

1. NOCIÓN DE GANANCIAS DE CAPITAL

1.1. Consideraciones Generales

El art. 13 ModCDI contiene cinco reglas de distribución de la potestad tributaria entre los Estados contratantes en relación con las ganancias de capital, pero no define este concepto. Ello no quiere decir, como se verá, que no pueda deducirse el concepto de ganancias de capital del ModCDI.

Con carácter preliminar, cabe aclarar que el art. 13 ModCDI cumple una función distinta a la propia del concepto de ganancias patrimoniales de la LIRPF. Si en la LIRPF estas últimas constituyen una especie de cajón de sastre, en el que cabe incluir todas las rentas que no es posible calificar como rendimientos del trabajo, capital o de actividades económicas, el concepto de ganancias de capital en los CDIs se encuentra lejos de cumplir tal función. El art. 13 ModCDI es una regla más de distribución de la potestad tributaria entre los Estados contratantes, como cualquier otra del ModCDI, que, con algunas excepciones, pretende asignar la potestad tributaria sobre la enajenación de un bien o derecho al Estado que tiene la facultad, conforme al ModCDI, de gravar la renta generada por ese bien o derecho. La función residual, en el contexto del ModCDI, se asigna al art. 21 ModCDI (otras rentas). Este dato, junto con la existencia de definiciones convencionales relativas a otro tipo de rentas (v.gr. dividendos, intereses y cánones) determina que el concepto de ganancias de capital deba delimitarse en su contexto convencional, que estará compuesto por los CMC así como por el resto de las reglas distributivas del ModCDI, ya que estas últimas delimitan negativamente qué debe entenderse por ganancias de capital.

1.2. El concepto de ganancias de capital del artículo 13 del Modelo Convenio de doble imposición

Son dos, por consiguiente, los elementos que permiten concretar la definición de ganancias de capital aplicable en el seno de los CDIs, por un lado, los Comentarios al ModCDI, por otro, la delimitación negativa del ámbito de aplicación del art. 13 ModCDI en relación con otros preceptos del propio ModCDI.

1.2.1. *El concepto de ganancia de capital y los comentarios al artículo 13 del Modelo Convenio de doble imposición*

El ModCDI no define el concepto de ganancia de capital, aunque se entiende que éste cubre habitualmente la renta puesta de manifiesto en la enajenación de un bien, ya se trate de una compraventa, permuta, expropiación, aportación no dineraria a una sociedad, la venta de un derecho, una donación intervivos o una transmisión mortis causa (párr. 5 CMC). De esta enumeración ejemplificativa de operaciones susceptibles de generar ganancias de capital cabe extraer alguna conclusión importante: la noción de ganancia de capital convencional se encuentra vinculada al concepto de enajenación, pues los cinco párrafos del art. 13 ModCDI emplean este término al definir cada una de las reglas distributivas. Ni el ModCDI ni sus comentarios definen “enajenación”, pero, por la forma en que se emplea, por tal hay que entender la transmisión del poder de disposición del elemento generador de la ganancia. De hecho, el párr. 5 de los CMC conecta la “enajenación” a las ganancias de capital resultantes de una compraventa, permuta expropiación, aportación no dineraria a una sociedad, la venta de un derecho, una donación inter vivos o una transmisión mortis causa. Este dato, junto con otras reflexiones que realizan los CMC permiten obtener un con-

cepto de ganancia de capital y delimitar el ámbito de aplicación del art. 13 ModCDI sobre la base de las siguientes notas:

1. Los elementos patrimoniales susceptibles de generar ganancias de capital son los bienes o los derechos. Aparentemente, el art. 13 ModCDI sólo contempla los “bienes”, pero diversos argumentos nos permiten extender el ámbito del art. 13 ModCDI a los derechos:

a) El art. 13.1 ModCDI se refiere a la enajenación de propiedad inmobiliaria, y, por tal, como el propio precepto indica, hay que entender la definida en el art. 6.2 ModCDI. Esta definición no sólo está referida a bienes, sino también a derechos sobre bienes inmuebles, por lo que debemos concluir que la regla distributiva del art. 13.1 ModCDI se aplica también a derechos considerados como “propiedad inmobiliaria” por el art. 6 ModCDI.

b) Los CMC consideran incluidos dentro de las reglas distributivas del art. 13 ModCDI no sólo a los bienes sino también a los derechos: el párr. 5 de los CMC vincula la venta de derechos a la obtención de ganancias de capital; el párr. 24, al referirse al concepto de propiedad mobiliaria afecta a un establecimiento permanente, menciona la propiedad incorporal (fondo de comercio, las licencias etc.) por lo que debe entenderse que la enajenación de derechos correspondientes al establecimiento permanente y las ganancias de capital correspondientes se encuentran incluidos en el art. 13.2 ModCDI.

2. Las pérdidas se encuentran excluidas del ámbito de aplicación del art. 13 ModCDI. En consecuencia, la fijación de las reglas para su cómputo, la compensación de las mismas con otras rentas o su traslación a ejercicios anteriores o posteriores depende enteramente de los ordenamientos nacionales.

3. En el contexto del art. 13 ModCDI, las variaciones en el valor del patrimonio que se pongan de manifiesto por la incorporación al mismo de bienes y derechos y que no estén vinculadas a una enajenación previa (v.gr. premios, indemnizaciones, subvenciones, herencias, legados o donaciones desde la perspectiva del heredero o donatario etc.) no son consideradas ganancias de capital, a diferencia de lo que ocurre en el art. 33 LIRPF. Prueba de ello, es que el párr. 19 de los CMC excluye del ámbito de aplicación del artículo a los premios de lotería, en cuanto ganancia patrimonial por incorporación de bienes al patrimonio del contribuyente sin que exista enajenación alguna. Tales rentas, en consecuencia, estarán comprendidas en el ámbito del art. 21 ModCDI (otras rentas). La vinculación del concepto de ganancia de capital a la enajenación de un bien determinará que la eventual ganancia para el transmitente derivada de la transmisión de un bien a título gratuito, ya se trate de una transmisión mortis causa (herencia) o inter vivos (donación), esté cubierta por el art. 13 ModCDI, pero la ganancia/resultado extraordinario que obtenga quien recibe el bien se encontrará fuera del ámbito de aplicación del citado precepto, por constituir una ganancia no vinculada a una enajenación. Tales ganancias será necesario considerarlas desde la perspectiva del art. 21 ModCDI (otras rentas) –si fueran objeto imponible de uno de los Impuestos comprendidos en el tratado– o, si existiera un CDI en materia de Sucesiones y Donaciones, habrá que estar a las disposiciones de éste. En este sentido, no resulta correcto el criterio que mantiene la Resolución de la DGT de 18 de octubre de 2003, n.º consulta 1590/2003 que, en relación con el CDI España-Reino Unido, concluyó que las ganancias patrimoniales (según el concepto de la LIRNR) obtenidas por una entidad sin fines lucrativos residente en el Reino Unido y fruto de donaciones que se realizaban a esta entidad se encuentran gravadas en España si el art. 13 CDI España-Reino Unido permitía su gravamen (así, por ejemplo, si se donaban a la entidad bienes inmuebles el art. 13.1. CDI España-Reino Unido permitía su gravamen). El mismo error puede encontrarse en la Resolución de la DGT de 26 de noviembre de 2004, nº consulta 2017/2004, en esta ocasión, en relación con el CDI

España-Francia, o de 13 de diciembre de 2006, número de consulta 2486/2006, en relación con el CDI España-Alemania.

4. La vinculación del concepto de ganancia de capital del art. 13 ModCDI con la existencia de una “enajenación” determinaría que sólo estuvieran incluidas en dicho artículo las ganancias realizadas y no las revalorizaciones de bienes o derechos o plusvalías latentes, puesto que sólo la ganancia puesta de manifiesto con la salida del bien del patrimonio del contribuyente llevaría a la aplicación del art. 13 ModCDI. Se trata de una cuestión a la que los CMC, párr. 7 y ss., dedican una cierta atención. Si bien sólo las ganancias de capital realizadas se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación del art. 13 ModCDI, los Comentarios contienen una serie de excepciones a este principio:

a) Los Comentarios (párr. 7 a 10) permiten a los Estados contratantes la exacción de tributos sobre las revalorizaciones contables, aclarando que tales tributos están cubiertos por el art. 2 ModCDI y que, a los mismos, se aplicarán las reglas distributivas del art. 13 ModCDI (es decir, el tributo sobre la revalorización de un determinado activo sólo será exigible si, de conformidad con el art. 13 ModCDI, el Estado que lo aplica tiene potestad para gravar la eventual ganancia de capital);

b) Las transferencias a la casa central de activos de la empresa afectos a un establecimiento permanente o de la primera a este último, en algunos Estados, se asimilan a la enajenación, sin que el art. 13 ModCDI impida la aplicación de tributos sobre las ganancias ficticias en estos casos, siempre y cuando no se vulnere el art. 7 ModCDI.

c) Una mención especial merecen los llamados impuestos de salida, exigidos por los Estados en el momento en el que un contribuyente pierde la condición de residente en su territorio. Tales impuestos no responden a la lógica de la enajenación, al tratar de gravar rentas no realizadas, lo que hace que puedan merecer reproches desde la perspectiva de ciertos principios constitucionales o del Derecho comunitario (vid. la STJCE de 11 de marzo de 2004, *Lasteyrie du Saillant*, Asunto C-9/02, que declara contrario a la libertad de establecimiento, el impuesto francés que gravaba las plusvalías latentes en los casos de cambio de residencia o la más reciente STJCE de 7 de septiembre de 2006, *N.*, Asunto C-470/04 aunque este último considere compatible con el Derecho comunitario el Impuesto holandés de salida). Nada, sin embargo, en el art. 13 ModCDI impide su exacción en el momento en el que se produce el cambio de residencia.

5. El párr. 18 de los CMC considera un caso en el que existirá una enajenación pero puede que no se verifique una ganancia de capital. En relación con la constitución de rentas temporales o vitalicias vinculadas a la transmisión de un determinado bien, el citado párrafo aclara que los pagos de la renta podrían ser tratados como ganancia de capital o como otras rentas del art. 21 ModCDI (en algunos supuestos podría incluso concluirse que se trata de intereses del art. 11 ModCDI). Los Comentarios consideran que existen argumentos importantes para defender una u otra posición (la calificación en el art. 13 ó el 21), pero no dan una solución a esta cuestión, se limitan a indicar que los Estados deben resolverla a través del procedimiento amistoso. Realmente, como el propio Comentario sugiere, los supuestos donde se planteen problemas serán muy limitados: la enajenación por un residente de un Estado A de, por ejemplo, un bien inmueble situado en el Estado B con el fin de constituir una renta vitalicia o temporal con un residente del Estado A determinará que el Estado B, con toda probabilidad, considere la enajenación como una ganancia de capital gravable en su territorio, sin perjuicio del tratamiento de la renta vitalicia o temporal desde la perspectiva del Estado A. Únicamente, en el supuesto en el que la constitución de la renta vitalicia o temporal se realizara con un residente del Estado B podría surgir alguna cuestión relativa al tratamiento de las rentas pagadas al residente del Estado A como consecuencia de la cons-

titución de la renta vitalicia o temporal. En España, en cualquier caso la transmisión de un bien a cambio de una renta vitalicia se consideraría como ganancia patrimonial en virtud del art. 37.1.j LIRPF.

6. Si bien el concepto de ganancia de capital del art. 13 ModCDI está vinculado a la “enajenación”, el párr. 6 de los CMC aclara que nada obsta para que el Estado que tenga derecho a gravar la ganancia puesta de manifiesto como consecuencia de la enajenación conceda ciertos beneficios fiscales (v.gr. ausencia de gravamen de la ganancia) en los supuestos, por ejemplo, de reinversión de la misma. Ciertamente, como el ModCDI pone de manifiesto, el Estado que tiene atribuida la potestad tributaria por un CDI puede ejercerla o no; sin embargo, resulta extraño que los Comentarios no hagan ni siquiera una mención a los problemas prácticos que los diferimientos por reinversión pueden ocasionar en el contexto internacional: el incumplimiento de las condiciones de la reinversión en años sucesivos determinará que la ganancia de capital sea gravada en el Estado que concedió inicialmente el diferimiento, y, si se trataba del Estado de la fuente (v.gr. bienes vinculados a un EP, bienes inmuebles etc.), se plantea el problema práctico de cómo tener en cuenta en el Estado de residencia el impuesto pagado en el Estado de la fuente pero correspondiente a ejercicios anteriores, quizás ya prescritos, en el Estado de residencia.

7. Un supuesto particular, no tratado por los CMC, se plantea en los casos de especificación de derechos sin enajenación de los mismos. De conformidad con el TRLIRNR, no resulta aplicable a los no residentes el art. 33.2 LIRPF, precepto que considera que no existe alteración en la composición del patrimonio en los supuestos de división de la cosa común, de disolución de la sociedad legal de gananciales, de disolución de comunidades de bienes o de separación de comuneros. Cuando exista un CDI que siga el art. 13 ModCDI se plantea si puede España, por ejemplo, como Estado de ubicación de la propiedad inmobiliaria, gravar las ganancias conectadas con la división de la cosa común, la disolución de la sociedad de gananciales o de comunidades de bienes. La vinculación entre ganancia de capital y enajenación de un bien y derecho llevaría a la conclusión de que cuando no exista alteración del patrimonio del contribuyente no residente (supuestos del art. 33.2 TRLIR) no puede el Estado de la fuente aplicar gravamen alguno (salvo los casos de revalorizaciones y cambios de residencia que antes se han comentado), por lo que, en presencia de un CDI que siga al art. 13 ModCDI sólo existiría ganancia de capital gravable cuando el bien o derecho salga del patrimonio del contribuyente, pero no cuando únicamente se produce una especificación del derecho. A estos efectos, la Ley 2/2010, a partir de 1 de enero de 2010, ha añadido un párrafo 6 al art. 24 TRLIRNR que permite la aplicación a contribuyentes de la UE de lo previsto en el art. 33.2 LIRPF, por lo que elimina, en el caso de estos países, la problemática que comentamos.

8. Problemas específicos plantean las ganancias derivadas de la variación de tipos de cambio, a las que se refieren los párr. 15 a 17 de los CMC, ya estén vinculadas a un activo concreto o a deudas contraídas en una moneda distinta de la nacional. En principio, como los CMC reconocen, las ganancias derivadas de la variación de tipos de cambio no se encuentran vinculadas a enajenaciones, e incluso, frecuentemente, no son tenidas en cuenta en el Estado que tiene atribuida la potestad para gravar la ganancia de capital (v.gr. la enajenación de un activo gravable en el Estado de la fuente se producirá, calculará y pagará en moneda nacional, por lo que la ganancia o pérdida vinculada a la variación del tipo de cambio sólo se pondrá de manifiesto en el Estado de residencia de quien enajena el activo y no en el Estado donde éste se encuentra). Por esta razón, tales ganancias se encuentran, en principio, fuera del ámbito de aplicación del art. 13 ModCDI, aunque en este aspecto existe una cierta contradicción entre los párrafos 15 a 17 y el párr. 20 de los CMC, al mencionar

este último que las ganancias vinculadas a la depreciación de la moneda nacional están cubiertas por el art. 13 ModCDI.

9. A los efectos del art. 13 ModCDI, el plazo o período de tiempo de generación de la ganancia resulta totalmente indiferente, pues este artículo se refiere tanto a ganancias a corto como a largo plazo (párr. 11 de los CMC).

Por último, debemos mencionar, aunque se trata de una cuestión no estrictamente relacionada con el concepto convencional de ganancias de capital, que el artículo 13 ModCDI no establece regla alguna en relación con el cálculo de la ganancia. Tal cuestión se remite a la legislación interna (párr. 12 CMC). Dichos Comentarios, párr. 12 y ss., señalan que, habitualmente, la ganancia de capital se calculará mediante la deducción del “coste” del precio de venta del bien o derecho, siendo el “coste” todos los gastos vinculados a la adquisición, teniendo en cuenta, cuando sea procedente, la depreciación del bien (algunos Estados vinculan el coste con el valor previamente declarado por quien enajena el activo, regla que también parece admitir el ModCDI). Lógicamente, al no fijarse reglas específicas de cálculo, será frecuente que se produzcan asimetrías importantes entre los diversos Estados en relación con la ganancia de capital a declarar en cada uno de ellos, generando problemas similares a los mencionados más arriba para los supuestos en los que el Estado de situación del activo decidiera conceder el diferimiento en la tributación de la ganancia de capital.

El párrafo 14 de los CMC considera un supuesto específico de asimetrías al que debe hacerse referencia. Una empresa de un Estado A compra propiedad inmobiliaria situada en el Estado B, amortizando y deduciendo las amortizaciones correspondientes a la edificación en el Estado A. Si, con posterioridad, la empresa enajena el bien por encima de su precio de adquisición, el Estado A podrá gravar tanto la recuperación del valor del bien puesta de manifiesto como consecuencia de la venta, como la ganancia correspondiente a la diferencia entre el precio de venta y el precio de adquisición. Sin embargo, los CMC, párr. 14, aclaran que el Estado B, en el que la propiedad está situada y donde no se llevan libros contables, no tiene que tomar en consideración las amortizaciones realizadas en el Estado A a los efectos de gravar la ganancia de capital. Para el Estado B el cálculo del precio de adquisición debe estar basado en sus propias reglas de cálculo de este valor y no en las aplicables en el Estado A, por lo que el Estado B no podrá someter a gravamen las amortizaciones realizadas en el Estado A. De ello se deduce otra regla básica que no mencionan expresamente los Comentarios: si el Estado B de ubicación del bien o derecho permite la amortización del mismo con unas reglas diferentes con respecto al Estado A (v.gr. porque se trata de bienes afectos a un EP y un Estado permite, por ejemplo, la amortización acelerada del bien mientras que el otro sólo admite una amortización lineal), el cálculo de la ganancia de capital debe realizarse en cada uno de los Estados mediante la aplicación de sus propias reglas, lo cual determinará que la cuantía de la ganancia de capital no coincida en los Estados A y B.

1.2.2. El concepto de ganancias de capital y otros artículos del Modelo convenio de doble imposición

El concepto convencional de ganancias de capital no sólo debe ser determinado por referencia al propio art. 13 ModCDI. También otros preceptos del ModCDI determinan que el ámbito de aplicación del art. 13 ModCDI pueda ser más amplio o más restringido (en algún caso, así lo reflejan los propios CMC). Por esta razón, a fin de tener una visión completa del concepto de ganancia de capital, debe considerarse la relación del art. 13 ModCDI con otros preceptos:

a) El art. 9 (empresas asociadas) y el art. 13 ModCDI: El art. 13 ModCDI, a diferencia de lo que ocurre en los arts. 10 a 12 ModCDI, no contiene ninguna regla específica para las operaciones vinculadas. Teóricamente, según el art. 13, las reglas de cálculo de las ganancias de capital, en los supuestos de empresas vinculadas, se remiten a la legislación interna de los Estados contratantes. Esta conclusión no resulta enteramente acertada ya que es necesario considerar la interrelación entre el art. 13 ModCDI y el art. 9 ModCDI a estos efectos. En principio, está claro que las reglas distributivas del art. 13 ModCDI se aplican sin más a las operaciones vinculadas, pero, a fin de evitar supuestos de doble imposición, los dos Estados contratantes deberán tener en cuenta los límites que fija la regla de imposición a precios de mercado del art. 9 ModCDI como regla de distribución de la potestad tributaria entre los Estados.

Así, por ejemplo, cuando una empresa de un Estado A venda un bien inmueble, situado en el Estado A, a una empresa vinculada del otro Estado contratante (Estado B), la pretensión del Estado B de atribuir al bien inmueble transmitido un coste inferior al valor de mercado podría determinar que se estuvieran gravando en el Estado B plusvalías cuyo derecho a gravamen se atribuía de forma exclusiva en el CDI al Estado A, por lo que el art. 9 ModCDI debe, necesariamente, interpretarse como una regla complementaria del art. 13 ModCDI en el supuesto de operaciones vinculadas.

b) El art. 10 (dividendos) y el art. 13 ModCDI: El párr. 31 CMC aclara que en las ventas de acciones del accionista a la sociedad emisora en conexión con la liquidación de la sociedad o una reducción de capital, la operación puede ser tratada en el Estado de residencia de la compañía como una distribución de beneficios acumulados y no como una ganancia de capital, en tanto que este tipo de operaciones pueden estar cubiertas por la definición de dividendos del art. 10.3 ModCDI. Se trata de una aclaración que puede provocar asimetrías en el tratamiento de una misma operación en la medida en que el Estado de residencia de la sociedad las considere como dividendos y el Estado de residencia del accionista como ganancias de capital (el problema debería solucionarse otorgando primacía a la calificación del Estado de la fuente en el seno del procedimiento amistoso y concediendo, en principio, al accionista la posibilidad de deducir en su Estado de residencia el impuesto soportado en el Estado de residencia de la sociedad). En cualquier caso, lo que resulta claro es que la definición de ganancia de capital puede quedar reducida en función del concepto de dividendo que el propio CDI contenga o de la legislación interna del Estado de residencia de la sociedad. Por lo que respecta a la práctica española, sobre esta cuestión, la Resolución de la DGT de 18 de marzo de 2004 concluyó, en el contexto del CDI España-Canadá, que la devolución a una sociedad canadiense del 100 por 100 del capital que había aportado a una sociedad española más las reservas correspondientes debía ser calificado como ganancia patrimonial, puesto que, tanto a la luz del CDI como de la legislación interna española, debía concluirse que las rentas obtenidas en la liquidación de la filial española de una sociedad canadiense no podían ser consideradas como dividendos sino como ganancias patrimoniales, sometidas, por tanto, a las reglas distributivas que el CDI establece para estas últimas.

Hay que subrayar que el parr. 31 CMC art. 13 presenta un problema importante: permite al Estado de la fuente gravar como dividendos la diferencia entre el precio de transmisión de las acciones y su valor nominal, en lugar de considerar, como sería más correcto, el valor de adquisición de las acciones. Se pueden, entonces, generar excesos o defectos de imposición en el Estado de la fuente que no sean eliminados o corregidos en el Estado de residencia (vid., sobre este problema la STJCE Bouanich, comentada en la sección de jurisprudencia del TJCE).

c) El art. 11 (intereses) y el art. 13 ModCDI: Como es sabido, el ModCDI 1977 introdujo una importante modificación en la definición de intereses del art. 11.3, de tal forma que, de ser una definición abierta, que trataba como intereses las rentas asimiladas a estos por la legislación del Estado de la fuente, pasó a ser una definición cerrada, referida única y exclusivamente a los rendimientos derivados de préstamos, en cualquiera de sus formas, o de la cesión a terceros de capitales propios. Este cambio influye en el concepto de ganancia de capital del art. 13 ModCDI: en aquellos CDI que sigan la definición de intereses anterior a 1977, las rentas derivadas de la enajenación de activos que la legislación del Estado del pagador trate de idéntica forma a los intereses, se gravarán en el art. 11 y no en el art. 13 ModCDI. La situación es la contraria en los CDI que contengan una definición autónoma de intereses, es decir, que estén redactados según la definición de intereses que el ModCDI propone a partir de 1977: aunque la legislación del Estado de la fuente equipare determinadas enajenaciones a la cesión a terceros de capitales propios no serán consideradas como intereses, sino como ganancias de capital del art. 13 ModCDI o, en su caso, como rentas del art. 21 ModCDI (recuérdese que el párrafo 19 de los CMC excluye del ámbito de aplicación del artículo 13 a las primas vinculadas a bonos u obligaciones, por lo que, cuando no puedan ser consideradas como intereses, su calificación correcta debe realizarse en el seno del art. 21 ModCDI, vid., en este sentido, el párr. 20 de los CMC al art. 11). Por otra parte, el párr. 31 CMC al art. 13.5 recuerda que si los bonos u obligaciones son rescatados por el deudor por un precio superior al valor de emisión de los mismos, la diferencia podría representar un interés (no una ganancia de capital) sujeta al art. 11 y no al 13 ModCDI (se plantean, de esta forma, en relación con los intereses, problemas similares a los comentados en el párrafo precedente).

d) El art. 12 (cánones) y el art. 13 ModCDI: La delimitación entre ambos artículos, en teoría, es bastante clara, pero, en los últimos tiempos, la jurisprudencia del TS español viene entendiendo que la transmisión de determinados bienes o derechos incorporeales (v.gr. *know-how*) no resulta posible, por lo que, cualquier operación sobre los mismos determinaría la existencia de cánones y no de ganancias de capital. Allí donde concurren los elementos esenciales de una venta, aunque se trate de derechos incorporeales, existirá una ganancia de capital del art. 13 ModCDI y no un canon. A fin de determinar cuándo existe tal venta, habrá que examinar con detenimiento la redacción del contrato y la ejecución del mismo pues es bastante frecuente que contratos de “venta” de derechos incorporeales oculten una mera licencia de uso de los mismos que generará cánones y no ganancias de capital. En este sentido, la Resolución de la DGT de 30 julio 2008 (V1607/2008) concluyó, en relación con la cesión de textos para su publicación por residentes de Alemania y EE.UU. a un Ayuntamiento español, que existirá ganancia patrimonial cuando el autor opere una transmisión total de los derechos de autor, de manera que no pueda utilizarlos o cederlos a otras personas o entidades para su uso.

e) El art. 13 (ganancias de capital) y el art. 21 ModCDI (otras rentas): Ya se ha mencionado que el precepto del ModCDI dedicado a las ganancias de capital constituye una regla de distribución de la potestad tributaria más y que, en ningún modo, tiene la función de regla residual que cabe atribuir a la definición interna de ganancias patrimoniales, puesto que tal función, en el ámbito convencional, está reservada al art. 21 ModCDI. La consecuencia de esta estructura del ModCDI será que todas las ganancias patrimoniales internas que no tengan cabida en la definición de ganancia de capital, porque no están vinculadas a una enajenación, sino que suponen incorporaciones de bienes o derechos al patrimonio del contribuyente, estarán incluidas en el ámbito de aplicación del art. 21 y no del art. 13 ModCDI.

2. POTESTAD DE IMPOSICIÓN DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 13 DEL MODELO CONVENIO DE DOBLE IMPOSICIÓN

2.1. Introducción

El art. 13 ModCDI, en principio, trata de atribuir la jurisdicción para gravar las ganancias de capital al Estado que tiene la potestad para gravar las rentas vinculadas a un determinado elemento patrimonial, arbitrando a estos efectos cinco reglas de distribución de la potestad de imposición que examinaremos en los epígrafes siguientes.

El art. 13.1 ModCDI contiene una cláusula relativa a la imposición de los inmuebles que se aplica con preferencia al resto de párrafos del precepto, esto es, aunque el párrafo 2 se refiera a la propiedad (mobiliaria) vinculada a los establecimientos permanentes, en la medida en que sea posible calificar la ganancia de conformidad con la regla del art. 13.1 ModCDI será éste y no el párrafo 2 el precepto aplicable con independencia de que el bien inmueble esté o no afecto a la realización de actividades empresariales; lo mismo ocurre al estudiar la relación entre el párrafo 1 y 3 del art. 13 ModCDI, pues la enajenación de activos inmobiliarios por empresas dedicadas a la navegación marítima o aérea internacional se encontrará comprendida en el art. 13.1 ModCDI y no en el párrafo 3 de este artículo. El art. 13.3 ModCDI igualmente se aplicará con preferencia sobre la regla relativa a los establecimientos permanentes de tal forma que, en las enajenaciones de buques o aeronaves operados en el tráfico internacional, las ganancias patrimoniales serán gravadas únicamente en el Estado donde se encuentre la sede de dirección efectiva de la empresa.

Por otra parte, el ModCDI 2003 añadió (y el ModCDI 2005 ha mantenido) un párrafo 4 al art. 13 ModCDI a fin de permitir el gravamen de las participaciones en sociedades cuyo principal activo esté compuesto por inmuebles en el Estado de residencia de la sociedad, de tal manera que esta cláusula (en aquellos CDIs en los que exista) operará con carácter preferente a la norma residual que regula el art. 13.5 ModCDI. Este último será aplicable cuando no pueda calificarse la ganancia de capital de conformidad con alguna de las reglas del art. 13, párrafos 1 a 4. Es decir, el art. 13.5 ModCDI tiene una función residual, pero no por ello menos importante, puesto que, por ejemplo, las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones o participaciones en sociedades (con la excepción de aquellas cubiertas por el párr. 4) están incluidas en su ámbito de aplicación.

2.2. Las ganancias de capital procedentes de la enajenación de bienes inmuebles

El art. 13.1 ModCDI atribuye al Estado de situación de la propiedad inmobiliaria el derecho a gravar la misma en el momento de la transmisión por un residente del otro Estado contratante. Esta regla sigue, entonces, los principios establecidos en los arts. 6 y 22 ModCDI, que atribuyen el derecho a gravar las rentas de la propiedad inmobiliaria o el patrimonio inmobiliario al Estado de ubicación. A estos efectos, hay que tener en cuenta una serie de precisiones que realizan los párr. 22 y 23 de los CMC:

a) Da igual que la propiedad esté afectada a la actividad empresarial de quien la transmite o no o si el transmitente tiene o no un EP en el Estado de ubicación del inmueble, pues el párr. 1 se aplicará con preferencia sobre el resto del art. 13 ModCDI.

b) No obstante lo anterior, el art. 13.1 ModCDI sólo se aplica a las ganancias de capital obtenidas por un residente de un Estado contratante como consecuencia de la enajenación de un bien inmueble situado en el otro Estado contratante; nada aclara esta disposición, sin

embargo, sobre la transmisión de bienes inmuebles situados en el Estado de residencia del transmitente o en un tercer Estado, con respecto a los cuáles cabe aplicar la cláusula del art. 13.5 ModCDI (versiones anteriores al ModCDI 2003 mantenían la aplicación en estos supuestos del art. 21 ModCDI).

c) El significado de “propiedad inmobiliaria” en el marco del art. 13.1 cabe interpretarlo de conformidad con el 6.2 ModCDI (con lo que podría abarcar inmuebles o derechos sobre estos).

d) El art. 13.1 ModCDI se completa con el art. 13.4 ModCDI, añadido en 2003. Este último se configura como una regla que pretende evitar los supuestos de planificación fiscal que pretenden eludir la tributación en el Estado de ubicación de un inmueble.

Por otra parte, es preciso subrayar que la atribución de jurisdicción al Estado de ubicación de la propiedad inmobiliaria sobre las ganancias de capital obtenidas por un residente del otro Estado contratante no se realiza con carácter exclusivo. La misma ganancia podrá, salvo que el CDI regule el método de exención para este caso, ser sometida a gravamen en el Estado de residencia del transmitente. Para calcular la ganancia de capital, tanto el Estado de situación del inmueble como el Estado de residencia del transmitente tienen plena libertad, de tal manera que es posible encontrar ganancias declaradas exentas en uno solo de los dos Estados o que la cuantía de la misma no resulte coincidente porque ambos aplican reglas distintas en relación con el cálculo de las ganancias de capital.

2.3. Ganancias de capital procedentes de la enajenación de acciones o participaciones en sociedades cuyo principal activo está constituido por inmuebles

El ModCDI 2003 añadió y el ModCDI 2005 ha mantenido el art. 13.4, disposición ya presente con anterioridad en el Modelo ONU, que pretende complementar la cláusula del art. 13.1 ModCDI:

“Las ganancias derivadas por un residente de un Estado contratante de la transmisión de acciones cuyo valor se deriva en más de un 50 por 100, directa o indirectamente, de propiedad inmobiliaria situada en el otro Estado contratante pueden ser sometidas a gravamen en ese Estado”.

Los términos de aplicación de esta cláusula se aclaran en los CMC, párr. 28.3 a 28.8:

a) El art. 13.4 ModCDI permite el gravamen de toda la ganancia de capital vinculada a las acciones de la sociedad, con independencia de que parte del valor de las acciones se derive de otros activos de la sociedad distintos de la propiedad inmobiliaria situada en el Estado de residencia de la sociedad.

b) El art. 13.4 ModCDI no se está refiriendo únicamente a sociedades residentes en el Estado de ubicación de los inmuebles. Su tenor literal permite entender comprendidas en él también las sociedades residentes en el otro Estado contratante cuyo activo esté compuesto principalmente por inmuebles en el primer Estado contratante o que, simplemente, tienen acciones en otras sociedades cuyo activo, a su vez, deriva su valor mayoritario de inmuebles situados en aquel Estado. También resulta irrelevante en el art. 13.4 ModCDI que la sociedad o sociedades intermedias cuyas acciones sean enajenadas se sitúen en un tercer Estado, distinto del de ubicación del inmueble y de residencia del transmitente. Sólo así puede entenderse la referencia a “directa o indirectamente” del art. 13.4 ModCDI. Esta cláusula pretende atacar las estructuras de planificación fiscal, pero no debemos olvidar que la potestad que se atribuye al Estado de ubicación del inmueble de gravar las enajenaciones de acciones

situadas en un tercer Estado o en el otro Estado contratante puede generar supuestos de doble imposición no sencillos de resolver (v.gr cuando, por ejemplo, el CDI entre el Estado de residencia del enajenante y el Estado de residencia de la sociedad permita el gravamen de las participaciones sustantivas en sociedades), si bien lo normal será que la entidad intermedia se sitúe en un Estado en el que o bien por CDI o por efecto de su legislación interna no se gravan las ganancias derivadas de la enajenación de acciones por parte del no residente.

c) La determinación de si las acciones de una sociedad derivan más del 50 por 100 de su valor, directa o indirectamente, de propiedad inmobiliaria situada en el Estado de la fuente se debe hacer comparando el valor de esta propiedad inmobiliaria con el valor de toda la propiedad de la compañía sin tener en cuenta las deudas de la sociedad. Es decir, se debe prestar atención al activo de la sociedad, sin consideración del pasivo.

Los Comentarios no aclaran si, a los efectos del cómputo del 50 por 100, debe tenerse en cuenta el coste histórico de los bienes y derechos reflejados en el activo o su valor real en el momento de producirse la enajenación. Lo lógico sería que se tuviera en cuenta el valor de mercado de los activos en el momento de la enajenación por comparación con el valor de mercado de los activos totales y no su valor contable, lo cual podría generar problemas de valoración difíciles de superar (la opción contraria, la toma en consideración únicamente del valor contable, podría frustrar gravemente la finalidad del precepto ya que sería muy sencillo diluir el valor del inmueble en el balance con carácter previo a la transmisión). Por otra parte, en los supuestos de sociedades interpuestas en un tercer Estado puede resultar complejo no sólo determinar la existencia de la enajenación de las participaciones de la sociedad interpuesta, sino también determinar la composición del activo de la sociedad si, por ejemplo, no existiera CDI con cláusula de intercambio de información entre el Estado de ubicación del bien y el Estado de residencia de la entidad interpuesta cuyas participaciones están siendo enajenadas.

d) Los CMC, párr. 28.5, aclaran que el art. 13.4 está redactado pensando en acciones de sociedades, pero los Estados podrían incluir en él la transmisión de cualquier "interés" en otras entidades cuyo activo esté constituido principalmente por inmuebles (*partnerships, trusts*).

e) Los CMC, párr. 28.6 y 7, prevén ciertas modificaciones o variaciones del art. 13.4 ModCDI: que el porcentaje del 50 por 100 se reduzca o se aumente; que esta cláusula se aplique sólo cuando el transmitente tiene un cierto porcentaje de participación en la entidad cuyo principal activo son los inmuebles; que se establezcan ciertas excepciones a estas reglas (transmisión de acciones en sociedades cotizadas, ganancias patrimoniales puestas de manifiesto en reorganizaciones empresariales, o activos empleados en el negocio del transmitente). A las excepciones ya enumeradas cabe añadir las desarrolladas por el nuevo párrafo 28.8 CMC, añadido en 2005. Según este nuevo párrafo otra posible excepción a la tributación al art. 13.4 ModCDI sería la referida a fondos de pensiones o entidades similares: cuando uno de estos vehículos, habitualmente exentos de imposición sobre la renta en su Estado de residencia, obtenga ganancias derivadas de sociedades inmobiliarias, para garantizar la neutralidad entre los fondos residentes y los no residentes, por vía de las negociaciones bilaterales, los Estados pueden establecer excepciones a la regla del art. 13.4 ModCDI. A estos efectos, los CMC art. 13.4 ModCDI sugieren que la exención recíproca para la ganancia obtenida por un fondo de pensiones o similar se establezca a través de una disposición similar a la recogida en el párrafo 69 de los Comentarios al art. 18 ModCDI (tal disposición, básicamente, exime de tributación en el Estado de la fuente la renta obtenida por fondos de pensiones, sometiendo a las autoridades competentes el control de la aplicación de la misma y de las entidades que tienen acceso a ella).

f) El art. 13.4 ModCDI no contempla la situación de obtención de ganancias de capital por el residente del Estado contratante donde se ubica la propiedad inmobiliaria, pues la regulación de tal situación está reservada a la legislación del Estado de residencia. Sin embargo, pueden darse supuestos en los cuales la cláusula del art. 13.4 ModCDI entre en juego incluso cuando un residente del Estado contratante de ubicación de la propiedad inmobiliaria está implicado: sería, por ejemplo, el caso de enajenación de acciones de una sociedad española cuyo principal activo es inmobiliario por una sociedad situada en un Estado con CDI con España que contenga una cláusula similar al art. 13.4 ModCDI, cuando las acciones de esta última se encuentran controladas por un residente en España (en cuyo caso, habrá que considerar si se aplica o no la normativa española sobre transparencia fiscal internacional).

Lógicamente, la aplicación del precepto requiere que el Estado de la fuente grave la enajenación de acciones en sociedades en las que más del 50 por 100 del activo deriva de inmuebles. Ahora bien, hay que tener en cuenta que muchos CDI de la red mundial siguen al ModCDI en versiones anteriores a 2003, por lo que no existirá cláusula alguna sobre este tipo de sociedades. Son dos las consecuencias que se siguen de esta situación:

– Si un Estado en su legislación interna grava la renta derivada de las enajenaciones de acciones en este tipo de sociedades, el CDI limitará su poder tributario si no incluyera una cláusula análoga al art. 13.4 ModCDI. El intento, por parte de un Estado, de someter a gravamen las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones en sociedades cuyo principal activo esté constituido por inmuebles situados en ese Estado contratante en estos casos constituye una vulneración frontal del CDI.

– Los CDIs que no recojan la cláusula relativa a las sociedades con inmuebles se utilizarán con fines de planificación fiscal para poder realizar enajenaciones de inmuebles sin gravamen alguno en España.

Por último, el ModCDI 2008 ha añadido los párrafos 28.9 a 28.11 en los Comentarios al art. 13.4 a fin de aclarar el tratamiento de los REITs, aunque básicamente los nuevos comentarios siguen las conclusiones de trabajos previos de la OCDE en la materia (vid. *Tax Treaty Issues Related to Real Estate Investment Trusts (REITs)* de 30 de octubre de 2007; en España, la regulación de figuras similares, aunque no idénticas, a los REITs se encuentra en España en la Ley 11/2009 reguladora de las sociedades anónimas de inversión en el mercado inmobiliario, BOE 27 octubre de 2009). Los nuevos comentarios defienden, con carácter general, que la transmisión de acciones o participaciones sustantivas en REIT debería seguir el régimen del art. 13.4 ModCDI, ya que cabe asimilarlas a las transmisiones de inmuebles, concediendo, en consecuencia, en aquellos CDIs que siguen el art. 13.4 ModCDI, al Estado de residencia del REIT la posibilidad de gravar las transmisiones de acciones o participaciones en estos vehículos que realicen los no residentes en su territorio. Por el contrario, en la transmisión de pequeños paquetes de acciones o participaciones en los REITs, se defiende que el tratamiento debe ser similar al propio de las acciones o valores en general. A estos efectos, el párra. 28.10 de los Comentarios al art. 13.4 ModCDI propone que aquéllos Estados que compartan esta posición deberían precisar en el art. 13.4 que este precepto no se aplica a participaciones directas o indirectas en un REIT inferiores al 10 por 100 del “capital” de éste. No parece, sin embargo, existir unanimidad sobre esta posición, ya que también se refleja en el párra. 28.11 de los Comentarios al art. 13.4 ModCDI que, para algunos Estados, la transmisión de cualquier participación en un REIT debería seguir el tratamiento previsto en el art. 13.4 ModCDI, ya que, por ejemplo, si no se distingue a estos efectos entre sociedades cotizadas y no cotizadas no existe ninguna razón para distinguir entre los REITs y las sociedades cotizadas.

2.4. Las ganancias derivadas de la enajenación de la propiedad mobiliaria afecta a un establecimiento permanente o del propio establecimiento permanente

El art. 13.2 dispone que la enajenación de propiedad mobiliaria que forme parte del activo de un EP puede ser gravada en el Estado de situación del EP, el cual también podrá gravar dicha propiedad si se enajena el establecimiento permanente en su totalidad. Como el párr. 24 de los CMC señala, esta regla de distribución de competencias, que trata de establecer una norma paralela al art. 7 ModCDI, resulta aplicable únicamente a la propiedad mobiliaria afecta al EP. El término propiedad mobiliaria significa, según el citado párr. 24, cualquier propiedad distinta de la inmobiliaria comprendida en el ámbito de aplicación del art. 13.1 ModCDI e incluye activos como la propiedad inmaterial (v.gr. fondo de comercio, licencias etc.). A diferencia de lo que ocurre en la regla del art. 13.1 ModCDI, el art. 13.2 atribuye al Estado de ubicación la potestad de gravamen sobre la ganancia derivada de la transmisión de bienes o derechos de naturaleza mobiliaria afectos al EP incluso si se encuentran situados en un país distinto a aquél donde se encuentra el EP.

La propiedad mobiliaria debe, en cualquier caso, estar afecta al activo del EP, puesto que, si tal requisito no se verificara, será de aplicación la regla residual del art. 13.5 ModCDI al no regir en este ámbito el principio de la fuerza de atracción del establecimiento permanente (párr. 27, CMC). El ModCDI o sus Comentarios no definen qué debe entenderse por afección de bienes a un EP. Nada impide, sin embargo, aplicar a estos efectos la definición que da el art. 16 TRLIRNR en el sentido de exigir una vinculación funcional del activo al desarrollo de la actividad del EP (con ciertos requisitos reforzados para los casos de participaciones en fondos propios de otras sociedades). De cualquier forma, a fin de determinar la cuantía de la ganancia correspondiente al EP deberá atenderse a los principios del art. 7 ModCDI (principio de la empresa separada).

Por otra parte, si bien el art. 13.2. ModCDI vincula el gravamen en el Estado de ubicación del EP a la existencia de una enajenación, los CMC, párr. 25, en relación con el párr. 10, aclaran que el Estado de la fuente podrá someter a gravamen las transferencias de activos desde el EP situado en un Estado a EP o a la casa central ubicados en otros países, principios que la legislación española recoge en el art. 17.1.b) y c) TRLIS y 16 TRLIRNR.

Por último, al igual que ocurría en el caso del art. 13.1 ModCDI, la regla del art. 13.2 ModCDI nada indica sobre la imposición en el Estado de residencia del contribuyente, siendo necesario acudir a la legislación doméstica de éste y al art. 23 ModCDI para determinar cómo tributa la ganancia de capital en este último.

2.5. Ganancias obtenidas en la enajenación de buques o aeronaves empleados en el tráfico internacional

De acuerdo con el art. 13.3 ModCDI, las ganancias derivadas de la enajenación de barcos y aeronaves explotados en el tráfico internacional, de embarcaciones utilizadas en la navegación interior, o de bienes muebles afectos a la explotación de dichos buques, aeronaves o embarcaciones sólo pueden someterse a imposición en el Estado donde esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa. En realidad, este artículo contiene una regla de atribución de la jurisdicción exclusiva al Estado de situación de la sede de dirección efectiva de la empresa (si bien algunos CDIs españoles, atribuyen la jurisdicción al Estado de residencia de la empresa que explota el buque o aeronave, v.gr. CDIs con Australia, Canadá, Corea, Costa Rica, EEUU, Estonia, Japón, Letonia, Noruega, El Salvador, Turquía, Vietnam, y el art. 13.3 CDI España-Malta vincula la ganancia al Estado de residencia de la empresa de un Esta-

do contratante). Esta regla especial para buques y aeronaves es análoga a las establecidas en el art. 8 y 22 y es de aplicación prioritaria con respecto al art. 13.2 y 5 ModCDI (repárese que el art. 13.5 ModCDI emplea un criterio no coincidente con el art. 13.3 ModCDI al atribuir la jurisdicción al Estado de residencia del transmitente y no al Estado donde se encuentre la sede de dirección efectiva de la empresa, como hace el art. 13.3 ModCDI). El art. 13.3 ModCDI se aplica, aclara el párr. 28.1 de los CMC, a las empresas propietarias de buques o aeronaves cuando la misma empresa explota el buque o aeronave. Si no coincidiera la propiedad y la explotación del buque en la misma empresa (v.gr. empresas de leasing) se aplica la regla general de los art. 13.2 y 5 (el ModCDI ofrece una redacción del ap. 3 del art. 13 en el párr. 28.2 de los CMC, que aclara esta cuestión). Algunos CDIs españoles extienden esta regla a las empresas que explotan vehículos de carretera utilizados en el tráfico internacional (v.gr. CDI España-Turquía, CDI España-Macedonia o CDI España-Irán) o incluso a embarcaciones utilizadas en la navegación interior (v.g. CDI España-Portugal). No se aplicará el art. 13.3 ModCDI a las ganancias de capital derivadas de la enajenación de activos inmobiliarios de la empresa que explota buques o aeronaves en la navegación internacional, en estos casos resultará de aplicación prioritaria el art. 13.1 ModCDI. Por último, la regla del art. 13.3 ModCDI no sólo afecta a los buques y aeronaves con las características señaladas, sino también a los bienes muebles afectos a la explotación de los mismos.

2.6. La cláusula residual del artículo 13.5 del Modelo Convenio de doble imposición. Las ganancias derivadas de la enajenación de otros bienes y derechos

El art. 13.5 ModCDI contiene una regla residual que atribuye la jurisdicción para gravar en el Estado de residencia del transmitente las ganancias de capital no contempladas en otros párrafos del art. 13 ModCDI. Con respecto a este precepto, cabe señalar la reserva que España, siguiendo al Modelo de Convenio de la ONU, ha realizado en el párr. 45 ModCDI de tal forma que no aplicará la regla de tributación exclusiva en el Estado de residencia en los supuestos de enajenación de acciones u otros derechos que formen parte de una participación sustancial en una sociedad residente en su territorio. Tal reserva ha quedado reflejada en un buen número de CDIs españoles (v.gr. Argentina, Australia, Corea, Chile, China, EEUU, Egipto, Francia, India, Irlanda, Israel, México, Noruega, Holanda, Portugal, antigua Unión Soviética, Vietnam). En consecuencia, el alcance de la cláusula residual en los CDIs españoles dependerá de si existe o no una cláusula relativa a las participaciones sustanciales (y de la amplitud con que estén redactados el resto de los párrafos del artículo dedicado a las ganancias de capital).

En ausencia de una norma en materia de participaciones sustanciales en el sentido de la reserva formulada por España (y en los casos en los que está presente, para las participaciones no sustanciales o de “porfolio”), la regla residual del art. 13.5 ModCDI no se muestra muy coherente con la atribución de jurisdicción que realiza el art. 10 ModCDI, facilitando las operaciones de planificación fiscal (algo similar ocurre con la regla del art. 11 ModCDI).

Por último, la revisión del ModCDI de 2005 añadió un nuevo párrafo 32 a fin de aclarar la posición la tributación de las distintas rentas que se pueden poner de manifiesto como consecuencia de las retribuciones en especie dadas a los trabajadores en el contexto de los llamados “stock-option plans”. A estos efectos, el párra. 32 aclara que es preciso distinguir las ganancias de capital que puedan derivarse de la enajenación de acciones adquiridas como consecuencia del ejercicio de los derechos u opciones sobre acciones concedidos como remuneración en especie (y que, en principio, están sometidas a las reglas del art. 13 ModCDI) de los beneficios derivados de los derechos u opciones sobre acciones, que, en

tanto son rentas del trabajo, caen en el ámbito de aplicación del art. 15 ó, en su caso, del art. 16 ModCDI. En cualquier caso, son los párrafos 12.1 a 12.5 de los Comentarios al art. 15 ModCDI así como el párrafo 3.1. Comentarios al art. 16 ModCDI los que consideran con detalle esta cuestión, por lo que, a fin de evitar reiteraciones, nos remitimos, a estos efectos, a los comentarios a estos artículos

3. TRIBUTACIÓN DE LAS GANANCIAS DE CAPITAL SEGÚN LA LEGISLACIÓN DOMÉSTICA

3.1. El concepto doméstico de ganancias patrimoniales

La legislación española no emplea el concepto de “ganancia de capital”, sino de “ganancia patrimonial”. Si bien el art. 13.1.i) TRLIRNR se refiere a las ganancias patrimoniales a la hora de definir los puntos de conexión de las rentas obtenidas por el territorio español, el art. 13.3 TRLIRNR remite al art. 33 LIRPF a fin de delimitar el significado del concepto de ganancia patrimonial. Las diferencias entre el concepto interno y el convencional, ya estudiadas más arriba, determinarán que, en presencia de un CDI, no todas las rentas que el art. 13.1.i) TRLIRNR considera “ganancias patrimoniales” puedan considerarse como ganancias de capital en los CDI. En particular, no serán ganancias de capital a los efectos convencionales (y estarán sometidas al artículo 21 ModCDI), las ganancias patrimoniales a que se refiere el art. 13.1.i).4º TRLIRNR, esto es, las derivadas de la incorporación al patrimonio del contribuyente de bienes situados en territorio español y derechos que deban cumplirse o ejercitarse en el mismo, que no se deriven de una transmisión previa, como las ganancias del juego. Tampoco se generará una ganancia de capital, a pesar de que el art. 24 TRLIRNR indica lo contrario, en los supuestos de especificación de derechos a los que se refería el art. 33.2 LIRPF (disolución de la sociedad legal de gananciales, comunidades de bienes y división de la cosa común), aspecto que se reconoce ya, tras la Ley 2/2010, desde 1 de enero de 2010, para los contribuyentes residentes en otros países de la UE (vid. art. 24.6 TRLIRNR).

En el supuesto de que medie la existencia de un EP, el cálculo de su renta de conformidad con las normas del IS (con algunas correcciones a las que ya hemos hecho referencia y plasmadas en los art. 16 TRLIRNR y 17 TRLIS) determina que no puedan obtener ganancias patrimoniales. En el ModCDI, sin embargo, ya se vio que la enajenación de un bien mueble por el establecimiento permanente (o la propia enajenación del establecimiento) determinará que el Estado de ubicación pueda someter a gravamen las ganancias de capital puestas de manifiesto como consecuencia de la enajenación. En la práctica esta idea determina que el EP no deba realizar ningún ajuste en su declaración del IRNR pues el CDI atribuye la jurisdicción al estado del EP sin concretar las reglas de cálculo o el modo de tributación de la “ganancia” / resultado del EP en este aspecto. El problema se encontrará cuando el bien mueble enajenado se encuentre parcialmente afecto al EP y a la casa central, en cuyo caso será necesario efectuar el correspondiente prorrateo de la ganancia.

3.2. La tributación de las ganancias patrimoniales según la legislación doméstica

El art. 13.1.i) TRLIRNR emplea los siguientes criterios de sujeción de las ganancias patrimoniales obtenidas por el no residente en los supuestos de contribuyentes que operen sin EP:

1. Las que deriven de valores emitidos por personas o entidades residentes en España. Este punto de conexión opera con independencia del lugar donde el valor esté material-

mente depositado o anotado o donde sea objeto de emisión o negociación. Existe, en este punto, una diferencia sustancial con el art. 13 ModCDI: para determinar si una ganancia patrimonial derivada de la transmisión de valores está sujeta en España, la legislación interna se centra en el lugar de residencia del emisor, en tanto que el art. 13.5 ModCDI atiende al lugar de residencia del transmitente, por lo que los CDIs que sigan el ModCDI limitan sustancialmente la potestad tributaria española.

2. Las que deriven de otros bienes muebles (excluidos los valores) situados en territorio nacional o de derechos que deban cumplirse o ejercitarse en dicho territorio.

La regla del art. 13.5 ModCDI limitará fuertemente este punto de conexión puesto que, en los casos de transmisión de bienes muebles o derechos por el no residente, con independencia del lugar de situación o ejercicio, se atribuye la jurisdicción tributaria al Estado de residencia del transmitente.

3. Las que procedan, directa o indirectamente, de bienes inmuebles situados en España o de derechos relativos a los mismos, considerando incluidas en este punto de conexión:

a) las ganancias derivadas de derechos o participaciones en sociedades o entidades, residentes o no, cuyo activo esté constituido principalmente, de forma directa o indirecta, por bienes inmuebles situados en España;

b) las ganancias derivadas de la transmisión de derechos o participaciones en sociedades o entidades, residentes o no, que atribuyan a su titular el derecho de disfrute sobre bienes inmuebles situados en territorio español (derechos de multipropiedad principalmente). Este criterio guarda una gran similitud con el que emplea el art. 13.1 ModCDI relativo a los inmuebles, pero existen algunas diferencias importantes. La enajenación de participaciones de sociedades residentes en España o no, cuyo activo esté constituido principalmente por inmuebles sólo será posible en España si el CDI en cuestión incluye una cláusula análoga al art. 13.4 ModCDI 2003-2008. No todos los CDIs españoles incluyen una cláusula similar, por lo que, en ausencia de la misma, no estarán gravadas en España las enajenaciones de derechos o participaciones en sociedades, residentes o no en España, cuyo principal activo sea, directa o indirectamente, inmuebles situados en España. Con respecto a los derechos de multipropiedad o cualquier otro derecho que permita el disfrute de un inmueble situado en España, habrá que estar a la definición de “bienes inmuebles” del equivalente al art. 6.2 ModCDI en el CDI correspondiente para determinar si puede concluirse que la ganancia derivada de la enajenación del derecho sobre el inmueble se encuentra sujeta a tributación en España.

4. Las ganancias derivadas de la incorporación al patrimonio del contribuyente de bienes situados en territorio español o derechos que deban cumplirse o se ejerciten en el mismo, aún cuando no deriven de una transmisión previa, como las ganancias en el juego.

El art. 13 ModCDI no comprende este tipo de ganancias patrimoniales en el concepto de ganancias de capital, por lo que las ganancias de este tipo deberán ser calificadas a la luz del art. 21 ModCDI (ello a pesar del erróneo criterio de la Resolución de la DGT de 18 de octubre de 2003, de 26 de noviembre de 2004 o de 13 de diciembre de 2006, ya citadas).

Con respecto a los contribuyentes no residentes con EP, los criterios del art. 13.2 ModCDI y del art. 16 TRLIRNR son sustancialmente coincidentes, si bien habrá que tener en cuenta, las reglas que establecen el art. 17.1.a) y b) TRLIS (para los casos de cese de la actividad del establecimiento permanente o transferencia de bienes afectos al establecimiento permanente al extranjero) y el párr. 2 del art. 16 TRLIRNR (supuestos de reexportación de bienes).

Por otra parte, la legislación española –de forma principal, aunque no exclusiva, el art. 14 TRLIRNR– establece una serie de exenciones que excluyen la tributación en España de las ganancias patrimoniales del no residente a pesar de que el CDI aplicable atribuya la jurisdicción tributaria a España. Son las siguientes:

a) El art. 14.1.a) TRLIRNR extiende al no residente las mismas exenciones que el art. 7 LIRPF reconoce para los residentes, por lo que, algunas ganancias patrimoniales que obtenga el no residente persona física no tributarán en España [v.gr., ciertas indemnizaciones exentas, premios de lotería y la ONCE, o los premios a los que se refiere la letra l) del citado precepto].

b) Ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles obtenidas, sin EP, por residentes en la Unión Europea o por EPs de estos residentes situados en otro Estado miembro de la Unión Europea, con la excepción de los obtenidos a través de paraísos fiscales así como de los derivados de la transmisión de acciones, participaciones o derechos en entidades cuyo activo principalmente, directa o indirectamente, esté constituido por inmuebles situados en territorio español o las ganancias obtenidas como consecuencia de la transmisión de participaciones en entidades cuando en algún momento, durante el período de doce meses anteriores a la transmisión, el contribuyente haya participado de forma directa o indirecta en, al menos, el 25 por 100 del capital o patrimonio de la entidad (art. 14.1.c) TRLIRNR). El art. 45 Ley 19/2004 (en la nueva redacción por el Real Decreto Ley 12/2006) extiende a los no residentes en la Unión Europea esta exención en relación con las participaciones en las entidades de la Zona Especial Canaria (la exención no se aplica para rendimientos obtenidos a través de territorios con los que no exista intercambio de información efectiva o cuando la sociedad matriz tenga su residencia en un paraíso fiscal).

c) Las rentas derivadas de valores emitidos en España por personas físicas o entidades no residentes sin mediación de EP, cualquiera que sea el lugar de residencia de las instituciones financieras que actúen como agentes de pago o medien en la emisión o transmisión de los valores (art. 14.1.e TRLIRNR). No obstante, cuando el titular de los valores sea un EP en territorio español, las rentas a que se refiere el párrafo anterior quedarán sujetas a este impuesto y, en su caso, al sistema de retención a cuenta, que se practicará por la institución financiera residente que actúe como depositaria de los valores.

d) Las rentas obtenidas en territorio español y derivadas de la transmisión de contenedores, buques y aeronaves a casco desnudo utilizados en la navegación internacional siempre que la empresa no residente no opere con EP en España [art. 14.1.g) TRLIRNR].

e) Las rentas derivadas de las transmisiones de valores o el reembolso de participaciones en fondos de inversión realizados en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores españoles, obtenidas por personas físicas o entidades no residentes sin mediación de EP en territorio español, que sean residentes en un Estado que tenga suscrito con España un CDI con cláusula de intercambio de información, salvo que la ganancia se obtenga a través de un paraíso fiscal [(art. 14.1.i) TRLIRNR].

f) Las ganancias patrimoniales derivadas de operaciones que se acojan al régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores de los arts. 83 y ss. TRLIS (salvo que el no residente esté radicado en un paraíso fiscal).

g) Las rentas derivadas de la transmisión de la participación en entidades de tenencia de valores extranjeros en las condiciones que establece el art. 117.2 TRLIS (que, básicamente, limita la exención de la ganancia patrimonial a rentas que se hayan beneficiado, porque se trata de reservas constituidas con cargo a beneficios recibidos o plusvalías realizadas o se correspondan con participaciones que pueden beneficiarse del art. 21 TRLIS).

h) Las donaciones, aportaciones o donativos realizadas a favor de las entidades sin fines lucrativos reguladas en la Ley 49/2002 y que, realizadas por no residentes, pudieran estar sujetas a tributación en España.

No debe olvidarse que el art. 24.2 TRLIRNR extiende a los no residentes los supuestos de no sujeción que regula el art. 33.3 LIRPF (quizás, el supuesto principal que afecta al no residente sea el relativo a las ganancias patrimoniales puestas de manifiesto con ocasión del fallecimiento del contribuyente). Con respecto a la aplicación a los no residentes de los supuestos que, según el art. 33.2 LIR, no se consideran alteración patrimonial, excluida según el art. 24.4 TRLIRNR, en casos de CDIs que sigan el ModCdi, resultará complicado que se pretendan gravar en España supuestos en los que no existe "enajenación". En relación con los no residentes, a su vez, residentes de la UE, desde el 1 de enero de 2010, la redacción que la Ley 2/2010 ha dado al art. 24.6.2 TRLIRNR hace posible que el art. 33.2 sea de aplicación a estos contribuyentes.

Por lo demás, la tributación de las ganancias patrimoniales sujetas y no exentas en España, a efectos del cálculo de las mismas, seguirá las reglas aplicables a los residentes en cuanto a la formación del valor de adquisición del bien o derecho y del valor de transmisión (art. 24.4 TRLIRNR), ahora bien, no será posible para el no residente la compensación de ganancias positivas y las pérdidas (a diferencia de lo que ocurre con los residentes). Hay que tener en cuenta que, según la redacción que ha dado al art. 24.4 TRLIRNR la LMPFF, para las ganancias patrimoniales procedentes de la transmisión de derechos o participaciones en entidades residentes en países o territorios con los que no exista efectivo intercambio de información tributaria, el valor de transmisión se determinará atendiendo proporcionalmente al valor de mercado, en el momento de la transmisión, de los bienes inmuebles situados en territorio español o de los derechos de disfrute sobre dichos bienes.

Existe una peculiaridad importante en el supuesto de bienes inmuebles, al prever el art. 44 TRLIRNR la deducción del Gravamen Especial sobre Bienes Inmuebles de Entidades no Residentes; sin embargo, en el caso de las ganancias patrimoniales la deducción presenta algunas dudas en la mayoría de los supuestos, debido a que lo más probable es que la ganancia de capital se obtenga con anterioridad al devengo del citado gravamen (que se produce el 31 de diciembre de cada año), por lo que en los casos de transmisiones anteriores al 31 de diciembre se plantea la duda de si es posible la aplicación de una deducción en proporción al tiempo de tenencia del bien durante el año natural (algo ciertamente difícil puesto que puede que, en relación con el año de la transmisión, el Gravamen ni siquiera se devengue, por ejemplo, porque se transmitió a una persona, física o jurídica, no sujeta a tributación por el mismo). En cualquier caso, el devengo del Gravamen Especial estará vinculado al titular del inmueble a 31 de diciembre, por lo que debiera ser éste quien, en su caso, y si procede aplicara la correspondiente deducción.

Los tipos impositivos aplicables a estas ganancias, cuando resultan obtenidas por no residentes sin establecimiento permanente, son, de acuerdo con el art. 25 TRLIRNR, el 19 por 100 para las ganancias que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de elementos patrimoniales (vigente desde el 1 de enero de 2010, con anterioridad era el 18 por 100) y el 24 por 100 para el resto de las ganancias patrimoniales.

En materia de devengo, el art. 27 TRLIRNR dispone, para los no residentes sin EP, que el devengo se producirá cuando se verifique la alteración patrimonial, lo cual parece excluir a los no residentes, especialmente personas físicas, de las reglas especiales que para los residentes se establecen en materia de devengo. La cuestión más importante, quizás, en esta materia se encuentra en la determinación de si, en las operaciones a plazos, cabe imputar toda la renta al momento que se produce la alteración patrimonial o podrá ser declarada

a medida que se cobre cada pago. A priori, el TRLIRNR parece exigir que, en los casos de precios aplazados, la ganancia se impute al momento en que se produce la alteración patrimonial y no se vincule parcialmente al cobro de cada plazo. Ahora bien, con fundamento en el art. 15.2 TRLIRNR, como consecuencia de la referencia a “devengos parciales” que contiene, se podría argumentar que también en el caso de las ganancias patrimoniales obtenidas por el no residente sin EP la ganancia patrimonial se puede vincular a cada uno de los pagos aplazados y no sólo al primero de ellos.

En el supuesto específico de bienes inmuebles, habrá que tener en cuenta varias normas específicas para el no residente sin EP: a) la retención del 3 por 100 (desde el 1 de enero de 2007, del 5 por 100 con anterioridad) de la contraprestación acordada que el adquirente debe realizar sobre el precio a pagar por el bien inmueble adquirido al no residente (art. 25.2 TRLIRNR), salvo en el caso de aportaciones de bienes inmuebles en la constitución o aumento de capital de sociedades residentes en territorio español; b) en el caso de la transmisión de derechos o participaciones en entidades residentes en países o territorios con los que no existe un efectivo intercambio de información cuyo activo está principalmente constituido, directa o indirectamente por inmuebles en España, los bienes inmuebles de la entidad quedarán afectos al pago del IRNR (art. 25.3 TRLIRNR), si la titular del inmueble fuese una entidad española, quedarán afectos al pago del impuesto los derechos o participaciones en dicha entidad que, directa o indirectamente, correspondan al contribuyente [probablemente esta afección sólo pueda hacerse valer frente al adquirente del bien en las condiciones definidas en el art. 43.1.d) LGT].

En este punto, cabe destacar que los CDIs no establecen reglas relativas al cálculo de la ganancia patrimonial o al tipo aplicable a las mismas por lo que habrá que estar a las reglas domésticas (moduladas por el impacto que el Derecho comunitario ha tenido o continuará teniendo sobre las mismas).

3.3. Especialidades en algunos Convenios de doble imposición españoles

Con carácter general, los CDIs españoles siguen el ModCDI, aunque en el campo de la imposición de las ganancias de capital encontramos numerosas especialidades, entre ellas las siguientes (algunas ya comentadas más arriba):

a) El CDI Austria, art. 13, en relación con las ganancias derivadas de la enajenación de bienes inmuebles o afectos a EPs, atribuye la jurisdicción exclusiva para gravar las mismas al Estado de ubicación del inmueble o situación del EP. El CDI con Serbia incluye a las “bases fijas” en el precepto relativo a los EPs, puesto que tal CDI contiene un artículo específico sobre gravamen de actividades procedentes de la prestación de servicios personales independientes.

b) Con respecto a la cláusula residual del art. 13.5 ModCDI, algunos CDIs (v.gr. Argentina, art. 13.5 y Brasil, art. 13.3) prevén que, para bienes o derechos no incluidos en otro de los párrafos del artículo dedicado a las ganancias de capital, ambos Estados contratantes tengan jurisdicción para gravar las ganancias de capital (recordemos que el art. 13.5 ModCDI atribuye, como norma, la jurisdicción tributaria al Estado de residencia del transmitente).

La cláusula residual del CDI con China se diferencia únicamente en su redacción, aunque sus efectos son similares, puesto que, en los casos de enajenación de bienes o derechos no mencionados en otros párrafos y procedentes del otro Estado contratante, se atribuye la potestad tributaria también a este último.

Por su parte, el CDI con Australia, como cláusula residual, recoge en su art. 13.6, una regla de remisión a la legislación interna de los dos Estados contratantes. Realmente, este

tipo de cláusulas, más que residuales, son generales, y, en buena medida, hacen innecesario el resto del artículo dedicado a las ganancias de capital (la única regla que contiene en estos CDIs una excepción a la regla general sería la dedicada a las empresas de navegación marítima y aérea).

El CDI con Emiratos Árabes Unidos aclara en su Protocolo, párra. 1, que la cláusula residual equivalente al art. 13.5 se aplica a enajenaciones de acciones, distintas de las comprendidas en el art. 13.4 (en sociedades cuyo activo es principalmente inmobiliario), que realicen las entidades financieras públicas o las sociedades de inversión públicas. Se trata de un párrafo de carácter aclaratorio destinado a asegurar que las entidades públicas inversoras, especialmente de Emiratos Árabes, tienen acceso al art. 13.5 CDI España-EAU y no son objeto de imposición en España. Tal aclaración probablemente responde al hecho de que las entidades citadas no son objeto de imposición alguna en EAU, pero la aclaración es superflua porque ningún tipo de entidad, pública o privada de EAU, va a pagar impuesto sobre sociedades alguno en ese Estado (es decir, se trata de un caso claro donde un CDI admite supuestos de doble no imposición).

c) La regla del art. 13.3 ModCDI, relativa a la tributación de las ganancias de capital derivadas de la enajenación de buques y aeronaves explotados en el tráfico internacional también presenta algunas excepciones dignas de mención. En primer lugar, en algunos CDIs (v.gr. Australia, art. 13.3; Canadá, art. 13.2; Corea, art. 13.5; EEUU, art. 13.5; Lituania, art. 13.3; Malasia, art. 13.3 Reino Unido, art. 13.3; Tailandia, art. 13.4; Turquía, art. 13.3, Vietnam, art. 13.3) la jurisdicción para gravar las ganancias obtenidas como consecuencia de la enajenación de este tipo de bienes se atribuye al Estado de residencia de quien transmite el bien (en el art. 13.3 ModCDI, la jurisdicción se atribuye al Estado donde se encuentra la sede de dirección efectiva de la empresa). El CDI España-Malta contiene una formulación especial, puesto que la jurisdicción se atribuye al Estado de la empresa enajenante (tal expresión se define en el art. 3.1.f) del CDI como la explotada por un residente de un Estado contratante). Otros CDIs amplían el ámbito de aplicación de la regla para incluir en ella a las empresas dedicadas al tráfico por carretera que enajenen vehículos de carretera destinados al transporte internacional (v.gr. CDI Turquía, art. 13.3; CDI Macedonia, art. 13.3; CDI Irán, art. 13.3) o, en general a las ganancias derivadas de medios de transporte empleados en el tráfico internacional (v.gr. Antigua URSS, art. 11.3) o se aplican a embarcaciones utilizadas en la navegación interior (v. g. CDI España-Portugal).

d) Ciertos CDIs, especialmente los negociados tras 2003, pero también algunos anteriores (v.gr. Arabia Saudí, Australia, Canadá, Colombia, Costa Rica, Croacia, Chile, China, EEUU, Emiratos Árabes Unidos, Egipto, Eslovenia, Estonia, Francia, India, Irán, Jamaica, Letonia, Luxemburgo, Macedonia, Malasia, México, Nueva Zelanda, Serbia, Sudáfrica, El Salvador, Trinidad y Tobago, Venezuela, Vietnam) incluyen una cláusula similar al art. 13.4 ModCDI (añadido a este último, recordemos, en 2003) que permita gravar en el Estado de situación de un inmueble las ganancias de capital derivadas de enajenaciones de acciones o participaciones en sociedades o entidades cuyo activo esté constituido principalmente por inmuebles o cuyo valor derive principalmente de inmuebles. Debe tenerse en cuenta que la redacción de estas cláusulas no es siempre uniforme, pues existen distintas variantes con consecuencias también diferentes. Así, por ejemplo, mientras el CDI con EEUU, art. 13.2, permite gravar en el Estado de ubicación del inmueble las enajenaciones de acciones o participaciones de sociedades, residentes o no, cuyo activo esté compuesto, directa o indirectamente, por inmuebles, en el CDI con Luxemburgo, art. 13.1, no se encuentra ninguna referencia a la composición indirecta del activo, con lo cual, el ámbito de aplicación de esta última cláusula es más limitado y, por ejemplo, la venta de acciones en sociedades luxemburguesas que tienen participaciones en sociedades españolas cuyo activo está prin-

cialmente compuesto por inmuebles no podría estar gravada en España. Lo mismo ocurre en los distintos CDIs con el círculo de entidades afectadas por la cláusula, que puede ser más o menos amplio en función de la redacción del precepto. Muchos CDIs se refieren a sociedades cuyo activo está constituido principalmente por inmuebles y, sin embargo, otros –por ejemplo, los CDIs con Arabia Saudí, Emiratos Árabes Unidos, Irán, Jamaica, Macedonia, Malasia, Malta, Nueva Zelanda, El Salvador, Serbia, Trinidad y Tobago, o Vietnam– se refieren a sociedades cuyo activo esté constituido en más de un 50 por 100, directa o indirectamente, por bienes inmuebles. Igualmente, en ciertos casos, los CDIs prevén excepciones a esta regla (v.gr. Arabia Saudí, Eslovenia, Egipto o Islandia, para sociedades que coticen en mercados de valores, el CDI México, a efectos de determinar la composición del activo, excluye los bienes afectos a la actividad de la sociedad). En algún otro caso, la excepción está referida a algunos inmuebles que la sociedad pueda tener en su activo (v.gr. los CDIs con Letonia y Estonia excluyen del cómputo dentro del activo a aquellos bienes inmuebles en los que la sociedad realiza su actividad, salvo que estén en régimen de arrendamiento). Asimismo, el CDI con Jamaica, art. 14.5, y El Salvador, art. 14.5, permiten al Estado de la fuente gravar las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o participaciones o cualquier otro derecho que, directa o indirectamente, otorgue al propietario de dichas acciones o participaciones o derechos, el derecho de disfrute de bienes inmuebles en ese Estado.

e) Algunos CDIs (v.gr. Arabia Saudí, Australia, Chile, Corea, Egipto, Francia, Irlanda, Islandia, Israel, México, Noruega, Portugal, antigua URSS, Vietnam) contienen reglas específicas para la enajenación por un residente de otro Estado contratante de participaciones en sociedades del otro Estado cuando se ha tenido una participación sustantiva en las mismas (25 por 100 en la mayoría de los casos, aunque hay excepciones, v.gr. 10 por 100 CDI Australia, 20 por 100 Chile) y atribuyen al Estado de residencia de la sociedad enajenada la potestad de gravar tales enajenaciones (a diferencia del art. 13.5 ModCDI que atribuye la potestad al Estado de residencia del transmitente). Lo cierto es que la redacción de estos preceptos tampoco es uniforme y, en algún caso, el derecho de gravamen del Estado de residencia de la sociedad se vincula a la enajenación de participaciones sustantivas (México, Vietnam) y, en otros, a la enajenación de cualquier acción cuando se ha tenido una participación sustantiva (CDI EEUU, Chile, Australia, Israel, Islandia, Noruega). Existen también CDIs que establecen un tope al tipo impositivo a exigir en estos casos (10 por 100 CDI con Corea) y diferencias en torno a la exigencia o no de un período de tenencia de la participación. En realidad, este tipo de CDIs responden a la reserva al art. 13 ModCDI que España, al igual que otros países, realizó en el sentido de que se reserva la potestad para gravar las ganancias de capital derivadas de participaciones sustantivas (vid. párra. 45 Comentarios al art. 13 ModCDI 2008).

La redacción de este tipo de cláusulas tampoco es uniforme. Las variaciones se refieren tanto al porcentaje y al tipo de participación requerido para atribuir la potestad de imposición al Estado de la fuente (v.gr. CDI Chile, art. 13.4, se requiere el 20 por 100 o más del capital; el CDI con Australia, art. 13.5 fija dicho umbral en el 10 por 100 y el CDI con Corea, art. 13.3 exige una participación directa o indirecta del 25 por 100 del capital de la sociedad; en los CDI con Francia e Islandia se combina una participación en el capital de la sociedad del 25 por 100 con una participación de, al menos, el 25 por 100 de los beneficios de la sociedad, de tal manera que el cumplimiento de cualquiera de los criterios sirve para atribuir potestad tributaria al Estado de residencia de la sociedad; en el CDI con Israel, art. 13.3, se exige que la participación otorgue el 25 por 100 de los derechos de voto; en el CDI con Vietnam la participación debe ser igual o superior al 25 por 100 de las acciones; el CDI con Egipto se refiere al 25 por 100 de la participación en la sociedad; el mismo porcentaje se exige en el art. 13.5 CDI España-Arabia Saudí), como al establecimiento o no de tipos

limitados de tributación en este Estado (CDI con Argentina, art. 13.4, que establece tipos del 10 y el 15 por 100, según los casos; el CDI con Corea fija un tipo máximo del 10 por 100; el CDI con Israel cifra en el 25 por 100 el tipo máximo; o el CDI con Chile cifra en 16 por 100 el tipo tope para ventas de acciones) o al establecimiento de períodos mínimos de tenencia de la participación (v.gr. el CDI con Australia, art. 13.5 exige la tenencia de la participación sustancial por un período de 12 meses, y la misma exigencia se encuentra en el art. 13.3 CDI con Irlanda o en el CDI con Portugal). Algún CDI establece también cláusulas de exclusión del gravamen del Estado de la fuente en estos supuestos para casos específicos (v.gr. CDI Arabia Saudí excluye la aplicación de la regla de participaciones sustantivas para sociedades cotizadas en mercados de valores de alguno de los Estados contratantes).

Hay que aclarar que, en muchos casos, no es preciso, a fin de que el Estado de la fuente tenga jurisdicción sobre la enajenación de acciones, transmitir la totalidad de la participación sustantiva, puesto que el cumplimiento del requisito de participación sustantiva determinará que la enajenación de una sola acción tribute en el Estado de residencia de la sociedad, aunque en otros CDIs el sentido de esta cláusula no esté tan claro (v.gr. CDI México, art. 13.3, CDI Egipto, art. 13.5; CDI Arabia Saudí, art. 13.5). En otros supuestos, sin embargo, la redacción de la cláusula sólo permite interpretar que la potestad del Estado de la fuente para gravar la enajenación de una participación sustantiva depende de que la participación citada se enajene en bloque (v.gr. CDI con Vietnam, cuyo art. 13.5 permite gravar las ganancias derivadas de la enajenación de una participación del 25 por 100 o más en acciones).

f) Existen, en ciertos CDIs, normas especiales de diferimiento del impuesto exigible en el país de la fuente para plusvalías derivadas de reorganizaciones empresariales. Éste es el caso de los CDIs entre España, por un lado, y Argentina (párr. 5 del Protocolo anexo), EEUU (párr. 10.c Protocolo Anexo, limitado a ciertos supuestos de reorganizaciones de grupos societarios), México (párr. 8.c del Protocolo Anexo), por otro. El CDI con Francia, art. 13.2.b), en los casos de entidades de un mismo grupo, fusiones, escisiones, aportaciones de activos o canje de valores que gocen de diferimiento en el Estado de residencia, se excluye el gravamen de la participación sustancial en el Estado de residencia de la sociedad cuya participación ha resultado transmitida. En este contexto, tiene interés la STS de 25 de septiembre de 2009, rec. casación 3545/2003, en la que el Alto Tribunal consideró que existía simulación relativa en una operación en la que una sociedad que controlaba más del 25 por 100 del capital de una española aporta en dos operaciones sucesivas a dos filiales de EE.UU. suyas parte de la participación (aproximadamente el 6 por 100 en el primer caso y 22 por 100 en el segundo) invocando la protección del párra. 10 del Protocolo del CDI con EE.UU. y, con posterioridad, vende las participaciones al adquirente final. Toda la operación se estructura sobre la base de que se pretendía lograr la transmisión de la totalidad del paquete accionario en la sociedad española a un tercero y evitar la tributación en España por aplicación del art. 13.4 CDI España-EE.UU. que imponía la tributación en España de las enajenaciones de acciones cuando el transmitente, en los doce meses anteriores, hubiese poseído, directa o indirectamente, al menos, el 25 por 100 de la sociedad transmitida. A nuestro juicio, y a diferencia de lo que concluye el TS, no existe simulación relativa alguna, sino, más bien, fraude de ley / conflicto en la aplicación de las leyes, por lo que hubiera debido calificarse la operación como tal y aplicarse el, entonces vigente, art. 24 LGT 1963.

g) Los CDIs con el Reino Unido e Irlanda contienen una cláusula especial relativa a la enajenación de derechos de multipropiedad, según la cual, en ciertos casos, se atribuye al Estado de residencia del transmitente la jurisdicción sobre las ganancias derivadas de la transmisión de los citados derechos (párr. 2 del Protocolo al CDI con Irlanda, art. 13.5 CDI con Reino Unido). Otro tanto ocurre con el CDI suscrito con Bélgica.

h) Si el CDI añade una cláusula de limitación de beneficios, el cumplimiento de los presupuestos de la citada cláusula, salvo prueba de motivos económicos válidos, determinará la exclusión de los beneficios del artículo relativo a las ganancias de capital, por lo que el Estado de la fuente no verá limitada su jurisdicción. Los CDIs españoles que contienen tal cláusula son los firmados con Bélgica, Bolivia, Croacia, Cuba, Eslovenia, Estonia, Irlanda, Islandia, Israel, Jamaica, Letonia, Lituania, Malta, Portugal, Rusia, Trinidad y Tobago y Vietnam. Son interesantes las cláusulas de limitación de beneficios de los CDIs con Croacia, Malta y Vietnam, puesto que ambas excluyen de su ámbito de aplicación a las ETVEs.

i) Varios CDIs contienen disposiciones que tratan de prevenir los cambios interesados de residencia para evitar la tributación de las ganancias de capital (v.gr. CDI Canadá, art. 13.5; Holanda, art. 13.5, aunque en este último caso, la regla se limita a las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o bonos de disfrute; Suecia, art. 13.5, en esta ocasión la regla se limita a las sociedades cuyo principal activo sean inmuebles).

j) El CDI EEUU, art. 12.3 y 13.6, establece que las ganancias derivadas de la enajenación de bienes y derechos susceptibles de generar cánones, en la medida en que las ganancias se determinen en función de la productividad, uso o transmisión de los mismos. Una cláusula prácticamente idéntica se ha añadido también en el art. 12.4 y 13.6 CDI México.

k) El CDI con Letonia, art. 21.6, contiene cláusula específica para las ganancias que un residente de un Estado contratante perciba de la enajenación de derechos de exploración o explotación o patrimonio utilizado en relación con actividades en alta mar o participaciones en sociedades cuyo valor, o la mayor parte del mismo derive de dichos derechos o patrimonios. Tales ganancias serán objeto de gravamen también en el Estado donde estén ubicados o localizados los derechos o patrimonios citados (además de en el Estado de residencia del contribuyente).

l) El CDI con Costa Rica (aún no en vigor), párrafo VII del Protocolo anexo, excluye del ámbito de aplicación del art. 13, para incluirlos dentro del art. 7, a determinados ingresos procedentes de la enajenación de bienes tangibles sujetos a depreciación a que se refiere una ley interna costarricense así como a las ganancias de capital de carácter habitual a las que se refiere también esta legislación interna.

m) El CDI con Colombia, párra. IX del Protocolo anexo, aclara que, en el caso de Colombia, la tributación de las ganancias de capital se refiere a la suma de los impuestos sobre la renta (35 por 100) y sobre las remesas, en aquellos casos en los que la legislación interna de Colombia prevea la aplicación de estos dos conceptos para este tipo de rentas cobradas por un no residente. El sentido de esta cláusula no está claro del todo, pero parece significar que cuando Colombia tenga atribuida jurisdicción de conformidad con el art. 13 podrá aplicar tanto el impuesto sobre la renta como el impuesto sobre las remesas, no pudiendo hacerlo cuando no tenga atribuida tal jurisdicción.

n) El art. 13.5 CDI con Turquía añade una cláusula específica antiabuso según la cual no se aplicará la regla residual que atribuye jurisdicción al Estado de residencia con exclusividad (equivalente al art. 13.5 ModCDI) en los casos de ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante como consecuencia de la enajenación de acciones o bonos emitidos por un residente del otro Estado contratante si la enajenación se hace a un residente de este último Estado y el período que media entre la adquisición y la enajenación no excede de un año. En definitiva, se trata de una regla antilavado de cupón o de dividendo, bien conocidas en España.

4. BIBLIOGRAFÍA

AAVV, *Comentarios a la LIRNR*, Cívitas, Madrid, 1999.

CARMONA FERNÁNDEZ (2007), *Guía del Impuesto sobre la Renta de No Residentes*, Ciss, Valencia.

GARCÍA PRATS, (2004), "Comentario al art. 13 MC OCDE", en AAVV, *Comentarios a los Convenios para la Eliminación de la Doble Imposición españoles*, Fundación Barrié de la Maza, A Coruña.

SIMONTACCHI (2007), *Taxation of Capital Gains under the OECD Model Convention: with Special Regard to Immovable Property*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.

VOGEL, (1997), *On Double Tax Conventions*, Kluwer, Londres, La Haya y Boston.