables: la aplicación de las medidas de la Directiva (o de las normativas nacionales de transposición) se deja hasta la fecha que antes hemos indicado: 1 de enero de 2005, posteriormente aplazada a 1 de julio del mismo año. La fijación de estas fechas (y especialmente de la última) está relacionada con la negociación con terceros países, que también tiene influencia sobre otro aspecto temporal como es la duración del periodo transitorio. Estudiamos estas dos cuestiones en el siguiente apartado.

5. ... pero condicionada en su aplicación al resultado de acuerdos con países terceros.

La cuestión de los acuerdos con Terceros Países se reveló desde el principio como el punto central en el avance hacia un compromiso final entre los Estados miembros. Al final, ésta fue la última línea de defensa por parte de los principales «resistentes» (Luxemburgo y Austria).

La Propuesta de Directiva inicial no incluía en su articulado una mención específica de esta cuestión, aunque en los considerandos iniciales se reflejaba el compromiso político alcanzado en Santa María de Feira. Las negociaciones con los indicados terceros países se enfrentó inicialmente con un problema, por así decir, constitucional. Aunque la Comisión había establecido contactos informales con EE UU y con Suiza, algunos Estados miembros (singularmente el Reino Unido) manifestaban su oposición a este procedimiento, por entender que la negociación con terceros era competencia de los Estados miembros, no de la Comisión. Una solución de compromiso se alcanzó para que el mandato formal de negociación se encomendara a la Comisión, conjuntamente con la Presidencia del Consejo y «en estrecha colaboración con el Grupo de Fiscalidad de Alto Nivel» de carácter intergubernamental. En estos términos se acordó el mandato en 16 de octubre de 2001, que se refería a todos los países citados: Suiza, Liechtenstein, Mónaco, Andorra, San Marino y EE UU. En la práctica, se entabló, por un lado, la negociación con Suiza, que establecería el modelo aplicable a los «micro-estados» europeos, y, por otro la negociación con EE UU, que planteaba problemas diferentes<sup>9</sup>.

En el caso de Suiza, la posición de la Confederación se manifestó desde el principio en torno a los siguientes puntos:

Inclusión de la negociación sobre la fiscalidad del ahorro en un paquete más amplio, que incluiría otras materias fiscales (singularmente, la Directiva

sobre filiales) y otras sobre materias ambientales, de libre circulación de personas, etc.

En concreto, en relación a la fiscalidad del ahorro, Suiza se manifestaba dispuesta a aplicar una retención de hasta el 35 por 100, pero, en ningún caso, aceptaría el intercambio automático de información (la supresión del secreto bancario se consideraba, desde el inicio, como no negociable). Sólo sería aceptable suministrar información en casos de requerimiento específico y para supuestos en que se alegara la existencia de delito de fraude fiscal en los términos en que tal figura viene definida en la legislación suiza.

El acuerdo con Suiza debería ir acompañado de otro similar con otros países terceros, además de EE UU (Japón, Singapur, Hong-Kong).

Como resultado de las negociaciones, que se concluyeron en 2004, se alcanzó el Acuerdo, que se encuentra pendiente de ratificación por la Confederación Helvética de acuerdo con sus procedimientos constitucionales, que incluyen la posibilidad de un referéndum. El Acuerdo fue incluido en los resultados de la Cumbre UE-Suiza de 19 de mayo de 2004 y su firma se produjo en 26 de octubre de 2004. Junto con este Acuerdo se han firmado otros ocho sobre diferentes materias. Alguno de estos otros Acuerdos tiene relación con materias fiscales, como el relativo al combate del fraude y cualquier otra actividad ilegal que afecte a los intereses financieros, pero el resto trata de otras materias: libre circulación de personas, derecho de asilo, cooperación estadística...

El contenido del Acuerdo con Suiza comprende el deber por parte de la Confederación de aplicar una retención en los mismos términos establecidos para Austria, Bélgica y Luxemburgo. En lo que se refiere al intercambio de información, Suiza se compromete al intercambio previo requerimiento en casos de fraude fiscal o «sobre los actos similares», siempre en relación con los pagos de intereses. Éste ha sido el punto de compromiso, que incluye, además, las negociaciones directas entre Suiza y cada uno de los Estados miembros para determinar qué se entiende por «actos similares». Además, las partes firmantes acuerdan mantener un procedimiento de consultas, al menos cada tres años, con vistas a «examinar la conveniencia de introducir en el Acuerdo modificaciones teniendo en cuenta los acontecimientos internacionales». El sentido de esta fórmula es el de no excluir que en el futuro Suiza pueda mudar su posición sobre intercambio de información. Aun sin llegar al intercambio automático, cabe entender que la ambigua fórmula contempla la posibilidad de que Suiza pueda llegar a aceptar el intercambio de información en los términos que señala el Convenio Mo-

9. Los detalles de las negociaciones, hasta 2002, pueden consultarse en el Informe presentado por la Comisión al ECOFIN de 3 de diciembre de 2002, «relativo a las negociaciones con terceros países en materia de imposición de los rendimientos del ahorro» (SEC /2002/1287 final).

delo<sup>10</sup>. La aplicación del Acuerdo, por otra parte, se subordina a la aplicación de medidas equivalentes en EE UU, Liechtenstein, Mónaco, Andorra y San Marino, así como en los Territorios Dependientes.

El Acuerdo con Suiza sirvió de modelo para la conclusión de otros similares con los micro-estados europeos citados.

En cuanto a EE UU, las cosas fueron de otra manera. Las autoridades de este país se manifestaron desde el principio favorables al principio de intercambio de información. De hecho, los tratados bilaterales entre EE UU y la mayor parte de los países europeos incluyen cláusulas de intercambio de información en los términos que contempla el Modelo de la OCDE<sup>11</sup>. Sin embargo, también casi desde el principio, aparecieron reticencias a la firma de un Acuerdo formal con la UE<sup>12</sup>. La situación respecto de EE UU se encuentra resumida en el Informe de la Comisión antes citado: «Los EE UU no están dispuestos en esta fase a emitir una declaración formal en relación con la Directiva del ahorro. Pero su política, según lo comunicado a la Comisión en las discusiones bilaterales con el Departamento del Tesoro de EE UU, sigue estando claramente centrada en una administración fiscal completa y efectiva basada en el intercambio bilateral de información».

Como resultado de estas negociaciones con los

terceros países mencionados, finalmente se alcanzó entre los Quince el compromiso final en torno a la aplicación de la Directiva. El compromiso, tal como queda plasmado en el texto de la Directiva (recorremos que en la Propuesta inicial estas cuestiones no se incluían en el articulado), se desdobra en dos tipos de cláusulas: una primera sobre la duración del período transitorio y otra sobre la fecha de aplicación de la Directiva.

En relación al primero de estos puntos, la solución finalmente aceptada ha sido la que se plasma en el artículo 10.2 de la Directiva (LCEur 2003, 1951):

«El período transitorio concluirá al final del primer año fiscal completo posterior a la última de las fechas siguientes:

la fecha de entrada en vigor de un acuerdo entre la Comunidad Europea, tras una decisión unánime del Consejo, y el último de los siguientes países: la Confederación Suiza, el Principado de Liechtenstein, la República de San Marino, el Principado de Mónaco y el Principado de Andorra, por el que se disponga el intercambio de información previa petición, tal como se define en el Acuerdo modelo de la OCDE en materia de intercambio de información sobre asuntos fiscales publicado el 18 de abril de 2002 (en lo sucesivo, el Acuerdo modelo de la OCDE), con respecto a los pagos de intereses, tal

10. Hasta ahora Suiza no sólo se ha opuesto a incluir este punto en sus tratados bilaterales, sino que, además, se ha negado a dar su voto favorable en el seno de la OCDE a los documentos de la OCDE relacionados con esta materia, como son los relativos a la «competencia fiscal pernicioso».
11. Véase, a título de ejemplo, el Convenio con España (RCL 1990, 2645 y RCL 1993, 659). **Artículo 27. Intercambio de información y asistencia administrativa.** 1. Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán las informaciones necesarias para aplicar las disposiciones del presente Convenio o del Derecho interno de los Estados contratantes relativo a los impuestos comprendidos en el Convenio, en la medida en que la imposición resultante no sea contraria al Convenio. El intercambio de información no está limitado por el artículo 1 (ámbito general). Las informaciones recibidas por un Estado contratante serán mantenidas secretas de igual forma que las informaciones obtenidas en base al Derecho interno de ese Estado, y sólo se comunicarán a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargados de la liquidación, recaudación o gestión de los impuestos comprendidos en el Convenio, de los procedimientos declarativos o ejecutivos relativos a dichos impuestos, o de la resolución de los recursos relativos a los mismos. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán la información para estos fines. Podrán revelar estas informaciones en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales. 2. En ningún caso las disposiciones del apartado 1 podrán interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a: a) Adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa o a las del otro Estado contratante; b) Suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal o de las del otro Estado contratante; c) Suministrar informaciones que revelen un secreto comercial, industrial o profesional, o un procedimiento comercial, o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público. El Protocolo, que forma parte del Tratado completa este artículo en los siguientes términos: 19. *En relación con el artículo 27 (intercambio de información y asistencia administrativa).* a) El artículo 27 se interpretará con arreglo a los comentarios al artículo 26 (intercambio de información) del modelo de Convenio para evitar la doble imposición respecto de los Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. b) Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán, aun sin petición previa, las informaciones necesarias para asegurar que los beneficios del Convenio se apliquen solamente a aquellos que tienen derecho a los mismos.
12. Aparte de otras cuestiones, EE UU hay que tener en cuenta la tendencia que prevalece en EE UU a actuar de manera unilateral también en estas materias. Un ejemplo singular lo constituye la cláusula de *Qualified Intermediary*, que forma parte del ordenamiento interno de EE UU, y que se refiere al tratamiento de los pagos derivados de activos financieros de origen USA realizados por una entidad financiera extranjera. En el caso de que el pago se haga a un residente en EE UU, la entidad financiera en cuestión (por ejemplo, un banco suizo que satisface en una cuenta en Zurich rendimientos de bonos de una empresa americana a un residente en EE UU) está obligada a suministrar información sobre el pago al IRS o a aplicar una retención del 31 por 100. Este sistema, que entró en vigor en 1 de enero de 2001 y que se aplicará hasta 31 de diciembre de 2012 (o más allá de esa fecha, si así los decide el Congreso), es una muestra clara del enfoque unilateral de que hablábamos: en primer lugar, se trata del tratamiento aplicable a *US persons*, en razón de pagos de origen US; en segundo lugar, es el propio IRS el que aprueba los modelos que deben ser cumplimentados por las entidades financieras extranjeras; finalmente, los mecanismos para asegurar el cumplimiento se articulan a través de las relaciones de las autoridades americanas con el beneficiario efectivo o con la entidad extranjera.

como se definen en la presente Directiva, efectuados por agentes pagadores establecidos en sus respectivos territorios a beneficiarios efectivos residentes en el territorio cubierto por la Directiva, además de la aplicación simultánea por esos mismos países de una retención a cuenta sobre la retirada de dichos pagos al tipo definido para los períodos correspondientes a que se refiere el apartado 1 del artículo 11, la fecha en que el Consejo acuerde por unanimidad que los Estados Unidos de América se comprometan (debe decir se comprometen) a intercambiar información previa petición, tal como se define en el Acuerdo modelo de la OCDE, con respecto a los pagos de intereses, tal como se definen en la presente Directiva, efectuados por agentes pagadores establecidos en su territorio a beneficiarios efectivos residentes en el territorio cubierto por la Directiva».

Según esto, el período transitorio, durante el cual el sistema general de intercambio automático de información coexistirá con el de retención a cuenta que podrán aplicar los tres países exceptuados del régimen general, tendrá, no una duración determinada (de siete años), como decía la Propuesta presentada por la Comisión, sino que acabará siendo un período de duración indeterminada. Si, como cabe esperar, los Estados miembros reunidos en el Consejo acuerdan que las medidas que ya aplica EE UU en virtud de sus acuerdos bilaterales satisfacen el requisito de información previo requerimiento, el punto clave será el correspondiente al momento en el que Suiza acepte renunciar a su secreto bancario, aunque sea sólo en los términos de acceder a intercambio de información previo requerimiento. O sea, que el sistema de «coexistencia» puede tener una larga vida.

En cuanto a la fecha de aplicación de las medidas previstas en la Directiva, ésta se hace depender también de los acuerdos con terceros, aunque en términos distintos de los que hemos visto para el límite del período transitorio. Esta cuestión se aborda en los apartados 2 y 3 del artículo 17, sobre «Incorporación al Derecho Nacional».

2. Los Estados miembros aplicarán dichas disposiciones a partir del 1 de enero de 2005, siempre que:

i) la Confederación Suiza, el Principado de Liechtenstein, la República de San Marino, el Principado de Mónaco y el Principado de Andorra apliquen a partir de la misma fecha medidas equivalentes a las contenidas en la presente Directiva, de conformidad con acuerdos celebrados por dichos países con la Comunidad Europea, previas decisiones del Consejo adoptadas por unanimidad, y

ii) se hayan establecido todos los acuerdos u otros arreglos que estipulen que todos los territorios dependientes o asociados pertinentes (Islas del Canal, Isla de Man y los territorios dependientes o asociados del Caribe) aplicarán a partir de esa misma fecha un intercambio automático de información del modo previsto en el capítulo II de la presente Directiva (o que aplicarán, durante el período transitorio definido en el artículo 10, una retención a cuenta con

arreglo a las mismas condiciones recogidas en los artículos 11 y 12).

3. El Consejo decidirá, por unanimidad, al menos seis meses antes del 1 de enero de 2005, si se cumplen o no las condiciones estipuladas en el apartado 2, habida cuenta de las fechas de entrada en vigor de las medidas pertinentes en los terceros países y territorios dependientes o asociados de que se trata. En caso de que el Consejo decida que no se cumplen tales condiciones, adoptará, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, una nueva fecha a los efectos de apartado 2.

Observamos que ninguna mención se hace en este punto al acuerdo con EE UU, que finalmente no existirá. Sólo se tienen en cuenta los acuerdos con Suiza y con los «micro-estados», además de los arreglos con los territorios dependientes. También en este último punto el compromiso final ha sido el de aceptar que las medidas a adoptar por estos territorios (no mediante acuerdos con la Unión, pues no se trata propiamente de sujetos de Derecho internacional, sino con los Estados miembros de que dependen los territorios) consistan en el intercambio de información o bien en la aplicación de una retención a cuenta. La cuestión merece ser resaltada, pues el Acuerdo de Feira preveía para estos territorios la aplicación de «las mismas medidas» de la Directiva (no «medidas equivalentes», como para EE UU, Suiza y el resto). Los Estados del período transitorio (singularmente Luxemburgo y Austria) insistían en que este requisito (las «mismas» medidas) se satisficiera sólo con el intercambio automático de información. Finalmente, el compromiso ha sido el que hemos señalado.

Como última medida de salvaguarda se establece que el cumplimiento de estos requisitos deberá ser objeto de un voto en el Consejo seis meses antes del comienzo de aplicación de las medidas de la Directiva. Por eso, ha sido necesario retrasar la fecha hasta 1 de julio de 2005, porque en el momento de adoptar la decisión en el mes de julio pasado, el acuerdo con Suiza estaba aún pendiente de ratificación. No es de excluir un nuevo aplazamiento en función de las vicisitudes del proceso constitucional de la Confederación. La próxima cita será en el ECOFIN de diciembre.

Finalmente, hay que decir que la Directiva, que fue aprobada antes de la ampliación de 2004, forma parte del «acervo comunitario» que los países de la ampliación han incorporado en cada Tratado de adhesión. Esos países, que no formaban parte del ECOFIN que aprobó la Directiva, sí que tendrán derecho a voto en el que deberá decidir, por unanimidad, que se dan las condiciones para la aplicación.

## II. EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA

Una vez que hemos examinado el laborioso camino hasta la aprobación de la Directiva, que, como ha podido verse, engloba cuestiones de orden técnico y de naturaleza, podríamos decir, política o, en

todo caso, de relaciones entre Estados, pasamos al análisis de los diversos preceptos de la Directiva.

6. *Campo de aplicación de la Directiva y objeto de la misma*

El primer artículo de la Directiva establece el Objeto de la misma en los siguientes términos:

«El objetivo final de la presente Directiva consiste en permitir que los rendimientos del ahorro en forma de intereses pagados en un Estado miembro a los beneficiarios efectivos que son personas físicas residentes fiscales en otro Estado miembro, puedan estar sujetos a imposición efectiva de conformidad con la legislación de este último Estado miembro».

Este objetivo, el de permitir que cada Estado miembro pueda aplicar su propia normativa respecto de los rendimientos en forma de intereses recibidos por los residentes en él, se consigue sencillamente mediante el intercambio de información: el Estado en que se realiza el pago de los intereses, que tiene autoridad sobre las partes que intervienen en la operación, recolecta la información relativa a estos pagos y la transmite al Estado de residencia del beneficiario, de manera que este último, el Estado de residencia, pueda aplicar su propia normativa fiscal sobre tales intereses. No se trata de armonizar la fiscalidad sobre los intereses. Éstos quedan sujetos, como hasta ahora, a la normativa de cada país. Sencillamente, se establece un método de colaboración entre las Administraciones fiscales que elimina las posibilidades de fraude u ocultación de los intereses cuando éstos son percibidos en otro Estado miembro.

Este objetivo final se conjuga con el del período transitorio, para determinados países, a los que, como ya hemos advertido, se autoriza a aplicar el sistema de retención a cuenta. Durante este período transitorio, el objetivo será «garantizar un mínimo de imposición efectiva» (el resultante de la aplicación de la retención en determinados países) sobre los intereses.

Según esto, el campo de aplicación de la Directiva, tanto en uno como otro caso, queda delimitado en los términos siguientes:

Primero: Sus medidas se aplican sólo respecto del

pago de intereses. No quedan incluidas otras formas de remuneración del ahorro o de rendimientos del capital mobiliario, como diríamos con el lenguaje de la normativa española. Singularmente, los dividendos y participaciones en el capital de entidades. La justificación de esta exclusión de los dividendos del campo de aplicación de la Directiva hay que encontrarla en el hecho de que mediante la misma no se persigue una armonización de los rendimientos del ahorro, sino más sencillamente poner coto a la evasión y fraude fiscal que puede derivarse de la colocación del capital (o, para ser exactos, la recepción del pago) en un Estado miembro distinto del de residencia. Y este riesgo se plantea de manera diversa para los instrumentos de renta fija y los de renta variable, dada la existencia en este segundo caso de técnicas para evitar la doble imposición (sobre los beneficios y sobre su distribución) que asegurarán, en líneas generales la declaración de este tipo de rentas. Así lo señalaba la Comisión desde el primer momento: «En lo que respecta al tratamiento fiscal de los dividendos, los riesgos de distorsión, fraude y evasión no son comparables. Los sistemas de retención a cuenta, *avoir fiscal* o crédito fiscal, que en general aplican los Estados miembros, garantizan la declaración y tributación de este tipo de ingresos»<sup>13</sup>. En este campo el problema que puede plantearse es el de que las técnicas de eliminación de la doble imposición que disponga cada Estado miembro se apliquen de modo diferente a los dividendos percibidos de una entidad residente que a los satisfechos por una no residente. Pero esta cuestión queda fuera del alcance de la que estamos tratando<sup>14</sup>.

Aparte de la no inclusión de los dividendos, el concepto de intereses que establece la Directiva (y que veremos más adelante) es un concepto más restringido que el que emplean las legislaciones nacionales (en todo caso, la española) a la hora de definir los rendimientos derivados de la cesión de capitales a terceros.

Segundo. La Directiva se aplica sólo respecto de los pagos a personas físicas. Quedan fuera los intereses satisfechos a personas jurídicas, a sociedades. En la primera Propuesta, la presentada en 1989, no era así: la retención mínima que esa Propuesta contemplaba era de aplicación tanto a personas físicas como

13. Véase punto 6 de la Comunicación al Consejo de 08.02.1988, COM(89) 60 final, sobre *Medidas fiscales que deberá adoptar la Comunidad en relación con la liberalización de los movimientos de capitales*.

14. En este caso, la cuestión que se plantea es la de la compatibilidad de tales prácticas con la prohibición de discriminación recogida en el Tratado, así como a las obligaciones derivadas de la propia Directiva sobre Movimientos de Capitales. Véase al respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de 06.06.2000 (TJCE 2000, 120)(caso Verkooyen, Repertorio 2000 I -4071). En el caso se trataba de un ciudadano neerlandés que pretendía que se le aplicara una exención en el Impuesto sobre la Renta por los dividendos obtenidos en una sociedad belga, que habían sido satisfechos con una retención en la fuente, mientras que la normativa del Impuesto holandés restringía esta exención a los dividendos satisfechos por sociedades domiciliadas en Holanda. (Una norma semejante existe también en nuestro país). El Tribunal, ante el que se planteó cuestión prejudicial, sentenció que la normativa en cuestión era incompatible con la Directiva de 1988 sobre liberalización de los movimientos de capitales, en cuanto introducía un obstáculo de naturaleza fiscal que restringía injustificadamente la libertad de movimiento. A raíz de esa Sentencia, la Comisión redactó una Comunicación sobre *Imposición de dividendos percibidos por personas físicas en el mercado interior* (COM 2003/0810 final). Esta Comunicación plantea la conveniencia de que los Estados miembros coordinaran sus medidas en este ámbito, pero sin proponer medidas legislativas de armonización. La Comisión indica, más bien, su disposición a acudir al Tribunal de Justicia, en el caso de que los Estados no siguieran su indicación de coordinación.

a sociedades. Sin embargo, tanto la Propuesta Monti como la definitivamente aprobada introdujeron esta restricción. A nuestro juicio, éste es uno de los puntos débiles de la Directiva, pues se presta a fáciles maniobras de elusión. De hecho, en el debate en la Comisión de Asuntos Económicos del Parlamento Europeo la cuestión fue suscitada en el Informe del Ponente pero no encontró apoyo suficiente.

Tercero. La Directiva se aplica sólo respecto de los pagos realizados a una persona física residente en un Estado miembro distinto de aquel en el que se encuentra establecido el agente pagador. Cuando el beneficiario sea un residente, el tratamiento fiscal, incluidos los deberes de información respecto del mismo, queda en manos del Estado miembro correspondiente. Nuevamente se advierte una diferencia con la Propuesta de 1989, que establecía la obligación para cada Estado de establecer una retención mínima sobre los intereses, tanto satisfechos a no residentes como a residentes. En definitiva, se trata de levantar el secreto bancario (o de aplicar una retención, durante el período transitorio, por parte de determinados Estados) para los intereses satisfechos a residentes en otro Estado miembro, independientemente de lo que cada Estado disponga respecto de sus propios residentes.

Insistimos en este hecho: la Directiva no trae consigo cambio alguno en el régimen sustantivo de los rendimientos derivados del pago de intereses. Los Estados que actualmente declaran exentos los intereses percibidos por no residentes no deberán modificar su legislación. Simplemente deberán recolectar la información sobre esos pagos y transmitirla al Estado miembro de residencia. En el interior de cada país y respecto de sus propios residentes, se mantendrán las diferencias que, en el régimen fiscal sustantivo, cada país tenga establecidas entre los pagos registrados en el propio país y los producidos en otro Estado miembro.

Insistimos, como dejamos dicho, en este dato porque, a nuestro juicio, el mismo hubiera debido tener una consecuencia fundamental en el procedimiento legislativo comunitario. Como es sabido, una de las reglas del Tratado (o Constitución de la Unión), que, además se resiste tenazmente a todo intento de cambio, es la del requisito de la unanimidad para las cuestiones fiscales (artículo 94 del Tratado [RCL 1999, 1205 ter y LCEur 1997, 3695]). La consecuencia de ello es que las normas comunitarias en esta materia se tramitan mediante el procedimiento de consulta, en lugar de la regla general de la codecisión. En ausencia de una reforma de esta regla, se ha intentado reducirla a sus límites estrictos por vía de interpretación, entendiendo que la unanimidad se requiere ciertamente en los casos de normas tributarias sustantivas pero no, en cambio, cuando se trate de normas que no incluyan elementos de armonización, como sería el caso de la Directiva de que estamos tratando. La cuestión fue suscitada en el debate en la Comisión de Asuntos Económicos del Parlamento y en la de Asuntos Constitucionales. Sin embargo, la postura que defendía el cambio de base

jurídica y, en consecuencia, la tramitación por el procedimiento de codecisión, reconociendo al Parlamento una auténtica función legislativa, fue derrotada en esta última Comisión, de manera que la cuestión ni siquiera ha sido planteada ante el Tribunal de Justicia, supremo intérprete del Tratado.

Una vez definido el objeto de la Directiva y su campo de aplicación, pasemos a examinar el sistema que en ella se dispone a efectos de asegurar su objetivo final. Los elementos claves en este sistema son los siguientes:

concepto de pago de intereses,

elementos personales del pago: beneficiario efectivo y agente pagador;

objeto de la información.

Para facilitar la exposición del sistema vamos a comenzar por el análisis del segundo de los elementos citados, el relativo a los sujetos, para luego pasar al concepto de intereses (o de pago de intereses, que son los términos que emplea la Directiva) y, finalmente, el objeto de la información. No es éste el orden que sigue la Directiva, pero nos parece el más adecuado, a efectos de claridad de la exposición. Entre otras cosas, porque, como puede comprobar quien lea la Directiva en sus diferentes artículos se entremezclan cuestiones relativas a los diferentes puntos o elementos que hemos citado.

#### 7. Elementos personales del pago: agente pagador, beneficiario efectivo, entidades residuales

En principio, la delimitación de estos conceptos es muy simple. Bastaría leer las definiciones que se contienen en los artículos 2 (Definición de beneficiario efectivo) y 4 (Definición de agente pagador). En uno y otro precepto se contienen, además referencias a las que llamaremos «entidades residuales». A efectos prácticos, nos parece aconsejable hacer una clasificación de los pagos de intereses en función de las personas que intervengan. Tenemos así:

– Pagos a favor de una persona física. Entran dentro del campo de aplicación de la Directiva y están sujetos a deberes de información, salvo que la propia persona física acredite que es el beneficiario del pago.

– Pagos a favor de una persona jurídica. Quedan fuera del campo de aplicación de la Directiva. No existirá obligación de información. Ni siquiera en el caso de que el pago material se haga en la cuenta de una persona física que actúa como mandatario de la persona jurídica.

– Pagos a favor de Entidades (incluso sin personalidad jurídica) sujetas a tributación por los beneficios (en España diríamos sujetas al IS). El régimen es el mismo que acabamos de ver para las personas jurídicas.

– Pagos a favor de Instituciones de Inversión Colectiva,

lectiva (IIC)<sup>15</sup>. Tampoco son relevantes a efectos de información, aunque sí que lo serán los pagos que realicen a sus socios o partícipes las propias IIC (o las entidades gestoras).

– Pagos a Entidades Residuales. Una posición singular dentro del esquema de los elementos subjetivos ocupan ciertas entidades descritas en el apartado 2 del artículo 4 y a las que denominamos entidades residuales (el término ha quedado acuñado en los papeles relacionados con la Directiva) La definición se establece mediante criterios negativos o de exclusión. De ahí la denominación que empleamos. Se trata de entidades que

ni sean personas jurídicas,

ni estén sujetas a tributación en el Impuesto sobre los beneficios,

ni sean una IIC.

El concepto viene a coincidir con el de Entidades en Régimen de Atribución de Rentas empleado en la normativa española del IRPF e Impuesto de Sociedades, es decir, entes desprovistos de personalidad jurídica pero que constituyen un patrimonio separado que puede tener relevancia a efectos fiscales. Pensemos, por ejemplo, en un club de inversión que gestiona los activos de los miembros pero sin tener personalidad jurídica distinta.

La Directiva establece que estas entidades tendrán, en principio, la consideración de agente pagador «en el momento del pago o de la atribución del pago». ¿Qué es lo que se quiere decir con esta expresión de «agente pagador en el momento del pago o de la atribución del pago»? La respuesta a esta pregunta se desdobra en las dos precisiones que hacemos a continuación:

en primer lugar, las entidades de que hablamos se convierten en el mismo momento en que reciben un pago de intereses en obligadas a suministrar la información sobre las personas físicas beneficiarias del mismo, es decir, los partícipes de la propia entidad que tengan dicha condición de persona física, que serán considerados como los beneficiarios efectivos;

en segundo lugar, la información que debe facilitarse es la relativa al importe **atribuible** a cada uno de los socios o partícipes personas físicas, aun en el caso de que la suma permanezca en la cuenta de la entidad.

Para asegurar que las entidades residuales cumplen con estas obligaciones, la Directiva contiene dos reglas: una para los casos en que la entidad esté establecida en el mismo Estado que el operador económico que realiza el pago; otra, para los casos en que se encuentra establecida en un Estado distinto. En el primer supuesto, corresponde al Estado miembro en el que se encuentran establecidos el operador económico y la entidad residual tomar las medidas adecuadas para asegurar el cumplimiento de las obliga-

ciones de información. En el segundo, cuando la entidad está establecida en otro Estado miembro, el operador económico comunicará el nombre y dirección de la entidad así como el importe total de los intereses pagados o atribuidos a la entidad a la autoridad competente de su Estado miembro de establecimiento, que, a su vez, transmitirá esa información a la autoridad competente del Estado miembro de establecimiento de la entidad.

Hemos dicho que el anterior es el régimen aplicable, en principio, en los casos de pagos a entidades residuales. Pero la Directiva establece la posibilidad de que estas entidades opten por ser tratadas como IIC. En este caso, sus ingresos se considerarán recibidos en los mismos términos que una IIC y tendrán las mismas obligaciones de información. Es decir, informarán de los intereses y demás rendimientos de renta fija que distribuyan a sus partícipes o de las ganancias obtenidas por éstos en la cesión, canje o reembolso de las cuotas de participación. Estaríamos sencillamente ante IIC por opción o electivas (*elective UCITs* es el término que se emplea en el Reino Unido para estos casos).

La opción deberá ser ejercida ante el Estado miembro de establecimiento de la entidad, que entregará un certificado acreditativo a la propia entidad, la cual deberá exhibirlo al operador económico.

#### 8. Concepto de pago de intereses

Es, como puede fácilmente advertirse, un punto fundamental dentro de la economía de la Directiva. Ésta lo aborda en su artículo 6, que consta de 8 apartados. El primero distingue cuatro clases de rendimientos a los que considera como «pago de intereses». Aunque el término intereses es el que se emplea en el propio título de la Directiva, en realidad, su ámbito de aplicación es más amplio. Lo que, en realidad, se pretende abarcar son los rendimientos relacionados con la inversión en renta fija. Las categorías que enumera el artículo 6.1 de la Directiva (LCEur 2003, 1951) son los siguientes:

a) En primer lugar, «los intereses pagados o contabilizados relativos a créditos de cualquier clase, estén o no garantizados por una hipoteca e incorporen o no una cláusula de participación en los beneficios del deudor, y en particular los rendimientos de valores públicos y rendimientos de bonos y obligaciones, incluidas las primas y los premios vinculados a éstos. Los recargos por mora en el pago no se considerarán pagos de intereses». Se trata del concepto clásico de interés, tal como aparece definido en el Modelo de Convenio de la OCDE. Hay que llamar la atención sobre el dato de que dentro de este concepto básico de interés, con el que se encuentran relacionados los restantes, no se incluyen más que los intereses de créditos en sentido estricto, con una referencia especial a los incorporados a un título valor. Quedan dentro de él las participaciones o acciones

15. La Directiva, en su versión española, emplea el término Organismos de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios (OICVM). Preferimos emplear el de Instituciones de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios (IICVM) que es la terminología usada en nuestra legislación interna.

preferentes, a las que hay que entender que se refiere la referencia «incorporen o no una cláusula de participación en los beneficios del deudor». Quedan fuera, en cambio, otros rendimientos como las pensiones o rentas derivadas de operaciones de capitalización y los seguros. Aunque el articulado de la Directiva no menciona expresamente esta exclusión, sí que lo hace la Introducción o exposición de motivos: «El ámbito de aplicación de la presente Directiva debe limitarse a la tributación de los rendimientos del ahorro en forma de pagos de intereses de créditos, con la exclusión entre otras cosas, de las cuestiones vinculadas a la imposición de pensiones y prestaciones de seguros».

b) En segundo lugar, «los intereses devengados o capitalizados obtenidos en el momento de la cesión, el reembolso o el rescate de los créditos a que se refiere la letra a)». Es decir, los que entre nosotros se conocen como intereses implícitos ligados a obligaciones o títulos emitidos con cupón cero o similares, así como, en general, los rendimientos obtenidos mediante operaciones de negociación de créditos. Por ejemplo, mediante ventas en el mercado secundario. Se trata, como vemos, de una categoría que se obtiene por derivación del concepto básico antes explicado. El precepto se refiere a los rendimientos obtenidos «**en el momento** de la cesión, canje o reembolso», es decir, los intereses **realizados**. Sin embargo, existe la opción para los Estados miembros de exigir que los agentes pagadores situados en su territorio anualicen los intereses que se encuentran ya incorporados al título y considerar esos intereses anualizados como pago de intereses, aun cuando el título se mantenga en posesión del inversor. La anualización, conviene resaltarlo, es una opción de cada Estado miembro, que debe ejercerla, si lo considera oportuno, al realizar la transposición de la Directiva, y que tendrá valor sólo para los agentes pagadores situados en su territorio.

c) En tercer lugar, los rendimientos derivados del pago de intereses distribuidos por Organismos de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios (IICVM), es decir, Fondos y Sociedades de Inversión. Mas las «entidades residuales» que hayan hecho uso de la opción de que hemos hablado antes (los IICVM electivos). En esta letra, la primera de las dos dedicadas a las ICVM, se trata de los intereses «distribuidos», es decir, abonados directamente por el Fondo con cargo a sus beneficios derivados de inversión en activos de renta fija. Los partícipes en un Fondo de Inversión pueden retirar sus rendimientos bien mediante distribución directa por el Fondo o bien mediante la enajenación de participaciones. La letra c) se refiere a la primera de las modalidades indicadas. Los términos de esta letra c) son los siguientes:

«c) los rendimientos procedentes de pagos de intereses, directamente o a través de una entidad de las mencionadas en el apartado 2 del artículo 4, distribuidos por:

i) IICVM autorizado de conformidad con la Directiva 85/611/CEE (LCEur 1985, 1384), ii) entidades

que recurran a la opción prevista en el apartado 3 del artículo 4 (es decir, una «entidad residual» que haya optado por ser tratada como un IICVM y presente el correspondiente certificado emitido por el Estado miembro en que esté establecida) y iii) organismos de inversión colectiva establecidos fuera del territorio a que se refiere el artículo 7».

Conviene llamar la atención sobre el tratamiento que da la Directiva a esta cuestión, especialmente en lo que se refiere a los Fondos mixtos. Cuando se trata de un fondo «puro» de inversión en renta fija, no hay problemas: la totalidad de los beneficios que distribuya tendrá la consideración de intereses. El problema se plantea en los fondos «mixtos», cuya cartera incluye títulos de renta fija y de renta variable. Una posible solución para estos casos es la de «cortar por lo sano» y establecer un porcentaje de renta fija en la composición de la cartera, determinando que los rendimientos distribuidos por los fondos que superen dicho porcentaje serán considerados intereses. Es lo que hacía la Propuesta de 1998, que fijaba este porcentaje en el 50 por 100. La Directiva de 2003, sin embargo, ha adoptado otro enfoque, de examen caso por caso para determinar qué proporción de los rendimientos distribuidos procede de inversiones en renta fija. Así pues, todas las IICVM, sea cual sea la composición de su cartera, si distribuyen beneficios imputables a títulos de renta fija, deben considerar tal distribución como pago de intereses.

La Directiva añade dos reglas complementarias en relación con estos pagos. La primera es la de que en los casos en que el agente pagador no tenga información acerca de cuál es la proporción de los rendimientos distribuidos que proceden de intereses, la cantidad total se considerará pago de intereses (véase artículo 6.2).

La segunda, contenida en el artículo 6.6, ofrece a los Estados miembros la opción de excluir de la definición de pago de intereses los rendimientos procedentes de organismos o entidades situados en su territorio y cuya inversión en títulos de renta fija sea inferior al 15 por 100 del total de la cartera. Esta misma regla es aplicable respecto de los pagos en la cuenta de una «entidad residual», en el caso de que dicha entidad no haya optado por ser tratada como IIC (si hubiera ejercido la opción, la regla le sería aplicable como a las restantes IIC). Como se explica en los Comentarios que acompañaban a la Propuesta, se trata de una norma *de minimis*, cuyo objetivo es ofrecer a los Estados miembros la posibilidad de excluir a las empresas que invierten su capital social sobre todo en acciones, pero que pueden mantener algunos créditos a efectos de liquidez. El precepto de la Directiva añade: «El ejercicio de tal opción por un Estado miembro implicará su aceptación por parte de los demás Estados miembros». Quiere esto decir que esos otros Estados miembros no podrán exigir a los agentes pagadores establecidos en sus territorios que proporcionen información o que apliquen retenciones a cuenta sobre estos ingresos. Ejemplo: Fondo de Inversión establecido en el Reino

Unido y con una proporción de títulos de renta fija en su cartera inferior al 15 por 100 que distribuye rendimientos en España a través de una sucursal o una entidad comercializadora a partícipes residentes en el Reino Unido (o cualquier otro Estado miembro). Como el Reino Unido ha hecho uso de la opción de excluir estos pagos del concepto de intereses, la entidad comercializadora no estará obligada a comunicar la información a las autoridades españolas<sup>16</sup>. No existe aquí regla de reciprocidad: si el Fondo con menos del 15 por 100 de renta fija está domiciliado en España (que no ha hecho uso de la opción de excluir estos supuestos) y efectúa pagos a un residente británico, sí que deberá suministrar información a la Agencia Tributaria española para que ésta la transmita al *Inland Revenue*.

d) La cuarta categoría de intereses tiene también relación con los IICVM. Se trata en este caso de los rendimientos que se obtengan mediante la negociación de participaciones en IICVM (incluidos los que hemos llamado IICVM electivos) cuya cartera comprenda activos de renta fija en proporción superior al 40 por 100. Este porcentaje se reducirá a partir de 2011 al 25 por 100 (véase apartado 7). Así pues, en el caso de que los rendimientos obtenidos a través del IICVM se retiren por el inversor mediante la venta, canje o reembolso, tendrá la consideración de pago de intereses la totalidad de la ganancia resultante de la operación si la cartera sobrepasa el indicado límite. Si no lo alcanza, la totalidad del pago quedará fuera del campo de aplicación de la Directiva. A efectos de determinar si se alcanza ese límite, habrá que estar a la política de inversión del Fondo o Sociedad de Inversión, tal como se define en las condiciones o escritura de constitución y, en su defecto, en función de la composición real de los activos (véase apartado 8). En el caso de que el agente pagador no esté en condiciones de determinar la composición de la cartera (como podría suceder en el caso de que el Fondo esté constituido en un país extraño a la Unión y no revele su política de inversión), se entenderá que el porcentaje supera el 40 por 100 (véase apartado 3).

La cuantía que ha de entenderse como pago de intereses es la resultante de la diferencia entre el valor de adquisición de las acciones o participaciones y el valor de enajenación, canje o reembolso. En el caso de que el agente pagador no pudiera determinar esta cuantía o diferencia entre valor de adquisición y de enajenación, la totalidad del rendimiento se considerará como pago de intereses (véase apartado 3, segundo inciso). En todo caso, como ya hemos explicado en relación con los pagos de la letra b), la Directiva dice que el contenido mínimo de la información que debe facilitarse es el importe de los rendimientos o intereses (es decir, la ganancia neta) o el importe total de la cesión, el rescate o el reembolso (véase artículo 8.2,b).

También en este caso de rendimientos obtenidos

mediante la negociación de títulos prevé la Directiva, como ya hemos visto en el caso de la letra b), que los Estados miembros apliquen un método de anualización de los intereses. Repetimos lo que hemos señalado anteriormente: se trata de una opción a ejercer por cada Estado miembro respecto de los agentes pagadores situados en su territorio.

Por último, debemos referirnos a otra opción que la Directiva abre a los Estados miembros en relación con este tipo de rendimientos. Ya hemos explicado que la regla general es considerar como intereses la totalidad de los rendimientos o ganancias obtenidos en la negociación, canje o reembolso de acciones o participaciones en IICVM con más del 40 por 100 de su cartera invertida en renta fija. Pero la Directiva ofrece a los Estados miembros la posibilidad de adoptar, también respecto de estas operaciones un enfoque similar al previsto para las de distribución: incluir en la definición de intereses estas ganancias «sólo en la proporción en que dichos rendimientos correspondan a ingresos que, directa o indirectamente, procedan de pagos de intereses en el sentido de las letras a) y b)» [véase letra d), último párrafo]. Según esto, habría que determinar en cada caso qué parte de la ganancia obtenida con la operación corresponde a beneficios que el IICVM ha obtenido mediante activos de renta fija y sólo esa parte tendría la consideración de intereses. Como decimos, ésta es una opción que puede ejercer cada Estado miembro al transponer la Directiva a su derecho nacional. Si la opción no se ejerce, rige la regla general.

La Directiva ofrece también otra opción a los Estados miembros: la de excluir de la definición de pago de intereses los rendimientos de que hablamos cuando las inversiones en renta fija no sean superiores al 15 por 100 (véase apartado 6). Se trataría, pues, de reducir al 15 por 100 el porcentaje requerido.

#### 9. Información que debe facilitarse

La Directiva (LCEur 2003, 1951) se ocupa en su artículo 8 de la información mínima que debe facilitarse por el agente pagador de los intereses a las autoridades fiscales del Estado miembro en que estén establecidos y que éstas, a su vez, deberán transmitir a las del Estado de residencia del beneficiario. En esta información aparecen, en primer lugar, los elementos personales, sobre identificación del beneficiario (identidad, residencia y número de cuenta) y del propio agente pagador (nombre y dirección). En segundo lugar, los importes o cuantía de los intereses pagados. Nos referimos ahora a esta segunda cuestión.

Los datos cuantitativos que deben comunicarse acerca de los pagos dependen de la categoría o concepto de los mismos, es decir, de la inclusión del pago en una u otra de las diferentes clases de intereses que se contemplan en el artículo 6 y que hemos examinado en el apartado anterior. Según esto, tenemos:

16. En el caso de que el beneficiario sea residente en España, la cuestión es ajena a la Directiva. La entidad comercializadora deberá suministrar información en virtud de las normas internas sobre IRPF.

a) En el caso de que el pago corresponda a los intereses descritos en la letra a), es decir, los derivados de créditos en sentido estricto o tradicional, el importe de los intereses pagados o contabilizados.

b) En el caso de los intereses a que se refieren la letra b) y la letra d), es decir, rendimientos derivados de la cesión, canje o reembolso de créditos o de títulos de IICVM, el dato a comunicar podrá consistir bien en el importe de los intereses implícitos en dichos pagos (es decir, la diferencia entre el valor de adquisición y el de cesión, canje o reembolso) o bien en el montante bruto del pago. Esta última opción puede ser la preferible para el agente pagador, porque evita calcular el rendimiento neto de la inversión (aunque esto tampoco será tan complicado en la generalidad de los casos). La Directiva ofrece las dos posibilidades. Como se recordará, en estos casos existe también la opción para los Estados miembros de exigir a los agentes pagadores que anualicen los intereses. Si se hace uso de esta opción, la información a facilitar será el importe de los intereses anualizados.

c) En el caso de que de los intereses a que se refiere la letra c), es decir, los derivados de la distribución por un IICVM que invierte una parte de su cartera en renta fija, deberá comunicarse bien el montante total del pago, bien la parte de ese pago que es atribuible a la inversión en renta fija. Una consideración análoga a la que hemos expuesto en el supuesto anterior vale también para éste. En el caso de un Fondo mixto que distribuye anualmente entre los partícipes el rendimiento derivado de su cartera, existirá una porción de ese rendimiento que corresponderá a la inversión en renta fija y otra que se habrá originado en los activos de renta variable. La Directiva deja la opción de que la comunicación del pago consista en el importe atribuible a la renta fija o bien se limite al importe total del pago.

La identidad y residencia del beneficiario efectivo es, junto con el importe del pago, el elemento central de la información que debe ser proporcionada por el agente pagador. Éste tiene, en primer lugar, la obligación de identificar a los beneficiarios efectivos y su lugar de residencia. La Directiva dedica un artículo, el 3, a esta cuestión. Esta información será tenida en cuenta por el agente pagador para adecuar a ella el régimen del pago, es decir, para identificar las cuentas que son relevantes a efectos de la Directiva. En segundo lugar, esta misma información será incluida en la información facilitada a las autoridades fiscales. Las reglas para establecer la residencia y los datos de identificación del beneficiario efectivo varían según que se trate de clientes antiguos (relaciones contractuales anteriores al 1 de enero de 2004) o de clientes nuevos (relaciones contractuales posteriores a esa fecha). En el primer caso, la identificación que se suministrará será el nombre y dirección para cuya obtención se aplicarán las normas del Estado de establecimiento del agente pagador y en particular las reglas contenidas en la normativa sobre blanqueo de capitales (las reglas «Conozca a su cliente» o KYC). Para los clientes posteriores a 1 de

enero de 2004, habrá que suministrar, además del nombre y dirección, el Número de Identificación Fiscal asignado por el Estado miembro de residencia, si este Estado tiene establecido dicho Número. La vía para obtener esta información será, en estos casos, será el pasaporte o documento nacional de identidad. Además de estos datos, deberá también suministrarse el número de cuenta del beneficiario y el nombre y dirección del agente pagador.

#### 10. El intercambio de información

La información recogida por los agentes pagadores en cada Estado miembro debe ser suministrada a las autoridades fiscales de dicho Estado miembro, el cual deberá a su vez transmitirla al Estado de residencia del beneficiario efectivo. La Directiva (LCEur 2003, 1951) dispone que esta información se comunicará de forma automática y al menos una vez al año en los seis meses siguientes al final del ejercicio fiscal del Estado miembro del agente pagador y se referirá a todos los pagos de intereses realizados durante ese año (véase artículo 9.2).

Un punto importante, que se contiene en el apartado 3 de este mismo artículo 9 es el relativo al mandato de no aplicación del artículo 8 de la Directiva 77/799/CEE (LCEur 1977, 342), relativa a la asistencia mutua en el ámbito de los Impuestos directos y el IVA. El punto esencial del precepto en cuestión es el que autoriza al Estado miembro obligado a suministrar información a otro Estado miembro a no hacerlo en los casos en que la legislación o la práctica administrativa impidan al propio Estado miembro realizar tal clase de averiguaciones o utilizar estas informaciones para las propias necesidades del Estado. También es importante la condición de reciprocidad que se recoge en ese mismo precepto. Como veremos enseguida, la nueva Propuesta obliga a los Estados miembros a suministrar información incluso a los Estados que se acojan al sistema de retención durante el período transitorio. Expresamente se advierte que estos Estados recibirán información sin condición de reciprocidad.

\* \* \*

Hasta aquí hemos tratado del cuerpo principal de la Directiva, relativo al régimen general basado en el intercambio de información. Pero junto a él se contiene un régimen transitorio para tres países: Bélgica, Austria y Luxemburgo. Aparte de este régimen especial y transitorio para esos tres países, se contiene también en las Disposiciones Transitorias el régimen de los instrumentos de deuda negociables emitidos antes de 1-I-2001, al que ya nos hemos referido y que afecta tanto al intercambio de información como al de retención.

Nos referimos a continuación al contenido del régimen transitorio aplicable en los tres países citados.

#### 11. Régimen transitorio de retención a cuenta

Como ya hemos dicho, para alcanzar el consenso necesario entre todos los Estados miembros fue necesario un compromiso que en esencia consiste en

permitir a los tres países citados mantener el secreto bancario respecto de los no residentes durante un determinado período de tiempo, con la contrapartida de aplicar durante el mismo un régimen de retención a cuenta.

La primera cuestión que se plantea en relación con el régimen transitorio es la de su duración. Éste ha sido uno de los puntos que más ha pesado en la negociación para alcanzar el acuerdo final y tiene una estrecha relación con las negociaciones con países terceros. Ya nos hemos referido a esta cuestión en un apartado anterior, en el que hemos expuesto el camino seguido hasta alcanzar el compromiso final y los términos del mismo, que se recogen en el apartado 2 del artículo 10, que ya hemos citado.

El contenido del régimen transitorio gira en torno a la aplicación de una retención en la fuente sobre los pagos de intereses. La cuantía de la retención se fija inicialmente en el 15 por 100, para los primeros tres años; pasará al 20 por 100 en los tres años siguientes y finalmente al 35 por 100 hasta la conclusión del período transitorio (véase artículo 13.1). La base de la retención se establece en el apartado 2 del artículo 13. Esta base dependerá del tipo de rendimiento. En el caso de rendimientos correspondientes a las letras b) y d) del artículo 6.1, que son las que plantean problemas de identificar el rendimiento o ganancia neta, la Directiva ofrece dos posibilidades: la retención se aplicará sobre el importe de los intereses o los rendimientos contemplados en dichas letras o mediante una retención de efecto equivalente a cargo del destinatario sobre el importe total del producto de la cesión, el reembolso o el rescate.

El artículo 12 trata sobre la distribución de la recaudación obtenida con la retención entre el Estado que la practica y el Estado de residencia del beneficiario efectivo: 75 por 100, para el primero; 25 por 100 para el segundo.

El artículo 13 recoge las excepciones al régimen de retención a cuenta. De lo que se trata es de permitir que los sujetos afectados elijan entre recibir sus pagos con retención o evitar ésta aceptando en su lugar, que se facilite información. A tal efecto, se prevén dos procedimientos: que el beneficiario efectivo autorice expresamente al agente pagador para que facilite la información conforme a lo establecido en el régimen de intercambio de información; o que facilite un certificado emitido por el Estado miembro de residencia con los datos del beneficiario efectivo y el nombre y dirección del agente pagador.

Por último, el artículo 14 trata de los mecanismos para evitar la doble imposición en el Estado de residencia del beneficiario efectivo. La Directiva establece que este Estado de residencia podrá establecer bien un procedimiento de reembolso directo de la retención, bien un procedimiento de crédito de impuesto, que se regula en los siguientes términos: «Si los intereses percibidos por un beneficiario efectivo han sido objeto de retención a cuenta en el Estado miembro del agente pagador, el Estado miembro de residencia del beneficiario efectivo le concederá un

crédito de impuesto igual al importe de dicha retención, dentro de los límites de la cuota tributaria adeudada en su territorio por tales intereses en virtud de la legislación nacional. Si la retención a cuenta es superior a la cuota adeudada, el Estado miembro de residencia devolverá al beneficiario efectivo la diferencia retenida».

#### 12. Régimen transitorio de los instrumentos de deuda negociables

Dentro del Capítulo dedicado al régimen transitorio existe una disposición de extraordinaria importancia y que, en realidad, va más allá de lo que constituye el núcleo de este régimen, que, como hemos visto, se refiere a la retención a cuenta que ciertos Estados aplicarán en lugar del suministro de información. La norma de que hablamos es la contenida en el artículo 15, Instrumentos de deuda negociables. En él se establece que las obligaciones nacionales e internacionales y demás instrumentos de deuda negociables que hayan sido emitidos antes de 1 de marzo de 2001, o cuyos folletos hayan sido aprobados antes de esa fecha no se considerarán créditos. Es decir, que durante el período transitorio los pagos o rendimientos derivados de dichos instrumentos no estarán sujetos a la retención, ni tampoco al suministro de información previsto en el régimen general.

En relación a este régimen, que generalmente es conocido como de *grandfathering clause*, expresión ésta que aceptan incluso los franceses (*clause du grand père*), pero que podemos llamar, si se prefiere, cláusula de derechos adquiridos, se distingue entre las emisiones «soberanas» (de gobiernos o entidades asimiladas, enumeradas en un anexo) y las de otros emisores (empresas). En el primer caso, si con posterioridad a 1 de marzo de 2002, el emisor efectúa otra emisión de los mismos títulos, el conjunto de la emisión, es decir, la originaria y las sucesivas quedará sujeto a información o retención a cuenta. Es decir, las nuevas emisiones «infectan» a la original. En cambio, si el emisor es privado, la nueva emisión quedará sujeta a la Directiva pero se mantendrá el régimen transitorio para la emisión original.

En cuanto a la duración de este régimen transitorio para los instrumentos de deuda negociables, hay que hacer notar que su duración no coincide con la del régimen de retención, que, como vimos en su momento, se hace depender de la combinación entre una fecha cierta (31.12.2010) y otra incierta relacionada con los acuerdos con terceros países. En el caso de la *grandfathering clause*, su duración se establece en la del período transitorio (de retención) «pero, a más tardar, hasta el 31 de diciembre de 2010». Con todo, no son tan sencillas las cosas, pues esta fórmula de plazo final en 2010 se combina con otra: «No obstante, en caso de que el período transitorio a que se refiere el artículo 10 continúe más allá del 31 de diciembre de 2010, sólo seguirán aplicándose las disposiciones del presente artículo a tales instrumentos de deuda negociables:

– cuando incluyan cláusulas de adición del im-

puesto pagado en otro país o de reembolso anticipado, y

– en caso de que el agente pagador definido en el artículo 4 esté establecido en un Estado miembro que aplique la retención a cuenta a que se refiere el artículo 11 y de que dicho agente pagador abone intereses al beneficiario efectivo, o le atribuya el pago de intereses para su disfrute inmediato, residente en otro Estado miembro».

\* \* \*

### III. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

#### 13. Introducción

La transposición de la Directiva (LCEur 2003, 1951) se presentaba como una cuestión no excesivamente complicada, pues no era necesario alterar el régimen sustancial de las rentas afectadas sino sólo las obligaciones de información respecto de las mismas, lo cual podía cumplirse mediante una simple remisión a la normativa reglamentaria. La Directiva estableció como fecha límite para la transposición de sus disposiciones a los ordenamientos internos la de 1 de enero de 2004. En esa fecha el legislador español no había procedido a la recepción. En diciembre de 2003 la Ley de Acompañamiento (RCL 2003, 3093 y RCL 2004, 5, 892) dispuso la incorporación a la Ley del IRPF (es decir, para los residentes en España) de un precepto relativo a la deducción de las retenciones derivadas de la aplicación de la Directiva. Dicho precepto, con vigencia desde 1-I-2005 (ahora, 1-VII-2005) ha quedado incorporado al Texto Refundido de la Ley del IRPF, como apartado 11 del artículo 101:

«Tendrán la consideración de pagos a cuenta de este Impuesto las retenciones a cuenta efectivamente practicadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses».

Sin embargo, por lo que hace al contenido central de la Directiva, es decir, el tratamiento de los pagos a no residentes (o más exactamente, residentes en otro Estado miembro) nada se dice. La misma Ley de Acompañamiento sí que se preocupó, sin embargo, de incorporar a la Ley del Impuesto sobre la renta de No Residentes el otro elemento del paquete necesitado de transposición, la Directiva 2003/49 (LCEur 2003, 1952), sobre intereses y cánones. Lo lógico hubiera sido modificar esta misma Ley, la del Impuesto sobre la Renta de No Residentes para incluir en ella las obligaciones de información relacionadas con los pagos de intereses a residentes en otro Estado miembro. Más aún si se tiene en cuenta que

precisamente el precepto de la Ley relativo a la exención de los pagos a intereses satisfechos a dichos residentes en otro Estado miembro fue objeto de una ligera modificación por esa misma Ley de Acompañamiento. Aunque, como hemos advertido, la regulación sustantiva del tratamiento fiscal de estos pagos (la exención de los mismos) no quedaba afectado por la Directiva, entendemos que no hubiera estado de más introducir en el precepto una referencia del tipo: «sin perjuicio del suministro de información respecto de tales pagos, que se establezca reglamentariamente, en cumplimiento de la Directiva 2003/48». O bien, sencillamente una cláusula de autorización al Gobierno para dictar las normas necesarias para regular el suministro de información respecto de estos pagos. Aunque es claro que este tipo de normas hubieran debido aprobarse antes de la fecha de la Ley de Acompañamiento, que es de 30 de diciembre de 2003<sup>17</sup>.

En todo caso, nada de esto se hizo, no se respetó el plazo y finalmente la regulación de los deberes de información de que estamos hablando quedó incorporada en el RD 1778/2004, de 30 de julio (RCL 2004, 1802), por el que se establecen obligaciones de información respecto de las participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y de determinadas obtenidas por personas físicas residentes en la Unión Europea. Menos mal que pocos días antes, el 19 del mismo mes de julio, el Consejo había acordado aplazar seis meses más, hasta 1 de julio de 2005, la fecha de comienzo de aplicación de la Directiva, de manera que puede sostenerse que el Gobierno español casi ha respetado en espíritu el plazo de transposición, pues éste estaba pensado en función de la fecha de aplicación.

El RD 1778/2004, en la parte que nos interesa, es una norma reglamentaria que, en rigor, no desarrolla una ley (el párrafo inicial del Preámbulo alude como base legal genérica al artículo 93 de la LGT [RCL 2003, 2945]), sino una Directiva europea. Este desarrollo se realiza, por otra parte, no mediante una norma específica o singular, sino englobando la regulación dentro de la general sobre deberes de información. Lo que hace el RD 1778/2004 es añadir dos nuevos Capítulos al RD 2281/1998 (RCL 1998, 2687) por el que se desarrollan las disposiciones aplicables a determinadas obligaciones de suministro de información a la Administración tributaria: un nuevo Capítulo V, sobre obligaciones de información en relación con participaciones preferentes, y un nuevo Capítulo VI, sobre Obligaciones de información respecto de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea. Este Capítulo VI (más las Disposiciones Adicionales y la Transitoria Segunda) es el que nos interesa.

17. En el Reino Unido, aprovechando el calendario fiscal británico, la *Finance Act 2003*, aprobada en 5 de agosto (es decir, pocas semanas después de la aprobación de la Directiva) incluyó la habilitación al Tesoro para dictar las normas reglamentarias de aplicación de la Directiva. De acuerdo con el sistema constitucional británico, el reglamento encargado al Tesoro, sería aprobado mediante *statutory instrument*, sujeto a anulación por los Comunes. El Reglamento en cuestión fue aprobado en 16 de diciembre.

14. *Ámbito de aplicación*

Viene definido en el artículo 13 en los siguientes términos:

«Las personas jurídicas y demás entidades, incluidas las entidades en régimen de atribución de rentas, y las personas físicas que, en el ejercicio de su actividad económica, abonen o medien en el pago de las rentas a que se refiere el artículo 14 a personas físicas residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea cumplirán con las obligaciones de suministro de información que se derivan de este capítulo».

Este mandato genérico, que, por ahora, no vamos a comentar, es objeto de especificación en los siguientes cinco artículos del Capítulo:

Artículo 14. Rentas sujetas a suministro de información.

Artículo 15. Obligados a suministrar información.

Artículo 16. Obligación que debe suministrarse.

Artículo 17. Identificación y residencia de los preceptores de rentas personas físicas residentes en otros Estados miembros de la UE.

Plazo, lugar y forma de suministro de la información.

15. *Rentas sujetas a suministro de información*

Se trata en este caso de la transposición del precepto central de la Directiva, el artículo 6, que define o acota el concepto de «pago de intereses» que aparece en el rótulo. El autor del Reglamento español ha preferido (tanto en el título del Capítulo como en este artículo 14) un concepto más amplio: el de rentas o «determinadas rentas». La razón es muy sencilla: la normativa española de los impuestos sobre la renta clasifica ciertos conceptos empleados en la Directiva, singularmente los derivados de inversiones en IICVM, como rentas imputadas al sujeto pasivo, fuera de los intereses y demás rendimientos derivados de la cesión a terceros de capitales propios.

Más allá de esta precisión terminológica, hay que decir que el RD español agrupa en tres las cuatro categorías de que trata la Directiva en su artículo 6. Las tres clases de rentas sujetas a información, según el artículo 14 del RD, son las siguientes:

Intereses y demás rendimientos derivados de la cesión a terceros de capitales propios.

Beneficios distribuidos por IIC procedentes de inversión en renta fija.

Rendimientos obtenidos de la negociación de participaciones o acciones de IIC con más del 40 por 100 de renta fija en su cartera.

a) Intereses y rendimientos derivados de créditos. Los términos exactos que utiliza el RD son los siguientes: «Los intereses satisfechos, así como cualquier otra forma de retribución pactada como remuneración por la cesión a terceros de capitales propios, incluidos los rendimientos derivados de la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de cualquier clase de activos representativos

de la captación y utilización de capitales ajenos, y las demás rentas a que se refiere el artículo 23.2 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas..., con excepción de los recargos por mora».

Como puede verse, lo que ha hecho el RD español es agrupar en una sola letra, la a), las letras a) y b) del artículo 6.1 de la Directiva. De acuerdo con esto, el primer grupo de pagos sometidos a información es el de los rendimientos a que se refiere el artículo 23.2 del TR de la LIRPF. La letra a) del artículo 14 del RD reproduce la de dicho precepto e incluso añade, de modo redundante, una cláusula final: «y las demás rentas a que se refiere el artículo 23.2». Decimos que esta adición es redundante, porque no existen esas otras «clases de renta»: el resto del artículo 23.2 lo que hace es, por un lado, especificar determinados conceptos de rentas que se consideran «en particular» incluidos en la definición y, por otro, indicar cómo se calcula el rendimiento en los casos de transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión. Por cierto, el RD español ha preferido esas expresiones a las de «cesión, reembolso o rescate», que emplea la Directiva.

En todo caso, en los supuestos que se acaban de mencionar (transmisión, reembolso...) se hace necesario determinar cuál es el importe del rendimiento sobre el que recae la obligación de información. Como acabamos de decir, de esta cuestión se ocupa, a efectos del IRPF español, el párrafo 3º del artículo 23.2 de la Ley, que establece que se considerará como rendimiento la diferencia entre el valor de adquisición y lo obtenido mediante la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión. Entendemos que esta misma regla es aplicable respecto de la información en los pagos a residentes en otro Estado miembro. Ahora bien, la Ley del IRPF no se contenta con esto, sino que se preocupa de regular las obligaciones de información que permitan determinar los valores de que hablamos (el de transmisión, reembolso, etc.) y, sobre todo el de adquisición. Para ello, en el Título dedicado a la Gestión del Impuesto se establecen las obligaciones de información de las entidades financieras e intermediarios, incluidos de manera especial los fedatarios públicos que intervengan en las operaciones de suscripción, transmisión, reembolso, amortización (véase artículo 102 del TR: Normas sobre pagos a cuenta, transmisión y obligaciones formales relativas a activos financieros y otros valores mobiliarios). Lo lógico hubiera sido incluir una remisión a este precepto (o a los similares que existen en el Impuesto de Sociedades) en el RD de transposición de la Directiva.

Sea como sea, el RD, en relación con la determinación del importe a incluir en la información, ha incluido la siguiente previsión: «En relación con lo dispuesto en el apartado 1.a), en el supuesto de que las entidades financieras no pudieran determinar el rendimiento en las operaciones de transmisión, amortización o reembolso, se deberá comunicar a la Administración tributaria el correspondiente valor de transmisión, amortización o reembolso». Debe-

mos observar que en la Directiva se contiene una previsión semejante, pero sólo respecto del cálculo de los rendimientos o rentas derivados de operaciones con títulos de IIC. Con todo, como ya hemos visto anteriormente, la Directiva establece que en estos pagos la información podrá ser el importe de los intereses o rendimientos netos o el importe total del pago.

b) Resultados distribuidos por IIC: «Los resultados distribuidos por las siguientes entidades en la parte que deriven de las rentas señaladas en el párrafo a) anterior:

1º Instituciones de inversión colectiva reguladas en la Directiva 85/611/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985 (LCEur 1985, 1384).

2º Entidades que se acojan a la opción prevista en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 15 de este real decreto.

3º Instituciones de inversión colectiva establecidas fuera del territorio de aplicación del Tratado de la Comunidad Europea».

Se trata del concepto que en la Directiva aparece clasificado en la letra c) del artículo 6.1, relativo a los Fondos y Sociedades de Inversión que remuneren a los partícipes directamente mediante distribución de resultados. Se observará que el RD español ha preferido mantener la referencia a la Directiva europea sobre Instituciones de Inversión Colectiva, en lugar de citar la Ley española que recoge esa Directiva. Aparte de eso, habría alguna observación que hacer en cuanto a la transposición de la referencia que la Directiva hace a las «Entidades residuales». Pero esto tiene mejor encaje en el estudio que haremos de estas entidades al tratar de los obligados al suministro de la información.

Una observación que debe hacerse es que el Gobierno español ha decidido no hacer uso de la facultad que la Directiva reconoce a los Estados miembros de excluir a las instituciones cuya cartera de renta fija no supere el 15 por 100 del total<sup>18</sup>. Según esto, en nuestro país deberán suministrar información todos los Fondos de Renta Fija y los Mixtos e incluso los de Renta Variable que tengan en su cartera «picos» de renta fija.

Como ya explicamos al tratar del texto de la Directiva, se considera como pago de intereses la cuantía de la retribución que sea imputable al rendimiento de los créditos e instrumentos de renta fija. De manera que en los Fondos Mixtos deberá deslindarse cuál es la proporción que corresponde a estas inversiones. Aunque la propia Directiva establece que cuando el pagador no disponga de esta información «la cantidad total de los rendimientos se considerará pago de interés». Es decir, la información se referirá a la totalidad del pago (con independencia de que el beneficiario pueda discutir con las autoridades fiscales de su país cuál es el montante sometido a imposición). La propia Directiva añade que en todo caso

la información que debe facilitarse es la cuantía del rendimiento considerado como «intereses» o bien el importe total del pago. Y esto es lo que hace igualmente la normativa española.

c) Rendimientos obtenidos de operaciones con títulos de IIC: «Las rentas obtenidas en la transmisión o reembolso de acciones o participaciones en entidades a las que se refiere el párrafo b) anterior, cuando éstas hayan invertido directa o indirectamente por medio de otras entidades del mismo tipo, más del 40 por ciento de sus activos en valores o créditos que generen rentas de las previstas en el párrafo a) anterior» [artículo 14.1.c), primer párrafo].

Como ya sabemos, la Directiva dispone que en los casos de rendimientos derivados de operaciones de cesión, reembolso o rescate de acciones o participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva con más del 40 por 100 de su cartera en títulos de renta fija, la totalidad del rendimiento tendrá la consideración de pago de intereses sujeto a información. Y esto es lo que establece también el RD de transposición, aunque introduciendo algún matiz. El RD altera los términos empleados por la Directiva, hablando de «transmisión o reembolso», en lugar de «cesión, reembolso o rescate». Lo que se hace, en definitiva, es emplear para los pagos correspondientes a ganancias patrimoniales derivadas de los títulos de IIC y realizadas por personas físicas residentes en otro Estado miembro de la UE, la misma fórmula empleada para definir el concepto de ganancia patrimonial sujeta a IRPF en el caso de residentes en España [véase artículo 95.1, a) del TR LIRPF]. En este mismo precepto del TR LIRPF se contempla un sistema de diferimiento de la tributación de la ganancia patrimonial derivada de la transmisión o reembolso en los casos en que el producto de la transmisión se invierte en la adquisición de otros títulos de IIC: los nuevos títulos conservarán el valor y fecha de adquisición de los transmitidos, de manera que la tributación de la ganancia patrimonial se producirá sólo en el momento de la transmisión o reembolso definitivos. En el caso de que el inversor se una persona física residente en otro Estado miembro, esta norma de diferimiento no tendrá ninguna incidencia sobre la obligación de información: la Entidad gestora deberá comunicar la información relativa a cada transmisión, con independencia del régimen sustantivo (incluida la cuestión del diferimiento de la tributación) aplicable a la ganancia patrimonial, que será cuestión del Estado de residencia del beneficiario.

Pasando a otras cuestiones, en este tipo de rendimientos se plantea en primer lugar la cuestión de determinar si el Fondo o Sociedad supera en su cartera el indicado porcentaje del 40 por 100. A este respecto, y siguiendo la orientación marcada en la propia Directiva, el RD español dispone lo siguiente: «El citado porcentaje se fijará con arreglo a la política de inversión que se derive de las normas o criterios sobre inversiones establecidos en el reglamento del fondo o en la escritura de constitución de la enti-

18. Esta facultad ha sido utilizada, por ejemplo, por la regulación aprobada en el Reino Unido.



dad de que se trate y, en su defecto, en función de la composición real de sus activos, considerándose a estos efectos la composición media de sus activos en el ejercicio anterior previo a la distribución de resultados o a la transmisión o reembolso». Esta norma se completa con otra: cuando no se disponga de información sobre el porcentaje de activos invertidos en renta fija, «se considerará que la totalidad del rendimiento proviene de este tipo de rentas» (véase artículo 14.2, segundo párrafo). Es decir, en esos casos, se considerará que el porcentaje es superior al 40 por 100 (véase artículo 6.3 de la Directiva).

En cuanto al importe de la renta que debe incluirse en la información, se plantea la cuestión de determinar dicho importe o cuantía. La situación es similar a la que ya hemos visto en el caso de las rentas derivadas de la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de activos de renta fija distintos de las participaciones o acciones en IIC: cómo se determina el importe de la ganancia patrimonial. Repetimos aquí las consideraciones que hicimos al analizar la regla prevista para dichos supuestos. En principio, habrá que determinar el importe de la ganancia patrimonial, restando del valor de transmisión o reembolso el de adquisición y sólo si esto no fuera posible, se comunicará el importe total del pago producido. En todo caso, ya sabemos que la Directiva permite que la información se refiera al importe neto o ganancia de la operación o bien al importe bruto o total del pago. Y eso es lo que ha hecho el RD español.

Para concluir, debemos indicar que la Directiva reconoce a los Estados miembros la posibilidad de modificar el régimen general de esta categoría de rentas en relación a tres puntos. La primera es la de considerar como pago de intereses sujeto a información sólo la proporción en que el beneficio obtenido en la cesión, rescate o reembolso de las acciones o participaciones correspondan a renta fija [véase artículo 6.1.d) último párrafo]. La segunda es la de reducir el porcentaje del 40 por 100 al 15 por 100 (véase artículo 6.6). La tercera es la de establecer la obligación a cargo de los pagadores de anualizar los rendimientos o ganancias y considerar dichos resultados anualizados como «pago de intereses, incluso si no se ha llevado a cabo ninguna cesión, rescate o reembolso durante ese período» (véase art. 6.5). El Gobierno español no ha hecho uso de ninguna de estas opciones.

#### 16. Obligados al suministro de información

En el artículo 15 realiza el RD la transposición del concepto de agente pagador a que establece la Directiva en su artículo 4. Y lo hace identificando al obligado a suministrar información en cada clase de rentas. La lista contenida en el apartado 1 del artículo 15 es la siguiente:

«1. Estarán obligados a suministrar información las personas o entidades a que se refiere el artículo 13 y, en particular, las siguientes:

a) En el abono de intereses, o cualquier otra retri-

bución pactada, de cuentas en instituciones financieras, la entidad financiera que los satisfaga.

b) En el abono de cupones de activos financieros, así como en la amortización o reembolso, canje o conversión de aquéllos, el emisor de los valores.

No obstante, en caso de que se encomiende a una entidad financiera la materialización de las operaciones anteriores, la obligación corresponderá a dicha entidad financiera.

c) En los rendimientos obtenidos en la transmisión de activos financieros, la entidad financiera que actúe por cuenta del transmitente.

d) Tratándose de valores de Deuda Pública, la entidad gestora del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones que intervenga en la operación.

e) En la distribución de resultados de instituciones de inversión colectiva, la sociedad gestora o la sociedad de inversión. En el caso de instituciones de inversión colectiva domiciliadas en el extranjero, la entidad comercializadora o el intermediario facultado para la comercialización.

f) En la transmisión o reembolso de acciones o participaciones de instituciones de inversión colectiva, la sociedad gestora o la sociedad de inversión o, en su caso, el intermediario financiero que medie en la transmisión. Cuando se trate de instituciones de inversión colectiva domiciliadas en el extranjero, la entidad comercializadora o el intermediario facultado para la comercialización».

Queda la cuestión de las que hemos llamado Entidades Residuales, a las que se refiere la Directiva en diversos puntos y, en especial, en el artículo 4 relativo a la definición de Agente Pagador. El RD aborda el tratamiento de estas entidades en el apartado 2 del artículo 15 (para las entidades establecidas en España) y en el de misma numeración en el artículo 16 (para las establecidas en otro Estado miembro). En el primer caso, la normativa española ha optado por sustituir la compleja fórmula empleada por la Directiva por la simple remisión al concepto de entidades en régimen de atribución de rentas (ERAR) empleado en la Ley del IRPF:

«Cuando las rentas a las que se refiere el artículo 14 de este real decreto se perciban por las entidades a las que les resulte de aplicación el régimen de atribución de rentas regulado en el artículo 10 y en la sección 2.<sup>a</sup> del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo (RCL 2004, 622), siempre que el importe de la renta sea atribuible a una persona física residente en otro Estado miembro, estas entidades serán las obligadas al suministro de información.

Estas entidades podrán optar por el suministro de información cuando paguen efectivamente las rentas a sus miembros residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea. En caso de recurrir a tal opción, comunicarán dicha circunstancia a la Administración tributaria, la cual emitirá, a petición de la en-

tividad, una certificación acreditativa de dicha opción».

La normativa del IRPF citada hace una referencia específica a los entes de hecho constituidos fuera de España: «Tendrán la consideración de entidades en régimen de atribución de rentas aquellas a las que se refiere el artículo 10 de esta ley y, en particular, las entidades constituidas en el extranjero cuya naturaleza jurídica sea idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas» (artículo 88, primer párrafo, del TR LIRPF). El artículo 91.1 del mismo texto legal dice: «Las entidades en régimen de atribución de rentas deberán presentar una declaración informativa, con el contenido que reglamentariamente se establezca, relativa a las rentas a atribuir a sus socios, herederos, comuneros o partícipes, residentes o no en territorio español». Pero esta regulación debe conjugarse con la establecida en la del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR) (RCL 2004, 651). En ella se distingue entre ERAR con presencia en territorio español (equivalentes a las personas jurídicas con establecimiento permanente) y sin presencia en territorio español. Las primeras serán contribuyentes por IRNR y estarán sujetas a las obligaciones de información propias de toda ERAR y que, como hemos visto, comprende las rentas a atribuir a los socios o partícipes, incluso cuando sean no residentes. En cambio, las segundas, las que no desarrollan actividad económica en España, no están sujetas a este deber (véase artículo 39.4 TR LIRNR). El deber de información para las rentas en forma de intereses obtenidas por estas entidades es el que ahora queda cubierto por el precepto del RD de transposición de la Directiva.

El segundo párrafo del precepto reproducido trata de la opción a que se refiere la Directiva en su artículo 4.3, es decir, la opción de ser tratada como una IIC. La norma española identifica esta opción en los términos que acabamos de indicar: en lugar de informar sobre la renta atribuible a cada miembro en el momento de la recepción del pago por la entidad y con independencia de que exista una transferencia entre la cuenta de la entidad y la del socio o partícipe, la entidad puede optar por el suministro de información en el momento del pago efectivo.

El otro supuesto es el de los pagos a entidades residuales establecidas en otro Estado miembro. En este caso, la norma de transposición sí que recurre a los términos de la fórmula empleada por la Directiva. Los términos del apartado 2 del artículo 16 son los siguientes:

«Las personas o entidades que abonen o medien en el pago de las rentas comprendidas en el artículo 14 a entidades sin personalidad jurídica establecidas en otro Estado miembro de la Unión Europea, o no sometidas a imposición de acuerdo con las normas generales de tributación de las empresas en otro Estado miembro o que no tengan la consideración de instituciones de inversión colectiva reguladas en la Directiva 85/611/CEE, sean o no entidades en atribución de rentas, de acuerdo con la legislación española, deberán comunicar el nombre y dirección de la entidad, así como el importe de las rentas».

\* \* \*

En relación con el contenido de la información a suministrar y con la identificación y residencia de los beneficiarios efectivos, no existen particularidades dignas de ser reseñadas.