

DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL «AGRESIVA» HACIA UNA PLANIFICACIÓN «SUSTANTIVA»: ¿ES ESTE EL NUEVO PARADIGMA?

Elizabeth Gil García

*Investigadora Doctora. Área de Derecho Financiero y Tributario.
Facultad de Derecho. Universidad de Alicante*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Álvaro ANTÓN BASANTA, don Diego MARÍN BARNUEVO, don Javier MARTÍN FERNÁNDEZ, don Alberto MONREAL LASHERAS, don Javier SEIJO PÉREZ y don Fernando DE VICENTE BENITO.

EXTRACTO

El presente trabajo aborda el nuevo paradigma hacia el que camina la fiscalidad internacional, centrandolo en el refuerzo del requisito de sustantividad en los actuales estándares internacionales. Dada la globalización de la economía y las complejas estructuras empresariales, los Estados han adoptado medidas que eviten la erosión de las bases imponibles y el desplazamiento de beneficios (BEPS). Los Planes de Acción promovidos por la OCDE y la UE están impulsando medidas para abordar, de manera global, aquellas prácticas fiscales perjudiciales que permiten a los grupos multinacionales llevar a cabo una planificación fiscal «agresiva». Estos Planes de Acción no son proyectos antiincentivos, no obstante influyen de manera significativa en la configuración de los regímenes tributarios especiales. El mencionado requisito de sustantividad tiene especial relevancia en los regímenes de *patent box*, considerados un estímulo a la innovación a la par que una fuente de planificación fiscal «agresiva». Atendiendo a la estrategia promovida por la UE para acabar con esa planificación fiscal agresiva, cabe plantearse si el nuevo paradigma hacia el que nos dirigimos no es su eliminación, sino su transformación en planificación «sustantiva».

Palabras clave: planificación fiscal, sustancia, BEPS y *patent box*.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016 / Fecha de revisión: 01-04-2017

FROM THE «AGGRESSIVE» TAX PLANNING TOWARDS A «SUBSTANTIAL» TAX PLANNING: A NEW PARADIGM?

Elizabeth Gil García

ABSTRACT

This work analyses the new paradigm of the International Taxation as a result of the reinforcing of the substance requirement. Due to the globalisation and the complex business structures, countries have implemented measures to prevent base erosion and profit shifting (BEPS). Action Plans promoted by the OECD and the EU are addressed to tackle globally tax harmful practices that allow multinational groups to carry out «aggressive» tax planning. BEPS initiatives are not anti-incentives projects, but they may influence in the design of preferential tax regimes. The substance requirement has special relevance in the frame of patent box regimes as they can promote both innovation and tax planning structures. According to the EU strategy to neutralise «aggressive» tax planning, the question that arises is if we are on the way to turn it into a «substantial» tax planning.

Keywords: tax planning, substance, BEPS and patent box.

Sumario

- I. Introducción
- II. La elusión fiscal internacional. Especial referencia a los regímenes de I+D+i
 1. El fenómeno BEPS y las prácticas fiscales abusivas
 2. Los regímenes de *patent box*: ¿Caja de la innovación o de Pandora?
 3. La presencia de actividad sustantiva detrás del régimen de *patent box*: El enfoque del nexo
- III. La estrategia de la Unión Europea frente a la elusión fiscal: *Quo vadis?*
 1. El Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas
 2. La planificación fiscal «agresiva» y la Recomendación de la Comisión Europea 2012/772/UE
 3. El Plan de Acción de la Unión Europea contra las prácticas fiscales elusivas, ¿última parada?
- IV. Reflexión final

Bibliografía

NOTA: Investigadora doctora (PROMETEO 2016/053) del grupo de investigación «Derecho Financiero y Tributario» de la Universidad de Alicante. Este trabajo ha sido desarrollado en el marco de los proyectos de investigación: «El Plan de Acción europeo contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y su incidencia en el ordenamiento tributario español» (DER2015-64816-P) y «La seguridad jurídica en el ordenamiento tributario español» (DER2015-68072-P), financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO).

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno BEPS generado principalmente por los grupos multinacionales hacia las jurisdicciones fiscales de baja o nula tributación constituye un problema de gran dimensión global, dado que socaba los principios de justicia tributaria y, al mismo tiempo, supone una competencia empresarial desleal con otros contribuyentes que, por su dimensión nacional, no pueden llevar a cabo tales prácticas. Tanto la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) como la Unión Europea (UE) están impulsando medidas para abordar, de manera global, aquellas prácticas fiscales perjudiciales que permiten a los grupos multinacionales llevar a cabo esa planificación fiscal agresiva.

Uno de los pilares es reforzar los requisitos de sustantividad en los actuales estándares internacionales. De modo que la tributación de los beneficios esté vinculada con el lugar en el que se ha llevado a cabo la actividad económica sustantiva. Este requisito tiene especial relevancia en los regímenes de *patent box*, cuya «supervivencia» pasa por adecuarse al enfoque del nexo previsto en el Informe Final de la Acción 5, y a cuyo acuerdo ha llegado el Grupo «Código de Conducta sobre Fiscalidad de las Empresas». Con ello se pretende que exista un vínculo entre las ventajas fiscales conferidas por este tipo de regímenes y las actividades de investigación, desarrollo e innovación tecnológica (en adelante I+D+i) subyacentes.

De esta forma, aunque los Planes de Acción promovidos por la OCDE y la UE no son proyectos antiincentivos, tienen efectos indirectos en la configuración de los regímenes de *patent box*. Esto es, la introducción de medidas que contrarresten los efectos BEPS suelen llevar aparejado el incremento de la carga fiscal o la imposición de mayores obligaciones a aquellos contribuyentes que llevan a cabo proyectos de I+D+i.

En el marco de la Unión Europea, la Comisión propone el relanzamiento de la base imponible común consolidada del impuesto sobre sociedades (BICCIS) como solución global al traslado artificioso de beneficios. En este Plan de Acción, acuñado con el término *EU-BEPS*, se observan cinco ámbitos de actuación fundamentales. Entre ellos, cabe destacar el objetivo de garantizar la imposición allí donde los beneficios se generen; debiendo basarse, por ende, los regímenes de *patent box* en el enfoque del nexo. No obstante ello y teniendo en cuenta que un gran número de regímenes de *patent box* operan a nivel de base –como es el caso de España o Bélgica–, se observa cierta incertidumbre respecto de la posición de esos regímenes de *patent box* en el caso de la adopción de la BICCIS.

II. LA ELUSIÓN FISCAL INTERNACIONAL. ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGÍMENES DE I+D+I

1. EL FENÓMENO BEPS Y LAS PRÁCTICAS FISCALES ABUSIVAS

Tradicionalmente, los Estados han considerado la planificación fiscal como una práctica legítima. De hecho, nótese que, en España, el Tribunal Supremo entiende la planificación fiscal legítima como «economía de opción», esto es, la posibilidad de elegir «lícitamente entre diversas alternativas jurídicas en función de su menor carga fiscal», de forma que «la economía de opción termina donde empieza la elusión fiscal» y «se basa en las posibilidades derivadas de la libre configuración negocial», sin que ello implique «desvirtuar la correcta y natural aplicación de las normas tributarias» (SSTS de 30 de mayo de 2011 y 9 de febrero de 2015). Por lo tanto, la validez de la planificación fiscal va anudada a la existencia de un motivo económico válido.

No obstante, desde el primer modelo de convenio en el año 1869, la economía ha ido evolucionando hasta convertirse en global, digital y móvil generando la erosión de las bases imponibles y trasladando los beneficios a territorios de baja o nula tributación, o con regímenes tributarios más ventajosos. En efecto, la concesión de un beneficio fiscal supone una ventaja para el contribuyente, pero, al mismo tiempo, una pérdida en términos de ingresos para el Estado. Se plantea un coste adicional del incentivo¹ cuando esa pérdida de ingresos viene determinada por una práctica abusiva del contribuyente que, a fin de evitar la tributación de ciertas actividades o rentas, erosiona la base imponible y traslada los beneficios.

En este contexto, marcado por la economía digital y la dimensión global de las transacciones, la OCDE, por impulso político del G20, aborda tales prácticas abusivas a partir del *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS)². Puede decirse que se trata de un ambicioso proyecto que, a través de 15 acciones, ha abordado una de las reformas de la fiscalidad internacional más importantes. Aunque se habían abordado determinadas materias, como los precios de transferencia, no había habido una reforma integral hasta ahora. En septiembre de 2013 se lanzó este Plan de Acción que pretendía atacar BEPS a través de puntos estratégicos. Ello se ha efectuado de manera rápida, pues el proceso ha concluido en dos años –si bien, aún hay mucho por hacer, pues queda pendiente la implementación de las recomendaciones y propuestas realizadas en los informes finales («etapa post-BEPS»)–. Los documentos publicados el 5 de octubre de 2015 son informes con valor de *soft law*, aprobados los días 21 y 22 de octubre de 2015 por el Comité

¹ Vid. EASSON, A. y ZOLT, E. M.: «Tax Incentives», *World Bank Institute*, 2002, pág. 11.

² OECD (2013): *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, París. Vid. AULT, H. J.; SCHÖN, W. y SHAY, S. E.: «Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, n.º 6/7, 2014, págs. 275-279; BRAUNER, Y.: «BEPS: An Interim Evaluation», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 1, 2014, págs. 10-39; BRAUNER, Y.: «What the BEPS?», *Florida Tax Review*, vol. 16, n.º 2, 2014, págs. 55-115; CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones ("BEPRS")»: ¿Final, el principio del final o el final del principio?, *Quincena Fiscal*, n.º 1-2, 2014, págs. 87-115; *inter alia*.

II. LA ELUSIÓN FISCAL INTERNACIONAL. ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGÍMENES DE I+D+I

1. EL FENÓMENO BEPS Y LAS PRÁCTICAS FISCALES ABUSIVAS

Tradicionalmente, los Estados han considerado la planificación fiscal como una práctica legítima. De hecho, nótese que, en España, el Tribunal Supremo entiende la planificación fiscal legítima como «economía de opción», esto es, la posibilidad de elegir «lícitamente entre diversas alternativas jurídicas en función de su menor carga fiscal», de forma que «la economía de opción termina donde empieza la elusión fiscal» y «se basa en las posibilidades derivadas de la libre configuración negocial», sin que ello implique «desvirtuar la correcta y natural aplicación de las normas tributarias» (SSTS de 30 de mayo de 2011 y 9 de febrero de 2015). Por lo tanto, la validez de la planificación fiscal va anudada a la existencia de un motivo económico válido.

No obstante, desde el primer modelo de convenio en el año 1869, la economía ha ido evolucionando hasta convertirse en global, digital y móvil generando la erosión de las bases imponibles y trasladando los beneficios a territorios de baja o nula tributación, o con regímenes tributarios más ventajosos. En efecto, la concesión de un beneficio fiscal supone una ventaja para el contribuyente, pero, al mismo tiempo, una pérdida en términos de ingresos para el Estado. Se plantea un coste adicional del incentivo¹ cuando esa pérdida de ingresos viene determinada por una práctica abusiva del contribuyente que, a fin de evitar la tributación de ciertas actividades o rentas, erosiona la base imponible y traslada los beneficios.

En este contexto, marcado por la economía digital y la dimensión global de las transacciones, la OCDE, por impulso político del G20, aborda tales prácticas abusivas a partir del *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS)². Puede decirse que se trata de un ambicioso proyecto que, a través de 15 acciones, ha abordado una de las reformas de la fiscalidad internacional más importantes. Aunque se habían abordado determinadas materias, como los precios de transferencia, no había habido una reforma integral hasta ahora. En septiembre de 2013 se lanzó este Plan de Acción que pretendía atacar BEPS a través de puntos estratégicos. Ello se ha efectuado de manera rápida, pues el proceso ha concluido en dos años –si bien, aún hay mucho por hacer, pues queda pendiente la implementación de las recomendaciones y propuestas realizadas en los informes finales («etapa post-BEPS»)–. Los documentos publicados el 5 de octubre de 2015 son informes con valor de *soft law*, aprobados los días 21 y 22 de octubre de 2015 por el Comité

¹ Vid. EASSON, A. y ZOLT, E. M.: «Tax Incentives», *World Bank Institute*, 2002, pág. 11.

² OECD (2013): *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, París. Vid. AULT, H. J.; SCHÖN, W. y SHAY, S. E.: «Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, n.º 6/7, 2014, págs. 275-279; BRAUNER, Y.: «BEPS: An Interim Evaluation», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 1, 2014, págs. 10-39; BRAUNER, Y.: «What the BEPS?», *Florida Tax Review*, vol. 16, n.º 2, 2014, págs. 55-115; CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones ("BEPRS")»: ¿Final, el principio del final o el final del principio?, *Quincena Fiscal*, n.º 1-2, 2014, págs. 87-115; *inter alia*.

de Asuntos Fiscales (CAF) de la OCDE. En segundo lugar, se ha tratado de un proceso inclusivo, dado que la OCDE y el G20 han trabajado conjuntamente, estando también involucrados 14 países en vías de desarrollo y hasta 60 países en desarrollo han participado a través de redes regionales. Por último, la elaboración de los informes finales se ha caracterizado por la transparencia, pues los borradores y documentos preliminares han sido sometidos a información pública.

Como ya se ha advertido, resulta relativamente sencillo para el sujeto pasivo transferir sus rentas, especialmente cuando se trata de dividendos, intereses y cánones, a una empresa extranjera y, por ende, retrasar la tributación o incluso evitar la misma en su Estado de residencia³. Ello se une a las dificultades para definir elusión fiscal (*tax avoidance*), puesto que cada Estado tiene su posición acerca de qué es y cómo afrontarla⁴. La autonomía negocial y personalidad jurídica, unido a la pluralidad de jurisdicciones fiscales, permiten que el contribuyente pueda planificar su actividad económica aprovechando la vulnerabilidad y deficiencias del sistema tributario, o bien las incongruencias existentes entre dos o más jurisdicciones.

La planificación fiscal ha desembocado en estructuras empresariales cada vez más sofisticadas y complejas. Pudiendo hablar, entonces, de planificación fiscal agresiva. Esto es, como apunta la Comisión, el aprovechamiento de los aspectos técnicos de un sistema tributario o de los desajustes entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la responsabilidad tributaria⁵. En tales prácticas influyen la diversidad de los sistemas tributarios de las distintas jurisdicciones, la presencia de regímenes tributarios favorables a la realización de determinadas actividades económicas (o ciertos grupos de sujetos), la existencia de territorios de baja o nula tributación y los convenios para evitar la doble imposición internacional (CDI) –esto es, el *treaty shopping* y otros usos impropios de los CDI–.

La existencia de regímenes preferenciales que pueden favorecer este tipo de prácticas, especialmente en el contexto de la propiedad industrial, es una realidad innegable. A ello contribuye la consideración de la propiedad industrial como un activo altamente valorado por las empresas y su facilidad para desplazarlo de un territorio a otro⁶. Por ejemplo, las actividades y procesos de I+D+i son llevados a cabo en una jurisdicción, mientras que el resultado de las mismas se sitúa en jurisdicciones de baja tributación o que establecen ciertos regímenes especiales, como el *patent box*.

Los Estados se encuentran en la disyuntiva de facilitar los negocios y las transacciones internacionales de sus residentes evitando en la medida de lo posible supuestos de doble imposición

³ AIGNER, H. J.; SCHEUERLE, U. y STEFANER, M.: «General Report» en LANG, M. *et al.*: *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Linde verlag Wien y Kluwer Law International, Londres, 2004, págs. 15-16.

⁴ EASSON, A. y ZOLT, E. M.: «Tax Incentives», *ob. cit.*, pág. 31. En el caso español, no existe una definición legal ni reglamentaria de elusión fiscal, sino que esta puede inferirse de las distintas cláusulas, generales o específicas, que coexisten en el sistema tributario español.

⁵ *Commission Recommendation C-(2012) 8806 final of 6.12.2012 on aggressive tax planning*, Bruselas, 2012, pág. 2.

⁶ SPENGLER, C. *et al.*: «Profit Shifting and "Aggressive" Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform», *ZEW Discussion Paper*, n.º 078, 2013, pág. 2 (<http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13078.pdf>).

internacional de las rentas procedentes de otra jurisdicción y, por otra parte, evitar los supuestos de elusión fiscal mediante el establecimiento de normas antiabuso generales y de carácter especial, tanto en la normativa interna como en los tratados de doble imposición⁷. Se trata, pues, de mantener el equilibrio entre, por una parte, el fomento y el levantamiento de obstáculos en relación con actividades de interés general –como la I+D+i– y, por otra, la salvaguarda de las bases imponibles en el territorio en el que ha tenido lugar la creación de valor.

2. LOS REGÍMENES DE *PATENT BOX*: ¿CAJA DE LA INNOVACIÓN O DE PANDORA?

El fomento de las actividades de I+D+i es una constante en las políticas científicas y económicas de todos los Estados modernos. El interés de incrementar la inversión privada en actividades de I+D+i radica en su consideración como clave de la productividad y del crecimiento⁸, constituyendo, así, base del progreso y bienestar social de un país⁹. Ello puede servir como justificación para financiar actividades científicas y empresariales que pueden favorecer la innovación y, por ende, la acumulación de valiosos activos intangibles¹⁰.

En el caso de España, durante varios años, se ha puesto de manifiesto que era uno de los países desarrollados que menos inversiones había dedicado a la I+D+i, comparado con la media de los países europeos¹¹. A ello podemos unir el hecho de que la investigación se ha realizado

⁷ PALOMERO ÁLVAREZ-CLARO, R.: «Las medidas antiabuso en la fiscalidad internacional», *Cuadernos de Formación IEF*, Colaboración 12/12, vol. 15, 2012, pág. 125.

⁸ OECD (2002): *Tax Incentives for Research and Development: Trends and Issues*, OECD Publishing, París, pág. 2; OECD (2013): *Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*, París, pág. 17; COMISIÓN EUROPEA: *A study on R&D Tax Incentives. Final Report*, Taxation Papers -Working Paper n.º 52, Luxemburgo, 2014, pág. 38.

⁹ *Vid.* CORCHUELO MARTÍNEZ-AZÚA, M. B.: «Incentivos fiscales a la I+D en la OCDE: estudio comparativo», *Cuadernos Económicos de ICE*, n.º 73, Ministerio de Economía y Competitividad, 2007, pág. 197.

¹⁰ ARGINELLI, P.: «Innovation through R&D Tax Incentives: Some Ideas for a Fair and Transparent Tax Policy», *World Tax Journal*, vol. 7, n.º 1, 2015, pág. 5.

¹¹ En la siguiente tabla pueden verse los objetivos marcados para el año 2020 de varios Estados miembros respecto de I+D, así como la situación a noviembre de 2014.

| Objetivos 2020 | I+D noviembre 2014 (en % PIB) | I+D 2020 (en % PIB) |
|----------------|-------------------------------|---------------------|
| Austria | 2,81 % | 3,76 % |
| España | 1,24 % | 3 % |
| Francia | 2,23 % | 3 % |
| Países Bajos | 1,98 % | 2,5 % |

Fuente: elaboración propia a partir de datos Eurostat.

prioritariamente desde el sector público, mientras que nuestras empresas han sido básicamente importadoras de tecnología¹². Cabe entender la investigación como una de las necesidades que debe satisfacer el sector público¹³, pero no únicamente por medio de la formación de investigadores y de la asignación de recursos a centros públicos de investigación, sino fomentando también la investigación realizada desde el sector privado.

Los incentivos fiscales intentan estimular que el sector privado invierta en I+D+i, pero al mismo tiempo llevan aparejada la pérdida de ingresos públicos.

Una vez finalizado el proceso de I+D+i, en el caso de haber obtenido un intangible, su rendimiento podrá ser objeto de gravamen o bien susceptible de beneficiarse de algún tratamiento fiscal especial (*output incentive*)¹⁴. Tan importante resulta promover la inversión en procesos de innovación tecnológica como la explotación de los resultados de la I+D+i, puesto que la ausencia de incentivos puede derivar en un bajo registro de patentes y una baja comercialización de nuevos productos¹⁵. Se trata, pues, en esta fase del proceso de I+D+i de dar un tratamiento preferente a las rentas derivadas de la propiedad industrial, justificando dicho trato en el interés de los Estados por atraer determinadas actividades económicas, evitar la deslocalización de las patentes u otros derechos de propiedad industrial generados en su territorio, así como resultar más competitivos en un mundo cada vez más globalizado¹⁶.

¹² Conforme a la Encuesta sobre Estrategias Empresariales (*Las empresas industriales en 2013. Evaluación de la crisis e Índice de Competitividad de la Empresa Industrial, ICEMPI*) realizada por la Fundación SEPI (febrero 2015), en 2013 el gasto medio de las PYME (empresas industriales de 200 y menos trabajadores) en importación de tecnología fue de 12,5 mil euros, con 2,2 mil euros de exportación de tecnología. Igualmente, la balanza comercial en tecnología también resultó desfavorable para la gran empresa industrial (más de 200 trabajadores), con unas importaciones medias ligeramente superiores a 2,2 millones de euros, que en el caso de las exportaciones se situaron en poco más de 455 mil euros. Por otro lado, según la *Encuesta sobre Innovación en las empresas 2014* elaborada por el Instituto Nacional de Estadística (INE), un total de 18.511 son empresas innovadoras (13,26%), 859 menos que en 2013 y 2.304 menos que en 2012 (estos datos se encuentran disponibles en el sitio web del INE: <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft14%2Fp061&file=inebase&L=0> [fecha consulta: 27 de marzo de 2016]).

¹³ Con base en el artículo 44.2 de la Constitución española, los poderes públicos promoverán «la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general».

¹⁴ De manera simple, diríamos que consiste en la actividad de convertir las ideas en innovaciones.

¹⁵ Tal es el caso que PANTALEO, N.; POSCHMANN, F. y WILKIE, S. apuntan qué ocurre en Canadá; por lo que sugieren la introducción de menos incentivos para desarrollar I+D+i y más para la adopción, comercialización o explotación de los resultados de aquella (PANTALEO, N.; POSCHMANN, F. y WILKIE, S.: «Improving the Tax Treatment of Intellectual Property Income in Canada», *Commentary No. 379, Fiscal and Tax, Policy*, C.D. Howe Institute, 2013, pág. 2).

¹⁶ En la sociedad actual, dado el predominio de la tecnología y la intensa producción de bienes intelectuales y servicios, se puede hablar de una *sociedad de los intangibles*, en virtud de la desmaterialización creciente que se está viviendo en múltiples sectores de la actividad (TAVEIRA TORRES, H.: «Tributación de intangibles» (Relatoría General), en SERRANO ANTÓN, F.; SIMÓN ACOSTA, E. y TAVEIRA TORRES, H.: *Fiscalidad y globalización*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 1.126).

El denominado «*IP box regime*» o régimen del *patent box* se sitúa como figura central dentro de los incentivos a la I+D+i sobre la renta o el resultado. A grandes rasgos, el *IP box* supone una reducción del gravamen para aquellos operadores económicos que desarrollen nuevos productos y procesos protegidos por los derechos de propiedad industrial, o para llevar a cabo determinados servicios¹⁷. En efecto, el objetivo de los *IP boxes* es conceder un incentivo adicional a las empresas para conservar y comercializar las patentes existentes y desarrollar nuevos e innovadores productos patentables¹⁸.

Actualmente, se trata de un incentivo básicamente europeo, pues hasta doce Estados miembros han introducido e implementado este tipo de medidas para estimular, además de actividades de I+D+i, la transferencia de tecnología, así como para atraer patentes y otros intangibles a sus territorios¹⁹. Los regímenes de *patent box* aparecieron por primera vez en Francia e Irlanda alrededor de los años setenta²⁰.

Este tipo de incentivo versa, pues, sobre la renta procedente o generada por activos derivados del proceso de investigación, transferencia e innovación. Y es en este extremo donde difieren de los *input incentives*, pues mientras que estos suponen un apoyo para una inversión mayor en I+D+i, los *output incentives* representan un incentivo adicional para la subsecuente explotación o desarrollo de los resultados obtenidos en el anterior proceso. De esta forma, la obtención de un determinado resultado patentable supone la culminación exitosa de la actividad científica e investigadora. En el caso de explotar dicho activo directamente, ceder su uso o transmitirlo a un tercero, se está obteniendo una renta susceptible de ser gravada. A fin de estimular tales usos, el *patent*

¹⁷ FELDER, M.: *IP Boxes from a European, Liechtenstein and Swiss Perspective*, Schulthess Verlag, Zúrich, 2013, pág. 1.

¹⁸ PÉREZ BERNABEU, B.: «R&D&I Tax Incentives in the European Union and State Aid Rules», *European Taxation*, vol. 54, n.º 5, 2014, pág. 181.

¹⁹ Estos doce países son Bélgica, Chipre, España, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, Reino Unido e Irlanda, que ha introducido recientemente el *knowledge development box*. También en 2011, Liechtenstein y el cantón suizo de Nidwalden introdujeron el régimen del *patent box*. Por su parte, Suiza está llevando a cabo una reforma fiscal que incluye un fuerte paquete en I+D, recogiendo una propuesta de *patent box* basado en la existencia de un nexo y la posibilidad de que los cantones suizos puedan introducir *input incentives*. Por otro lado, Estados Unidos ha lanzado, en julio de 2015, un *discussion draft* con objeto de introducir un régimen de *patent box* (<http://waysandmeans.house.gov/wp-content/uploads/2015/07/Innovation-Box-2015-Bill-Text.pdf> [fecha consulta: 7 de enero de 2016]). De los 28 Estados miembros de la UE, todos, salvo Alemania y Estonia, incluyen algún tipo de incentivo fiscal a la I+D+i. En concreto, el ministro de Finanzas alemán Wolfgang Schäuble criticó, en julio de 2013, el régimen del *patent box*, señalando que el mismo es contrario al espíritu europeo y su único objetivo es atraer compañías (<http://uk.reuters.com/article/2013/07/09/uk-europe-taxes-idUKBRE9680KY20130709> [fecha consulta: 29 de junio de 2015]). Aunque hablamos de un régimen propio de la UE, conforme a la «Table(1)» del *Taxation Papers, Working Paper*, n.º 57, 2015 de la Comisión Europea, China cuenta con un *patent box* respecto de patentes, diseños y modelos y *software*. Dicho régimen fue introducido, según la «Table(2)» del mismo documento, en 2007 y cubre los intangibles preexistentes, así como adquiridos. Respecto a las rentas, están incluidas las ganancias de capital y también la renta derivada de la venta de productos innovadores (*embedded royalties*). Siendo posible también que la I+D haya sido realizada fuera (o dentro del grupo), siempre y cuando al menos un 60% haya sido llevada a cabo en China.

²⁰ COMISIÓN EUROPEA: *Patent Boxes Design, Patents Location and Local R&D*, Taxation Papers-Working Paper n.º 57, Luxemburgo, 2015, pág. 8.

box se presenta como un régimen especial, dado el tratamiento que reciben las rentas derivadas de determinados intangibles. Además de ello, puede decirse que uno de los aspectos más relevantes de este incentivo es que sitúa a la actividad innovadora como un auténtico bien comercial²¹.

Ha de tenerse en cuenta que el *patent box* introduce un tratamiento preferencial para las rentas derivadas de ciertos intangibles o invenciones que ya gozan de la protección de los derechos de propiedad industrial. En efecto, con base en el artículo 4 de la Ley de patentes²², son patentables todas aquellas invenciones que sean nuevas, impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. El derecho de patente permite al inventor, por un periodo limitado (en general, 20 años), impedir que otros hagan uso o vendan su invención sin su consentimiento en aquellos países en los que se ha concedido la patente. El desarrollo y la generación de intangibles son relevantes socialmente, de ahí que el Derecho preste su atención a la propiedad industrial. A través del derecho de patente se premia al inventor para que por un tiempo limitado goce de un derecho en exclusiva para explotar la patente, permitiéndole así recuperar la inversión realizada en la misma e incluso obtener beneficios económicos. Transcurrido ese lapso de tiempo, la patente pasa al dominio público. Ello supone una especie de contrato social²³. Podría parecer este suficiente incentivo para estimular la creación y transferencia de intangibles. Siendo, por ende, debatible la necesidad de conferir un incentivo adicional a través del sistema impositivo.

Por otra parte, hay que tener presente que en un gran número de casos la patente no va a ser registrada en el país en el que esta ha sido creada y desarrollada, sino que se hará en aquel en el que la patente y los derechos de explotación que de ella se derivan van a ser ejercitados. En este sentido, la Oficina Europea de Patentes no exige como requisito legal para acceder al registro la información relativa al lugar de creación. Ello permite situar la patente en aquel territorio que más ventajas supone para su ejercicio, tales como la existencia de una filial, sucursal o cualquier otra dependencia de la entidad dedicada a I+D+i y especialmente la existencia de medidas tributarias especiales como el *patent box*.

Desde una perspectiva empresarial, la innovación es vista como una actividad internacional. Es decir, muy posiblemente, una empresa lleve a cabo su proceso de I+D+i en un territorio diferente de aquel en el que vaya a patentar o registrar el producto y, a su vez, será un tercer país en el que comercialice este último. Esa planificación fiscal empresarial lleva aparejada tanto la pérdida de ingresos públicos como la posibilidad de distorsionar la competencia. Efectivamente, el régimen del *patent box* puede resultar potencialmente dañino al suponer una nula o baja tributación efectiva. Igualmente y en esta misma línea, este incentivo acentúa el riesgo de deslocalización de

²¹ SALGADO BARCA, M. B. y PALLARÉS RODRÍGUEZ, R.: «El *patent box* en España: análisis del artículo 23 del TRLIS», *Quincena Fiscal*, Aranzadi, 19, noviembre I, 2014, pág. 69.

²² Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes (BOE n.º 177, de 25 de julio de 2015).

²³ Suele considerarse que las patentes constituyen un contrato entre el inventor y la sociedad, puesto que el inventor busca obtener un beneficio individual y la sociedad está interesada en fomentar la innovación para la generación de nuevos productos o mejorar los existentes o promover la transferencia de conocimiento.

intangibles y del llamado «*profit-shifting*», esto es, la transferencia artificial de beneficios²⁴. Estos extremos son los que intenta paliar el Plan BEPS de la OCDE. En palabras del profesor PISTONE, el proyecto BEPS debería «desbaratar» aquellas áreas de la planificación fiscal internacional en las que las grandes empresas o grupos multinacionales se benefician de condiciones fiscales privilegiadas bajo la justificación de promover estructuras de I+D, no existiendo en un gran número de casos una conexión real directa entre la I+D y la renta generada por la actividad²⁵. Es, por ello, que la OCDE señala la necesidad de una actividad sustantiva como requisito para la pervivencia de regímenes especiales no contradictorios a las buenas prácticas fiscales. De manera que ha de existir un nexo entre la renta derivada de ciertos intangibles y la actividad generadora de aquella a fin de que la medida fiscal obtenga la denominada «*green light*» en términos de competencia fiscal.

3. LA PRESENCIA DE ACTIVIDAD SUSTANTIVA DETRÁS DEL RÉGIMEN DE *PATENT BOX*: EL ENFOQUE DEL NEXO

En los últimos años, la renta derivada de ciertos activos intangibles puede beneficiarse de medidas fiscales especiales –como reducciones en la base, exenciones o tipos de gravámenes reducidos–. El propósito de los países con la introducción de regímenes de *patent box* es hacer la innovación más atractiva y beneficiosa para las empresas. A pesar de ello, los regímenes de intangibles pueden promover también la elusión fiscal y generar efectos BEPS.

La OCDE pone su atención en los regímenes tributarios preferenciales, y muy especialmente en los regímenes de propiedad industrial. Para que un régimen sea considerado preferencial, debe, primero, referirse a rentas procedentes de actividades que por su naturaleza son fácilmente desplazables –*v. gr.* dividendos, cánones u otras rentas derivadas de intangibles–. En segundo lugar, debe conceder cualquier forma de beneficio fiscal –*v. gr.* una deducción en cuota, una reducción en la base o un tipo de gravamen reducido– en comparación con los principios tributarios generales del país en cuestión²⁶. Ciertamente, en aras de los principios de justicia tributaria existe una prohibición general de ofrecer privilegios fiscales o un tratamiento preferente.

Ahora bien, los incentivos fiscales son compatibles con esos principios siempre y cuando su introducción esté legitimada por valores constitucionales u otras prioridades de interés general. En este sentido, deberán considerarse como justos en nuestro ordenamiento jurídico los gas-

²⁴ Ha quedado evidenciado en diversos estudios que las diferencias en la fiscalidad sobre las personas jurídicas afecta a la localización del capital empresarial y los beneficios. De manera que los países que ofrecen bajos tipos de gravamen atraen más capital y beneficios de las multinacionales (COMISIÓN EUROPEA: *A study on R&D Tax Incentives. Final Report*, Taxation Papers-Working Paper, n.º 52, Luxemburgo, 2014, pág. 43).

²⁵ PISTONE, P.: «Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 1, 2014, pág. 7.

²⁶ OECD (1998): *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, París, págs. 19-35; OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report, págs. 19-22.

tos efectuados para la satisfacción de una serie de necesidades públicas, entre las que destaca la promoción de «la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general» (art. 44.2 CE)²⁷. En otras jurisdicciones de nuestro entorno, existen preceptos constitucionales similares en los que se atribuye a los poderes públicos el estímulo de las actividades de I+D+i. Por ejemplo, conforme al artículo 9 de la *Costituzione della Repubblica Italiana* de 1947, «la República promoverá el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica»²⁸. Por su parte, el artículo 73.4 de la *Constituição da República Portuguesa* de 1976 señala que «la creación e investigación científica, así como la innovación tecnológica se incentivarán y apoyarán por el Estado»²⁹. Igualmente, la *Constitution fédérale de la Confédération suisse* de 1999, en su artículo 64, señala que «la Confederación debe promover la investigación científica y la innovación»³⁰.

El Plan de Acción sobre BEPS pretende desarrollar soluciones para neutralizar los regímenes preferenciales perjudiciales de manera efectiva, teniendo en cuenta para ello factores como la transparencia y la sustantividad (Acción 5)³¹. En esencia, de acuerdo con el Informe Preliminar de la Acción 5, publicado en septiembre de 2014³², se analizaron varias opciones y se propuso el enfoque del nexo (*nexus approach*) como forma de vincular los gastos en I+D+i con la concesión de beneficios fiscales. Dicho de otra forma, se alinea la tributación de los beneficios derivados de la propiedad industrial con el lugar en el que la actividad creadora de esos intangibles ha sido desarrollada. Tomando ese enfoque como modelo, Alemania y Reino Unido, en un comunicado conjunto, propusieron el enfoque del nexo modificado (*modified nexus approach*, MNA), siendo acordado en el contexto del Grupo «Código de Conducta» a finales de 2014³³. Bajo la fórmula del MNA, que se inspira en los denominados «*input incentives*» y cuya naturaleza es proporcional, los beneficios concedidos por los regímenes de *patent box* quedan vinculados con los gastos elegibles (*qualifying expenditures*) en I+D+i incurridos por el contribuyente por sí mismo³⁴.

²⁷ En lo que se refiere al gasto justo puede verse: BAYONA DE PEROGORDO, J. J. y SOLER ROCH, M. T.: *Derecho Financiero*, vol. 1, COMPAS; 2.ª ed., Alicante, 1989; BAYONA DE PEROGORDO, J. J.: *El Derecho de los gastos públicos*, IEF, Madrid, 1991; NAVARRO FAURE, A.: *Aspectos jurídico-financieros del Déficit Público. Especial referencia al déficit autonómico*, Generalitat Valenciana, Conselleria d'Economia i Hisenda, Valencia, 1993.

²⁸ La Constitución italiana está disponible en: <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html> (fecha consulta: 22 de junio de 2015).

²⁹ El texto de la Constitución portuguesa puede consultarse a través del siguiente sitio web: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> (fecha consulta: 25 de marzo de 2016).

³⁰ Texto constitucional suizo disponible online en: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html> (fecha consulta: 25 de marzo de 2016).

³¹ OECD (2013): *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, París, págs. 17-18.

³² OECD (2014): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: 2014 Deliverable, OECD Publishing, París.

³³ OECD (2015): *Action 5: Agreement on Modified Nexus Approach for IP Regimes*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project; *Report from de Code of Conduct Group (Business Taxation) to the Council of the European Union*, Bruselas, 11 de diciembre de 2014.

³⁴ OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report, pág. 25; DANON, R. J.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Gene-

El propósito de modificar el enfoque del nexo era establecer limitaciones respecto del volumen de gastos por subcontratar actividades de I+D+i a entidades vinculadas, esto es, entre miembros de un mismo grupo; y los gastos relativos a la adquisición de patentes u otra tecnología.

A tenor del Informe Final de la Acción 5 del Proyecto BEPS³⁵ (octubre 2015), se ha llegado a un consenso sobre el *nexus approach* como el enfoque para requerir actividad sustantiva en el contexto de los regímenes preferenciales³⁶. La renta elegible a efectos del régimen tributario es calculada a través de la siguiente fórmula:

$$\frac{\text{Gastos elegibles en el desarrollo del intangible}}{\text{Gastos totales en el desarrollo del intangible}} \times \text{Renta derivada del intangible} = \text{Renta que recibe beneficios}$$

En esta fórmula, son gastos elegibles los gastos directamente relacionados con la creación del activo intangible. En particular, los gastos en I+D+i incurridos por el propio contribuyente y los gastos por contratar I+D+i a partes o entidades independientes –por ejemplo, otras empresas o una universidad–. Por el contrario, los gastos totales incluyen, además de las dos categorías anteriores, los costes por la adquisición de activos intangibles y los gastos por subcontratar I+D+i a entidades vinculadas. Por lo tanto, el contribuyente puede beneficiarse de un régimen de propiedad industrial siempre y cuando haya incurrido por sí mismo en los gastos en I+D+i para obtener la renta procedente del activo intangible.

Siguiendo ese enfoque del nexo modificado que buscaba limitar determinadas categorías de gastos, el Informe Final de la Acción 5 contempla que los Estados permitan a los contribuyentes aplicar un techo del 30% respecto de aquellos gastos considerados como elegibles con el objetivo de beneficiar a los contribuyentes que desarrollan por sí mismos actividades en I+D+i, pero sin

ral Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, 2015, pág. 45; SANZ-GÓMEZ, R.: «The OECD's Nexus Approach to IP Boxes: A European Union Law Perspective», *WU International Taxation research Paper Series*, n.º 12, 2015, pág. 6.

³⁵ OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report.

³⁶ Un total de 43 regímenes preferenciales han sido revisados, 16 de los cuales son regímenes de propiedad industrial. Respecto al requisito de actividad sustantiva, todos los regímenes de propiedad industrial revisados fueron considerados inconsistentes, total o parcialmente, con el enfoque del nexo descrito en el Informe Final de la Acción 5.

penalizar a los contribuyentes que adquieren intangibles o subcontratan I+D+i a entidades vinculadas. Consecuentemente, los gastos elegibles se ven incrementados en un 30%, a condición de que no excedan de los gastos generales.

Por lo tanto, los regímenes de *patent box* se encuentran en un nuevo escenario. La iniciativa de la OCDE en el desarrollo de la Acción 5 y de la UE en el contexto del Código de Conducta implica la reconsideración de los regímenes existentes. Hay una nueva fecha marcada en el horizonte, y en lo que respecta a los Estados afectados por estas nuevas disposiciones, solo aquellos regímenes cumplidores con los nuevos estándares «sobrevivirán» en un futuro cercano. Aquellos Estados que elijan tener un régimen de *patent box* no podrán ser más generosos respecto a la definición del enfoque del nexo, pero sí que podrán conceder menos beneficios en el sentido de acotar la definición de rentas elegibles, limitar el ámbito de intangibles o reducir la ratio. Por otro lado, no se permitirá la aplicación a nuevos operadores de los regímenes existentes e inconsistentes con el enfoque del nexo después del 30 de junio de 2016. Algunos Estados, como España o Italia, han adecuado sus regímenes al *nexus approach*, y otros, como Irlanda, han introducido *ex novo* un régimen de *patent box* consistente con el enfoque del nexo³⁷.

Por otra parte, se contempla la posibilidad de que los países introduzcan una cláusula de salvaguarda que permita a los contribuyentes seguir beneficiándose del régimen existente hasta una segunda (y definitiva) fecha. En cualquier caso, el periodo entre las dos fechas no puede exceder de cinco años (esto es, hasta el 30 de junio de 2021 como máximo). Después de esta fecha, no podrán concederse más beneficios basados en los regímenes antiguos e inconsistentes.

Consiguientemente, este enfoque del nexo puede verse como una norma especial antiabuso (*Special Anti-Avoidance Rule*, SAAR). Como es bien sabido, las SAAR normalmente fijan un vínculo entre la elusión fiscal y la falta de motivos económicos válidos. En términos generales, la mayoría de las normas especiales antiabuso se basan en la ausencia de un motivo económico o empresarial válido diferente del ahorro fiscal³⁸. Ello significa, *a contrario sensu*, que la presencia de un motivo

³⁷ En España, la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de los presupuestos generales del Estado para el año 2016 ha modificado el régimen de *patent box*, entrando en vigor el nuevo y consistente régimen a partir de julio de 2016. En Italia, por su parte, el régimen de *patent box* fue introducido a finales de 2014 a través de la *Legge 23 dicembre 2014, n. 190 Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)* y modificado para adaptarse al enfoque del nexo a principios de 2015 por medio del *DL 24 gennaio 2015, n. 3 Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti*. Sobre el régimen de *patent box* italiano puede verse: ARGINELLI, P. y PEDACCINI, F.: «Prime riflessioni sul regime italiano di *patent box* in chiave comparata ed alla luce dei lavori dell'Ocse in materia di contrasto alle pratiche fiscali dannose», *Rivista di diritto tributario*, n.º 9, parte V, 2014. Por otro lado, en octubre de 2015, Irlanda introdujo el llamado régimen Knowledge Development Box (KDB), aplicable desde enero de 2016.

³⁸ Según SOLER ROCH, en la legislación tributaria española, los criterios que identifican las conductas tipificadas en las normas antiabuso especiales suelen ser: la ausencia de razones empresariales o motivos económicos válidos distintos del ahorro fiscal, la calificación inadecuada o abusiva de una operación y la elusión fiscal mediante sociedades, siendo todas ellas normas alojadas en las leyes tributarias particulares (SOLER ROCH, M. T.: «Las normas antiabuso generales y especiales», *VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros*, Instituto de Estudios Fiscales, n.º 12, 2011, pág. 180).

económico válido impide la aplicación de la SAAR. En el caso de los regímenes de *patent box*, el cumplimiento del enfoque del nexo implica la existencia de una actividad económica sustantiva y real detrás de la renta procedente del intangible. Por ende, solamente la renta derivada del intangible cuyo origen esté en una actividad de I+D+i subyacente llevada a cabo por el propio contribuyente podrá beneficiarse del régimen de *patent box*—implicando, ello, la no generación de efectos BEPS—.

Desde una perspectiva de derecho comparado, varios países han introducido de manera unilateral medidas para contrarrestar los efectos del traslado artificioso de beneficios. En efecto, se aprecia un incremento del uso de medidas especiales para neutralizar los (posibles) efectos BEPS generados por los regímenes de propiedad industrial. En Austria, con efectos desde el 1 de marzo de 2014, los cánones (e intereses) pagados por una empresa austriaca a partes vinculadas en terceros países no son deducibles cuando los cánones (o intereses) estén exentos o sujetos a un tipo de gravamen efectivo inferior al 10% en el Estado receptor³⁹. Parece claro que esta norma ha sido diseñada para frenar los regímenes de *patent box*⁴⁰.

También en Francia se establece una limitación a la deducibilidad de los cánones cuando el licenciante y licenciario son partes vinculadas. Así pues, conforme al artículo 11 de la Ley de presupuestos para el año 2012 (*Loi de Finances pour 2012*⁴¹), la completa deducibilidad de los cánones solo está permitida si el licenciario puede demostrar, y documentar debidamente, que: a) el uso de la licencia le supone un valor añadido durante todo el periodo de la misma; y, b) que dicho uso es real, es decir, que no se trata de una estructura artificiosa⁴². Podría decirse que este precepto busca, al igual que la normativa austriaca, evitar prácticas abusivas basadas en el régimen de *patent box*.

Incluso si este tipo de medidas pueden resultar efectivas en la lucha contra el traslado de beneficios, las normas especiales antielusión pueden llevar, en opinión de FREEDMAN, a una mayor litigiosidad e incertidumbre; por lo que no es necesario introducir normas detalladas y precisas, sino principios generales o un enfoque estándar⁴³ para combatir las prácticas fiscales abusivas.

³⁹ Vid. MITTERLEHNER, K. y MITTERLEHNER, M.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Austria Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, 2015, págs. 142-144; SCHUCHTER, Y. y KRAS, A.: «Austria - Corporate Taxation (sec. 1.)», *Country Surveys Ibfd* (acceso 30 de junio de 2015).

⁴⁰ DANON, R. J.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). General Report», ob. cit., pág. 53. Ha de tenerse en cuenta que Austria no ha introducido e implementado un régimen de *patent box*, sin embargo ello no significa que no puedan existir en su territorio efectos indirectos de los *output incentives*. Esta medida se encuentra, precisamente, conectada con ellos. En este sentido, puede verse: LOEPRICK, J.: «Indirect Access to Intellectual Property Regimes – Effects on Austrian and German Affiliates», *WU International Taxation research Paper Series*, n.º 13, 2015.

⁴¹ *Loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012* (disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/af-fichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025044460&categorieLien=id> [fecha consulta: 28 de febrero de 2016]).

⁴² WORLDWIDE TAX SUMMARIES: *Corporate Taxes 2015/16*, pág. 675 (disponible en: www.pwc.com/taxsummaries [fecha consulta: 28 de febrero de 2016]).

⁴³ FREEDMAN, J.: «Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle», *British Tax Review*, n.º 4, 2004, pág. 352.

En este sentido, la Comisión Europea indica que las acciones unilaterales de los Estados miembros no abordarían adecuadamente el problema de la planificación fiscal agresiva y podrían crear problemas. En un mercado único basado en la libertad de movimientos de bienes, personas, servicios y capitales, la falta de coordinación en las medidas contra el traslado artificioso de beneficios «pueden hacer más mal que bien» y además, añade la Comisión, esa descoordinación puede acarrear incertidumbre y cargas administrativas para las empresas⁴⁴.

Entendemos, pues, que el requisito de actividad sustantiva –similar a la teoría del motivo económico válido– determinado a partir del enfoque del nexo, como forma de asegurar la tributación donde los beneficios se han generado, puede actuar como ese estándar común a cualquier régimen preferencial, especialmente en el caso de los regímenes de *patent box*. Careciendo de sentido la introducción de medidas unilaterales para paliar los (posibles) efectos BEPS, pues la existencia de regímenes basados en el enfoque del nexo determina la existencia de actividad sustantiva. Ciertamente, la introducción de este requisito de actividad sustantiva va en la línea tanto de uno de los tres pilares claves del Plan de Acción de la OCDE como de uno de los cinco ámbitos de actuación del *EU-BEPS*, la sustantividad. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la adecuación de los regímenes de *patent box* al enfoque del nexo no implica su consideración como buena práctica fiscal en términos de su eficiencia y efectividad, sino que con ello se asegura que el beneficio fiscal quede ligado a la existencia de una actividad de I+D+i sustantiva.

En definitiva, la elegibilidad de una determinada renta para beneficiarse de un régimen de *patent box* basado en el enfoque del nexo aseguraría, primero, la existencia de una actividad real de I+D+i; segundo, que los beneficios tributen allí donde se ha generado el valor; y, tercero, en el contexto de la UE, las rentas tributarían solamente una vez dentro de la UE.

III. LA ESTRATEGIA DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE A LA ELUSIÓN FISCAL: *QUO VADIS?*

1. EL CÓDIGO DE CONDUCTA SOBRE LA FISCALIDAD DE LAS EMPRESAS

El Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas fue adoptado en diciembre de 1997, creándose unos meses después, en marzo de 1998, el Grupo «Código de Conducta» por el Consejo ECOFIN para la evaluación de las medidas fiscales correspondientes al ámbito de aplicación del Código⁴⁵.

⁴⁴ COM (2016)23/2: *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Anti-Tax Avoidance Package: Next Steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in the EU*, pág. 3.

⁴⁵ El Código de Conducta, adoptado por Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (ECOFIN) el 1 de diciembre de 1997, puede consultarse en: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/coc_en.pdf (fecha acceso: 20 de noviembre de 2015).

El Código de Conducta no es un instrumento jurídicamente vinculante –sino un instrumento de *soft law*–, pero su adopción compromete a los Estados miembros a derogar aquellas medidas fiscales vigentes constitutivas de competencia fiscal perniciosa y a abstenerse de promulgar nuevas medidas de este tipo en el futuro. A estos efectos, el Código de Conducta establece, en sus letras *A* y *B*, qué medidas son subsumibles en la noción de competencia fiscal perjudicial. Primero, «las medidas que influyen o pueden influir» significativamente en la localización de la actividad empresarial dentro de la Unión Europea⁴⁶. En efecto, la tributación es un factor esencial para la toma de decisiones de una empresa respecto al lugar de establecimiento, pero no es el único. En términos de I+D+i, la dotación de infraestructuras, la disponibilidad de recursos suficientes, la posibilidad de contratar personal investigador cualificado o una fuerte protección de los derechos de la propiedad industrial (e intelectual) configuran un clima favorable a la I+D+i. Sin duda, una empresa que pretenda desarrollarse en I+D+i atenderá a estos factores para establecer su actividad económica. Ahora bien, el interés creciente de los Estados miembros en promover fiscalmente la investigación científica e innovación tecnológica no pasa desapercibido para el sector empresarial. Ese interés de los Estados miembros por fomentar la I+D+i y resultar competitivos, puede llevar a potenciar excesivamente «el rol del elemento tributario en la ubicación de las empresas»⁴⁷; haciendo de este, incluso, el elemento determinante en la decisión empresarial, máxime cuando en el marco de la UE los factores extrafiscales están, en cierto modo, equiparados. En este sentido, VANISTENDAEL afirma que cuando los países compiten por atraer inversiones empresariales, su sistema tributario juega un papel importante en la decisión acerca del lugar en el que establecerse, especialmente cuando queda comprobado que los demás factores –esto es, aquellos que se encuentran al margen de la fiscalidad– son más o menos comparables⁴⁸.

En esta misma línea, el total menoscabo al principio de neutralidad tributaria y la intervención determinante de la fiscalidad respecto de la situación geográfica de las actividades empresariales acaban, como señala MARTÍN LÓPEZ, por distorsionar «las corrientes ordinarias del tráfico mercantil y periclitando tanto la localización óptima como la asignación eficiente de los recursos económicos, al no situarse en el lugar donde reportarían el máximo beneficio»⁴⁹. Esto es, el lugar donde realmente se ha llevado a cabo la actividad creadora.

A efectos de la vinculación de los regímenes preferenciales al lugar donde se genera el valor, el Grupo «Código de Conducta» convino, a finales de 2014, que los regímenes especiales, concretamente los denominados regímenes de *patent box*, deben basarse en el (*modified*) *nexus approach*

⁴⁶ En este sentido, ha de entenderse por «actividad empresarial» cualquier tipo de actividad llevada a cabo en el seno de un grupo de empresas, y que las medidas cubiertas por el Código de Conducta se refieren tanto a disposiciones legislativas o reglamentarias como a prácticas administrativas.

⁴⁷ MARTÍN LÓPEZ, J.: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 185.

⁴⁸ VANISTENDAEL, F.: «Janus with Two Faces, or the Many Faces of Taxation», en ANDERSSON, K.; MELZ, P. y SILFVERBERG, C. (ed.): *Liber Amicorum Sven-Olof Lodin*, Kluwer Law International, 2002, pág. 296.

⁴⁹ MARTÍN LÓPEZ, J.: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, ob. cit., pág. 185.

—o, enfoque del nexo (modificado)—⁵⁰. Esto significa que debe existir una relación directa entre las ventajas fiscales y las actividades de I+D+i subyacentes. Como se ha mencionado anteriormente, bajo el enfoque del nexo, de naturaleza proporcional e inspirado en los incentivos fiscales a la actividad (*input incentives*), los beneficios fiscales que conceden los regímenes del *patent box* deben estar vinculados con los gastos elegibles en I+D+i incurridos por el contribuyente⁵¹.

La noción de medida fiscal perjudicial es concretada conforme a la letra B del Código de la siguiente manera: «deben considerarse potencialmente perniciosas las medidas fiscales que impliquen un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, a los aplicados habitualmente en el Estado miembro de que se trate». Por lo tanto, al igual que ocurre con las normas sobre ayudas de Estado, el sistema de referencia para determinar la existencia de un tipo efectivo bajo es el propio ordenamiento jurídico-tributario del Estado miembro. Por lo tanto, son las normas especiales que minoran la carga tributaria en relación con el nivel impositivo general del Estado en cuestión, por ejemplo una deducción en cuota por actividades de I+D+i, las que son susceptibles de caer en el ámbito del Código de Conducta. Es decir, se trata de un desvío del sistema tributario común. Se observa en ello una significativa limitación en la efectividad de este instrumento para combatir las prácticas fiscales abusivas. Esto es, la exigencia de que la medida comporte para el destinatario una tributación sensiblemente inferior a la ordinaria, «lleva ineluctablemente aparejado, como corolario principal, que los regímenes fiscales societarios generales de los países pertenecientes a la UE, aun cuando de los mismos se derive un nivel impositivo acusadamente bajo susceptible de atraer hacia su territorio actividad empresarial, en ningún caso puedan ser catalogados, según el literal del Código, como perjudiciales»⁵².

La letra B del Código de Conducta recoge, asimismo, unos criterios a estimar en la evaluación del carácter perjudicial de las medidas fiscales: i) si las ventajas se otorgan solo a no residentes, o solo respecto a las operaciones realizadas con no residentes; ii) si las ventajas están totalmente aisladas de la economía nacional, de manera que no afectan a la base fiscal nacional; iii) si las ventajas se otorgan aun cuando no exista ninguna actividad económica real ni presencia económica sustantiva dentro del Estado miembro que ofrezca dichas ventajas fiscales; iv) si las normas para determinar los beneficios derivados de las actividades internas de los grupos de empresas multinacionales no se ajustan a los principios internacionalmente reconocidos, concretamente a las normas acordadas por la OCDE; o, v) si las medidas fiscales carecen de transparencia y, en particular, si las disposiciones legales se aplican a nivel administrativo con menor rigor y sin transparencia.

⁵⁰ OECD (2015): *Action 5: Agreement on Modified Nexus Approach for IP Regimes*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project; *Report from de Code of Conduct Group (Business Taxation) to the Council of the European Union*, Bruselas, 11 de diciembre de 2014.

⁵¹ OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report, pág. 25; DANON, R. J.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). General Report», ob. cit., pág. 45; SANZ-GÓMEZ, R.: «The OECD's Nexus Approach to IP Boxes: A European Union Law Perspective», ob. cit., pág. 6.

⁵² MARTÍN LÓPEZ, J.: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, ob. cit., pág. 185.

En lo que a los regímenes de I+D+i se refiere, a nuestro entender cobran especial relevancia los tres primeros criterios. A saber, los dos primeros criterios van referidos a una práctica estatal habitual, acuñada como «*ring-fenced*» (y considerada injusta), consistente en el establecimiento de una menor tributación o mejor tratamiento fiscal para las entidades no residentes con el objetivo de atraer a su territorio el mayor número de bases imponibles corporativas extranjeras, pero sin descuidar los ingresos procedentes de las bases nacionales⁵³. Piénsese, por ejemplo, en un determinado Estado miembro que concede una deducción en cuota por los gastos en I+D+i incurridos por las empresas en la realización de ese tipo de actividades. Si ese mismo régimen fiscal, previese una deducción adicional respecto de los gastos en I+D+i incurridos por establecimientos secundarios de empresas situadas en otros Estados miembros, estaría buscando favorecer la inversión extranjera y la atracción a su territorio de establecimientos de entidades no residentes.

El tercero de los criterios de la letra B del Código de Conducta va referido a la ausencia de actividad económica real o presencia económica sustancial. De forma que el establecimiento por parte de un Estado miembro de regímenes tributarios preferenciales, cuya aplicación no requiere un análisis sustantivo, evidencian, por un lado, que con dicho régimen el Estado en cuestión solo persigue la atracción de actividades empresariales hacia el interior de sus fronteras; y, por otro, la localización de las inversiones en dicho territorio obedece a estrictas razones de índole tributaria⁵⁴. En este contexto, como se mencionó anteriormente, el Grupo «Código de Conducta» convino, en 2014, la introducción del enfoque del nexo (modificado) en los regímenes de *patent box* como requisito de sustantividad en la aplicación de los mismos.

Del tenor literal del Código, podría deducirse que los activos intangibles han de crearse, desarrollarse y ser explotados en el territorio del país en el que se ha introducido el régimen preferencial del que se beneficiara la renta procedente de aquel intangible. Debido a la globalización y al mercado interior de la UE, parece complicado que un intangible sea creado únicamente en un Estado miembro. Como se ha visto, el artículo 179 del Tratado del Funcionamiento de la UE (TFUE) aboga por la creación de un espacio europeo de investigación, y la limitación de la actividad creadora al Estado miembro en el que va a beneficiarse fiscalmente la renta podría contradecir las libertades fundamentales. De manera que esta especie de «contradicción» entre el Código y las libertades fundamentales puede llevar a un difícil control de las prácticas fiscales perjudiciales.

Por otra parte, dada la volátil naturaleza de los intangibles, resulta relativamente sencillo situar este tipo de activos inmateriales en un lugar diferente de aquel en el que se llevó a cabo la actividad de I+D+i subyacente. Este extremo, no obstante, pretende ser superado con la incorporación del *nexus approach* en los existentes regímenes de *patent box*. Esto es, si una determinada renta derivada de propiedad industrial es elegible para un régimen de *patent box* basado en el enfoque del nexo, debe automáticamente excluirse la consideración de medida fiscal perjudicial.

⁵³ MARTÍN LÓPEZ, J.: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, ob. cit., págs. 190-191; SCHÖN, W.: «Tax Competition in Europe – The Legal Perspective», *EC Tax Review*, vol. 9, n.º 2, Kluwer Law International, 2000, pág. 96.

⁵⁴ MARTÍN LÓPEZ, J.: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, ob. cit., pág. 193.

Puesto que ello está determinando la existencia de una actividad económica sustantiva detrás de esa renta que se ve fiscalmente beneficiada.

2. LA PLANIFICACIÓN FISCAL «AGRESIVA» Y LA RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA 2012/772/UE

Los Estados miembros encuentran dificultades para proteger sus bases imponibles de la erosión a través de la planificación fiscal «agresiva», siendo, en muchos casos, insuficientes las medidas nacionales⁵⁵. Por lo que, en aras de un mejor funcionamiento del mercado interior, es menester que los Estados miembros adopten una misma posición frente a tales prácticas⁵⁶. La Recomendación de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2012 sobre planificación fiscal agresiva (2012/772/UE) señala –como ya se ha adelantado– que esta consiste «en aprovechar los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria, y puede adoptar diversas formas. Entre sus consecuencias, cabe señalar las deducciones dobles [...] y la doble no imposición (por ejemplo, la renta que no se grava en el Estado de origen está exenta en el Estado de residencia)». La Comisión propone, en su Recomendación, varias alternativas como la inclusión de una cláusula de sujeción al impuesto (*subject-to-tax rule*) en los CDI, la utilización de una cláusula común general antiabuso (*General Anti-Avoidance Rule, GAAR*)⁵⁷ o la aplicación de medidas frente a las prácticas fiscales abusivas en el ámbito de la aplicación de las Directivas sobre intereses y cánones, fusiones y matrices y filiales⁵⁸.

La cláusula de sujeción que prevé la recomendación es un tipo de cláusula que condiciona la concesión del beneficio del convenio al hecho de que las rentas en cuestión se encuentren efectivamente sujetas a tributación en el Estado de residencia del perceptor⁵⁹. Esta recomendación a

⁵⁵ *Commission Recommendation C-(2012) 8806 final of 6.12.2012 on aggressive tax planning*, Bruselas, 2012, pág. 2.

⁵⁶ Véase nota anterior.

⁵⁷ Sobre las normas generales antiabuso: WAERZEGGERS, C. y HILLIER, C.: «Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR)», *Tax Law IMF Technical Note*, vol. 1, 2016; MARTÍN LÓPEZ, J.: «La Norma General Antiabuso del Reino Unido», *Civitas. Revista española de derecho financiero*, n.º 164, 2014; MARTÍN LÓPEZ, J.: «La doctrina estadounidense de la sustancia económica como norma general antiabuso en materia tributaria: análisis jurídico de su codificación», *Revista española de derecho financiero*, Civitas, n.º 157, 2013.

⁵⁸ La Recomendación de la Comisión no es aplicable en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, la Directiva 2011/96/UE del Consejo y la Directiva 2003/49/CE del Consejo. La Comisión contempla la revisión de estas directivas con el fin de llevar a la práctica los principios que subyacen en la citada recomendación. Véase CORDÓN EZQUERRO, T.: «La planificación fiscal agresiva y la estrategia de la Comisión UE para combatirla», *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, Instituto de Estudios Fiscales, n.º 7, 2013, págs. 6-8. También sobre la recomendación de la Comisión y las últimas tendencias frente al fenómeno de la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea, véase: MARTÍN LÓPEZ, J.: «Planificación fiscal agresiva y normas antiabuso en el derecho de la Unión Europea: análisis de las últimas tendencias», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 2015.

⁵⁹ MAROTO SÁEZ, A.: «Medidas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional», *Documentos de Trabajo*, Instituto de Estudios Fiscales (IEF), n.º 22, 2005, pág. 9.

los Estados miembros de usar este tipo de cláusula viene motivado por el riesgo de doble imposición en determinadas situaciones: a) cuando los Estados miembros no gravan determinados tipos de rentas sin tener en cuenta si esa renta está sujeta a tributación en el otro Estado contratante; o, b) cuando los Estados de manera unilateral dejan exenta determinados tipos de rentas extranjeras, independientemente de si está o no gravada en el Estado de la fuente.

A este respecto, la citada recomendación invita a los Estados miembros a incluir en sus CDI una cláusula de sujeción que podría formularse como sigue: «En caso de que el presente Convenio establezca que un elemento de la renta es imponible solamente en uno de los Estados contratantes o que puede gravarse en uno de los Estados contratantes, el otro Estado contratante deberá abstenerse de gravar dicho elemento únicamente en el caso de que ese elemento esté sujeto a imposición en el primer Estado contratante»⁶⁰. Con base en ello, los Estados miembros, en la celebración de CDI entre sí o con terceros Estados, se comprometerían a no gravar un determinado elemento de los ingresos salvo que el mismo no esté sujeto a imposición en el otro Estado contratante. Es decir, ese compromiso se mantiene si una determinada renta está sujeta a imposición en la otra parte del Convenio.

De manera casi idéntica, el Modelo de Convenio de la OCDE (MC OCDE), en sus comentarios 15 y 16 al artículo 1, propone la cláusula de sujeción al impuesto como medida contra la utilización de sociedades instrumentales o *conduit companies*⁶¹. No obstante ello, la propia OCDE –en su comentario 15 al art. 1 del MC OCDE–, concedora de que la introducción de este tipo de cláusulas corresponde a los Estados, no recomienda, «por varias razones», el uso de esa clase de disposiciones.

Quizás, debido a la posición no favorable de la OCDE, la recomendación de introducir una cláusula de sujeción por parte de la Comisión no ha tenido, al menos por ahora, un significativo reflejo en los convenios celebrados entre Estados miembros o con terceros Estados. En este sentido y a título de ejemplo, cabe destacar que en la red de convenios española, puede encontrarse este tipo de cláusula principalmente en relación con los cánones (art. 12 del MC OCDE). Así pues, en los CDI firmados entre España, por un lado, y Canadá (1981, modificado en 2015), Polonia (1982) y Túnez (1987), por otro, se ha incluido una cláusula de sujeción bajo la fórmula «siempre que los cánones estén sujetos a imposición en el otro Estado contratante». La ausencia de tributación en el Estado de la fuente, pues, va condicionada a que los cánones estén gravados en el Estado de residencia.

Cabe señalar que la fórmula propuesta por la Comisión en su recomendación está haciendo referencia a la existencia o no de tributación como determinante para que la cláusula de sujeción opere o no. De forma que la baja tributación en el Estado de residencia impediría la aplicación

⁶⁰ *Commission Recommendation C-(2012) 8806 final of 6.12.2012 on aggressive tax planning*, Bruselas, 2012, pág. 4.

⁶¹ Por *conduit companies* se entiende la utilización de una entidad instrumental residente en un Estado con CDI con el Estado de la fuente, con la finalidad de minimizar la tributación en el Estado de la fuente en relación con una renta cuyo destinatario o propietario es una persona o entidad residente en un Estado que no tiene CDI con el Estado de la fuente (MAROTO SÁEZ, A.: «Medidas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional», ob. cit., pág. 10).

de la cláusula. Piénsese, por ejemplo, que el beneficiario efectivo de los cánones residiese en un Estado miembro donde se ha establecido un régimen de propiedad industrial que beneficia los cánones y otras rentas derivadas de la explotación de intangibles. Consecuentemente y a pesar del bajo tipo impositivo aplicado a los cánones, no podría operar la cláusula de sujeción, pues como reza la fórmula de la Comisión ese elemento de renta solamente tributaría en el Estado de la fuente ante la no tributación en el Estado de residencia.

A este respecto ha de traerse a colación la propuesta contenida en el Informe Final de la Acción 6. Este informe propone nuevas disposiciones para el artículo 11 (intereses), el artículo 12 (cánones) y el artículo 13 (otras rentas) de los convenios bajo la condición de definir «régimen tributario especial». Conforme a la nueva propuesta para el artículo 12, «los cánones procedentes de un Estado contratante y cuyo beneficiario efectivo sea residente en el otro Estado contratante podrán ser gravados en el primer Estado contratante conforme a la normativa nacional si ese residente está sujeto a un régimen tributario especial...»⁶². Con ello, se permite la tributación en el Estado de la fuente cuando existe un régimen tributario especial en el Estado de residencia y este es definido en el convenio⁶³. Con base en la citada propuesta, se entiende por régimen tributario especial «cualquier disposición legislativa o reglamentaria, así como práctica administrativa que provea una tributación efectiva especial a esa renta o beneficio, ya sea por medio de reducciones en el tipo de gravamen o en la base imponible [...] Sin embargo, el término no debe incluir disposiciones legislativas, reglamentarias o práctica administrativa» cuya aplicación «no beneficie desproporcionadamente esos intereses, cánones u otras rentas, o cualquier combinación de ellos» o bien «que, a excepción de los ingresos financieros, cumpla con un requisito de actividad sustantiva».

Por ende, esta definición excluye del término «régimen tributario especial», en primer lugar, los casos en que su aplicación implique un beneficio proporcionado⁶⁴ y, en segundo lugar, los supuestos en los que quede probada la existencia de una actividad económica sustantiva. Probablemente, esta segunda excepción a la definición de régimen tributario especial esté pensando

⁶² OECD (2015): *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, Action 6: Final Report, OECD Publishing, págs. 96-98.

⁶³ La incorporación de esta cláusula de sujeción a la red española de convenios tendrá un impacto relativo. Si bien la OCDE prevé un sistema de tributación exclusiva en el Estado de residencia del beneficiario efectivo de los cánones, el Estado español se apartó de tal criterio hasta el año 2010, optando por un sistema de imposición compartida entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente. Por ende, la gran mayoría del centenar de CDI suscritos por España mantienen el criterio de tributación compartida. Esto es, la cláusula de sujeción propuesta en el Informe Final de la Acción 6 podría afectar a los nuevos CDI que hayan establecido la tributación exclusiva en el Estado de residencia.

⁶⁴ Dada la excepción del «beneficio proporcionado» de la Acción 6, es menester abordar la interpretación de este criterio. La justificación para introducir un régimen tributario especial se basa en la existencia de valores constitucionales u otros intereses públicos (fines extrafiscales), de forma que los incentivos fiscales deben ser proporcionales al objetivo no fiscal perseguido. Una norma especial para fomentar fiscalmente la I+D+i será considerada proporcional solamente cuando el mismo resultado no pueda ser alcanzado con otra medida menos falseadora. En particular, la cuantía e intensidad de la renta que se ve beneficiada por la medida debe limitarse al mínimo necesario para que la actividad de I+D+i sea efectuada. Por lo tanto, será proporcional (y razonable) aquella medida que mantenga un equilibrio entre la efectividad en la consecución del objetivo –promoción I+D+i– y el impacto que esa medida tenga en los recursos públicos.

en la posibilidad de exceptuar de la aplicación de esta cláusula aquellos regímenes de *patent box* que, siguiendo la Acción 5, se han adecuado al enfoque del nexo –como es el caso de los regímenes español e italiano, entre otros–. De igual modo, Estados Unidos ha introducido en su nuevo Modelo de Convenio (en adelante MC EE. UU.)⁶⁵ normas sobre regímenes tributarios especiales destinadas a evitar la doble no imposición cuando el contribuyente hace uso de las disposiciones del convenio, combinadas con regímenes tributarios especiales, para conseguir la nula o baja tributación en los Estados parte del tratado. Aunque el MC EE. UU. se inspira en la iniciativa de la OCDE, se aparta, en parte, de la definición de régimen tributario dada en la Acción 6⁶⁶.

De esta forma, la posición de la Comisión Europea reflejada en su recomendación de diciembre de 2012 de introducir una cláusula de sujeción puede verse reforzada. A diferencia de la fórmula que proponía la Comisión en su Recomendación, el Informe Final de la Acción 6 no establece la ausencia de tributación como condición para gravar un determinado tipo de renta en el Estado de la fuente, sino que la condición de someter a gravamen tal renta viene condicionado por la existencia de un régimen tributario especial en el Estado de residencia. Por lo tanto, esta fórmula es más acertada y se aproxima más a la realidad que plantean los denominados regímenes de *patent box*.

En lo que a la I+D+i se refiere, la Comisión ha identificado siete modelos de estructuras de planificación fiscal agresiva, entre los cuales se encuentran, por un lado, dos escenarios relativos a propiedad industrial y, por otro, los regímenes de *patent box*⁶⁷. En este estudio de la Comisión se considera que los regímenes de *patent box* promueven directamente estructuras de planificación fiscal agresiva. En concreto, señala que el beneficio fiscal que este régimen concede a determinadas rentas derivadas de propiedad industrial incentiva a los grupos empresariales a establecer estructuras de *patent box* para así poder disfrutar de la ventaja fiscal de dicho régimen⁶⁸.

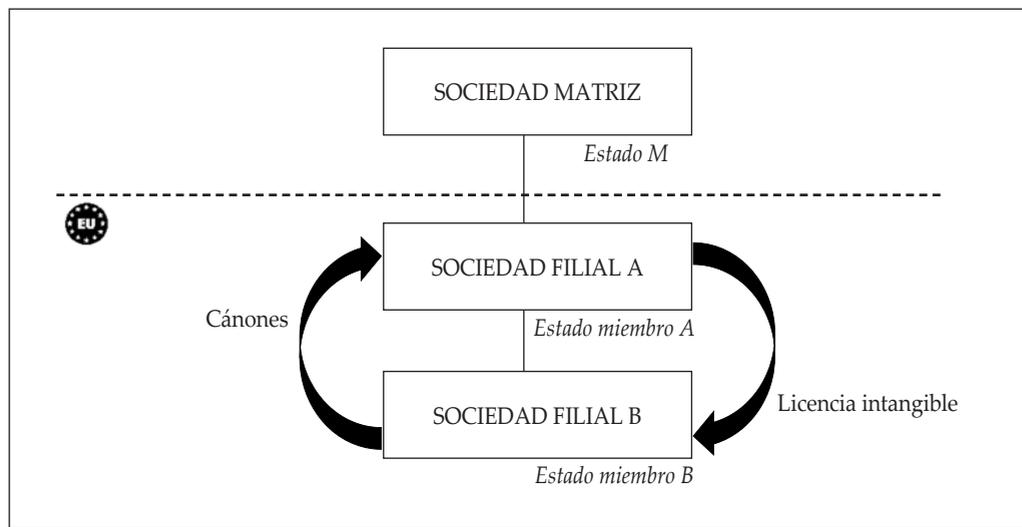
⁶⁵ El nuevo MC EE. UU. ha sido publicado en el sitio web del *U.S. Department of the Treasury* el 17 de febrero de 2016 (<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/treaties.aspx> [fecha consulta: 19 de febrero de 2016]).

⁶⁶ Previamente a la publicación del nuevo MC EE. UU., se elaboró un borrador que fue sometido a consulta pública en mayo de 2015. En dicho borrador, se incluía una definición de «régimen tributario especial» que, al igual que el Informe Final de la Acción 6, excluía las disposiciones legislativas, reglamentarias o la práctica administrativa cuyo beneficio no resultara desproporcionado y, por otro lado, cuando, en relación con los cánones, cumplierse «con un requisito de actividad sustantiva». El artículo 3.1 l) del MC EE. UU. ya no hace referencia al beneficio desproporcionado ni a la presencia de una actividad sustantiva, sino que ha acotado una serie de circunstancias bajo las cuales una ley, disposición reglamentaria o práctica administrativa serán tratadas como un régimen tributario especial.

⁶⁷ EUROPEAN COMMISSION: *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators (Final Report)*, Taxation Papers, Working Paper n.º 61, 2015, págs. 7 y 8. Para tal identificación se han observado una serie de indicadores, entendidos como características generales de un sistema tributario que facilitan la planificación fiscal agresiva. Indicadores que pueden ser activos –esto es, que promueve directamente una estructura de planificación fiscal agresiva– o pasivos (EUROPEAN COMMISSION: *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators (Final Report)*, ob. cit., pág. 51).

⁶⁸ EUROPEAN COMMISSION: *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators (Final Report)*, ob. cit., pág. 51.

Figura 1. Estructura grupo multinacional



En la **figura 1**, la «Sociedad Filial A» y la «Sociedad Filial B» son residentes en diferentes Estados miembros, y entidades vinculadas dentro del grupo multinacional liderado por la «Sociedad Matriz», residente en un tercer Estado (Estado «M»). Si el Estado miembro «A» concede un régimen de *patent box*, los cánones gozarán de una baja tributación. Como la Directiva 2003/49/CE⁶⁹ resulta de aplicación, los cánones no son objeto de tributación (*withholding tax*) en el Estado de la fuente (Estado miembro «B»). Finalmente, si el Estado «M» no cuenta con un régimen de transparencia fiscal internacional (en adelante TFI o *CFC rules*), esa renta tampoco puede ser atribuida a los accionistas de la «Sociedad Matriz».

El favorecimiento de este tipo de estructuras (figura 1) por los regímenes de *patent box* u otros regímenes de propiedad industrial similares es lo que hace que sean considerados como un indicador de planificación fiscal agresiva, a menos que el régimen sea consistente con el denominado enfoque del nexo. En este mismo escenario (figura 1), si la «Sociedad Filial A» crea y desarrolla el intangible cuyo uso cede a la «Sociedad Filial B», se beneficiará del *patent box* consistente con el enfoque del nexo del Estado miembro «A» por haber incurrido en los gastos de I+D+i; y los cánones seguirán exentos en el Estado de la fuente (Estado miembro «B») por aplicación de la Directiva 2003/49/CE. Por lo tanto, seguimos hablando de una baja tributación en el Estado de residencia y de la exención de gravamen en la fuente. Pero asegurando que la ventaja fiscal del régimen se aplique a aquella entidad que crea y desarrolla el intangible.

⁶⁹ Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados.

Del estudio de la Comisión se deduce que un régimen de *patent box* deja de tener la consideración de indicador de planificación fiscal agresiva cuando se basa en el enfoque del nexo. No obstante, en nuestra opinión, la adaptación de los regímenes de *patent box* al enfoque del nexo no implica la ausencia de planificación fiscal, sino la presencia de sustancia. En efecto –y como se ha dejado apuntado–, el enfoque del nexo pretende establecer un vínculo entre la tributación de los beneficios procedentes de la propiedad industrial y el lugar en el que se crea el valor. Pero el estímulo por obtener una menor carga tributaria se mantiene (dado que podría decirse que existe un derecho a minimizar la carga tributaria), y seguirá siendo incentivo para que las empresas favorezcan la creación de estructuras de propiedad industrial –lo cual, recuérdese, es el pretendido objetivo de los regímenes de *patent box*–.

Atendiendo al tenor literal de la definición de planificación fiscal agresiva de la Recomendación 2012/772/UE, la situación de doble no imposición (o de deducciones dobles) que se da en este tipo de escenarios (figura 1) no se debe a la existencia de una conducta abusiva o fraudulenta –y susceptible de ser sancionada–, sino a las discordancias, incoherencias o lagunas de los diferentes sistemas fiscales. El enfoque del nexo, susceptible de ser entendido como una especie de norma antiabuso, impide el disfrute del régimen de *patent box* cuando no existe una actividad creadora de valor detrás de la renta. El fenómeno de la planificación fiscal «agresiva» es distinto del abuso del derecho, por lo que las normas antiabuso no son adecuadas para luchar contra la explotación de las disparidades transfronterizas. En consecuencia, podría hablarse, como nuevo paradigma, de planificación «sustantiva» dada la citada vinculación entre la tributación de los beneficios y el lugar en el que se realiza la actividad económica.

3. EL PLAN DE ACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA CONTRA LAS PRÁCTICAS FISCALES ELUSIVAS, ¿ÚLTIMA PARADA?

El 17 de junio de 2015 la Comisión Europea publicó su Comunicación *Un sistema de imposición justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*⁷⁰. La fiscalidad corporativa se erige como piedra angular de un sistema fiscal equitativo y eficaz, dada la importante fuente de ingresos que supone para los Estados miembros, pero también dado el rol que juega en las decisiones comerciales de las empresas, como ocurre en las inversiones y actividades de I+D+i. Las tradicionales estructuras empresariales han dado paso a esquemas corporativos complejos que buscan deslocalizar sus activos y situar sus beneficios empresariales en territorios de baja o nula tributación. De hecho, durante muchos años, el Código de Conducta se ha considerado un instrumento eficaz para abordar la competencia fiscal en el mercado único. No obstante, dada esa mayor sofisticación de la planificación fiscal de las empresas, así como la intensificación de la competencia entre los Estados miembros, se hace necesaria la búsqueda de nuevas herramientas dado que los actuales instrumentos han alcanzado sus límites. Es bien sabido que los intangibles

⁷⁰ COM (2015) 302 final: *Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*, Bruselas, 17 de junio de 2015. Una visión completa de las cinco áreas de actuación puede verse en: ADORJAN, T y VELDHIJZEN, R.: «EU Introduces Plans Regarding a Fair and Efficient Corporate Tax System», *European Taxation*, 2015.

son fácilmente desplazables e importantes conductores de valor económico (y científico)⁷¹. Ciertamente, la naturaleza de las actividades de I+D+i hace relativamente sencillo su traslado de un país a otro. La globalización y la innovación tecnológica han contribuido a dicha movilidad⁷², creando un entorno económico global, digital y móvil. Por ende, este tipo de actividades pueden representar un riesgo de erosión de las bases imponibles y traslado de los beneficios.

Este problema, abordado por la OCDE desde el año 2013, no menoscaba únicamente los principios de justicia tributaria, sino que además genera una competencia injusta con aquellos contribuyentes que, dada su dimensión nacional, no pueden desarrollar este tipo de prácticas. En esencia, estas prácticas fiscales perjudiciales pueden llevar al desvío de la carga tributaria a bases menos móviles, como el trabajo, la propiedad o el consumo, a fin de luchar contra la pérdida de ingresos públicos o asegurar la recaudación de fondos públicos. Este desvío en la estructura fiscal puede conducir a un sistema tributario menos eficiente en cuanto a su impacto en el crecimiento y empleo a medio y largo plazo⁷³.

Asimismo, existe una falta de coordinación en esta materia entre los Estados miembros, por lo que las empresas operan en un mercado interno único, pero con 28 sistemas fiscales diferentes. Ello conlleva una falta de seguridad jurídica, principio esencial para dar claridad y estabilidad a las transacciones, así como para crear un clima favorable a las inversiones en innovación tecnológica y al desarrollo de actividades de investigación científica. Este escenario perjudica especialmente a las pequeñas empresas, núcleo esencial en la economía europea, que dadas sus dificultades para realizar I+D+i se encuentran, en muchas ocasiones, perdidas en un complejo entramado de normas tributarias. En efecto, según datos de *Eurostat* (noviembre 2015), nueve de cada diez empresas europeas tiene plantillas inferiores a los diez trabajadores. En el año 2012, fueron creadas 2,3 millones de empresas en la UE, de las cuales, el 70,8% carecía de trabajadores. Estas microempresas, así como el emprendedurismo, generan, al mismo tiempo, un importante volumen de empleo y también menores niveles de desempleo en el contexto europeo⁷⁴.

⁷¹ A tenor de la Acción 3 del Proyecto BEPS, los cánones y otras rentas derivadas de propiedad industrial son geográficamente desplazables y consecuentemente erosionan las bases imponibles e implican un riesgo de traslado de los beneficios (OECD [2015]: *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3: Final Report, 2015, págs. 44-45).

⁷² OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report, 2015, pág. 11.

⁷³ *A contrario sensu*, la Comisión Europea considera que, dado que algunas categorías tributarias son conocidas por ser menos perjudiciales para el crecimiento que otras, como los impuestos sobre los rendimientos del trabajo, un *growth-friendly tax* puede generar una riqueza estable y eficientemente dinámica. Por ende, la reducción de la carga tributaria sobre el trabajo (especialmente para los grupos más vulnerables) podría estimular el trabajo, reduciendo desincentivos laborales e incrementando la demanda laboral al reducir costes relativos al trabajo. Por otra parte, la disminución de la carga tributaria sobre el consumo podría reducir la presión fiscal sobre el ahorro (EUROPEAN COMMISSION: *Tax reforms in EU Member States*, Working Paper n.º 38, 2013, págs. 48-49).

⁷⁴ Estos datos pueden consultarse en: <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7076793/4-17112015-AP-EN.pdf/1db58867-0264-45c0-94bf-ab079e62d63f> (fecha acceso: 19 de noviembre de 2015). En 2012, Grecia con un 96,7% es el Estado miembro con mayor volumen de microempresas en su territorio. Seguido por Portugal (95,2%), Italia (94,9%) y España (94,5%). En la otra cara de la moneda, se encuentran los países del centro y norte de Europa, como Alemania (82,3%), Austria (87,1%) y Luxemburgo (86,8%).

El denominado *EU-BEPS* tiene como objetivo el establecimiento de un sistema de fiscalidad corporativa donde los beneficios o rendimientos empresariales tributen en aquella jurisdicción donde el valor es realmente creado. El relanzamiento de la BICCIS se encuentra en el corazón de este plan. Esta propuesta, lanzada por la Comisión en 2011⁷⁵, «podría constituir un instrumento extremadamente eficaz para alcanzar el objetivo de una fiscalidad más justa y eficaz»⁷⁶. Se plantea como la principal herramienta en la lucha contra la planificación fiscal agresiva, incorporando recientes desarrollos internacionales y atribuyendo rentas allí donde el valor ha sido creado.

En este sentido, la Comisión considera la BICCIS como una solución global al traslado de beneficios⁷⁷. Así pues, las empresas solo tendrían que atender a un único conjunto de normas para calcular su renta imponible –en lugar de afrontar hasta 28 sistemas diferentes–, pudiendo, además, compensar las pérdidas sufridas en un Estado miembro con los beneficios obtenidos en otro. La BICCIS eliminaría disparidades entre los sistemas nacionales que llevan a las prácticas fiscales abusivas y excluiría la posibilidad de emplear los regímenes preferenciales para el traslado de beneficios. Igualmente, se estima que mediante esta base común, los Estados miembros tendrían una respuesta uniforme frente a las empresas extranjeras controladas (CFC), con el objeto de impedir el traslado de beneficios hacia territorios de baja o nula tributación. Precisamente, en este contexto, los trabajos de la OCDE relativos a las *CFC rules* serán tenidos en cuenta en la nueva BICCIS⁷⁸.

En comparación con la propuesta de 2011⁷⁹, se prevé que la BICCIS sea obligatoria para las empresas con ingresos globales superiores a 750 millones de euros anuales. En la nueva propuesta de directiva (octubre 2016), la Comisión Europea ha planteado un tratamiento favorable de los costes en I+D haciendo estos totalmente deducibles en el año fiscal en que han sido incurridos, con la excepción de los gastos relativos a los bienes inmuebles⁸⁰. Adicionalmente, prevé la introducción de

⁷⁵ COM (2011) 121/4: *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Bruselas, 16 de marzo de 2011.

⁷⁶ COM (2015) 302 final: *Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*, Bruselas, 17 de junio de 2015, pág. 8

⁷⁷ En octubre de 2016, la Comisión, siguiendo su Plan de Acción iniciado en junio de 2015, ha propuesto una importante reforma del IS en el marco de la UE. Destaca el relanzamiento de la BICCIS a partir de dos propuestas de Directiva. Primero, la propuesta de Directiva de una base imponible común del impuesto sobre sociedades (COM (2016) 685 final: *Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base*, Estrasburgo, 25 de octubre de 2016) y, segundo, la propuesta de Directiva de la base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (COM (2016) 683 final: *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Estrasburgo, 25 de octubre de 2016).

⁷⁸ COM (2015) 302 final: *Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*, Bruselas, 17 de junio de 2015, pág. 10.

⁷⁹ COM (2011) 121/4: *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Bruselas, 16 de marzo de 2011.

⁸⁰ Ello constituye la norma básica en materia de I+D, ya contemplada en la propuesta de Directiva de 2011 (en su art. 12).

una deducción mejorada o reforzada (*enhanced allowance*)⁸¹. De ahí que la Comisión indique que los incentivos a la I+D «no solo se mantienen, sino que también se intensifican y racionalizan»⁸².

Esta propuesta no resulta, en nuestra opinión, satisfactoria en lo relativo al tratamiento de la I+D+i. No obstante, debe valorarse el cambio dado respecto a la propuesta inicial de la BICCIS de 2011, pues en ese momento, más allá de la deducibilidad de los costes por I+D, no se incluía ningún precepto acerca de qué entender por incentivo fiscal⁸³. En este sentido, se planteaba TRAVERSA cómo interactuaría el proyecto de la BICCIS con las normas sobre ayudas de Estado, dado que las directrices sobre ayudas estatales de la Comisión Europea permiten a los Estados miembros adoptar un amplio abanico de incentivos fiscales, a nivel corporativo, dirigidos a diferentes metas como la I+D+i o la protección ambiental, entre otros⁸⁴.

En primer lugar, la nueva propuesta de la BICCIS plantea un «tratamiento favorable» a la I+D(+i) basado, como se ha indicado, en la completa deducibilidad de los costes en I+D en el año fiscal en que han sido incurridos. Debe apuntarse que, por lo general, los gastos en I+D(+i) son deducibles fiscalmente⁸⁵. Por lo que, no puede hablarse de un «tratamiento fiscal favorable» dado que esa propuesta no resulta, en ningún caso, rompedora⁸⁶. Pues, en la gran mayoría de los Estados miembros ya está contemplada la deducibilidad de los gastos en I+D(+i)⁸⁷ y porque, ciertamente,

⁸¹ COM (2016) 685 final: *Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base*, Estrasburgo, 25 de octubre de 2016, págs. 7, 9 y 10. Estas son las dos opciones en lo que se refiere al tratamiento de la I+D que la Comisión Europea planteó en una consulta pública sobre la BICCIS, abierta desde el 8 de octubre de 2015 hasta el 8 de enero de 2016: http://ec.europa.eu/taxation_customs/common/consultations/tax/relaunch_ccctb_en.htm (fecha consulta: 3 de noviembre de 2016).

⁸² COM (2016) 685 final: *Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base*, Estrasburgo, 25 de octubre de 2016, pág. 8.

⁸³ COM (2011) 121/4: *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Bruselas, 16 de marzo de 2011.

⁸⁴ TRAVERSA, E.: «Tax Incentives and Territoriality within the European Union: Balancing the Internal Market with the Tax Sovereignty of Member States», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 3, 2014, págs. 321-322. De manera similar, LUJA, R.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). European Union Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, 2015, pág. 76.

⁸⁵ En cuanto a la deducibilidad de este tipo de gastos en el panorama español, véase: NAVARRO FAURE, A.: «Los gastos deducibles derivados de la propiedad intelectual e industrial», *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, n.º 6, 2012; y NAVARRO FAURE, A.: «El régimen jurídico-tributario de la propiedad industrial en España», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 58, 2002.

⁸⁶ La *Confédération Fiscale Européene (CFE)*, en su *Opinion Statement FC 1/2016 on the public consultation Relaunch of the CCCTB*, considera que debe establecerse un nexo que permita asegurar que los gastos en I+D+i realmente incurridos en un Estado van a ser deducibles.

⁸⁷ Pueden verse los Informes Nacionales recogidos en el vol. 100a de los *Cahiers de Droit Fiscal International* de 2015, *inter alia*: MITTERLEHNER, K. y MITTERLEHNER, M.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Austria Report», ob. cit., pág. 128; DALSGAARD, D. y WINTHER-SØRENSEN, N.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Denmark Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, pág. 265; KÜNNAPAS, K.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Estonia Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, 2015, pág. 279; RAJAMÄKI, A.: «Tax

no está confiriendo una ventaja fiscal adicional en la promoción de la I+D(+i) en relación con otras actividades⁸⁸. Por ende, puede entenderse que la intención de esta propuesta es a fin de la mera armonización de estándares. En segundo lugar, propone la introducción de una deducción mejorada, permitiendo que los contribuyentes se apliquen, hasta 20.000.000 de euros de gastos en I+D, una superdeducción (adicional) del 50 % anualmente⁸⁹. Sin duda, estas deducciones mejoradas suponen un fuerte estímulo fiscal a la I+D(+i), no obstante, no nos resulta la opción más adecuada en términos de efectividad en la consecución del objetivo y de adecuación a los principios de justicia tributaria.

Esas deducciones mejoradas o especiales en la base imponible permiten a las empresas deducir de su base un importe superior al gasto en I+D+i realizado, lo que supone una forma de ahorro fiscal (dependiendo del tipo impositivo, al operar en la base imponible)⁹⁰. De esta forma, se está concediendo una ventaja fiscal que va más allá del gasto en I+D+i incurrido por el contribuyente en la realización de las actividades de investigación. Es decir, cabría hablar de un beneficio fiscal no proporcionado al gasto o esfuerzo inversor.

A nuestro juicio, los incentivos fiscales a la I+D+i como actividad deben contemplarse a nivel de cuota y no de la base imponible. El extendido crédito fiscal (*tax credit* o *crédit d'impôt*) a la I+D+i permite aplicar un porcentaje de deducción que actúa directamente sobre la cuota íntegra, no dependiendo, así, del tipo impositivo del impuesto⁹¹. Asimismo, esta deducción en cuota puede configurarse como un sistema mixto, en el sentido de que permita beneficiar al sujeto que cuenta con una trayectoria regular en I+D+i («sobre el volumen»), así como beneficiar significativamente a aquel sujeto que, de manera progresiva, aumenta su esfuerzo inversor en I+D+i («sobre el incremento»). Lógicamente, este tipo de incentivo, es decir, la deducción en cuota, no formaría parte de la BICIS, sino que cada Estado, con base en sus competencias en materia tributaria, decidiría sobre su configuración. Consecuentemente, no sería un extremo uniformado, por lo que las empresas atenderían hasta a 28 sistemas en materia de deducciones en I+D+i.

En lo que se refiere al *patent box*, la propuesta de la Comisión no ha entrado a valorar estos regímenes, los cuales, en la actualidad, operan a nivel de la base imponible (v. gr. España o Bélgica) o bien

Incentives on Research and Development (R&D). Finland Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, 2015, pág. 292.

⁸⁸ En términos generales, los gastos contables (esto es, los incluidos en la cuenta de pérdidas y ganancias) son normalmente deducibles en el año fiscal en que han sido incurridos. Por lo tanto, la deducibilidad fiscal no solamente cubre los costes en I+D+i, sino también otro tipo de gastos incurridos por los contribuyentes en el desarrollo de su actividad empresarial (bajo ciertas condiciones dependiendo de cada país).

⁸⁹ En el caso de que los gastos en I+D vayan más allá de los 20.000.000 de euros, los contribuyentes podrán deducirse el 25 % de la cantidad excedente. Por otra parte, con el objetivo de apoyar a las pequeñas empresas y emprendedores, se establece una deducción mejorada para este tipo de empresas que no se encuentren vinculadas a otras empresas y que sean particularmente innovadoras (cubriendo en particular a las denominadas *start-ups*). Los contribuyentes elegibles podrán deducirse el 100 % de sus gastos en I+D siempre y cuando no superen la cuantía de 20.000.000 de euros.

⁹⁰ CORCHUELO MARTÍNEZ-AZÚA, M. B.: «Incentivos fiscales a la I+D en la OCDE: estudio comparativo», ob. cit., pág. 201; OECD (2002): *Tax Incentives for Research and Development: Trends and Issues*, ob. cit., pág. 12.

⁹¹ Véase nota anterior.

se erigen como un tipo de gravamen reducido (v. gr. Reino Unido o Países Bajos). En su Comunicación de junio de 2015, la Comisión únicamente se refería al enfoque del nexo como determinante de la vinculación entre el régimen especial y el lugar donde se genera el valor. Consecuencia lógica si finalmente se establece la BICCIS, será la reconsideración de aquellos *IP boxes* que operan a nivel de base.

Por otra parte, la Comunicación de junio de 2015 se refiere a los obstáculos –como la doble imposición– al desarrollo del mercado único que la UE trató de salvar por medio de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, y la Directiva sobre intereses y cánones. En relación con esta última, su artículo 3 establece que «[l]os pagos de intereses o cánones procedentes de un Estado miembro estarán exentos de cualquier impuesto sobre dichos pagos [...] en dicho Estado de origen, siempre que el beneficiario efectivo de los intereses o cánones sea una sociedad de otro Estado miembro o un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro de una sociedad de un Estado miembro»⁹².

Ahora bien, este tipo de normativa de la UE destinada a levantar obstáculos y evitar la doble imposición, puede involuntariamente llevar a una doble no imposición. Por ello, la Comisión, en su Comunicación de junio de 2015, considera que la refundición en curso de la Directiva sobre intereses y cánones es una oportunidad para que el Consejo actúe sobre este tipo de escenarios. Los últimos trabajos en este sentido apuntan a la introducción de una cláusula *de minimis* en la Directiva de intereses y cánones, similar a la introducida en la Directiva sobre sociedades matrices y filiales⁹³.

A pesar de ello, ha de señalarse que los Estados miembros no están realmente obligados a eximir de tributación los cánones e intereses en el Estado de la fuente. Puesto que, la propia directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros de manera unilateral dejen sin aplicación la misma⁹⁴. Con base en su artículo 5, la directiva «no se opondrá a la aplicación de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a impedir el fraude fiscal y los abusos», y, asimismo, los Estados miembros pueden denegar la aplicación de la directiva «a cualquier transacción cuyo

⁹² Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados.

⁹³ En el documento «BEPS: Presidency roadmap on future work» (6039/16 FISC 20) de 19 de febrero de 2016 se señala el interés de la Presidencia (Países Bajos) en seguir avanzando con los trabajos sobre dicha cláusula antiabuso («*de minimis anti-abuse clause*») y, en concreto, centrándose en el concepto de una cláusula de tributación efectiva mínima (*Minimum Effective Taxation* [MET] *clause*). En este sentido, se plantean dos alternativas, la cláusula MET como único criterio o la cláusula MET combinada con un test de actividad económica. Asimismo, se establece la posibilidad de incluir o referirse al enfoque del nexo (modificado) de la OCDE en la Directiva de Intereses y Cánones. Este documento está disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6039-2016-INIT/en/pdf> (fecha consulta: 18 de marzo de 2016). En el «*Working Party on tax Questions – Direct Taxation*» de 16 de febrero de 2016 se aboga por un tipo efectivo mínimo del 10%. Es decir, los pagos por intereses y cánones quedarían exentos de tributación en el Estado de la fuente cuando el tipo de gravamen resultante de la aplicación del régimen tributario aplicable a esos pagos en el Estado de residencia sea al menos del 10%.

⁹⁴ A pesar de la opinión generalizada acerca de esta prohibición, la realidad es que la misma no existe dado que la directiva permite la adopción de medidas unilaterales que la dejen sin aplicación para neutralizar las prácticas fiscales abusivas. Ahora bien, ciertamente el objetivo principal de la directiva es evitar la doble imposición y asegurar que todas las rentas tributen solamente una vez dentro de la UE (JARASS, L. y OBERMAIR, G. M.: «Unilateral Withholding Tax To Counteract Base Erosion and Profit Shifting», *European Taxation*, 2015, pág. 511).

móvil principal o uno de cuyos principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso». De esta forma, en el actual contexto marcado por las iniciativas de la OCDE y de la UE por neutralizar las prácticas fiscales abusivas, los Estados miembros pueden introducir medidas unilaterales destinadas a impedir el *fraus legis*⁹⁵. Es el caso, por ejemplo, de la no deducibilidad de los cánones en el Estado de la fuente, bajo determinadas condiciones, introducido por Austria en 2014. O, por ejemplo, la propuesta, que realizan JARASS y OBERMAIR, de introducir unilateralmente una retención de todos los pagos por intereses y cánones en el Estado de la fuente⁹⁶.

Si bien podríamos compartir tal propuesta, dada la cobertura de la directiva a la introducción de ese tipo de medidas, en nuestra opinión, como ha quedado apuntado, la vinculación de los regímenes preferenciales al lugar donde se ha generado el valor pasa por la adopción de un enfoque estandarizado, y no a partir de medidas especiales adoptadas unilateralmente –y, por ende, dispersas dentro de un mismo espacio, el mercado interior–.

En el marco de este Plan de Acción, la Comisión Europea lanzó, en enero de 2016, un paquete de medidas para luchar contra las prácticas elusivas (*The Anti-Tax Avoidance Package, The ATA Package*). Este paquete de medidas gira alrededor de tres pilares: la tributación efectiva, de forma que las empresas tributen allí donde se generan los beneficios; la transparencia fiscal, de modo que los Estados miembros tengan la información necesaria para asegurar la justa tributación; y la superación del riesgo de doble imposición, de manera que las empresas que pagan debidamente su cuota tributaria no se vean penalizadas por hacer uso del mercado interior.

Entre los elementos de este paquete, se encontraba una propuesta de Directiva para prevenir las prácticas fiscales abusivas⁹⁷. El 12 de julio de 2016 fue adoptada por el Consejo la Directiva por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (*The Anti-Tax Avoidance Directive, The ATA Directive*), entrando en vigor 20 días después de su publicación en el Diario Oficial de la UE⁹⁸. El ámbito de aplicación de esta directiva son todos los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades (IS) dentro de la UE, así como aquellas filiales de empresas situadas fuera de la UE⁹⁹.

⁹⁵ Incluso, como bien ha reconocido el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), en varias de sus sentencias, la introducción de ese tipo de medidas unilaterales podría estar justificada en la eficacia de los controles fiscales, dado que es una razón imperiosa de interés general (*inter alia*, STJUE asunto *Société Baxter*, § 19).

⁹⁶ JARASS, L. y OBERMAIR, G. M.: «Unilateral Withholding Tax To Counteract Base Erosion and Profit Shifting», *ob. cit.*, págs. 512-514.

⁹⁷ COM (2016) 26 final: *Proposal for a Council Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market*, Bruselas, 28 de enero de 2016.

⁹⁸ Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market.

⁹⁹ Téngase en cuenta que las medidas contenidas en esta directiva serán incorporadas a las legislaciones nacionales, pudiendo no ser el caso de Reino Unido; pues, tras votar favorablemente a la salida de la UE (*brexit*), tomaría la posición de un tercer Estado en relación con la aplicación de la Directiva (MAISTO, G. y MALHERBE, J.: «Les conséquences fiscales du "Brexit"», *Revue de Droit Fiscal*, n.º 29, 2016, pág. 4).

Respecto a las normas sobre CFC, una vez cumplidas las condiciones que determinan que una entidad o establecimiento permanente tiene la consideración de CFC, el artículo 7.2 a) de la *ATA Directive* prevé la inclusión en la base imponible de las rentas no distribuidas de la entidad o establecimiento permanente cuando deriven de una serie de categorías (*entity based approach*), verbigracia cánones u otras rentas generadas por propiedad industrial. Ello no será de aplicación cuando la CFC lleve a cabo una actividad económica de importancia basada en una plantilla, un equipamiento, bienes e instalaciones, de lo que darán fe los hechos y circunstancias relevantes. Los Estados miembros pueden decidir no aplicar esta excepción si la CFC tiene su residencia en un tercer Estado que no forme parte del Acuerdo EEE. Adicionalmente, con base en el artículo 7.3 de la *ATA Directive*, los Estados miembros pueden optar por no considerar una entidad o establecimiento permanente como CFC si un tercio o menos de las rentas de esa entidad o establecimiento permanente pertenecen a alguna de las categorías recogidas. Por su parte, el artículo 7.2 b) de la *ATA Directive* prevé la inclusión en la base imponible de las rentas no distribuidas de la entidad o establecimiento permanente derivadas de mecanismos falseados que se han establecido con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal (*transactional approach*)¹⁰⁰.

Por lo tanto, la *ATA Directive* recoge dos métodos o formas de atribución de rentas a la casa central. Ha de señalarse que, en el caso del denominado *entity based approach*, se recoge una excepción a la inclusión de determinadas rentas cuando exista actividad sustantiva, tales como cánones u otras rentas generadas por propiedad industrial. Probablemente ello esté pensando en el enfoque del nexo y en dejar fuera de la legislación sobre CFC a aquellas rentas que sean elegibles para un régimen de *patent box* consistente. No obstante, cabe apuntar que los requisitos de sustantividad aquí contemplados no coinciden, en puridad, con los requisitos que plantea el enfoque del nexo, por lo que podría darse el caso de que un contribuyente que se beneficia de un régimen consistente respecto de rentas derivadas de propiedad industrial tuviese que probar «los hechos y circunstancias relevantes» de su actividad para quedar fuera del ámbito de las normas sobre CFC. Por ende, como reza la Acción 3, la renta que procede de una actividad económica real debe excluirse del ámbito de aplicación del régimen de TFI. Y, más concretamente, las normas sobre CFC no deben aplicarse cuando la renta esté sometida a tributación conforme a un régimen de *patent box* en línea con el enfoque del nexo¹⁰¹.

Por último, aunque ha sido suprimido del texto final de la *ATA Directive* cabe hacer mención a la *switch-over clause* o cláusula de inversión que preveía el artículo 6 de la propuesta de enero de 2016, dada la incidencia que una cláusula de este tipo podría tener sobre los regímenes de *patent box*, incluso después de su adecuación al enfoque del nexo. Esta cláusula supone un límite a la exención de dividendos de fuente extranjera o las rentas de establecimientos permanentes, procedentes de terceros Estados, exigiendo un tipo nominal del IS en el Estado de localización de la filial o del establecimiento permanente de al menos el 40% del tipo del Estado de la matriz o casa central.

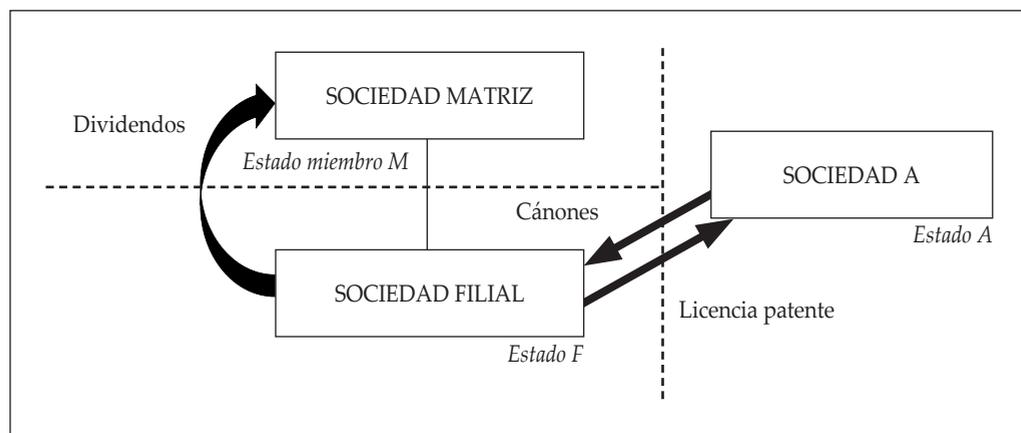
¹⁰⁰ A estos efectos, un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falseados en la medida en que la entidad o establecimiento permanente no poseyera los activos o no hubiera asumido los riesgos que generan una parte o la totalidad de su renta si no estuviera controlada por una sociedad en la que las personas influyentes ejercen funciones, pertinentes en relación con dichos activos y riesgos, que contribuyen a la generación de la renta de la sociedad controlada.

¹⁰¹ Vid. GIL GARCÍA, E.: «The Effect of Anti-Avoidance Provisions Regarding the Promotion of Innovation: Considerations from a Tax Policy Perspective», *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, n.º 10, 2016, págs. 589 y 590.

De modo que, en primer lugar, esta cláusula solamente se aplicaría cuando el contribuyente sea una entidad residente en un Estado miembro de la UE teniendo bajo su control directo una filial residente en un tercer Estado o bien un establecimiento permanente situado fuera de la UE. Segundo, las rentas de esa filial o establecimiento permanente estarían sujetas, en ese tercer Estado, a un tipo de gravamen inferior al 40% del tipo impositivo al que habrían sido gravadas conforme a la normativa del Estado miembro en que se encontrase el contribuyente. Curiosamente, la propuesta de esta cláusula se refería al tipo de gravamen nominal, mientras que en el mismo texto, tanto en la versión inicial como en la aprobada en julio de 2016, el articulado relativo a las normas sobre CFC se refiere al tipo de gravamen efectivo. La *switch-over clause* se refiere a las rentas que el contribuyente recibe por la distribución de beneficios de una entidad extranjera o bien por la enajenación de sus acciones, así como por las rentas que el contribuyente recibe del establecimiento permanente situado en un tercer Estado.

Si tales condiciones se reúnen, el Estado miembro de que se trate no podría dejar exenta de tributación esa renta de fuente extranjera, sino que quedaría gravada aplicando la correspondiente deducción por la deuda tributaria que hubiese pagado en el Estado de residencia¹⁰². La configuración de la cláusula de inversión propuesta por la Comisión iba dirigida a que los beneficios de entidades residentes en Estados de baja tributación, fuesen gravados en el territorio de la UE. Por lo que los grupos empresariales europeos tendrían que revisar el lugar de establecimiento de sus filiales extranjeras, puesto que el cumplimiento de las condiciones indicadas implica la consideración de jurisdicción de baja tributación y, por ende, la no exención de las rentas de fuente extranjera en el Estado de la casa central.

Figura 2. Reparto beneficios intragrupo



¹⁰² Esta cláusula se decanta por el método de imposición para corregir la doble imposición internacional, cuando la entidad residente en un tercer Estado esté sometida a una baja tributación. Recuérdese que el método de imposición somete a tributación las rentas de fuente extranjera permitiendo una deducción en la cuota del impuesto extranjero que haya gravado las mismas, mientras que el método de exención no somete a imposición las rentas de fuente extranjera. El método de imposición presupone que el principio de residencia debe primar sobre el origen de las rentas.

En la **figura 2**, la «Sociedad Matriz» tiene su residencia en el Estado miembro «M» de la UE, cuyo tipo de gravamen del IS es del 25 %. Ejerce el control directo de la «Sociedad Filial», residente en un tercer Estado (Estado «F»). La «Sociedad Filial» crea y desarrolla intangibles, cediendo su uso a la «Sociedad A», residente en el Estado «A». Los cánones que recibe por la licencia de las patentes se benefician de un tipo de gravamen reducido del 9 % (36 % del tipo de gravamen del Estado miembro «M») por la existencia de un régimen de *patent box* consistente con el enfoque del nexo en el Estado «F». Los dividendos que recibe la «Sociedad Matriz», en la distribución de beneficios de la «Sociedad Filial», no podrían beneficiarse de la exención en el Estado de la casa central por aplicación de la *switch-over clause*, sino que tributarían aplicando la correspondiente deducción.

Atendiendo a esa consideración –como se ha dicho– del enfoque del nexo como una especie de cláusula antiabuso, el acceso a un régimen de *patent box* consistente implica la ausencia de práctica abusiva. Por lo tanto, esta *switch-over clause* podría suponer un desincentivo al desarrollo y explotación de intangibles, dado que el beneficio tributario obtenido tras el cumplimiento del requisito de sustantividad quedaría, en cierto modo, neutralizado por la sujeción *a posteriori* en el Estado de la matriz por aplicación de la cláusula de inversión. De esta forma, la introducción de esta cláusula, por un lado, evitaría las situaciones de deducciones dobles o doble no imposición –consecuencia de la planificación fiscal agresiva– y, por otro, podría suponer cierto desincentivo a la creación de intangibles.

A partir de estas cuestiones, cabría hablar de una posible competencia fiscal entre los Estados miembros, dada la disparidad en cuanto al tipo de gravamen dentro del propio territorio de la Unión. En el caso planteado (figura 2), si la casa central residiese en Austria, cuyo tipo de gravamen es del 25 %¹⁰³, los dividendos recibidos de la entidad extranjera quedarían sujetos a imposición en territorio austriaco, mientras que si la casa central fuese residente en Bulgaria, cuyo tipo de gravamen es del 10 %¹⁰⁴, no tributarían dentro de la UE por estar fuera del ámbito de aplicación de la *switch-over clause*. También bajo el prisma de la competencia fiscal, la inclusión de este tipo de cláusula podría colocar a los Estados miembros en una posición menos ventajosa. Puesto que, podría resultar más interesante situar la casa central de un grupo empresarial en terceros Estados –con método de exención– o en otro Estado miembro con un tipo de gravamen menor para así evitar la aplicación de la *switch-over clause* y sus posibles efectos neutralizadores sobre los regímenes de I+D+i. Paradójicamente cabría situar este escenario en el fenómeno de la planificación fiscal. Incluso podría afectar, como apuntan NAVARRO, PARADA y SCHWARZ, a la tasa de empleo de los Estados miembros, dado que la migración empresarial fuera del territorio de la Unión implicaría la pérdida del trabajo generado por tales empresas¹⁰⁵. En efecto, las empresas innovadoras suponen un fuerte impulso para la creación de empleo, especialmente para la contratación de personal investigador

¹⁰³ WORLDWIDE TAX SUMMARIES: *Corporate Taxes 2016/17*, pág. 127 (disponible en: www.pwc.com/taxsummaries [fecha consulta: 1 de abril de 2017]).

¹⁰⁴ WORLDWIDE TAX SUMMARIES: *Corporate Taxes 2016/17*, pág. 299 (disponible en: www.pwc.com/taxsummaries [fecha consulta: 1 de abril de 2017]).

¹⁰⁵ NAVARRO, A.; PARADA, L. y SCHWARZ, P.: «The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts», *EC Tax Review*, vol. 25, n.º 3, 2016, pág. 122.

altamente cualificado. De modo que este tipo de cláusula no solo podría neutralizar el efecto incentivador de las medidas fiscales a favor de la I+D+i, sino además afectar negativamente al empleo.

Con base en todo esto, la supresión de la cláusula de inversión en el texto final de la *ATA Directive* debe valorarse, a nuestro juicio, positivamente.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Los Planes de Acción de la UE y de la OCDE persiguen restituir la simetría perdida entre el lugar en el que los tributos son debidos y el lugar donde el valor es creado. Tradicionalmente esta simetría podía preservarse por la aplicación de los principios de fuente y residencia, pero los desarrollos legales y tecnológicos de las estructuras empresariales dejan a esos criterios desfasados y con la necesidad de su reconsideración (OCDE, 2013). Por un lado, la prevalencia del criterio de residencia para evitar la doble imposición en los convenios ha supuesto la no tributación en el Estado de la fuente. Por otro lado, la introducción de medidas fiscales para favorecer el desarrollo de actividades económicas ha supuesto el vaciamiento de las bases impositivas nacionales. Por lo que, consecuentemente, esta situación ha llevado a la no tributación en ningún sitio, es decir, se ha pasado de la doble imposición a la doble no imposición. Podría decirse que, aun no siendo el objetivo de estos planes, las medidas anti-BEPS suponen reforzar el criterio de residencia. Bajo el objetivo de abordar las prácticas fiscales de elusión y planificación en Europa, las medidas propuestas en el paquete antiabuso de la UE se orientan a asegurar la tributación (efectiva) de determinadas rentas dentro del territorio de la Unión, en concreto en aquel lugar en el que se ha creado el valor; pero no parecen suponer el fin de las estructuras de planificación fiscal¹⁰⁶.

Efectivamente, uno de los pilares inspiradores de estas iniciativas es la sustantividad, de forma que la tributación de los beneficios –v. gr. los derivados de la propiedad industrial– quede vinculada al lugar en el que se ha desarrollado la actividad económica sustantiva –v. gr. la actividad de I+D+i subyacente–. Con ello se evita el traslado de beneficios hacia jurisdicciones de nula o baja tributación en las que no se ha llevado a cabo una verdadera actividad económica, más allá de la mera localización de un intangible. No obstante, el fenómeno de la erosión de la base imponible seguirá existiendo, solo que se producirá allí donde el valor se haya generado. Es decir, la explotación del intangible en el mismo lugar en que este ha sido creado y desarrollado da acceso al régimen de *patent box* basado en el enfoque del nexo y ello permite vaciar legítimamente la

¹⁰⁶ En este sentido, el informe elaborado por el grupo verde del Parlamento Europeo sobre la estructura del grupo IKEA ve este paquete de medidas como un pequeño pero incompleto paso para hacer frente a la elusión fiscal por las grandes empresas en Europa, y como a pesar de las buenas intenciones del paquete parece que va a seguir siendo sencillo para las grandes compañías y los paraísos fiscales europeos continuar con ciertos abusos. Este informe concluye diciendo que el paquete antiabuso presentado por la Comisión no aborda todos los «agujeros» usados por el grupo IKEA para reducir su carga tributaria, por lo que es necesario un paquete de medidas más ambicioso para luchar efectivamente contra la elusión fiscal corporativa en Europa. El informe se encuentra disponible en: <http://www.greens-efa.eu/ikea-flat-pack-tax-avoidance-15188.html> (fecha consulta: 28 de marzo de 2016).

base imponible. Por lo tanto, el *patent box* así configurado se erige como una caja a la innovación, que aun no siendo una caja vacía (*cash box*) *per se* erosiona «sustantivamente» la base imponible.

En otras palabras, las prácticas fiscales abusivas que se pretenden contrarrestar por medio de la aplicación del enfoque del nexo no terminan con la planificación fiscal empresarial, pues dado el efecto incentivador que el *patent box* y otros incentivos representan para las empresas que realizan I+D+i, seguirán estableciéndose estructuras entorno a estos regímenes para disfrutar de sus beneficios, pero todo ello presidido por el elemento de la sustantividad.

Ello nos lleva a la conclusión de que el nuevo paradigma de la denominada era post-BEPS no viene marcado –principalmente en el contexto de los intangibles– por el fin de la planificación fiscal «agresiva», sino por su conversión en planificación fiscal «sustantiva».

Bibliografía

ADORJAN, T y VELDHUIZEN, R. [2015]: «EU Introduces Plans Regarding a Fair and Efficient Corporate Tax System», *European Taxation*.

AIGNER, H. J.; SCHEUERLE, U. y STEFANER, M. [2004]: «General Report» en LANG, M. *et al.*: *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Linde verlag Wien y Kluwer Law International, Londres.

ARGINELLI, P. [2015]: «Innovation through R&D Tax Incentives: Some Ideas for a Fair and Transparent Tax Policy», *World Tax Journal*, vol. 7, n.º 1.

ARGINELLI, P. y PEDACCINI, F. [2014]: «Prime riflessioni sul regime italiano di patent box in chiave comparata ed alla luce dei lavori dell'Ocse in materia di contrasto alle pratiche fiscali dannose», *Rivista di diritto tributario*, n.º 9, parte V.

AULT, H. J.; SCHÖN, W. y SHAY, S. E. [2014]: «Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, n.º 6/7.

BAYONA DE PEROGORDO, J. J. [1991]: *El Derecho de los gastos públicos*, IEF, Madrid.

BAYONA DE PEROGORDO, J. J. y SOLER ROCH, M. T. [1989]: *Derecho Financiero*, vol. 1, COMPAS; 2.ª ed., Alicante.

BRAUNER, Y. [2014]: «BEPS: An Interim Evaluation», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 1.

– [2014]: «What the BEPS?», *Florida Tax Review*, vol. 16, n.º 2.

CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. [2014]: «El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones ("BEPS"): ¿Final, el principio del final o el final del principio?», *Quincena Fiscal*, n.º 1-2.

CORCHUELO MARTÍNEZ-AZÚA, M. B. [2007]: «Incentivos fiscales a la I+D en la OCDE: estudio comparativo», *Cuadernos Económicos de ICE*, n.º 73, Ministerio de Economía y Competitividad.

CORDÓN EZQUERRO, T. [2013]: «La planificación fiscal agresiva y la estrategia de la Comisión UE para combatirla», *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, Instituto de Estudios Fiscales, n.º 7.

- DALSGAARD, D. y WINTHER-SØRENSEN, N. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Denmark Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- DANON, R. J. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). General Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- EASSON, A. y ZOLT, E. M. [2002]: «Tax Incentives», *World Bank Institute*.
- EUROPEAN COMMISSION [2015]: *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators (Final Report)*, Taxation Papers, Working Paper n.º 61.
- FELDER, M. [2013]: *IP Boxes from a European, Liechtenstein and Swiss Perspective*, Schulthess Verlag, Zürich.
- FREEDMAN, J. [2004]: «Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle», *British Tax Review*, n.º 4.
- GIL GARCÍA, E. [2016]: «The Effect of Anti-Avoidance Provisions Regarding the Promotion of Innovation: Considerations from a Tax Policy Perspective», *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, n.º 10.
- JARASS, L. y OBERMAIR, G. M. [2015]: «Unilateral Withholding Tax To Counteract Base Erosion and Profit Shifting», *European Taxation*.
- KÜNNAPAS, K. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Estonia Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- LOEPRIK, J. [2015]: «Indirect Access to Intellectual Property Regimes – Effects on Austrian and German Affiliates», *WU International Taxation research Paper Series*, n.º 13.
- LUJA, R. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). European Union Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- MAISTO, G. y MALHERBE, J. [2016]: «Les conséquences fiscales du "Brexit"», *Revue de Droit Fiscal*, n.º 29.
- MAROTO SÁEZ, A. [2005]: «Medidas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional», *Documentos de Trabajo*, Instituto de Estudios Fiscales (IEF), n.º 22.
- MARTÍN LÓPEZ, J. [2006]: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- [2013]: «La doctrina estadounidense de la sustancia económica como norma general antiabuso en materia tributaria: análisis jurídico de su codificación», *Revista española de derecho financiero*, Civitas, n.º 157.
 - [2014]: «La Norma General Antiabuso del Reino Unido», *Civitas. Revista española de derecho financiero*, n.º 164.
 - [2015]: «Planificación fiscal agresiva y normas antiabuso en el derecho de la Unión Europea: análisis de las últimas tendencias», *Quincena Fiscal*, n.º 8.
- MITTERLEHNER, K. y MITTERLEHNER, M. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Austria Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- NAVARRO FAURE, A. [1993]: *Aspectos jurídico-financieros del Déficit Público. Especial referencia al déficit autonómico*, Generalitat Valenciana, Conselleria d'Economia i Hisenda, Valencia.
- [2002]: «El régimen jurídico-tributario de la propiedad industrial en España», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 58.

- [2012]: «Los gastos deducibles derivados de la propiedad intelectual e industrial», *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, n.º 6.
- NAVARRO, A.; PARADA, L. y SCHWARZ, P. [2016]: «The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts», *EC Tax Review*, vol. 25, n.º 3.
- PALOMERO ÁLVAREZ-CLARO, R. [2012]: «Las medidas antiabuso en la fiscalidad internacional», *Cuadernos de Formación IEF*, Colaboración 12/12, vol. 15.
- PANTALEO, N.; POSCHMANN, F. y WILKIE, S. [2013]: «Improving the Tax Treatment of Intellectual Property Income in Canada», *Commentary No. 379, Fiscal and Tax*, Policy, C.D. Howe Institute.
- PÉREZ BERNABEU, B. [2014]: «R&D&I Tax Incentives in the European Union and State Aid Rules», *European Taxation*, vol. 54, n.º 5.
- PISTONE, P. [2014]: «Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 1.
- RAJAMÄKI, A. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Finland Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- SALGADO BARCA, M. B. y PALLARÉS RODRÍGUEZ, R. [2014]: «El *patent box* en España: análisis del artículo 23 del TRLIS», *Quincena Fiscal*, Aranzadi, 19, noviembre I.
- SANZ-GÓMEZ, R. [2015]: «The OECD's Nexus Approach to IP Boxes: A European Union Law Perspective», *WU International Taxation Research Paper Series*, n.º 12.
- SOLER ROCH, M. T. [2011]: «Las normas antiabuso generales y especiales», *VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros*, Instituto de Estudios Fiscales, n.º 12.
- SPENGLER, C. *et al.* [2013]: «Profit Shifting and "Aggressive" Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform», *ZEW Discussion Paper*, n.º 078.
- SCHÖN, W. [2000]: «Tax Competition in Europe-The Legal Perspective», *EC Tax Review*, vol. 9, n.º 2, Kluwer Law International.
- SCHUCHTER, Y. y KRAS, A.: «Austria - Corporate Taxation (sec. 1.)», *Country Surveys IBFD* (acceso 30 de junio de 2015).
- TAVEIRA TORRES, H. [2012]: «Tributación de intangibles» (Relatoría General), en SERRANO ANTÓN, F.; SIMÓN ACOSTA, E. y TAVEIRA TORRES, H.: *Fiscalidad y globalización*, Aranzadi, Pamplona.
- TRAVERSA, E. [2014]: «Tax Incentives and Territoriality within the European Union: Balancing the Internal Market with the Tax Sovereignty of Member States», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 3.
- VANISTENDAEL, F. [2002]: «Janus with Two Faces, or the Many Faces of Taxation», en ANDERSSON, K.; MELZ, P. y SILFVERBERG, C. (ed.): *Liber Amicorum Sven-Olof Lodin*, Kluwer Law International.
- WAERZEGGERS, C. y HILLIER, C. [2016]: «Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR)», *Tax Law IMF Technical Note*, vol. 1.

de Asuntos Fiscales (CAF) de la OCDE. En segundo lugar, se ha tratado de un proceso inclusivo, dado que la OCDE y el G20 han trabajado conjuntamente, estando también involucrados 14 países en vías de desarrollo y hasta 60 países en desarrollo han participado a través de redes regionales. Por último, la elaboración de los informes finales se ha caracterizado por la transparencia, pues los borradores y documentos preliminares han sido sometidos a información pública.

Como ya se ha advertido, resulta relativamente sencillo para el sujeto pasivo transferir sus rentas, especialmente cuando se trata de dividendos, intereses y cánones, a una empresa extranjera y, por ende, retrasar la tributación o incluso evitar la misma en su Estado de residencia³. Ello se une a las dificultades para definir elusión fiscal (*tax avoidance*), puesto que cada Estado tiene su posición acerca de qué es y cómo afrontarla⁴. La autonomía negocial y personalidad jurídica, unido a la pluralidad de jurisdicciones fiscales, permiten que el contribuyente pueda planificar su actividad económica aprovechando la vulnerabilidad y deficiencias del sistema tributario, o bien las incongruencias existentes entre dos o más jurisdicciones.

La planificación fiscal ha desembocado en estructuras empresariales cada vez más sofisticadas y complejas. Pudiendo hablar, entonces, de planificación fiscal agresiva. Esto es, como apunta la Comisión, el aprovechamiento de los aspectos técnicos de un sistema tributario o de los desajustes entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la responsabilidad tributaria⁵. En tales prácticas influyen la diversidad de los sistemas tributarios de las distintas jurisdicciones, la presencia de regímenes tributarios favorables a la realización de determinadas actividades económicas (o ciertos grupos de sujetos), la existencia de territorios de baja o nula tributación y los convenios para evitar la doble imposición internacional (CDI) –esto es, el *treaty shopping* y otros usos impropios de los CDI–.

La existencia de regímenes preferenciales que pueden favorecer este tipo de prácticas, especialmente en el contexto de la propiedad industrial, es una realidad innegable. A ello contribuye la consideración de la propiedad industrial como un activo altamente valorado por las empresas y su facilidad para desplazarlo de un territorio a otro⁶. Por ejemplo, las actividades y procesos de I+D+i son llevados a cabo en una jurisdicción, mientras que el resultado de las mismas se sitúa en jurisdicciones de baja tributación o que establecen ciertos regímenes especiales, como el *patent box*.

Los Estados se encuentran en la disyuntiva de facilitar los negocios y las transacciones internacionales de sus residentes evitando en la medida de lo posible supuestos de doble imposición

³ AIGNER, H. J.; SCHEUERLE, U. y STEFANER, M.: «General Report» en LANG, M. *et al.*: *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Linde verlag Wien y Kluwer Law International, Londres, 2004, págs. 15-16.

⁴ EASSON, A. y ZOLT, E. M.: «Tax Incentives», *ob. cit.*, pág. 31. En el caso español, no existe una definición legal ni reglamentaria de elusión fiscal, sino que esta puede inferirse de las distintas cláusulas, generales o específicas, que coexisten en el sistema tributario español.

⁵ *Commission Recommendation C-(2012) 8806 final of 6.12.2012 on aggressive tax planning*, Bruselas, 2012, pág. 2.

⁶ SPENGLER, C. *et al.*: «Profit Shifting and "Aggressive" Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform», *ZEW Discussion Paper*, n.º 078, 2013, pág. 2 (<http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13078.pdf>).

internacional de las rentas procedentes de otra jurisdicción y, por otra parte, evitar los supuestos de elusión fiscal mediante el establecimiento de normas antiabuso generales y de carácter especial, tanto en la normativa interna como en los tratados de doble imposición⁷. Se trata, pues, de mantener el equilibrio entre, por una parte, el fomento y el levantamiento de obstáculos en relación con actividades de interés general –como la I+D+i– y, por otra, la salvaguarda de las bases imponibles en el territorio en el que ha tenido lugar la creación de valor.

2. LOS REGÍMENES DE *PATENT BOX*: ¿CAJA DE LA INNOVACIÓN O DE PANDORA?

El fomento de las actividades de I+D+i es una constante en las políticas científicas y económicas de todos los Estados modernos. El interés de incrementar la inversión privada en actividades de I+D+i radica en su consideración como clave de la productividad y del crecimiento⁸, constituyendo, así, base del progreso y bienestar social de un país⁹. Ello puede servir como justificación para financiar actividades científicas y empresariales que pueden favorecer la innovación y, por ende, la acumulación de valiosos activos intangibles¹⁰.

En el caso de España, durante varios años, se ha puesto de manifiesto que era uno de los países desarrollados que menos inversiones había dedicado a la I+D+i, comparado con la media de los países europeos¹¹. A ello podemos unir el hecho de que la investigación se ha realizado

⁷ PALOMERO ÁLVAREZ-CLARO, R.: «Las medidas antiabuso en la fiscalidad internacional», *Cuadernos de Formación IEF*, Colaboración 12/12, vol. 15, 2012, pág. 125.

⁸ OECD (2002): *Tax Incentives for Research and Development: Trends and Issues*, OECD Publishing, París, pág. 2; OECD (2013): *Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*, París, pág. 17; COMISIÓN EUROPEA: *A study on R&D Tax Incentives. Final Report*, Taxation Papers -Working Paper n.º 52, Luxemburgo, 2014, pág. 38.

⁹ *Vid.* CORCHUELO MARTÍNEZ-AZÚA, M. B.: «Incentivos fiscales a la I+D en la OCDE: estudio comparativo», *Cuadernos Económicos de ICE*, n.º 73, Ministerio de Economía y Competitividad, 2007, pág. 197.

¹⁰ ARGINELLI, P.: «Innovation through R&D Tax Incentives: Some Ideas for a Fair and Transparent Tax Policy», *World Tax Journal*, vol. 7, n.º 1, 2015, pág. 5.

¹¹ En la siguiente tabla pueden verse los objetivos marcados para el año 2020 de varios Estados miembros respecto de I+D, así como la situación a noviembre de 2014.

| Objetivos 2020 | I+D noviembre 2014 (en % PIB) | I+D 2020 (en % PIB) |
|----------------|-------------------------------|---------------------|
| Austria | 2,81 % | 3,76 % |
| España | 1,24 % | 3 % |
| Francia | 2,23 % | 3 % |
| Países Bajos | 1,98 % | 2,5 % |

Fuente: elaboración propia a partir de datos Eurostat.

prioritariamente desde el sector público, mientras que nuestras empresas han sido básicamente importadoras de tecnología¹². Cabe entender la investigación como una de las necesidades que debe satisfacer el sector público¹³, pero no únicamente por medio de la formación de investigadores y de la asignación de recursos a centros públicos de investigación, sino fomentando también la investigación realizada desde el sector privado.

Los incentivos fiscales intentan estimular que el sector privado invierta en I+D+i, pero al mismo tiempo llevan aparejada la pérdida de ingresos públicos.

Una vez finalizado el proceso de I+D+i, en el caso de haber obtenido un intangible, su rendimiento podrá ser objeto de gravamen o bien susceptible de beneficiarse de algún tratamiento fiscal especial (*output incentive*)¹⁴. Tan importante resulta promover la inversión en procesos de innovación tecnológica como la explotación de los resultados de la I+D+i, puesto que la ausencia de incentivos puede derivar en un bajo registro de patentes y una baja comercialización de nuevos productos¹⁵. Se trata, pues, en esta fase del proceso de I+D+i de dar un tratamiento preferente a las rentas derivadas de la propiedad industrial, justificando dicho trato en el interés de los Estados por atraer determinadas actividades económicas, evitar la deslocalización de las patentes u otros derechos de propiedad industrial generados en su territorio, así como resultar más competitivos en un mundo cada vez más globalizado¹⁶.

¹² Conforme a la Encuesta sobre Estrategias Empresariales (*Las empresas industriales en 2013. Evaluación de la crisis e Índice de Competitividad de la Empresa Industrial, ICEMPI*) realizada por la Fundación SEPI (febrero 2015), en 2013 el gasto medio de las PYME (empresas industriales de 200 y menos trabajadores) en importación de tecnología fue de 12,5 mil euros, con 2,2 mil euros de exportación de tecnología. Igualmente, la balanza comercial en tecnología también resultó desfavorable para la gran empresa industrial (más de 200 trabajadores), con unas importaciones medias ligeramente superiores a 2,2 millones de euros, que en el caso de las exportaciones se situaron en poco más de 455 mil euros. Por otro lado, según la *Encuesta sobre Innovación en las empresas 2014* elaborada por el Instituto Nacional de Estadística (INE), un total de 18.511 son empresas innovadoras (13,26%), 859 menos que en 2013 y 2.304 menos que en 2012 (estos datos se encuentran disponibles en el sitio web del INE: <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft14%2Fp061&file=inebase&L=0> [fecha consulta: 27 de marzo de 2016]).

¹³ Con base en el artículo 44.2 de la Constitución española, los poderes públicos promoverán «la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general».

¹⁴ De manera simple, diríamos que consiste en la actividad de convertir las ideas en innovaciones.

¹⁵ Tal es el caso que PANTALEO, N.; POSCHMANN, F. y WILKIE, S. apuntan qué ocurre en Canadá; por lo que sugieren la introducción de menos incentivos para desarrollar I+D+i y más para la adopción, comercialización o explotación de los resultados de aquella (PANTALEO, N.; POSCHMANN, F. y WILKIE, S.: «Improving the Tax Treatment of Intellectual Property Income in Canada», *Commentary No. 379, Fiscal and Tax, Policy*, C.D. Howe Institute, 2013, pág. 2).

¹⁶ En la sociedad actual, dado el predominio de la tecnología y la intensa producción de bienes intelectuales y servicios, se puede hablar de una *sociedad de los intangibles*, en virtud de la desmaterialización creciente que se está viviendo en múltiples sectores de la actividad (TAVEIRA TORRES, H.: «Tributación de intangibles» (Relatoría General), en SERRANO ANTÓN, F.; SIMÓN ACOSTA, E. y TAVEIRA TORRES, H.: *Fiscalidad y globalización*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 1.126).

El denominado «*IP box regime*» o régimen del *patent box* se sitúa como figura central dentro de los incentivos a la I+D+i sobre la renta o el resultado. A grandes rasgos, el *IP box* supone una reducción del gravamen para aquellos operadores económicos que desarrollen nuevos productos y procesos protegidos por los derechos de propiedad industrial, o para llevar a cabo determinados servicios¹⁷. En efecto, el objetivo de los *IP boxes* es conceder un incentivo adicional a las empresas para conservar y comercializar las patentes existentes y desarrollar nuevos e innovadores productos patentables¹⁸.

Actualmente, se trata de un incentivo básicamente europeo, pues hasta doce Estados miembros han introducido e implementado este tipo de medidas para estimular, además de actividades de I+D+i, la transferencia de tecnología, así como para atraer patentes y otros intangibles a sus territorios¹⁹. Los regímenes de *patent box* aparecieron por primera vez en Francia e Irlanda alrededor de los años setenta²⁰.

Este tipo de incentivo versa, pues, sobre la renta procedente o generada por activos derivados del proceso de investigación, transferencia e innovación. Y es en este extremo donde difieren de los *input incentives*, pues mientras que estos suponen un apoyo para una inversión mayor en I+D+i, los *output incentives* representan un incentivo adicional para la subsecuente explotación o desarrollo de los resultados obtenidos en el anterior proceso. De esta forma, la obtención de un determinado resultado patentable supone la culminación exitosa de la actividad científica e investigadora. En el caso de explotar dicho activo directamente, ceder su uso o transmitirlo a un tercero, se está obteniendo una renta susceptible de ser gravada. A fin de estimular tales usos, el *patent*

¹⁷ FELDER, M.: *IP Boxes from a European, Liechtenstein and Swiss Perspective*, Schulthess Verlag, Zúrich, 2013, pág. 1.

¹⁸ PÉREZ BERNABEU, B.: «R&D&I Tax Incentives in the European Union and State Aid Rules», *European Taxation*, vol. 54, n.º 5, 2014, pág. 181.

¹⁹ Estos doce países son Bélgica, Chipre, España, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, Reino Unido e Irlanda, que ha introducido recientemente el *knowledge development box*. También en 2011, Liechtenstein y el cantón suizo de Nidwalden introdujeron el régimen del *patent box*. Por su parte, Suiza está llevando a cabo una reforma fiscal que incluye un fuerte paquete en I+D, recogiendo una propuesta de *patent box* basado en la existencia de un nexo y la posibilidad de que los cantones suizos puedan introducir *input incentives*. Por otro lado, Estados Unidos ha lanzado, en julio de 2015, un *discussion draft* con objeto de introducir un régimen de *patent box* (<http://waysandmeans.house.gov/wp-content/uploads/2015/07/Innovation-Box-2015-Bill-Text.pdf> [fecha consulta: 7 de enero de 2016]). De los 28 Estados miembros de la UE, todos, salvo Alemania y Estonia, incluyen algún tipo de incentivo fiscal a la I+D+i. En concreto, el ministro de Finanzas alemán Wolfgang Schäuble criticó, en julio de 2013, el régimen del *patent box*, señalando que el mismo es contrario al espíritu europeo y su único objetivo es atraer compañías (<http://uk.reuters.com/article/2013/07/09/uk-europe-taxes-idUKBRE9680KY20130709> [fecha consulta: 29 de junio de 2015]). Aunque hablamos de un régimen propio de la UE, conforme a la «Table(1)» del *Taxation Papers, Working Paper*, n.º 57, 2015 de la Comisión Europea, China cuenta con un *patent box* respecto de patentes, diseños y modelos y *software*. Dicho régimen fue introducido, según la «Table(2)» del mismo documento, en 2007 y cubre los intangibles preexistentes, así como adquiridos. Respecto a las rentas, están incluidas las ganancias de capital y también la renta derivada de la venta de productos innovadores (*embedded royalties*). Siendo posible también que la I+D haya sido realizada fuera (o dentro del grupo), siempre y cuando al menos un 60% haya sido llevada a cabo en China.

²⁰ COMISIÓN EUROPEA: *Patent Boxes Design, Patents Location and Local R&D*, Taxation Papers-Working Paper n.º 57, Luxemburgo, 2015, pág. 8.

box se presenta como un régimen especial, dado el tratamiento que reciben las rentas derivadas de determinados intangibles. Además de ello, puede decirse que uno de los aspectos más relevantes de este incentivo es que sitúa a la actividad innovadora como un auténtico bien comercial²¹.

Ha de tenerse en cuenta que el *patent box* introduce un tratamiento preferencial para las rentas derivadas de ciertos intangibles o invenciones que ya gozan de la protección de los derechos de propiedad industrial. En efecto, con base en el artículo 4 de la Ley de patentes²², son patentables todas aquellas invenciones que sean nuevas, impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. El derecho de patente permite al inventor, por un periodo limitado (en general, 20 años), impedir que otros hagan uso o vendan su invención sin su consentimiento en aquellos países en los que se ha concedido la patente. El desarrollo y la generación de intangibles son relevantes socialmente, de ahí que el Derecho preste su atención a la propiedad industrial. A través del derecho de patente se premia al inventor para que por un tiempo limitado goce de un derecho en exclusiva para explotar la patente, permitiéndole así recuperar la inversión realizada en la misma e incluso obtener beneficios económicos. Transcurrido ese lapso de tiempo, la patente pasa al dominio público. Ello supone una especie de contrato social²³. Podría parecer este suficiente incentivo para estimular la creación y transferencia de intangibles. Siendo, por ende, debatible la necesidad de conferir un incentivo adicional a través del sistema impositivo.

Por otra parte, hay que tener presente que en un gran número de casos la patente no va a ser registrada en el país en el que esta ha sido creada y desarrollada, sino que se hará en aquel en el que la patente y los derechos de explotación que de ella se derivan van a ser ejercitados. En este sentido, la Oficina Europea de Patentes no exige como requisito legal para acceder al registro la información relativa al lugar de creación. Ello permite situar la patente en aquel territorio que más ventajas supone para su ejercicio, tales como la existencia de una filial, sucursal o cualquier otra dependencia de la entidad dedicada a I+D+i y especialmente la existencia de medidas tributarias especiales como el *patent box*.

Desde una perspectiva empresarial, la innovación es vista como una actividad internacional. Es decir, muy posiblemente, una empresa lleve a cabo su proceso de I+D+i en un territorio diferente de aquel en el que vaya a patentar o registrar el producto y, a su vez, será un tercer país en el que comercialice este último. Esa planificación fiscal empresarial lleva aparejada tanto la pérdida de ingresos públicos como la posibilidad de distorsionar la competencia. Efectivamente, el régimen del *patent box* puede resultar potencialmente dañino al suponer una nula o baja tributación efectiva. Igualmente y en esta misma línea, este incentivo acentúa el riesgo de deslocalización de

²¹ SALGADO BARCA, M. B. y PALLARÉS RODRÍGUEZ, R.: «El *patent box* en España: análisis del artículo 23 del TRLIS», *Quincena Fiscal*, Aranzadi, 19, noviembre I, 2014, pág. 69.

²² Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes (BOE n.º 177, de 25 de julio de 2015).

²³ Suele considerarse que las patentes constituyen un contrato entre el inventor y la sociedad, puesto que el inventor busca obtener un beneficio individual y la sociedad está interesada en fomentar la innovación para la generación de nuevos productos o mejorar los existentes o promover la transferencia de conocimiento.

intangibles y del llamado «*profit-shifting*», esto es, la transferencia artificial de beneficios²⁴. Estos extremos son los que intenta paliar el Plan BEPS de la OCDE. En palabras del profesor PISTONE, el proyecto BEPS debería «desbaratar» aquellas áreas de la planificación fiscal internacional en las que las grandes empresas o grupos multinacionales se benefician de condiciones fiscales privilegiadas bajo la justificación de promover estructuras de I+D, no existiendo en un gran número de casos una conexión real directa entre la I+D y la renta generada por la actividad²⁵. Es, por ello, que la OCDE señala la necesidad de una actividad sustantiva como requisito para la pervivencia de regímenes especiales no contradictorios a las buenas prácticas fiscales. De manera que ha de existir un nexo entre la renta derivada de ciertos intangibles y la actividad generadora de aquella a fin de que la medida fiscal obtenga la denominada «*green light*» en términos de competencia fiscal.

3. LA PRESENCIA DE ACTIVIDAD SUSTANTIVA DETRÁS DEL RÉGIMEN DE *PATENT BOX*: EL ENFOQUE DEL NEXO

En los últimos años, la renta derivada de ciertos activos intangibles puede beneficiarse de medidas fiscales especiales –como reducciones en la base, exenciones o tipos de gravámenes reducidos–. El propósito de los países con la introducción de regímenes de *patent box* es hacer la innovación más atractiva y beneficiosa para las empresas. A pesar de ello, los regímenes de intangibles pueden promover también la elusión fiscal y generar efectos BEPS.

La OCDE pone su atención en los regímenes tributarios preferenciales, y muy especialmente en los regímenes de propiedad industrial. Para que un régimen sea considerado preferencial, debe, primero, referirse a rentas procedentes de actividades que por su naturaleza son fácilmente desplazables –*v. gr.* dividendos, cánones u otras rentas derivadas de intangibles–. En segundo lugar, debe conceder cualquier forma de beneficio fiscal –*v. gr.* una deducción en cuota, una reducción en la base o un tipo de gravamen reducido– en comparación con los principios tributarios generales del país en cuestión²⁶. Ciertamente, en aras de los principios de justicia tributaria existe una prohibición general de ofrecer privilegios fiscales o un tratamiento preferente.

Ahora bien, los incentivos fiscales son compatibles con esos principios siempre y cuando su introducción esté legitimada por valores constitucionales u otras prioridades de interés general. En este sentido, deberán considerarse como justos en nuestro ordenamiento jurídico los gas-

²⁴ Ha quedado evidenciado en diversos estudios que las diferencias en la fiscalidad sobre las personas jurídicas afecta a la localización del capital empresarial y los beneficios. De manera que los países que ofrecen bajos tipos de gravamen atraen más capital y beneficios de las multinacionales (COMISIÓN EUROPEA: *A study on R&D Tax Incentives. Final Report*, Taxation Papers-Working Paper, n.º 52, Luxemburgo, 2014, pág. 43).

²⁵ PISTONE, P.: «Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 1, 2014, pág. 7.

²⁶ OECD (1998): *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, París, págs. 19-35; OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report, págs. 19-22.

tos efectuados para la satisfacción de una serie de necesidades públicas, entre las que destaca la promoción de «la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general» (art. 44.2 CE)²⁷. En otras jurisdicciones de nuestro entorno, existen preceptos constitucionales similares en los que se atribuye a los poderes públicos el estímulo de las actividades de I+D+i. Por ejemplo, conforme al artículo 9 de la *Costituzione della Repubblica Italiana* de 1947, «la República promoverá el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica»²⁸. Por su parte, el artículo 73.4 de la *Constituição da República Portuguesa* de 1976 señala que «la creación e investigación científica, así como la innovación tecnológica se incentivarán y apoyarán por el Estado»²⁹. Igualmente, la *Constitution fédérale de la Confédération suisse* de 1999, en su artículo 64, señala que «la Confederación debe promover la investigación científica y la innovación»³⁰.

El Plan de Acción sobre BEPS pretende desarrollar soluciones para neutralizar los regímenes preferenciales perjudiciales de manera efectiva, teniendo en cuenta para ello factores como la transparencia y la sustantividad (Acción 5)³¹. En esencia, de acuerdo con el Informe Preliminar de la Acción 5, publicado en septiembre de 2014³², se analizaron varias opciones y se propuso el enfoque del nexo (*nexus approach*) como forma de vincular los gastos en I+D+i con la concesión de beneficios fiscales. Dicho de otra forma, se alinea la tributación de los beneficios derivados de la propiedad industrial con el lugar en el que la actividad creadora de esos intangibles ha sido desarrollada. Tomando ese enfoque como modelo, Alemania y Reino Unido, en un comunicado conjunto, propusieron el enfoque del nexo modificado (*modified nexus approach*, MNA), siendo acordado en el contexto del Grupo «Código de Conducta» a finales de 2014³³. Bajo la fórmula del MNA, que se inspira en los denominados «*input incentives*» y cuya naturaleza es proporcional, los beneficios concedidos por los regímenes de *patent box* quedan vinculados con los gastos elegibles (*qualifying expenditures*) en I+D+i incurridos por el contribuyente por sí mismo³⁴.

²⁷ En lo que se refiere al gasto justo puede verse: BAYONA DE PEROGORDO, J. J. y SOLER ROCH, M. T.: *Derecho Financiero*, vol. 1, COMPAS; 2.ª ed., Alicante, 1989; BAYONA DE PEROGORDO, J. J.: *El Derecho de los gastos públicos*, IEF, Madrid, 1991; NAVARRO FAURE, A.: *Aspectos jurídico-financieros del Déficit Público. Especial referencia al déficit autonómico*, Generalitat Valenciana, Conselleria d'Economia i Hisenda, Valencia, 1993.

²⁸ La Constitución italiana está disponible en: <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html> (fecha consulta: 22 de junio de 2015).

²⁹ El texto de la Constitución portuguesa puede consultarse a través del siguiente sitio web: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> (fecha consulta: 25 de marzo de 2016).

³⁰ Texto constitucional suizo disponible online en: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html> (fecha consulta: 25 de marzo de 2016).

³¹ OECD (2013): *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, París, págs. 17-18.

³² OECD (2014): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: 2014 Deliverable, OECD Publishing, París.

³³ OECD (2015): *Action 5: Agreement on Modified Nexus Approach for IP Regimes*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project; *Report from de Code of Conduct Group (Business Taxation) to the Council of the European Union*, Bruselas, 11 de diciembre de 2014.

³⁴ OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report, pág. 25; DANON, R. J.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Gene-

El propósito de modificar el enfoque del nexo era establecer limitaciones respecto del volumen de gastos por subcontratar actividades de I+D+i a entidades vinculadas, esto es, entre miembros de un mismo grupo; y los gastos relativos a la adquisición de patentes u otra tecnología.

A tenor del Informe Final de la Acción 5 del Proyecto BEPS³⁵ (octubre 2015), se ha llegado a un consenso sobre el *nexus approach* como el enfoque para requerir actividad sustantiva en el contexto de los regímenes preferenciales³⁶. La renta elegible a efectos del régimen tributario es calculada a través de la siguiente fórmula:

$$\frac{\text{Gastos elegibles en el desarrollo del intangible}}{\text{Gastos totales en el desarrollo del intangible}} \times \text{Renta derivada del intangible} = \text{Renta que recibe beneficios}$$

En esta fórmula, son gastos elegibles los gastos directamente relacionados con la creación del activo intangible. En particular, los gastos en I+D+i incurridos por el propio contribuyente y los gastos por contratar I+D+i a partes o entidades independientes –por ejemplo, otras empresas o una universidad–. Por el contrario, los gastos totales incluyen, además de las dos categorías anteriores, los costes por la adquisición de activos intangibles y los gastos por subcontratar I+D+i a entidades vinculadas. Por lo tanto, el contribuyente puede beneficiarse de un régimen de propiedad industrial siempre y cuando haya incurrido por sí mismo en los gastos en I+D+i para obtener la renta procedente del activo intangible.

Siguiendo ese enfoque del nexo modificado que buscaba limitar determinadas categorías de gastos, el Informe Final de la Acción 5 contempla que los Estados permitan a los contribuyentes aplicar un techo del 30% respecto de aquellos gastos considerados como elegibles con el objetivo de beneficiar a los contribuyentes que desarrollan por sí mismos actividades en I+D+i, pero sin

ral Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, 2015, pág. 45; SANZ-GÓMEZ, R.: «The OECD's Nexus Approach to IP Boxes: A European Union Law Perspective», *WU International Taxation research Paper Series*, n.º 12, 2015, pág. 6.

³⁵ OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report.

³⁶ Un total de 43 regímenes preferenciales han sido revisados, 16 de los cuales son regímenes de propiedad industrial. Respecto al requisito de actividad sustantiva, todos los regímenes de propiedad industrial revisados fueron considerados inconsistentes, total o parcialmente, con el enfoque del nexo descrito en el Informe Final de la Acción 5.

penalizar a los contribuyentes que adquieren intangibles o subcontratan I+D+i a entidades vinculadas. Consecuentemente, los gastos elegibles se ven incrementados en un 30%, a condición de que no excedan de los gastos generales.

Por lo tanto, los regímenes de *patent box* se encuentran en un nuevo escenario. La iniciativa de la OCDE en el desarrollo de la Acción 5 y de la UE en el contexto del Código de Conducta implica la reconsideración de los regímenes existentes. Hay una nueva fecha marcada en el horizonte, y en lo que respecta a los Estados afectados por estas nuevas disposiciones, solo aquellos regímenes cumplidores con los nuevos estándares «sobrevivirán» en un futuro cercano. Aquellos Estados que elijan tener un régimen de *patent box* no podrán ser más generosos respecto a la definición del enfoque del nexo, pero sí que podrán conceder menos beneficios en el sentido de acotar la definición de rentas elegibles, limitar el ámbito de intangibles o reducir la ratio. Por otro lado, no se permitirá la aplicación a nuevos operadores de los regímenes existentes e inconsistentes con el enfoque del nexo después del 30 de junio de 2016. Algunos Estados, como España o Italia, han adecuado sus regímenes al *nexus approach*, y otros, como Irlanda, han introducido *ex novo* un régimen de *patent box* consistente con el enfoque del nexo³⁷.

Por otra parte, se contempla la posibilidad de que los países introduzcan una cláusula de salvaguarda que permita a los contribuyentes seguir beneficiándose del régimen existente hasta una segunda (y definitiva) fecha. En cualquier caso, el periodo entre las dos fechas no puede exceder de cinco años (esto es, hasta el 30 de junio de 2021 como máximo). Después de esta fecha, no podrán concederse más beneficios basados en los regímenes antiguos e inconsistentes.

Consiguientemente, este enfoque del nexo puede verse como una norma especial antiabuso (*Special Anti-Avoidance Rule*, SAAR). Como es bien sabido, las SAAR normalmente fijan un vínculo entre la elusión fiscal y la falta de motivos económicos válidos. En términos generales, la mayoría de las normas especiales antiabuso se basan en la ausencia de un motivo económico o empresarial válido diferente del ahorro fiscal³⁸. Ello significa, *a contrario sensu*, que la presencia de un motivo

³⁷ En España, la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de los presupuestos generales del Estado para el año 2016 ha modificado el régimen de *patent box*, entrando en vigor el nuevo y consistente régimen a partir de julio de 2016. En Italia, por su parte, el régimen de *patent box* fue introducido a finales de 2014 a través de la *Legge 23 dicembre 2014, n. 190 Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)* y modificado para adaptarse al enfoque del nexo a principios de 2015 por medio del *DL 24 gennaio 2015, n. 3 Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti*. Sobre el régimen de *patent box* italiano puede verse: ARGINELLI, P. y PEDACCINI, F.: «Prime riflessioni sul regime italiano di *patent box* in chiave comparata ed alla luce dei lavori dell'Ocse in materia di contrasto alle pratiche fiscali dannose», *Rivista di diritto tributario*, n.º 9, parte V, 2014. Por otro lado, en octubre de 2015, Irlanda introdujo el llamado régimen Knowledge Development Box (KDB), aplicable desde enero de 2016.

³⁸ Según SOLER ROCH, en la legislación tributaria española, los criterios que identifican las conductas tipificadas en las normas antiabuso especiales suelen ser: la ausencia de razones empresariales o motivos económicos válidos distintos del ahorro fiscal, la calificación inadecuada o abusiva de una operación y la elusión fiscal mediante sociedades, siendo todas ellas normas alojadas en las leyes tributarias particulares (SOLER ROCH, M. T.: «Las normas antiabuso generales y especiales», *VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros*, Instituto de Estudios Fiscales, n.º 12, 2011, pág. 180).

económico válido impide la aplicación de la SAAR. En el caso de los regímenes de *patent box*, el cumplimiento del enfoque del nexo implica la existencia de una actividad económica sustantiva y real detrás de la renta procedente del intangible. Por ende, solamente la renta derivada del intangible cuyo origen esté en una actividad de I+D+i subyacente llevada a cabo por el propio contribuyente podrá beneficiarse del régimen de *patent box*—implicando, ello, la no generación de efectos BEPS—.

Desde una perspectiva de derecho comparado, varios países han introducido de manera unilateral medidas para contrarrestar los efectos del traslado artificioso de beneficios. En efecto, se aprecia un incremento del uso de medidas especiales para neutralizar los (posibles) efectos BEPS generados por los regímenes de propiedad industrial. En Austria, con efectos desde el 1 de marzo de 2014, los cánones (e intereses) pagados por una empresa austriaca a partes vinculadas en terceros países no son deducibles cuando los cánones (o intereses) estén exentos o sujetos a un tipo de gravamen efectivo inferior al 10% en el Estado receptor³⁹. Parece claro que esta norma ha sido diseñada para frenar los regímenes de *patent box*⁴⁰.

También en Francia se establece una limitación a la deducibilidad de los cánones cuando el licenciante y licenciario son partes vinculadas. Así pues, conforme al artículo 11 de la Ley de presupuestos para el año 2012 (*Loi de Finances pour 2012*⁴¹), la completa deducibilidad de los cánones solo está permitida si el licenciario puede demostrar, y documentar debidamente, que: a) el uso de la licencia le supone un valor añadido durante todo el periodo de la misma; y, b) que dicho uso es real, es decir, que no se trata de una estructura artificiosa⁴². Podría decirse que este precepto busca, al igual que la normativa austriaca, evitar prácticas abusivas basadas en el régimen de *patent box*.

Incluso si este tipo de medidas pueden resultar efectivas en la lucha contra el traslado de beneficios, las normas especiales antielusión pueden llevar, en opinión de FREEDMAN, a una mayor litigiosidad e incertidumbre; por lo que no es necesario introducir normas detalladas y precisas, sino principios generales o un enfoque estándar⁴³ para combatir las prácticas fiscales abusivas.

³⁹ Vid. MITTERLEHNER, K. y MITTERLEHNER, M.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Austria Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, 2015, págs. 142-144; SCHUCHTER, Y. y KRAS, A.: «Austria - Corporate Taxation (sec. 1.)», *Country Surveys Ibfd* (acceso 30 de junio de 2015).

⁴⁰ DANON, R. J.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). General Report», ob. cit., pág. 53. Ha de tenerse en cuenta que Austria no ha introducido e implementado un régimen de *patent box*, sin embargo ello no significa que no puedan existir en su territorio efectos indirectos de los *output incentives*. Esta medida se encuentra, precisamente, conectada con ellos. En este sentido, puede verse: LOEPRICK, J.: «Indirect Access to Intellectual Property Regimes – Effects on Austrian and German Affiliates», *WU International Taxation research Paper Series*, n.º 13, 2015.

⁴¹ *Loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012* (disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/af-fichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025044460&categorieLien=id> [fecha consulta: 28 de febrero de 2016]).

⁴² WORLDWIDE TAX SUMMARIES: *Corporate Taxes 2015/16*, pág. 675 (disponible en: www.pwc.com/taxsummaries [fecha consulta: 28 de febrero de 2016]).

⁴³ FREEDMAN, J.: «Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle», *British Tax Review*, n.º 4, 2004, pág. 352.

En este sentido, la Comisión Europea indica que las acciones unilaterales de los Estados miembros no abordarían adecuadamente el problema de la planificación fiscal agresiva y podrían crear problemas. En un mercado único basado en la libertad de movimientos de bienes, personas, servicios y capitales, la falta de coordinación en las medidas contra el traslado artificioso de beneficios «pueden hacer más mal que bien» y además, añade la Comisión, esa descoordinación puede acarrear incertidumbre y cargas administrativas para las empresas⁴⁴.

Entendemos, pues, que el requisito de actividad sustantiva –similar a la teoría del motivo económico válido– determinado a partir del enfoque del nexo, como forma de asegurar la tributación donde los beneficios se han generado, puede actuar como ese estándar común a cualquier régimen preferencial, especialmente en el caso de los regímenes de *patent box*. Careciendo de sentido la introducción de medidas unilaterales para paliar los (posibles) efectos BEPS, pues la existencia de regímenes basados en el enfoque del nexo determina la existencia de actividad sustantiva. Ciertamente, la introducción de este requisito de actividad sustantiva va en la línea tanto de uno de los tres pilares claves del Plan de Acción de la OCDE como de uno de los cinco ámbitos de actuación del *EU-BEPS*, la sustantividad. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la adecuación de los regímenes de *patent box* al enfoque del nexo no implica su consideración como buena práctica fiscal en términos de su eficiencia y efectividad, sino que con ello se asegura que el beneficio fiscal quede ligado a la existencia de una actividad de I+D+i sustantiva.

En definitiva, la elegibilidad de una determinada renta para beneficiarse de un régimen de *patent box* basado en el enfoque del nexo aseguraría, primero, la existencia de una actividad real de I+D+i; segundo, que los beneficios tributen allí donde se ha generado el valor; y, tercero, en el contexto de la UE, las rentas tributarían solamente una vez dentro de la UE.

III. LA ESTRATEGIA DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE A LA ELUSIÓN FISCAL: *QUO VADIS?*

1. EL CÓDIGO DE CONDUCTA SOBRE LA FISCALIDAD DE LAS EMPRESAS

El Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas fue adoptado en diciembre de 1997, creándose unos meses después, en marzo de 1998, el Grupo «Código de Conducta» por el Consejo ECOFIN para la evaluación de las medidas fiscales correspondientes al ámbito de aplicación del Código⁴⁵.

⁴⁴ COM (2016)23/2: *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Anti-Tax Avoidance Package: Next Steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in the EU*, pág. 3.

⁴⁵ El Código de Conducta, adoptado por Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (ECOFIN) el 1 de diciembre de 1997, puede consultarse en: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/coc_en.pdf (fecha acceso: 20 de noviembre de 2015).

El Código de Conducta no es un instrumento jurídicamente vinculante –sino un instrumento de *soft law*–, pero su adopción compromete a los Estados miembros a derogar aquellas medidas fiscales vigentes constitutivas de competencia fiscal perniciosa y a abstenerse de promulgar nuevas medidas de este tipo en el futuro. A estos efectos, el Código de Conducta establece, en sus letras *A* y *B*, qué medidas son subsumibles en la noción de competencia fiscal perjudicial. Primero, «las medidas que influyen o pueden influir» significativamente en la localización de la actividad empresarial dentro de la Unión Europea⁴⁶. En efecto, la tributación es un factor esencial para la toma de decisiones de una empresa respecto al lugar de establecimiento, pero no es el único. En términos de I+D+i, la dotación de infraestructuras, la disponibilidad de recursos suficientes, la posibilidad de contratar personal investigador cualificado o una fuerte protección de los derechos de la propiedad industrial (e intelectual) configuran un clima favorable a la I+D+i. Sin duda, una empresa que pretenda desarrollarse en I+D+i atenderá a estos factores para establecer su actividad económica. Ahora bien, el interés creciente de los Estados miembros en promover fiscalmente la investigación científica e innovación tecnológica no pasa desapercibido para el sector empresarial. Ese interés de los Estados miembros por fomentar la I+D+i y resultar competitivos, puede llevar a potenciar excesivamente «el rol del elemento tributario en la ubicación de las empresas»⁴⁷; haciendo de este, incluso, el elemento determinante en la decisión empresarial, máxime cuando en el marco de la UE los factores extrafiscales están, en cierto modo, equiparados. En este sentido, VANISTENDAEL afirma que cuando los países compiten por atraer inversiones empresariales, su sistema tributario juega un papel importante en la decisión acerca del lugar en el que establecerse, especialmente cuando queda comprobado que los demás factores –esto es, aquellos que se encuentran al margen de la fiscalidad– son más o menos comparables⁴⁸.

En esta misma línea, el total menoscabo al principio de neutralidad tributaria y la intervención determinante de la fiscalidad respecto de la situación geográfica de las actividades empresariales acaban, como señala MARTÍN LÓPEZ, por distorsionar «las corrientes ordinarias del tráfico mercantil y periclitando tanto la localización óptima como la asignación eficiente de los recursos económicos, al no situarse en el lugar donde reportarían el máximo beneficio»⁴⁹. Esto es, el lugar donde realmente se ha llevado a cabo la actividad creadora.

A efectos de la vinculación de los regímenes preferenciales al lugar donde se genera el valor, el Grupo «Código de Conducta» convino, a finales de 2014, que los regímenes especiales, concretamente los denominados regímenes de *patent box*, deben basarse en el (*modified*) *nexus approach*

⁴⁶ En este sentido, ha de entenderse por «actividad empresarial» cualquier tipo de actividad llevada a cabo en el seno de un grupo de empresas, y que las medidas cubiertas por el Código de Conducta se refieren tanto a disposiciones legislativas o reglamentarias como a prácticas administrativas.

⁴⁷ MARTÍN LÓPEZ, J.: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 185.

⁴⁸ VANISTENDAEL, F.: «Janus with Two Faces, or the Many Faces of Taxation», en ANDERSSON, K.; MELZ, P. y SILFVERBERG, C. (ed.): *Liber Amicorum Sven-Olof Lodin*, Kluwer Law International, 2002, pág. 296.

⁴⁹ MARTÍN LÓPEZ, J.: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, ob. cit., pág. 185.

—o, enfoque del nexo (modificado)—⁵⁰. Esto significa que debe existir una relación directa entre las ventajas fiscales y las actividades de I+D+i subyacentes. Como se ha mencionado anteriormente, bajo el enfoque del nexo, de naturaleza proporcional e inspirado en los incentivos fiscales a la actividad (*input incentives*), los beneficios fiscales que conceden los regímenes del *patent box* deben estar vinculados con los gastos elegibles en I+D+i incurridos por el contribuyente⁵¹.

La noción de medida fiscal perjudicial es concretada conforme a la letra B del Código de la siguiente manera: «deben considerarse potencialmente perniciosas las medidas fiscales que impliquen un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, a los aplicados habitualmente en el Estado miembro de que se trate». Por lo tanto, al igual que ocurre con las normas sobre ayudas de Estado, el sistema de referencia para determinar la existencia de un tipo efectivo bajo es el propio ordenamiento jurídico-tributario del Estado miembro. Por lo tanto, son las normas especiales que minoran la carga tributaria en relación con el nivel impositivo general del Estado en cuestión, por ejemplo una deducción en cuota por actividades de I+D+i, las que son susceptibles de caer en el ámbito del Código de Conducta. Es decir, se trata de un desvío del sistema tributario común. Se observa en ello una significativa limitación en la efectividad de este instrumento para combatir las prácticas fiscales abusivas. Esto es, la exigencia de que la medida comporte para el destinatario una tributación sensiblemente inferior a la ordinaria, «lleva ineluctablemente aparejado, como corolario principal, que los regímenes fiscales societarios generales de los países pertenecientes a la UE, aun cuando de los mismos se derive un nivel impositivo acusadamente bajo susceptible de atraer hacia su territorio actividad empresarial, en ningún caso puedan ser catalogados, según el literal del Código, como perjudiciales»⁵².

La letra B del Código de Conducta recoge, asimismo, unos criterios a estimar en la evaluación del carácter perjudicial de las medidas fiscales: i) si las ventajas se otorgan solo a no residentes, o solo respecto a las operaciones realizadas con no residentes; ii) si las ventajas están totalmente aisladas de la economía nacional, de manera que no afectan a la base fiscal nacional; iii) si las ventajas se otorgan aun cuando no exista ninguna actividad económica real ni presencia económica sustantiva dentro del Estado miembro que ofrezca dichas ventajas fiscales; iv) si las normas para determinar los beneficios derivados de las actividades internas de los grupos de empresas multinacionales no se ajustan a los principios internacionalmente reconocidos, concretamente a las normas acordadas por la OCDE; o, v) si las medidas fiscales carecen de transparencia y, en particular, si las disposiciones legales se aplican a nivel administrativo con menor rigor y sin transparencia.

⁵⁰ OECD (2015): *Action 5: Agreement on Modified Nexus Approach for IP Regimes*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project; *Report from de Code of Conduct Group (Business Taxation) to the Council of the European Union*, Bruselas, 11 de diciembre de 2014.

⁵¹ OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report, pág. 25; DANON, R. J.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). General Report», ob. cit., pág. 45; SANZ-GÓMEZ, R.: «The OECD's Nexus Approach to IP Boxes: A European Union Law Perspective», ob. cit., pág. 6.

⁵² MARTÍN LÓPEZ, J.: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, ob. cit., pág. 185.

En lo que a los regímenes de I+D+i se refiere, a nuestro entender cobran especial relevancia los tres primeros criterios. A saber, los dos primeros criterios van referidos a una práctica estatal habitual, acuñada como «*ring-fenced*» (y considerada injusta), consistente en el establecimiento de una menor tributación o mejor tratamiento fiscal para las entidades no residentes con el objetivo de atraer a su territorio el mayor número de bases imponibles corporativas extranjeras, pero sin descuidar los ingresos procedentes de las bases nacionales⁵³. Piénsese, por ejemplo, en un determinado Estado miembro que concede una deducción en cuota por los gastos en I+D+i incurridos por las empresas en la realización de ese tipo de actividades. Si ese mismo régimen fiscal, previese una deducción adicional respecto de los gastos en I+D+i incurridos por establecimientos secundarios de empresas situadas en otros Estados miembros, estaría buscando favorecer la inversión extranjera y la atracción a su territorio de establecimientos de entidades no residentes.

El tercero de los criterios de la letra B del Código de Conducta va referido a la ausencia de actividad económica real o presencia económica sustancial. De forma que el establecimiento por parte de un Estado miembro de regímenes tributarios preferenciales, cuya aplicación no requiere un análisis sustantivo, evidencian, por un lado, que con dicho régimen el Estado en cuestión solo persigue la atracción de actividades empresariales hacia el interior de sus fronteras; y, por otro, la localización de las inversiones en dicho territorio obedece a estrictas razones de índole tributaria⁵⁴. En este contexto, como se mencionó anteriormente, el Grupo «Código de Conducta» convino, en 2014, la introducción del enfoque del nexo (modificado) en los regímenes de *patent box* como requisito de sustantividad en la aplicación de los mismos.

Del tenor literal del Código, podría deducirse que los activos intangibles han de crearse, desarrollarse y ser explotados en el territorio del país en el que se ha introducido el régimen preferencial del que se beneficiara la renta procedente de aquel intangible. Debido a la globalización y al mercado interior de la UE, parece complicado que un intangible sea creado únicamente en un Estado miembro. Como se ha visto, el artículo 179 del Tratado del Funcionamiento de la UE (TFUE) aboga por la creación de un espacio europeo de investigación, y la limitación de la actividad creadora al Estado miembro en el que va a beneficiarse fiscalmente la renta podría contradecir las libertades fundamentales. De manera que esta especie de «contradicción» entre el Código y las libertades fundamentales puede llevar a un difícil control de las prácticas fiscales perjudiciales.

Por otra parte, dada la volátil naturaleza de los intangibles, resulta relativamente sencillo situar este tipo de activos inmateriales en un lugar diferente de aquel en el que se llevó a cabo la actividad de I+D+i subyacente. Este extremo, no obstante, pretende ser superado con la incorporación del *nexus approach* en los existentes regímenes de *patent box*. Esto es, si una determinada renta derivada de propiedad industrial es elegible para un régimen de *patent box* basado en el enfoque del nexo, debe automáticamente excluirse la consideración de medida fiscal perjudicial.

⁵³ MARTÍN LÓPEZ, J.: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, ob. cit., págs. 190-191; SCHÖN, W.: «Tax Competition in Europe – The Legal Perspective», *EC Tax Review*, vol. 9, n.º 2, Kluwer Law International, 2000, pág. 96.

⁵⁴ MARTÍN LÓPEZ, J.: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, ob. cit., pág. 193.

Puesto que ello está determinando la existencia de una actividad económica sustantiva detrás de esa renta que se ve fiscalmente beneficiada.

2. LA PLANIFICACIÓN FISCAL «AGRESIVA» Y LA RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA 2012/772/UE

Los Estados miembros encuentran dificultades para proteger sus bases imponibles de la erosión a través de la planificación fiscal «agresiva», siendo, en muchos casos, insuficientes las medidas nacionales⁵⁵. Por lo que, en aras de un mejor funcionamiento del mercado interior, es menester que los Estados miembros adopten una misma posición frente a tales prácticas⁵⁶. La Recomendación de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2012 sobre planificación fiscal agresiva (2012/772/UE) señala –como ya se ha adelantado– que esta consiste «en aprovechar los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria, y puede adoptar diversas formas. Entre sus consecuencias, cabe señalar las deducciones dobles [...] y la doble no imposición (por ejemplo, la renta que no se grava en el Estado de origen está exenta en el Estado de residencia)». La Comisión propone, en su Recomendación, varias alternativas como la inclusión de una cláusula de sujeción al impuesto (*subject-to-tax rule*) en los CDI, la utilización de una cláusula común general antiabuso (*General Anti-Avoidance Rule, GAAR*)⁵⁷ o la aplicación de medidas frente a las prácticas fiscales abusivas en el ámbito de la aplicación de las Directivas sobre intereses y cánones, fusiones y matrices y filiales⁵⁸.

La cláusula de sujeción que prevé la recomendación es un tipo de cláusula que condiciona la concesión del beneficio del convenio al hecho de que las rentas en cuestión se encuentren efectivamente sujetas a tributación en el Estado de residencia del perceptor⁵⁹. Esta recomendación a

⁵⁵ *Commission Recommendation C-(2012) 8806 final of 6.12.2012 on aggressive tax planning*, Bruselas, 2012, pág. 2.

⁵⁶ Véase nota anterior.

⁵⁷ Sobre las normas generales antiabuso: WAERZEGGERS, C. y HILLIER, C.: «Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR)», *Tax Law IMF Technical Note*, vol. 1, 2016; MARTÍN LÓPEZ, J.: «La Norma General Antiabuso del Reino Unido», *Civitas. Revista española de derecho financiero*, n.º 164, 2014; MARTÍN LÓPEZ, J.: «La doctrina estadounidense de la sustancia económica como norma general antiabuso en materia tributaria: análisis jurídico de su codificación», *Revista española de derecho financiero*, Civitas, n.º 157, 2013.

⁵⁸ La Recomendación de la Comisión no es aplicable en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, la Directiva 2011/96/UE del Consejo y la Directiva 2003/49/CE del Consejo. La Comisión contempla la revisión de estas directivas con el fin de llevar a la práctica los principios que subyacen en la citada recomendación. Véase CORDÓN EZQUERRO, T.: «La planificación fiscal agresiva y la estrategia de la Comisión UE para combatirla», *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, Instituto de Estudios Fiscales, n.º 7, 2013, págs. 6-8. También sobre la recomendación de la Comisión y las últimas tendencias frente al fenómeno de la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea, véase: MARTÍN LÓPEZ, J.: «Planificación fiscal agresiva y normas antiabuso en el derecho de la Unión Europea: análisis de las últimas tendencias», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 2015.

⁵⁹ MAROTO SÁEZ, A.: «Medidas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional», *Documentos de Trabajo*, Instituto de Estudios Fiscales (IEF), n.º 22, 2005, pág. 9.

los Estados miembros de usar este tipo de cláusula viene motivado por el riesgo de doble imposición en determinadas situaciones: a) cuando los Estados miembros no gravan determinados tipos de rentas sin tener en cuenta si esa renta está sujeta a tributación en el otro Estado contratante; o, b) cuando los Estados de manera unilateral dejan exenta determinados tipos de rentas extranjeras, independientemente de si está o no gravada en el Estado de la fuente.

A este respecto, la citada recomendación invita a los Estados miembros a incluir en sus CDI una cláusula de sujeción que podría formularse como sigue: «En caso de que el presente Convenio establezca que un elemento de la renta es imponible solamente en uno de los Estados contratantes o que puede gravarse en uno de los Estados contratantes, el otro Estado contratante deberá abstenerse de gravar dicho elemento únicamente en el caso de que ese elemento esté sujeto a imposición en el primer Estado contratante»⁶⁰. Con base en ello, los Estados miembros, en la celebración de CDI entre sí o con terceros Estados, se comprometerían a no gravar un determinado elemento de los ingresos salvo que el mismo no esté sujeto a imposición en el otro Estado contratante. Es decir, ese compromiso se mantiene si una determinada renta está sujeta a imposición en la otra parte del Convenio.

De manera casi idéntica, el Modelo de Convenio de la OCDE (MC OCDE), en sus comentarios 15 y 16 al artículo 1, propone la cláusula de sujeción al impuesto como medida contra la utilización de sociedades instrumentales o *conduit companies*⁶¹. No obstante ello, la propia OCDE –en su comentario 15 al art. 1 del MC OCDE–, concedora de que la introducción de este tipo de cláusulas corresponde a los Estados, no recomienda, «por varias razones», el uso de esa clase de disposiciones.

Quizás, debido a la posición no favorable de la OCDE, la recomendación de introducir una cláusula de sujeción por parte de la Comisión no ha tenido, al menos por ahora, un significativo reflejo en los convenios celebrados entre Estados miembros o con terceros Estados. En este sentido y a título de ejemplo, cabe destacar que en la red de convenios española, puede encontrarse este tipo de cláusula principalmente en relación con los cánones (art. 12 del MC OCDE). Así pues, en los CDI firmados entre España, por un lado, y Canadá (1981, modificado en 2015), Polonia (1982) y Túnez (1987), por otro, se ha incluido una cláusula de sujeción bajo la fórmula «siempre que los cánones estén sujetos a imposición en el otro Estado contratante». La ausencia de tributación en el Estado de la fuente, pues, va condicionada a que los cánones estén gravados en el Estado de residencia.

Cabe señalar que la fórmula propuesta por la Comisión en su recomendación está haciendo referencia a la existencia o no de tributación como determinante para que la cláusula de sujeción opere o no. De forma que la baja tributación en el Estado de residencia impediría la aplicación

⁶⁰ *Commission Recommendation C-(2012) 8806 final of 6.12.2012 on aggressive tax planning*, Bruselas, 2012, pág. 4.

⁶¹ Por *conduit companies* se entiende la utilización de una entidad instrumental residente en un Estado con CDI con el Estado de la fuente, con la finalidad de minimizar la tributación en el Estado de la fuente en relación con una renta cuyo destinatario o propietario es una persona o entidad residente en un Estado que no tiene CDI con el Estado de la fuente (MAROTO SÁEZ, A.: «Medidas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional», ob. cit., pág. 10).

de la cláusula. Piénsese, por ejemplo, que el beneficiario efectivo de los cánones residiese en un Estado miembro donde se ha establecido un régimen de propiedad industrial que beneficia los cánones y otras rentas derivadas de la explotación de intangibles. Consecuentemente y a pesar del bajo tipo impositivo aplicado a los cánones, no podría operar la cláusula de sujeción, pues como reza la fórmula de la Comisión ese elemento de renta solamente tributaría en el Estado de la fuente ante la no tributación en el Estado de residencia.

A este respecto ha de traerse a colación la propuesta contenida en el Informe Final de la Acción 6. Este informe propone nuevas disposiciones para el artículo 11 (intereses), el artículo 12 (cánones) y el artículo 13 (otras rentas) de los convenios bajo la condición de definir «régimen tributario especial». Conforme a la nueva propuesta para el artículo 12, «los cánones procedentes de un Estado contratante y cuyo beneficiario efectivo sea residente en el otro Estado contratante podrán ser gravados en el primer Estado contratante conforme a la normativa nacional si ese residente está sujeto a un régimen tributario especial...»⁶². Con ello, se permite la tributación en el Estado de la fuente cuando existe un régimen tributario especial en el Estado de residencia y este es definido en el convenio⁶³. Con base en la citada propuesta, se entiende por régimen tributario especial «cualquier disposición legislativa o reglamentaria, así como práctica administrativa que provea una tributación efectiva especial a esa renta o beneficio, ya sea por medio de reducciones en el tipo de gravamen o en la base imponible [...] Sin embargo, el término no debe incluir disposiciones legislativas, reglamentarias o práctica administrativa» cuya aplicación «no beneficie desproporcionadamente esos intereses, cánones u otras rentas, o cualquier combinación de ellos» o bien «que, a excepción de los ingresos financieros, cumpla con un requisito de actividad sustantiva».

Por ende, esta definición excluye del término «régimen tributario especial», en primer lugar, los casos en que su aplicación implique un beneficio proporcionado⁶⁴ y, en segundo lugar, los supuestos en los que quede probada la existencia de una actividad económica sustantiva. Probablemente, esta segunda excepción a la definición de régimen tributario especial esté pensando

⁶² OECD (2015): *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, Action 6: Final Report, OECD Publishing, págs. 96-98.

⁶³ La incorporación de esta cláusula de sujeción a la red española de convenios tendrá un impacto relativo. Si bien la OCDE prevé un sistema de tributación exclusiva en el Estado de residencia del beneficiario efectivo de los cánones, el Estado español se apartó de tal criterio hasta el año 2010, optando por un sistema de imposición compartida entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente. Por ende, la gran mayoría del centenar de CDI suscritos por España mantienen el criterio de tributación compartida. Esto es, la cláusula de sujeción propuesta en el Informe Final de la Acción 6 podría afectar a los nuevos CDI que hayan establecido la tributación exclusiva en el Estado de residencia.

⁶⁴ Dada la excepción del «beneficio proporcionado» de la Acción 6, es menester abordar la interpretación de este criterio. La justificación para introducir un régimen tributario especial se basa en la existencia de valores constitucionales u otros intereses públicos (fines extrafiscales), de forma que los incentivos fiscales deben ser proporcionales al objetivo no fiscal perseguido. Una norma especial para fomentar fiscalmente la I+D+i será considerada proporcional solamente cuando el mismo resultado no pueda ser alcanzado con otra medida menos falseadora. En particular, la cuantía e intensidad de la renta que se ve beneficiada por la medida debe limitarse al mínimo necesario para que la actividad de I+D+i sea efectuada. Por lo tanto, será proporcional (y razonable) aquella medida que mantenga un equilibrio entre la efectividad en la consecución del objetivo –promoción I+D+i– y el impacto que esa medida tenga en los recursos públicos.

en la posibilidad de exceptuar de la aplicación de esta cláusula aquellos regímenes de *patent box* que, siguiendo la Acción 5, se han adecuado al enfoque del nexo –como es el caso de los regímenes español e italiano, entre otros–. De igual modo, Estados Unidos ha introducido en su nuevo Modelo de Convenio (en adelante MC EE. UU.)⁶⁵ normas sobre regímenes tributarios especiales destinadas a evitar la doble no imposición cuando el contribuyente hace uso de las disposiciones del convenio, combinadas con regímenes tributarios especiales, para conseguir la nula o baja tributación en los Estados parte del tratado. Aunque el MC EE. UU. se inspira en la iniciativa de la OCDE, se aparta, en parte, de la definición de régimen tributario dada en la Acción 6⁶⁶.

De esta forma, la posición de la Comisión Europea reflejada en su recomendación de diciembre de 2012 de introducir una cláusula de sujeción puede verse reforzada. A diferencia de la fórmula que proponía la Comisión en su Recomendación, el Informe Final de la Acción 6 no establece la ausencia de tributación como condición para gravar un determinado tipo de renta en el Estado de la fuente, sino que la condición de someter a gravamen tal renta viene condicionado por la existencia de un régimen tributario especial en el Estado de residencia. Por lo tanto, esta fórmula es más acertada y se aproxima más a la realidad que plantean los denominados regímenes de *patent box*.

En lo que a la I+D+i se refiere, la Comisión ha identificado siete modelos de estructuras de planificación fiscal agresiva, entre los cuales se encuentran, por un lado, dos escenarios relativos a propiedad industrial y, por otro, los regímenes de *patent box*⁶⁷. En este estudio de la Comisión se considera que los regímenes de *patent box* promueven directamente estructuras de planificación fiscal agresiva. En concreto, señala que el beneficio fiscal que este régimen concede a determinadas rentas derivadas de propiedad industrial incentiva a los grupos empresariales a establecer estructuras de *patent box* para así poder disfrutar de la ventaja fiscal de dicho régimen⁶⁸.

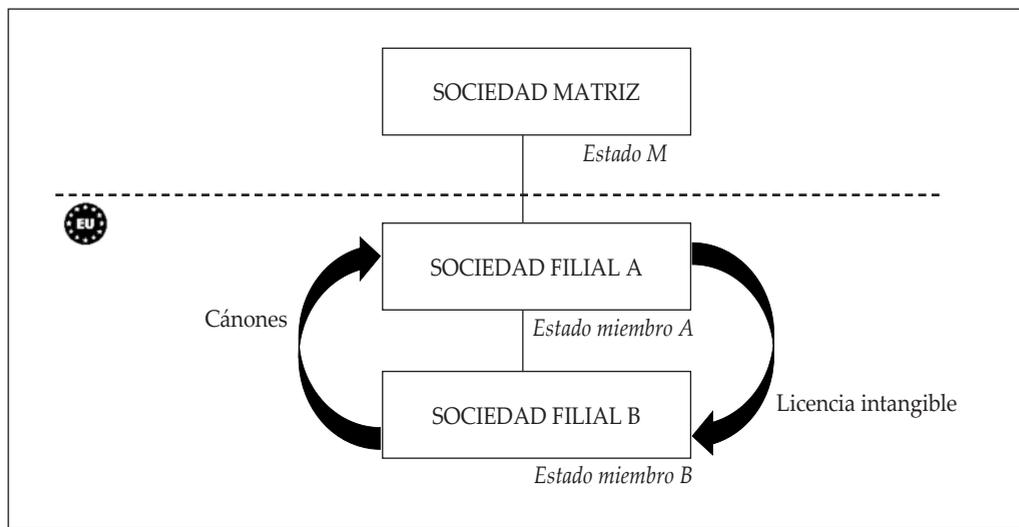
⁶⁵ El nuevo MC EE. UU. ha sido publicado en el sitio web del *U.S. Department of the Treasury* el 17 de febrero de 2016 (<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/treaties.aspx> [fecha consulta: 19 de febrero de 2016]).

⁶⁶ Previamente a la publicación del nuevo MC EE. UU., se elaboró un borrador que fue sometido a consulta pública en mayo de 2015. En dicho borrador, se incluía una definición de «régimen tributario especial» que, al igual que el Informe Final de la Acción 6, excluía las disposiciones legislativas, reglamentarias o la práctica administrativa cuyo beneficio no resultara desproporcionado y, por otro lado, cuando, en relación con los cánones, cumplierse «con un requisito de actividad sustantiva». El artículo 3.1 l) del MC EE. UU. ya no hace referencia al beneficio desproporcionado ni a la presencia de una actividad sustantiva, sino que ha acotado una serie de circunstancias bajo las cuales una ley, disposición reglamentaria o práctica administrativa serán tratadas como un régimen tributario especial.

⁶⁷ EUROPEAN COMMISSION: *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators (Final Report)*, Taxation Papers, Working Paper n.º 61, 2015, págs. 7 y 8. Para tal identificación se han observado una serie de indicadores, entendidos como características generales de un sistema tributario que facilitan la planificación fiscal agresiva. Indicadores que pueden ser activos –esto es, que promueve directamente una estructura de planificación fiscal agresiva– o pasivos (EUROPEAN COMMISSION: *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators (Final Report)*, ob. cit., pág. 51).

⁶⁸ EUROPEAN COMMISSION: *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators (Final Report)*, ob. cit., pág. 51.

Figura 1. Estructura grupo multinacional



En la **figura 1**, la «Sociedad Filial A» y la «Sociedad Filial B» son residentes en diferentes Estados miembros, y entidades vinculadas dentro del grupo multinacional liderado por la «Sociedad Matriz», residente en un tercer Estado (Estado «M»). Si el Estado miembro «A» concede un régimen de *patent box*, los cánones gozarán de una baja tributación. Como la Directiva 2003/49/CE⁶⁹ resulta de aplicación, los cánones no son objeto de tributación (*withholding tax*) en el Estado de la fuente (Estado miembro «B»). Finalmente, si el Estado «M» no cuenta con un régimen de transparencia fiscal internacional (en adelante TFI o *CFC rules*), esa renta tampoco puede ser atribuida a los accionistas de la «Sociedad Matriz».

El favorecimiento de este tipo de estructuras (figura 1) por los regímenes de *patent box* u otros regímenes de propiedad industrial similares es lo que hace que sean considerados como un indicador de planificación fiscal agresiva, a menos que el régimen sea consistente con el denominado enfoque del nexo. En este mismo escenario (figura 1), si la «Sociedad Filial A» crea y desarrolla el intangible cuyo uso cede a la «Sociedad Filial B», se beneficiará del *patent box* consistente con el enfoque del nexo del Estado miembro «A» por haber incurrido en los gastos de I+D+i; y los cánones seguirán exentos en el Estado de la fuente (Estado miembro «B») por aplicación de la Directiva 2003/49/CE. Por lo tanto, seguimos hablando de una baja tributación en el Estado de residencia y de la exención de gravamen en la fuente. Pero asegurando que la ventaja fiscal del régimen se aplique a aquella entidad que crea y desarrolla el intangible.

⁶⁹ Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados.

Del estudio de la Comisión se deduce que un régimen de *patent box* deja de tener la consideración de indicador de planificación fiscal agresiva cuando se basa en el enfoque del nexo. No obstante, en nuestra opinión, la adaptación de los regímenes de *patent box* al enfoque del nexo no implica la ausencia de planificación fiscal, sino la presencia de sustancia. En efecto –y como se ha dejado apuntado–, el enfoque del nexo pretende establecer un vínculo entre la tributación de los beneficios procedentes de la propiedad industrial y el lugar en el que se crea el valor. Pero el estímulo por obtener una menor carga tributaria se mantiene (dado que podría decirse que existe un derecho a minimizar la carga tributaria), y seguirá siendo incentivo para que las empresas favorezcan la creación de estructuras de propiedad industrial –lo cual, recuérdese, es el pretendido objetivo de los regímenes de *patent box*–.

Atendiendo al tenor literal de la definición de planificación fiscal agresiva de la Recomendación 2012/772/UE, la situación de doble no imposición (o de deducciones dobles) que se da en este tipo de escenarios (figura 1) no se debe a la existencia de una conducta abusiva o fraudulenta –y susceptible de ser sancionada–, sino a las discordancias, incoherencias o lagunas de los diferentes sistemas fiscales. El enfoque del nexo, susceptible de ser entendido como una especie de norma antiabuso, impide el disfrute del régimen de *patent box* cuando no existe una actividad creadora de valor detrás de la renta. El fenómeno de la planificación fiscal «agresiva» es distinto del abuso del derecho, por lo que las normas antiabuso no son adecuadas para luchar contra la explotación de las disparidades transfronterizas. En consecuencia, podría hablarse, como nuevo paradigma, de planificación «sustantiva» dada la citada vinculación entre la tributación de los beneficios y el lugar en el que se realiza la actividad económica.

3. EL PLAN DE ACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA CONTRA LAS PRÁCTICAS FISCALES ELUSIVAS, ¿ÚLTIMA PARADA?

El 17 de junio de 2015 la Comisión Europea publicó su Comunicación *Un sistema de imposición justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*⁷⁰. La fiscalidad corporativa se erige como piedra angular de un sistema fiscal equitativo y eficaz, dada la importante fuente de ingresos que supone para los Estados miembros, pero también dado el rol que juega en las decisiones comerciales de las empresas, como ocurre en las inversiones y actividades de I+D+i. Las tradicionales estructuras empresariales han dado paso a esquemas corporativos complejos que buscan deslocalizar sus activos y situar sus beneficios empresariales en territorios de baja o nula tributación. De hecho, durante muchos años, el Código de Conducta se ha considerado un instrumento eficaz para abordar la competencia fiscal en el mercado único. No obstante, dada esa mayor sofisticación de la planificación fiscal de las empresas, así como la intensificación de la competencia entre los Estados miembros, se hace necesaria la búsqueda de nuevas herramientas dado que los actuales instrumentos han alcanzado sus límites. Es bien sabido que los intangibles

⁷⁰ COM (2015) 302 final: *Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*, Bruselas, 17 de junio de 2015. Una visión completa de las cinco áreas de actuación puede verse en: ADORJAN, T y VELDHIJZEN, R.: «EU Introduces Plans Regarding a Fair and Efficient Corporate Tax System», *European Taxation*, 2015.

son fácilmente desplazables e importantes conductores de valor económico (y científico)⁷¹. Ciertamente, la naturaleza de las actividades de I+D+i hace relativamente sencillo su traslado de un país a otro. La globalización y la innovación tecnológica han contribuido a dicha movilidad⁷², creando un entorno económico global, digital y móvil. Por ende, este tipo de actividades pueden representar un riesgo de erosión de las bases imponibles y traslado de los beneficios.

Este problema, abordado por la OCDE desde el año 2013, no menoscaba únicamente los principios de justicia tributaria, sino que además genera una competencia injusta con aquellos contribuyentes que, dada su dimensión nacional, no pueden desarrollar este tipo de prácticas. En esencia, estas prácticas fiscales perjudiciales pueden llevar al desvío de la carga tributaria a bases menos móviles, como el trabajo, la propiedad o el consumo, a fin de luchar contra la pérdida de ingresos públicos o asegurar la recaudación de fondos públicos. Este desvío en la estructura fiscal puede conducir a un sistema tributario menos eficiente en cuanto a su impacto en el crecimiento y empleo a medio y largo plazo⁷³.

Asimismo, existe una falta de coordinación en esta materia entre los Estados miembros, por lo que las empresas operan en un mercado interno único, pero con 28 sistemas fiscales diferentes. Ello conlleva una falta de seguridad jurídica, principio esencial para dar claridad y estabilidad a las transacciones, así como para crear un clima favorable a las inversiones en innovación tecnológica y al desarrollo de actividades de investigación científica. Este escenario perjudica especialmente a las pequeñas empresas, núcleo esencial en la economía europea, que dadas sus dificultades para realizar I+D+i se encuentran, en muchas ocasiones, perdidas en un complejo entramado de normas tributarias. En efecto, según datos de *Eurostat* (noviembre 2015), nueve de cada diez empresas europeas tiene plantillas inferiores a los diez trabajadores. En el año 2012, fueron creadas 2,3 millones de empresas en la UE, de las cuales, el 70,8% carecía de trabajadores. Estas microempresas, así como el emprendedurismo, generan, al mismo tiempo, un importante volumen de empleo y también menores niveles de desempleo en el contexto europeo⁷⁴.

⁷¹ A tenor de la Acción 3 del Proyecto BEPS, los cánones y otras rentas derivadas de propiedad industrial son geográficamente desplazables y consecuentemente erosionan las bases imponibles e implican un riesgo de traslado de los beneficios (OECD [2015]: *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3: Final Report, 2015, págs. 44-45).

⁷² OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report, 2015, pág. 11.

⁷³ *A contrario sensu*, la Comisión Europea considera que, dado que algunas categorías tributarias son conocidas por ser menos perjudiciales para el crecimiento que otras, como los impuestos sobre los rendimientos del trabajo, un *growth-friendly tax* puede generar una riqueza estable y eficientemente dinámica. Por ende, la reducción de la carga tributaria sobre el trabajo (especialmente para los grupos más vulnerables) podría estimular el trabajo, reduciendo desincentivos laborales e incrementando la demanda laboral al reducir costes relativos al trabajo. Por otra parte, la disminución de la carga tributaria sobre el consumo podría reducir la presión fiscal sobre el ahorro (EUROPEAN COMMISSION: *Tax reforms in EU Member States*, Working Paper n.º 38, 2013, págs. 48-49).

⁷⁴ Estos datos pueden consultarse en: <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7076793/4-17112015-AP-EN.pdf/1db58867-0264-45c0-94bf-ab079e62d63f> (fecha acceso: 19 de noviembre de 2015). En 2012, Grecia con un 96,7% es el Estado miembro con mayor volumen de microempresas en su territorio. Seguido por Portugal (95,2%), Italia (94,9%) y España (94,5%). En la otra cara de la moneda, se encuentran los países del centro y norte de Europa, como Alemania (82,3%), Austria (87,1%) y Luxemburgo (86,8%).

El denominado *EU-BEPS* tiene como objetivo el establecimiento de un sistema de fiscalidad corporativa donde los beneficios o rendimientos empresariales tributen en aquella jurisdicción donde el valor es realmente creado. El relanzamiento de la BICCIS se encuentra en el corazón de este plan. Esta propuesta, lanzada por la Comisión en 2011⁷⁵, «podría constituir un instrumento extremadamente eficaz para alcanzar el objetivo de una fiscalidad más justa y eficaz»⁷⁶. Se plantea como la principal herramienta en la lucha contra la planificación fiscal agresiva, incorporando recientes desarrollos internacionales y atribuyendo rentas allí donde el valor ha sido creado.

En este sentido, la Comisión considera la BICCIS como una solución global al traslado de beneficios⁷⁷. Así pues, las empresas solo tendrían que atender a un único conjunto de normas para calcular su renta imponible –en lugar de afrontar hasta 28 sistemas diferentes–, pudiendo, además, compensar las pérdidas sufridas en un Estado miembro con los beneficios obtenidos en otro. La BICCIS eliminaría disparidades entre los sistemas nacionales que llevan a las prácticas fiscales abusivas y excluiría la posibilidad de emplear los regímenes preferenciales para el traslado de beneficios. Igualmente, se estima que mediante esta base común, los Estados miembros tendrían una respuesta uniforme frente a las empresas extranjeras controladas (CFC), con el objeto de impedir el traslado de beneficios hacia territorios de baja o nula tributación. Precisamente, en este contexto, los trabajos de la OCDE relativos a las *CFC rules* serán tenidos en cuenta en la nueva BICCIS⁷⁸.

En comparación con la propuesta de 2011⁷⁹, se prevé que la BICCIS sea obligatoria para las empresas con ingresos globales superiores a 750 millones de euros anuales. En la nueva propuesta de directiva (octubre 2016), la Comisión Europea ha planteado un tratamiento favorable de los costes en I+D haciendo estos totalmente deducibles en el año fiscal en que han sido incurridos, con la excepción de los gastos relativos a los bienes inmuebles⁸⁰. Adicionalmente, prevé la introducción de

⁷⁵ COM (2011) 121/4: *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Bruselas, 16 de marzo de 2011.

⁷⁶ COM (2015) 302 final: *Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*, Bruselas, 17 de junio de 2015, pág. 8

⁷⁷ En octubre de 2016, la Comisión, siguiendo su Plan de Acción iniciado en junio de 2015, ha propuesto una importante reforma del IS en el marco de la UE. Destaca el relanzamiento de la BICCIS a partir de dos propuestas de Directiva. Primero, la propuesta de Directiva de una base imponible común del impuesto sobre sociedades (COM (2016) 685 final: *Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base*, Estrasburgo, 25 de octubre de 2016) y, segundo, la propuesta de Directiva de la base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (COM (2016) 683 final: *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Estrasburgo, 25 de octubre de 2016).

⁷⁸ COM (2015) 302 final: *Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*, Bruselas, 17 de junio de 2015, pág. 10.

⁷⁹ COM (2011) 121/4: *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Bruselas, 16 de marzo de 2011.

⁸⁰ Ello constituye la norma básica en materia de I+D, ya contemplada en la propuesta de Directiva de 2011 (en su art. 12).

una deducción mejorada o reforzada (*enhanced allowance*)⁸¹. De ahí que la Comisión indique que los incentivos a la I+D «no solo se mantienen, sino que también se intensifican y racionalizan»⁸².

Esta propuesta no resulta, en nuestra opinión, satisfactoria en lo relativo al tratamiento de la I+D+i. No obstante, debe valorarse el cambio dado respecto a la propuesta inicial de la BICCIS de 2011, pues en ese momento, más allá de la deducibilidad de los costes por I+D, no se incluía ningún precepto acerca de qué entender por incentivo fiscal⁸³. En este sentido, se planteaba TRAVERSA cómo interactuaría el proyecto de la BICCIS con las normas sobre ayudas de Estado, dado que las directrices sobre ayudas estatales de la Comisión Europea permiten a los Estados miembros adoptar un amplio abanico de incentivos fiscales, a nivel corporativo, dirigidos a diferentes metas como la I+D+i o la protección ambiental, entre otros⁸⁴.

En primer lugar, la nueva propuesta de la BICCIS plantea un «tratamiento favorable» a la I+D(+i) basado, como se ha indicado, en la completa deducibilidad de los costes en I+D en el año fiscal en que han sido incurridos. Debe apuntarse que, por lo general, los gastos en I+D(+i) son deducibles fiscalmente⁸⁵. Por lo que, no puede hablarse de un «tratamiento fiscal favorable» dado que esa propuesta no resulta, en ningún caso, rompedora⁸⁶. Pues, en la gran mayoría de los Estados miembros ya está contemplada la deducibilidad de los gastos en I+D(+i)⁸⁷ y porque, ciertamente,

⁸¹ COM (2016) 685 final: *Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base*, Estrasburgo, 25 de octubre de 2016, págs. 7, 9 y 10. Estas son las dos opciones en lo que se refiere al tratamiento de la I+D que la Comisión Europea planteó en una consulta pública sobre la BICCIS, abierta desde el 8 de octubre de 2015 hasta el 8 de enero de 2016: http://ec.europa.eu/taxation_customs/common/consultations/tax/relaunch_ccctb_en.htm (fecha consulta: 3 de noviembre de 2016).

⁸² COM (2016) 685 final: *Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base*, Estrasburgo, 25 de octubre de 2016, pág. 8.

⁸³ COM (2011) 121/4: *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Bruselas, 16 de marzo de 2011.

⁸⁴ TRAVERSA, E.: «Tax Incentives and Territoriality within the European Union: Balancing the Internal Market with the Tax Sovereignty of Member States», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 3, 2014, págs. 321-322. De manera similar, LUJA, R.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). European Union Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, 2015, pág. 76.

⁸⁵ En cuanto a la deducibilidad de este tipo de gastos en el panorama español, véase: NAVARRO FAURE, A.: «Los gastos deducibles derivados de la propiedad intelectual e industrial», *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, n.º 6, 2012; y NAVARRO FAURE, A.: «El régimen jurídico-tributario de la propiedad industrial en España», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 58, 2002.

⁸⁶ La *Confédération Fiscale Européene (CFE)*, en su *Opinion Statement FC 1/2016 on the public consultation Relaunch of the CCCTB*, considera que debe establecerse un nexo que permita asegurar que los gastos en I+D+i realmente incurridos en un Estado van a ser deducibles.

⁸⁷ Pueden verse los Informes Nacionales recogidos en el vol. 100a de los *Cahiers de Droit Fiscal International* de 2015, *inter alia*: MITTERLEHNER, K. y MITTERLEHNER, M.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Austria Report», ob. cit., pág. 128; DALSGAARD, D. y WINTHER-SØRENSEN, N.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Denmark Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, pág. 265; KÜNNAPAS, K.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Estonia Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, 2015, pág. 279; RAJAMÄKI, A.: «Tax

no está confiriendo una ventaja fiscal adicional en la promoción de la I+D(+i) en relación con otras actividades⁸⁸. Por ende, puede entenderse que la intención de esta propuesta es a fin de la mera armonización de estándares. En segundo lugar, propone la introducción de una deducción mejorada, permitiendo que los contribuyentes se apliquen, hasta 20.000.000 de euros de gastos en I+D, una superdeducción (adicional) del 50 % anualmente⁸⁹. Sin duda, estas deducciones mejoradas suponen un fuerte estímulo fiscal a la I+D(+i), no obstante, no nos resulta la opción más adecuada en términos de efectividad en la consecución del objetivo y de adecuación a los principios de justicia tributaria.

Esas deducciones mejoradas o especiales en la base imponible permiten a las empresas deducir de su base un importe superior al gasto en I+D+i realizado, lo que supone una forma de ahorro fiscal (dependiendo del tipo impositivo, al operar en la base imponible)⁹⁰. De esta forma, se está concediendo una ventaja fiscal que va más allá del gasto en I+D+i incurrido por el contribuyente en la realización de las actividades de investigación. Es decir, cabría hablar de un beneficio fiscal no proporcionado al gasto o esfuerzo inversor.

A nuestro juicio, los incentivos fiscales a la I+D+i como actividad deben contemplarse a nivel de cuota y no de la base imponible. El extendido crédito fiscal (*tax credit* o *crédit d'impôt*) a la I+D+i permite aplicar un porcentaje de deducción que actúa directamente sobre la cuota íntegra, no dependiendo, así, del tipo impositivo del impuesto⁹¹. Asimismo, esta deducción en cuota puede configurarse como un sistema mixto, en el sentido de que permita beneficiar al sujeto que cuenta con una trayectoria regular en I+D+i («sobre el volumen»), así como beneficiar significativamente a aquel sujeto que, de manera progresiva, aumenta su esfuerzo inversor en I+D+i («sobre el incremento»). Lógicamente, este tipo de incentivo, es decir, la deducción en cuota, no formaría parte de la BICCIS, sino que cada Estado, con base en sus competencias en materia tributaria, decidiría sobre su configuración. Consecuentemente, no sería un extremo uniformado, por lo que las empresas atenderían hasta a 28 sistemas en materia de deducciones en I+D+i.

En lo que se refiere al *patent box*, la propuesta de la Comisión no ha entrado a valorar estos regímenes, los cuales, en la actualidad, operan a nivel de la base imponible (v. gr. España o Bélgica) o bien

Incentives on Research and Development (R&D). Finland Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, 2015, pág. 292.

⁸⁸ En términos generales, los gastos contables (esto es, los incluidos en la cuenta de pérdidas y ganancias) son normalmente deducibles en el año fiscal en que han sido incurridos. Por lo tanto, la deducibilidad fiscal no solamente cubre los costes en I+D+i, sino también otro tipo de gastos incurridos por los contribuyentes en el desarrollo de su actividad empresarial (bajo ciertas condiciones dependiendo de cada país).

⁸⁹ En el caso de que los gastos en I+D vayan más allá de los 20.000.000 de euros, los contribuyentes podrán deducirse el 25 % de la cantidad excedente. Por otra parte, con el objetivo de apoyar a las pequeñas empresas y emprendedores, se establece una deducción mejorada para este tipo de empresas que no se encuentren vinculadas a otras empresas y que sean particularmente innovadoras (cubriendo en particular a las denominadas *start-ups*). Los contribuyentes elegibles podrán deducirse el 100 % de sus gastos en I+D siempre y cuando no superen la cuantía de 20.000.000 de euros.

⁹⁰ CORCHUELO MARTÍNEZ-AZÚA, M. B.: «Incentivos fiscales a la I+D en la OCDE: estudio comparativo», ob. cit., pág. 201; OECD (2002): *Tax Incentives for Research and Development: Trends and Issues*, ob. cit., pág. 12.

⁹¹ Véase nota anterior.

se erigen como un tipo de gravamen reducido (v. gr. Reino Unido o Países Bajos). En su Comunicación de junio de 2015, la Comisión únicamente se refería al enfoque del nexo como determinante de la vinculación entre el régimen especial y el lugar donde se genera el valor. Consecuencia lógica si finalmente se establece la BICCIS, será la reconsideración de aquellos *IP boxes* que operan a nivel de base.

Por otra parte, la Comunicación de junio de 2015 se refiere a los obstáculos –como la doble imposición– al desarrollo del mercado único que la UE trató de salvar por medio de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, y la Directiva sobre intereses y cánones. En relación con esta última, su artículo 3 establece que «[l]os pagos de intereses o cánones procedentes de un Estado miembro estarán exentos de cualquier impuesto sobre dichos pagos [...] en dicho Estado de origen, siempre que el beneficiario efectivo de los intereses o cánones sea una sociedad de otro Estado miembro o un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro de una sociedad de un Estado miembro»⁹².

Ahora bien, este tipo de normativa de la UE destinada a levantar obstáculos y evitar la doble imposición, puede involuntariamente llevar a una doble no imposición. Por ello, la Comisión, en su Comunicación de junio de 2015, considera que la refundición en curso de la Directiva sobre intereses y cánones es una oportunidad para que el Consejo actúe sobre este tipo de escenarios. Los últimos trabajos en este sentido apuntan a la introducción de una cláusula *de minimis* en la Directiva de intereses y cánones, similar a la introducida en la Directiva sobre sociedades matrices y filiales⁹³.

A pesar de ello, ha de señalarse que los Estados miembros no están realmente obligados a eximir de tributación los cánones e intereses en el Estado de la fuente. Puesto que, la propia directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros de manera unilateral dejen sin aplicación la misma⁹⁴. Con base en su artículo 5, la directiva «no se opondrá a la aplicación de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a impedir el fraude fiscal y los abusos», y, asimismo, los Estados miembros pueden denegar la aplicación de la directiva «a cualquier transacción cuyo

⁹² Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados.

⁹³ En el documento «BEPS: Presidency roadmap on future work» (6039/16 FISC 20) de 19 de febrero de 2016 se señala el interés de la Presidencia (Países Bajos) en seguir avanzando con los trabajos sobre dicha cláusula antiabuso («*de minimis anti-abuse clause*») y, en concreto, centrándose en el concepto de una cláusula de tributación efectiva mínima (*Minimum Effective Taxation* [MET] *clause*). En este sentido, se plantean dos alternativas, la cláusula MET como único criterio o la cláusula MET combinada con un test de actividad económica. Asimismo, se establece la posibilidad de incluir o referirse al enfoque del nexo (modificado) de la OCDE en la Directiva de Intereses y Cánones. Este documento está disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6039-2016-INIT/en/pdf> (fecha consulta: 18 de marzo de 2016). En el «*Working Party on tax Questions – Direct Taxation*» de 16 de febrero de 2016 se aboga por un tipo efectivo mínimo del 10%. Es decir, los pagos por intereses y cánones quedarían exentos de tributación en el Estado de la fuente cuando el tipo de gravamen resultante de la aplicación del régimen tributario aplicable a esos pagos en el Estado de residencia sea al menos del 10%.

⁹⁴ A pesar de la opinión generalizada acerca de esta prohibición, la realidad es que la misma no existe dado que la directiva permite la adopción de medidas unilaterales que la dejen sin aplicación para neutralizar las prácticas fiscales abusivas. Ahora bien, ciertamente el objetivo principal de la directiva es evitar la doble imposición y asegurar que todas las rentas tributen solamente una vez dentro de la UE (JARASS, L. y OBERMAIR, G. M.: «Unilateral Withholding Tax To Counteract Base Erosion and Profit Shifting», *European Taxation*, 2015, pág. 511).

móvil principal o uno de cuyos principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso». De esta forma, en el actual contexto marcado por las iniciativas de la OCDE y de la UE por neutralizar las prácticas fiscales abusivas, los Estados miembros pueden introducir medidas unilaterales destinadas a impedir el *fraus legis*⁹⁵. Es el caso, por ejemplo, de la no deducibilidad de los cánones en el Estado de la fuente, bajo determinadas condiciones, introducido por Austria en 2014. O, por ejemplo, la propuesta, que realizan JARASS y OBERMAIR, de introducir unilateralmente una retención de todos los pagos por intereses y cánones en el Estado de la fuente⁹⁶.

Si bien podríamos compartir tal propuesta, dada la cobertura de la directiva a la introducción de ese tipo de medidas, en nuestra opinión, como ha quedado apuntado, la vinculación de los regímenes preferenciales al lugar donde se ha generado el valor pasa por la adopción de un enfoque estandarizado, y no a partir de medidas especiales adoptadas unilateralmente –y, por ende, dispersas dentro de un mismo espacio, el mercado interior–.

En el marco de este Plan de Acción, la Comisión Europea lanzó, en enero de 2016, un paquete de medidas para luchar contra las prácticas elusivas (*The Anti-Tax Avoidance Package, The ATA Package*). Este paquete de medidas gira alrededor de tres pilares: la tributación efectiva, de forma que las empresas tributen allí donde se generan los beneficios; la transparencia fiscal, de modo que los Estados miembros tengan la información necesaria para asegurar la justa tributación; y la superación del riesgo de doble imposición, de manera que las empresas que pagan debidamente su cuota tributaria no se vean penalizadas por hacer uso del mercado interior.

Entre los elementos de este paquete, se encontraba una propuesta de Directiva para prevenir las prácticas fiscales abusivas⁹⁷. El 12 de julio de 2016 fue adoptada por el Consejo la Directiva por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (*The Anti-Tax Avoidance Directive, The ATA Directive*), entrando en vigor 20 días después de su publicación en el Diario Oficial de la UE⁹⁸. El ámbito de aplicación de esta directiva son todos los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades (IS) dentro de la UE, así como aquellas filiales de empresas situadas fuera de la UE⁹⁹.

⁹⁵ Incluso, como bien ha reconocido el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), en varias de sus sentencias, la introducción de ese tipo de medidas unilaterales podría estar justificada en la eficacia de los controles fiscales, dado que es una razón imperiosa de interés general (*inter alia*, STJUE asunto *Société Baxter*, § 19).

⁹⁶ JARASS, L. y OBERMAIR, G. M.: «Unilateral Withholding Tax To Counteract Base Erosion and Profit Shifting», *ob. cit.*, págs. 512-514.

⁹⁷ COM (2016) 26 final: *Proposal for a Council Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market*, Bruselas, 28 de enero de 2016.

⁹⁸ Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market.

⁹⁹ Téngase en cuenta que las medidas contenidas en esta directiva serán incorporadas a las legislaciones nacionales, pudiendo no ser el caso de Reino Unido; pues, tras votar favorablemente a la salida de la UE (*brexit*), tomaría la posición de un tercer Estado en relación con la aplicación de la Directiva (MAISTO, G. y MALHERBE, J.: «Les conséquences fiscales du "Brexit"», *Revue de Droit Fiscal*, n.º 29, 2016, pág. 4).

Respecto a las normas sobre CFC, una vez cumplidas las condiciones que determinan que una entidad o establecimiento permanente tiene la consideración de CFC, el artículo 7.2 a) de la *ATA Directive* prevé la inclusión en la base imponible de las rentas no distribuidas de la entidad o establecimiento permanente cuando deriven de una serie de categorías (*entity based approach*), verbigracia cánones u otras rentas generadas por propiedad industrial. Ello no será de aplicación cuando la CFC lleve a cabo una actividad económica de importancia basada en una plantilla, un equipamiento, bienes e instalaciones, de lo que darán fe los hechos y circunstancias relevantes. Los Estados miembros pueden decidir no aplicar esta excepción si la CFC tiene su residencia en un tercer Estado que no forme parte del Acuerdo EEE. Adicionalmente, con base en el artículo 7.3 de la *ATA Directive*, los Estados miembros pueden optar por no considerar una entidad o establecimiento permanente como CFC si un tercio o menos de las rentas de esa entidad o establecimiento permanente pertenecen a alguna de las categorías recogidas. Por su parte, el artículo 7.2 b) de la *ATA Directive* prevé la inclusión en la base imponible de las rentas no distribuidas de la entidad o establecimiento permanente derivadas de mecanismos falseados que se han establecido con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal (*transactional approach*)¹⁰⁰.

Por lo tanto, la *ATA Directive* recoge dos métodos o formas de atribución de rentas a la casa central. Ha de señalarse que, en el caso del denominado *entity based approach*, se recoge una excepción a la inclusión de determinadas rentas cuando exista actividad sustantiva, tales como cánones u otras rentas generadas por propiedad industrial. Probablemente ello esté pensando en el enfoque del nexo y en dejar fuera de la legislación sobre CFC a aquellas rentas que sean elegibles para un régimen de *patent box* consistente. No obstante, cabe apuntar que los requisitos de sustantividad aquí contemplados no coinciden, en puridad, con los requisitos que plantea el enfoque del nexo, por lo que podría darse el caso de que un contribuyente que se beneficia de un régimen consistente respecto de rentas derivadas de propiedad industrial tuviese que probar «los hechos y circunstancias relevantes» de su actividad para quedar fuera del ámbito de las normas sobre CFC. Por ende, como reza la Acción 3, la renta que procede de una actividad económica real debe excluirse del ámbito de aplicación del régimen de TFI. Y, más concretamente, las normas sobre CFC no deben aplicarse cuando la renta esté sometida a tributación conforme a un régimen de *patent box* en línea con el enfoque del nexo¹⁰¹.

Por último, aunque ha sido suprimido del texto final de la *ATA Directive* cabe hacer mención a la *switch-over clause* o cláusula de inversión que preveía el artículo 6 de la propuesta de enero de 2016, dada la incidencia que una cláusula de este tipo podría tener sobre los regímenes de *patent box*, incluso después de su adecuación al enfoque del nexo. Esta cláusula supone un límite a la exención de dividendos de fuente extranjera o las rentas de establecimientos permanentes, procedentes de terceros Estados, exigiendo un tipo nominal del IS en el Estado de localización de la filial o del establecimiento permanente de al menos el 40% del tipo del Estado de la matriz o casa central.

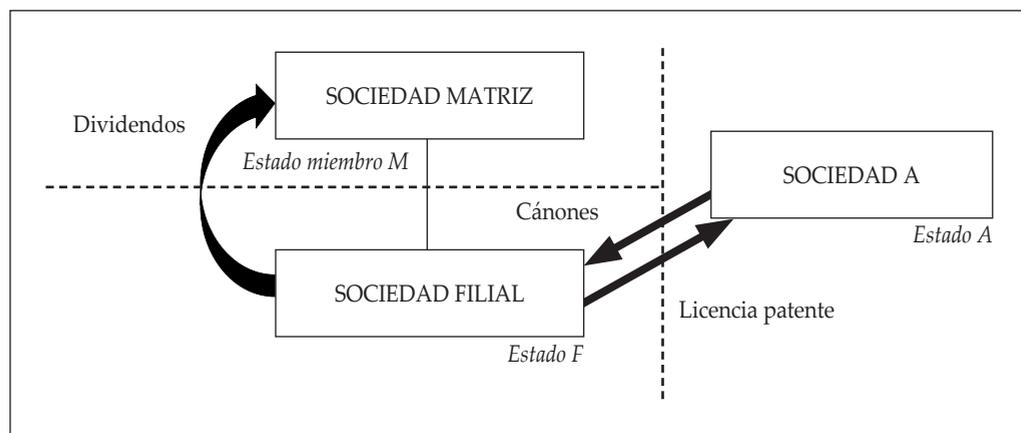
¹⁰⁰ A estos efectos, un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falseados en la medida en que la entidad o establecimiento permanente no poseyera los activos o no hubiera asumido los riesgos que generan una parte o la totalidad de su renta si no estuviera controlada por una sociedad en la que las personas influyentes ejercen funciones, pertinentes en relación con dichos activos y riesgos, que contribuyen a la generación de la renta de la sociedad controlada.

¹⁰¹ Vid. GIL GARCÍA, E.: «The Effect of Anti-Avoidance Provisions Regarding the Promotion of Innovation: Considerations from a Tax Policy Perspective», *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, n.º 10, 2016, págs. 589 y 590.

De modo que, en primer lugar, esta cláusula solamente se aplicaría cuando el contribuyente sea una entidad residente en un Estado miembro de la UE teniendo bajo su control directo una filial residente en un tercer Estado o bien un establecimiento permanente situado fuera de la UE. Segundo, las rentas de esa filial o establecimiento permanente estarían sujetas, en ese tercer Estado, a un tipo de gravamen inferior al 40% del tipo impositivo al que habrían sido gravadas conforme a la normativa del Estado miembro en que se encontrase el contribuyente. Curiosamente, la propuesta de esta cláusula se refería al tipo de gravamen nominal, mientras que en el mismo texto, tanto en la versión inicial como en la aprobada en julio de 2016, el articulado relativo a las normas sobre CFC se refiere al tipo de gravamen efectivo. La *switch-over clause* se refiere a las rentas que el contribuyente recibe por la distribución de beneficios de una entidad extranjera o bien por la enajenación de sus acciones, así como por las rentas que el contribuyente recibe del establecimiento permanente situado en un tercer Estado.

Si tales condiciones se reúnen, el Estado miembro de que se trate no podría dejar exenta de tributación esa renta de fuente extranjera, sino que quedaría gravada aplicando la correspondiente deducción por la deuda tributaria que hubiese pagado en el Estado de residencia¹⁰². La configuración de la cláusula de inversión propuesta por la Comisión iba dirigida a que los beneficios de entidades residentes en Estados de baja tributación, fuesen gravados en el territorio de la UE. Por lo que los grupos empresariales europeos tendrían que revisar el lugar de establecimiento de sus filiales extranjeras, puesto que el cumplimiento de las condiciones indicadas implica la consideración de jurisdicción de baja tributación y, por ende, la no exención de las rentas de fuente extranjera en el Estado de la casa central.

Figura 2. Reparto beneficios intragrupo



¹⁰² Esta cláusula se decanta por el método de imposición para corregir la doble imposición internacional, cuando la entidad residente en un tercer Estado esté sometida a una baja tributación. Recuérdese que el método de imposición somete a tributación las rentas de fuente extranjera permitiendo una deducción en la cuota del impuesto extranjero que haya gravado las mismas, mientras que el método de exención no somete a imposición las rentas de fuente extranjera. El método de imposición presupone que el principio de residencia debe primar sobre el origen de las rentas.

En la **figura 2**, la «Sociedad Matriz» tiene su residencia en el Estado miembro «M» de la UE, cuyo tipo de gravamen del IS es del 25 %. Ejerce el control directo de la «Sociedad Filial», residente en un tercer Estado (Estado «F»). La «Sociedad Filial» crea y desarrolla intangibles, cediendo su uso a la «Sociedad A», residente en el Estado «A». Los cánones que recibe por la licencia de las patentes se benefician de un tipo de gravamen reducido del 9 % (36 % del tipo de gravamen del Estado miembro «M») por la existencia de un régimen de *patent box* consistente con el enfoque del nexo en el Estado «F». Los dividendos que recibe la «Sociedad Matriz», en la distribución de beneficios de la «Sociedad Filial», no podrían beneficiarse de la exención en el Estado de la casa central por aplicación de la *switch-over clause*, sino que tributarían aplicando la correspondiente deducción.

Atendiendo a esa consideración –como se ha dicho– del enfoque del nexo como una especie de cláusula antiabuso, el acceso a un régimen de *patent box* consistente implica la ausencia de práctica abusiva. Por lo tanto, esta *switch-over clause* podría suponer un desincentivo al desarrollo y explotación de intangibles, dado que el beneficio tributario obtenido tras el cumplimiento del requisito de sustantividad quedaría, en cierto modo, neutralizado por la sujeción *a posteriori* en el Estado de la matriz por aplicación de la cláusula de inversión. De esta forma, la introducción de esta cláusula, por un lado, evitaría las situaciones de deducciones dobles o doble no imposición –consecuencia de la planificación fiscal agresiva– y, por otro, podría suponer cierto desincentivo a la creación de intangibles.

A partir de estas cuestiones, cabría hablar de una posible competencia fiscal entre los Estados miembros, dada la disparidad en cuanto al tipo de gravamen dentro del propio territorio de la Unión. En el caso planteado (figura 2), si la casa central residiese en Austria, cuyo tipo de gravamen es del 25 %¹⁰³, los dividendos recibidos de la entidad extranjera quedarían sujetos a imposición en territorio austriaco, mientras que si la casa central fuese residente en Bulgaria, cuyo tipo de gravamen es del 10 %¹⁰⁴, no tributarían dentro de la UE por estar fuera del ámbito de aplicación de la *switch-over clause*. También bajo el prisma de la competencia fiscal, la inclusión de este tipo de cláusula podría colocar a los Estados miembros en una posición menos ventajosa. Puesto que, podría resultar más interesante situar la casa central de un grupo empresarial en terceros Estados –con método de exención– o en otro Estado miembro con un tipo de gravamen menor para así evitar la aplicación de la *switch-over clause* y sus posibles efectos neutralizadores sobre los regímenes de I+D+i. Paradójicamente cabría situar este escenario en el fenómeno de la planificación fiscal. Incluso podría afectar, como apuntan NAVARRO, PARADA y SCHWARZ, a la tasa de empleo de los Estados miembros, dado que la migración empresarial fuera del territorio de la Unión implicaría la pérdida del trabajo generado por tales empresas¹⁰⁵. En efecto, las empresas innovadoras suponen un fuerte impulso para la creación de empleo, especialmente para la contratación de personal investigador

¹⁰³ WORLDWIDE TAX SUMMARIES: *Corporate Taxes 2016/17*, pág. 127 (disponible en: www.pwc.com/taxsummaries [fecha consulta: 1 de abril de 2017]).

¹⁰⁴ WORLDWIDE TAX SUMMARIES: *Corporate Taxes 2016/17*, pág. 299 (disponible en: www.pwc.com/taxsummaries [fecha consulta: 1 de abril de 2017]).

¹⁰⁵ NAVARRO, A.; PARADA, L. y SCHWARZ, P.: «The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts», *EC Tax Review*, vol. 25, n.º 3, 2016, pág. 122.

altamente cualificado. De modo que este tipo de cláusula no solo podría neutralizar el efecto incentivador de las medidas fiscales a favor de la I+D+i, sino además afectar negativamente al empleo.

Con base en todo esto, la supresión de la cláusula de inversión en el texto final de la *ATA Directive* debe valorarse, a nuestro juicio, positivamente.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Los Planes de Acción de la UE y de la OCDE persiguen restituir la simetría perdida entre el lugar en el que los tributos son debidos y el lugar donde el valor es creado. Tradicionalmente esta simetría podía preservarse por la aplicación de los principios de fuente y residencia, pero los desarrollos legales y tecnológicos de las estructuras empresariales dejan a esos criterios desfasados y con la necesidad de su reconsideración (OCDE, 2013). Por un lado, la prevalencia del criterio de residencia para evitar la doble imposición en los convenios ha supuesto la no tributación en el Estado de la fuente. Por otro lado, la introducción de medidas fiscales para favorecer el desarrollo de actividades económicas ha supuesto el vaciamiento de las bases impositivas nacionales. Por lo que, consecuentemente, esta situación ha llevado a la no tributación en ningún sitio, es decir, se ha pasado de la doble imposición a la doble no imposición. Podría decirse que, aun no siendo el objetivo de estos planes, las medidas anti-BEPS suponen reforzar el criterio de residencia. Bajo el objetivo de abordar las prácticas fiscales de elusión y planificación en Europa, las medidas propuestas en el paquete antiabuso de la UE se orientan a asegurar la tributación (efectiva) de determinadas rentas dentro del territorio de la Unión, en concreto en aquel lugar en el que se ha creado el valor; pero no parecen suponer el fin de las estructuras de planificación fiscal¹⁰⁶.

Efectivamente, uno de los pilares inspiradores de estas iniciativas es la sustantividad, de forma que la tributación de los beneficios –v. gr. los derivados de la propiedad industrial– quede vinculada al lugar en el que se ha desarrollado la actividad económica sustantiva –v. gr. la actividad de I+D+i subyacente–. Con ello se evita el traslado de beneficios hacia jurisdicciones de nula o baja tributación en las que no se ha llevado a cabo una verdadera actividad económica, más allá de la mera localización de un intangible. No obstante, el fenómeno de la erosión de la base imponible seguirá existiendo, solo que se producirá allí donde el valor se haya generado. Es decir, la explotación del intangible en el mismo lugar en que este ha sido creado y desarrollado da acceso al régimen de *patent box* basado en el enfoque del nexo y ello permite vaciar legítimamente la

¹⁰⁶ En este sentido, el informe elaborado por el grupo verde del Parlamento Europeo sobre la estructura del grupo IKEA ve este paquete de medidas como un pequeño pero incompleto paso para hacer frente a la elusión fiscal por las grandes empresas en Europa, y como a pesar de las buenas intenciones del paquete parece que va a seguir siendo sencillo para las grandes compañías y los paraísos fiscales europeos continuar con ciertos abusos. Este informe concluye diciendo que el paquete antiabuso presentado por la Comisión no aborda todos los «agujeros» usados por el grupo IKEA para reducir su carga tributaria, por lo que es necesario un paquete de medidas más ambicioso para luchar efectivamente contra la elusión fiscal corporativa en Europa. El informe se encuentra disponible en: <http://www.greens-efa.eu/ikea-flat-pack-tax-avoidance-15188.html> (fecha consulta: 28 de marzo de 2016).

base imponible. Por lo tanto, el *patent box* así configurado se erige como una caja a la innovación, que aun no siendo una caja vacía (*cash box*) *per se* erosiona «sustantivamente» la base imponible.

En otras palabras, las prácticas fiscales abusivas que se pretenden contrarrestar por medio de la aplicación del enfoque del nexo no terminan con la planificación fiscal empresarial, pues dado el efecto incentivador que el *patent box* y otros incentivos representan para las empresas que realizan I+D+i, seguirán estableciéndose estructuras entorno a estos regímenes para disfrutar de sus beneficios, pero todo ello presidido por el elemento de la sustantividad.

Ello nos lleva a la conclusión de que el nuevo paradigma de la denominada era post-BEPS no viene marcado –principalmente en el contexto de los intangibles– por el fin de la planificación fiscal «agresiva», sino por su conversión en planificación fiscal «sustantiva».

Bibliografía

ADORJAN, T y VELDHUIZEN, R. [2015]: «EU Introduces Plans Regarding a Fair and Efficient Corporate Tax System», *European Taxation*.

AIGNER, H. J.; SCHEUERLE, U. y STEFANER, M. [2004]: «General Report» en LANG, M. *et al.*: *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Linde verlag Wien y Kluwer Law International, Londres.

ARGINELLI, P. [2015]: «Innovation through R&D Tax Incentives: Some Ideas for a Fair and Transparent Tax Policy», *World Tax Journal*, vol. 7, n.º 1.

ARGINELLI, P. y PEDACCINI, F. [2014]: «Prime riflessioni sul regime italiano di patent box in chiave comparata ed alla luce dei lavori dell'Ocse in materia di contrasto alle pratiche fiscali dannose», *Rivista di diritto tributario*, n.º 9, parte V.

AULT, H. J.; SCHÖN, W. y SHAY, S. E. [2014]: «Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, n.º 6/7.

BAYONA DE PEROGORDO, J. J. [1991]: *El Derecho de los gastos públicos*, IEF, Madrid.

BAYONA DE PEROGORDO, J. J. y SOLER ROCH, M. T. [1989]: *Derecho Financiero*, vol. 1, COMPAS; 2.ª ed., Alicante.

BRAUNER, Y. [2014]: «BEPS: An Interim Evaluation», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 1.

– [2014]: «What the BEPS?», *Florida Tax Review*, vol. 16, n.º 2.

CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. [2014]: «El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones ("BEPS"): ¿Final, el principio del final o el final del principio?», *Quincena Fiscal*, n.º 1-2.

CORCHUELO MARTÍNEZ-AZÚA, M. B. [2007]: «Incentivos fiscales a la I+D en la OCDE: estudio comparativo», *Cuadernos Económicos de ICE*, n.º 73, Ministerio de Economía y Competitividad.

CORDÓN EZQUERRO, T. [2013]: «La planificación fiscal agresiva y la estrategia de la Comisión UE para combatirla», *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, Instituto de Estudios Fiscales, n.º 7.

- DALSGAARD, D. y WINTHER-SØRENSEN, N. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Denmark Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- DANON, R. J. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). General Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- EASSON, A. y ZOLT, E. M. [2002]: «Tax Incentives», *World Bank Institute*.
- EUROPEAN COMMISSION [2015]: *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators (Final Report)*, Taxation Papers, Working Paper n.º 61.
- FELDER, M. [2013]: *IP Boxes from a European, Liechtenstein and Swiss Perspective*, Schulthess Verlag, Zürich.
- FREEDMAN, J. [2004]: «Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle», *British Tax Review*, n.º 4.
- GIL GARCÍA, E. [2016]: «The Effect of Anti-Avoidance Provisions Regarding the Promotion of Innovation: Considerations from a Tax Policy Perspective», *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, n.º 10.
- JARASS, L. y OBERMAIR, G. M. [2015]: «Unilateral Withholding Tax To Counteract Base Erosion and Profit Shifting», *European Taxation*.
- KÜNNAPAS, K. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Estonia Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- LOEPRIK, J. [2015]: «Indirect Access to Intellectual Property Regimes – Effects on Austrian and German Affiliates», *WU International Taxation research Paper Series*, n.º 13.
- LUJA, R. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). European Union Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- MAISTO, G. y MALHERBE, J. [2016]: «Les conséquences fiscales du "Brexit"», *Revue de Droit Fiscal*, n.º 29.
- MAROTO SÁEZ, A. [2005]: «Medidas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional», *Documentos de Trabajo*, Instituto de Estudios Fiscales (IEF), n.º 22.
- MARTÍN LÓPEZ, J. [2006]: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- [2013]: «La doctrina estadounidense de la sustancia económica como norma general antiabuso en materia tributaria: análisis jurídico de su codificación», *Revista española de derecho financiero*, Civitas, n.º 157.
 - [2014]: «La Norma General Antiabuso del Reino Unido», *Civitas. Revista española de derecho financiero*, n.º 164.
 - [2015]: «Planificación fiscal agresiva y normas antiabuso en el derecho de la Unión Europea: análisis de las últimas tendencias», *Quincena Fiscal*, n.º 8.
- MITTERLEHNER, K. y MITTERLEHNER, M. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Austria Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- NAVARRO FAURE, A. [1993]: *Aspectos jurídico-financieros del Déficit Público. Especial referencia al déficit autonómico*, Generalitat Valenciana, Conselleria d'Economia i Hisenda, Valencia.
- [2002]: «El régimen jurídico-tributario de la propiedad industrial en España», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 58.

- [2012]: «Los gastos deducibles derivados de la propiedad intelectual e industrial», *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, n.º 6.
- NAVARRO, A.; PARADA, L. y SCHWARZ, P. [2016]: «The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts», *EC Tax Review*, vol. 25, n.º 3.
- PALOMERO ÁLVAREZ-CLARO, R. [2012]: «Las medidas antiabuso en la fiscalidad internacional», *Cuadernos de Formación IEF*, Colaboración 12/12, vol. 15.
- PANTALEO, N.; POSCHMANN, F. y WILKIE, S. [2013]: «Improving the Tax Treatment of Intellectual Property Income in Canada», *Commentary No. 379, Fiscal and Tax*, Policy, C.D. Howe Institute.
- PÉREZ BERNABEU, B. [2014]: «R&D&I Tax Incentives in the European Union and State Aid Rules», *European Taxation*, vol. 54, n.º 5.
- PISTONE, P. [2014]: «Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 1.
- RAJAMÄKI, A. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Finland Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- SALGADO BARCA, M. B. y PALLARÉS RODRÍGUEZ, R. [2014]: «El *patent box* en España: análisis del artículo 23 del TRLIS», *Quincena Fiscal*, Aranzadi, 19, noviembre I.
- SANZ-GÓMEZ, R. [2015]: «The OECD's Nexus Approach to IP Boxes: A European Union Law Perspective», *WU International Taxation Research Paper Series*, n.º 12.
- SOLER ROCH, M. T. [2011]: «Las normas antiabuso generales y especiales», *VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros*, Instituto de Estudios Fiscales, n.º 12.
- SPENGLER, C. *et al.* [2013]: «Profit Shifting and "Aggressive" Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform», *ZEW Discussion Paper*, n.º 078.
- SCHÖN, W. [2000]: «Tax Competition in Europe-The Legal Perspective», *EC Tax Review*, vol. 9, n.º 2, Kluwer Law International.
- SCHUCHTER, Y. y KRAS, A.: «Austria - Corporate Taxation (sec. 1.)», *Country Surveys IBFD* (acceso 30 de junio de 2015).
- TAVEIRA TORRES, H. [2012]: «Tributación de intangibles» (Relatoría General), en SERRANO ANTÓN, F.; SIMÓN ACOSTA, E. y TAVEIRA TORRES, H.: *Fiscalidad y globalización*, Aranzadi, Pamplona.
- TRAVERSA, E. [2014]: «Tax Incentives and Territoriality within the European Union: Balancing the Internal Market with the Tax Sovereignty of Member States», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 3.
- VANISTENDAEL, F. [2002]: «Janus with Two Faces, or the Many Faces of Taxation», en ANDERSSON, K.; MELZ, P. y SILFVERBERG, C. (ed.): *Liber Amicorum Sven-Olof Lodin*, Kluwer Law International.
- WAERZEGGERS, C. y HILLIER, C. [2016]: «Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR)», *Tax Law IMF Technical Note*, vol. 1.