

UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE «PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA» UTILIZADO EN LOS TRABAJOS DE LA OCDE

José Manuel Calderón Carrero

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de A Coruña*

Alberto Quintas Seara

*Investigador FPU del Departamento de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de A Coruña*

EXTRACTO

En los últimos años, la necesidad de prevenir y combatir las prácticas de planificación fiscal agresiva ha ocupado un papel central en la agenda de las principales organizaciones e instituciones supranacionales (OCDE, UE, G20, ONU), así como de las Administraciones tributarias de los distintos países. En este contexto, y ante las limitaciones y problemas que resultan del modelo tradicional de control del cumplimiento de las obligaciones tributarias, la OCDE lleva años elaborando e impulsando la puesta en práctica de un modelo complementario de cumplimiento tributario cooperativo que constituiría igualmente un instrumento dirigido a mejorar los niveles de cumplimiento voluntario y prevenir el fraude, la elusión fiscal y la planificación fiscal agresiva. Este trabajo se encuadra en una temática más amplia relacionada con las nuevas tendencias internacionales en materia de buena gobernanza fiscal, pero aborda de forma específica el difuso concepto de planificación fiscal agresiva en el marco de los programas que tratan de aplicar el modelo de cumplimiento cooperativo; el análisis del concepto de planificación fiscal agresiva conduce a una reflexión preliminar sobre cómo el cambio de paradigma fiscal que está teniendo lugar afecta al umbral de planificación fiscal legítima y a la delgada línea roja que lo separa de la elusión fiscal, sin que tal redefinición de fronteras se haya realizado de forma transparente, consistente y uniforme a nivel global, lo cual plantea un buen número de cuestiones y problemas para los obligados tributarios.

Palabras claves: planificación fiscal agresiva, elusión fiscal, relación cooperativa y programas de cumplimiento cooperativo.

Fecha de entrada: 28-08-2015 / Fecha de aceptación: 23-09-2015 / Fecha de revisión: 18-12-2015

THE CONCEPT OF «AGGRESSIVE TAX PLANNING»: AN APPROACH FROM THE PERSPECTIVE OF THE WORKS DEVELOPED BY THE OECD

José Manuel Calderón Carrero

Alberto Quintas Seara

ABSTRACT

In recent years, the need to prevent and combat aggressive tax planning has played a key role not only in the agendas of international organizations and supranational institutions (OECD, EU, G20, UN), but also in the agendas of national tax administrations. In this context, given the constraints and problems that result from the traditional model of enforcing tax obligations, the OECD is working towards the implementation of a complementary model of cooperative compliance, which shall be regarded as an instrument to improve voluntary tax compliance and to prevent tax fraud, tax avoidance and aggressive tax planning. This piece of work addresses the fuzzy concept of aggressive tax planning in the framework of cooperative compliance programs and assesses how the «tax paradigm» shift that is taking place at the international level (BEPS global tax reset) affects the delineation of the border between legitimate tax planning and tax avoidance, thus raising a number of issues and problems for taxpayers insofar as the redrawing of this thin red line has not been conducted in a globally uniform, transparent and consistent manner.

Keywords: aggressive tax planning, tax avoidance, enhanced relationship and cooperative tax compliance programs.

Sumario

1. El modelo de cumplimiento tributario cooperativo como instrumento de lucha contra el fraude, la elusión fiscal y la «planificación fiscal agresiva»
2. La planificación fiscal agresiva: ¿una nueva categoría a medio camino entre el fraude, la elusión fiscal y la planificación fiscal legítima?
 - 2.1. Consideraciones generales
 - 2.2. El concepto de planificación fiscal agresiva derivado de los trabajos de la OCDE
 - 2.3. La Recomendación de la Comisión Europea sobre planificación fiscal agresiva de 6 de diciembre de 2012
3. La redefinición de los límites de la frontera entre el abuso y la planificación fiscal legítima
4. La limitación del ámbito operativo de la planificación fiscal legítima a través del factor reputacional, las exigencias de buena gobernanza corporativa y la participación del contribuyente en programas de cumplimiento cooperativo
5. Reflexiones finales: a modo de recapitulación

Bibliografía

NOTA: El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «La reforma de la Imposición Societaria en la UE» (DER2013-47516-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

1. EL MODELO DE CUMPLIMIENTO TRIBUTARIO COOPERATIVO COMO INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE, LA ELUSIÓN FISCAL Y LA «PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA»

A lo largo de la última década, el modelo de cumplimiento tributario impulsado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre la base de la experiencia internacional de diversas Administraciones tributarias nacionales se ha venido configurando de forma progresiva como un modelo de cumplimiento de las obligaciones tributarias basado en la colaboración entre todos los sujetos implicados en el mismo (Administración, contribuyente e intermediarios fiscales), y orientado a la consecución de una correcta aplicación del sistema tributario por parte de los obligados tributarios con la ayuda o asistencia de las autoridades fiscales. De este modo, la relación cooperativa articula un modelo que, teniendo como base la aceptación por parte de los administrados del sistema fiscal, persigue obtener mayores niveles de cumplimiento voluntario (no represivo) por parte de los contribuyentes¹, lo que, en principio, redundaría en una mayor eficacia y eficiencia en la asignación de recursos por parte de la Administración, así como en unos menores costes de cumplimiento y mayor seguridad jurídica para los contribuyentes que decidiesen incorporarse al nuevo modelo cooperativo.

Podría decirse que el principal objetivo perseguido por el Foro sobre Administración Tributaria de la OCDE (FAT OCDE) a la hora de formular el modelo de cumplimiento cooperativo consistía fundamentalmente en reducir el denominado *tax gap* estableciendo un conjunto de mecanismos que mejoren los niveles de cumplimiento voluntario, simplificando, facilitando y reduciendo los costes derivados del cumplimiento tributario a aquellos obligados tributarios que

¹ Las ventajas de este nuevo modelo basado en la confianza mutua entre la Administración y los contribuyentes se analizan en TORGLER, B.: *Tax Compliance and Tax Morale: a Theoretical and Empirical Analysis*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2007. Por su parte, la OCDE ha puesto de relieve recientemente como el 85 % de las Administraciones tributarias de los países que integran el Foro sobre la Administración Tributaria (56 países que incluyen a todos miembros de la OCDE, UE y G20) han adoptado programas de cumplimiento cooperativo para gestionar los riesgos de sus grandes contribuyentes (vid. OECD, *Tax Administration 2015: Comparative Information on OECD and Other Advanced and Emerging Economies*, OECD, París, 2015).

adopten una posición cooperativa², superando así el modelo tradicional de gestión administrativa «de carácter represivo, inmovilista, jerarquizado y burocrático», que se ha mostrado poco satisfactorio en un contexto tributario dominado por el aumento masivo del volumen y detalle de la legislación fiscal³.

Por tanto, la relación cooperativa se presenta desde la OCDE como una herramienta innovadora para abordar el problema del incumplimiento de las normas fiscales en el contexto internacional, ya sea como consecuencia de comportamientos constitutivos de fraude o de elusión fiscal o a través de esquemas de «planificación fiscal agresiva». Así, los programas de cumplimiento cooperativo vendrían a complementar otras medidas específicas articuladas por las Administraciones tributarias al objeto de prevenir el fraude, la elusión fiscal y la planificación fiscal agresiva, pero los medios y enfoque utilizados vendrían a diferir de los puramente represivos al tratar de provocar un cambio de conducta de los obligados tributarios por la vía de un marco de relaciones basado en la transparencia, la confianza y la potenciación de la asistencia administrativa⁴.

Sin duda, son estos últimos esquemas o estructuras complejas las que vienen recibiendo mayor atención por parte de la OCDE (y la UE⁵) en orden a verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones fiscales de aquellos contribuyentes que tienen mayores posibilidades de utilizar dichos esquemas de planificación fiscal agresiva, a saber: los grandes patrimonios (*High Net Worth Individuals*) y los grandes grupos de empresas multinacionales⁶. En este contexto cabría

² Vid. SEER, R.: «Voluntary Compliance», *Bulletin for International Taxation*, vol. 67, n.º 11, 2013, págs. 588-589.

³ Vid. RUIBAL PEREIRA, L.: «Experiencia internacional sobre medidas de reorganización de las administraciones tributarias en la lucha contra el fraude fiscal», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 27, 2008, pág. 5.

⁴ Sobre esta cuestión resulta de interés el trabajo de BRAITHWAITE, V. (ed.), *Taxing Democracy: Understanding Tax Avoidance and Evasion*, Ashgate, Aldershot, UK, 2003, cuya tesis principal consiste en lograr mejoras en los niveles de cumplimiento de las normas a través de actuaciones y mecanismos de asistencia y colaboración entre las autoridades públicas y los obligados al cumplimiento de las mismas. La idea central de este *behavioural approach* reside en que para cambiar la conducta de los obligados tributarios hay que alterar el marco relacional entre estos y las autoridades fiscales trascendiendo de un modelo represivo y sancionatorio a uno colaborativo en sentido amplio que facilite el cumplimiento de las normas para los afectados, ya que tratar de lograr la observancia de normas complejas que conllevan importantes costes de cumplimiento únicamente a través de la represión solo conduce a una mayor resistencia e incumplimiento de las mismas.

⁵ A título de ejemplo, vid. European Commission, *Corporate Income Taxation in the European Union*, (SWD (2015) 121 final), accompanying the document *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on a Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action*, COM(2015) 302 final, Brussels, 17.6.2015, Annex 3 (*Platform for tax good governance. Discussion paper on the follow-up of the Commission Recommendations of 6 December 2012. Building blocks. Meeting of 2nd March 2015*), págs. 11-12.

⁶ Vid. OECD, *Compliance management of large business task group. Guidance Note. Experiences and Practices of Eight OECD Countries*, París, 2009, págs. 21-22. Sobre esta cuestión, vid. GONZÁLEZ DE FRUTOS, U.: «La expansión y control del fenómeno de los *tax shelters* en Estados Unidos», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 19, 2006, pág. 13, donde se señala que «los promotores son sofisticados profesionales que aprove-

situar también el proyecto de la OCDE sobre *Base Erosion and Profit Shifting*⁷, respaldado por el G20, que persigue reparar y reformular de forma coordinada y a nivel global los principios y estándares fiscales que configuran el sistema fiscal internacional, limitando así las principales avenidas sobre las que pivotan el arbitraje fiscal que permite la planificación fiscal agresiva y los mecanismos de transferencia y erosión artificial de bases imponibles que llevan a cabo las grandes empresas multinacionales de forma normalmente legal, aun siendo inconsistentes desde el plano del análisis de la sustancia económica⁸.

Por otra parte, no puede perderse de vista como en un entorno de recursos limitados marcado por la búsqueda de la eficiencia, la gestión del riesgo fiscal se configura como un elemento clave para que las Administraciones tributarias nacionales⁹, a través del adecuado análisis de una serie de indicadores fiscales y financieros, puedan «segmentar» o «diferenciar» a los contribuyentes en diversos grupos en función de su mayor o menor nivel de riesgo de incumplimiento como base para asignar los medios humanos y materiales destinados a actividades de control e inspección¹⁰, pero también al objeto de valorar su posible participación en un programa de cumplimiento cooperativo (acceso y continuidad)¹¹.

chan, además de los defectos lógicos o sintácticos de la redacción de las normas, determinadas normas fiscales especiales, como las que regulan exenciones o diferimientos temporales, las reglas de calificación de ingresos y gastos o bien las normas especiales de fiscalidad internacional, «ahormando» dichas reglas para darles un alcance subjetivo u objetivo distinto del que las justifica. No resulta una práctica excesivamente complicada: como otras técnicas tiene su aprendizaje pero, una vez, adquirido, puede repetirse con facilidad. Además, la prodigalidad legislativa en materia tributaria ofrece constantes oportunidades». Nótese que en Estados Unidos importantes firmas de servicios legales llegaron a un acuerdo con la *US Attorney's Office* durante los años 2003, 2004, 2005 y 2012 para el pago de altas sumas a la Hacienda Pública a efectos de evitar procesos judiciales por el desarrollo y promoción de *tax shelters*.

⁷ Vid. OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, París, 2013.

⁸ Vid. ASAKAWA, M.: «Base Erosion and Profit Shifting», *World Commerce Review*, junio 2012; BRAUNER, Y.: «BEPS: An interim Evaluation», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 1, 2014, págs. 35 y ss.; y MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M.: «El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (BEPS): ¿El final, el principio del final o el final del principio?», *Quincena Fiscal*, n.º 1-2, 2014, págs. 87-115.

⁹ Vid. BAKER, W.: «Los recursos e instrumentos para la planificación y ejecución de la fiscalización», *Función de fiscalización de la Administración Tributaria y el control de la evasión*, IEF, Madrid, 2001, pág. 260.

¹⁰ Tal y como se ha destacado en la Cuarta Reunión del FAT, en 2008, «la gestión de riesgos constituye un instrumento esencial que permite a las Administraciones tributarias responder rápidamente a cambios en la coyuntura y así poder asegurar que las estrategias de gestión del riesgo tributario se dirijan a los ámbitos de mayor prioridad y, en general, a garantizar el uso óptimo de los recursos de la Administración tributaria» (Vid. OCDE, *Cuarta Reunión del Foro OCDE sobre Administración Tributaria (Comunicado del Cabo)*, Ciudad del Cabo, 2008, pág. 3).

¹¹ En este sentido, la correcta identificación y gestión del riesgo fiscal requerirá un importante esfuerzo por parte de la Administración tributaria en aras de conseguir una información actualizada, pertinente y fiable que le permita obtener un conocimiento lo más completo posible del contribuyente y de las operaciones de naturaleza fiscal en las que participe. Ciertamente, podría decirse que «la base de cualquier respuesta para hacer frente a la planificación fiscal agresiva es la disponibilidad de información oportuna, específica y exhaustiva», por cuanto constituye el

La tendencia que parece estar imponiéndose, y que han desarrollado los países en vanguardia en materia de cumplimiento tributario cooperativo (Australia y Reino Unido), pasa por someter a los grandes contribuyentes a un análisis exhaustivo del riesgo fiscal a partir de una serie de indicadores entre los que destaca su nivel de transparencia fiscal y grado de colaboración con las autoridades tributarias, de manera que revelen su «estrategia fiscal» (incluyendo su posición relativa a la planificación fiscal y su propia concepción de la función fiscal en la cultura corporativa) y sus mecanismos de control de riesgos fiscales. Por tanto, conviene tener presente como, en los últimos tiempos, las Administraciones tributarias han puesto el foco en las operaciones de planificación fiscal agresiva como elemento indicativo de un elevado nivel de riesgo fiscal¹². En este sentido, los programas de cumplimiento tributario cooperativo, al igual que determinadas acciones del Plan BEPS, como la Acción 12¹³, tienen como finalidad principal lograr mayores niveles de cumplimiento tributario a través de mecanismos de transparencia y técnicas de gestión de riesgos fiscales que permitan una asignación más eficiente de los recursos de la Administración tributaria, aunque cabe matizar que los principios del modelo de cumplimiento tributario

pilar fundamental sobre el que se construirá el sistema de gestión del riesgo fiscal y segmentación de contribuyentes (Vid. OECD, *Tackling aggressive tax planning through improved transparency and disclosure*, OECD, París, 2011, pág. 12, y OECD, *Mandatory Disclosure Rules. Action 12: 2015 Final Report*, OECD, París, 2015). Dicha información, puede ser obtenida a través del cumplimiento de las obligaciones legales por parte del contribuyente o los intermediarios fiscales, o bien ser aportada por los mismos de forma voluntaria. En relación con el establecimiento de obligaciones o mecanismos de revelación (*ex ante*) de esquemas de planificación fiscal agresiva (p. ej. *Uncertain Tax Positions* en Estados Unidos o *Reportable Tax Positions* en Australia), se plantean un buen número de cuestiones; por un lado, la utilización en este contexto de un concepto amplio de operación de planificación fiscal presenta problemas de seguridad jurídica que en algunos casos resultan de tal intensidad que han provocado la declaración de inconstitucionalidad de las medidas de *disclosure* en cuestión (cfr. sentencia del *Conseil Constitutionnel* francés de 29 de diciembre de 2013, Decisión n.º 2013-685 DC); por otro lado, cabe mencionar la necesidad de coordinar estas nuevas obligaciones de revelación con otras fórmulas de *reporting* (*transfer pricing*, etc.) y con los programas y mecanismos de cumplimiento cooperativo dado que ya llevan aparejados sus propios sistemas de control de riesgos fiscales y de transparencia. Por lo que respecta a la revelación voluntaria de información por parte del contribuyente, se ha apuntado la importancia de la posición que adopte la Administración, debiendo ofrecer garantías en cuanto a la imparcialidad, seguridad jurídica, transparencia y proporcionalidad en su actuación (vid. FREEDMAN, J.; LOOMER, G. y VELLA, J.: «Corporate Tax Risk and Tax Avoidance: New Approaches», *British Tax Review*, n.º 1, 2009, págs. 74 y ss.).

¹² Nótese, sin embargo, como la experiencia internacional en la materia ha permitido identificar otros indicadores que, de forma individual o conjunta, elevarían la calificación de riesgo fiscal del contribuyente a los ojos de la Administración, a saber: 1) el uso de estructuras o entramados societarios complejos que se desarrollen fundamentalmente en entornos internacionales (uso de jurisdicciones de baja tributación y no cooperativas, operaciones intragrupo con precios de transferencia, etc.); 2) la presencia de rendimientos o actuaciones de tipo fiscal o financiero que se aparten sustancialmente de los de la industria o sector en cuestión; 3) la existencia de pérdidas recurrentes sin explicación o lógica económica consistente; 4) un coste fiscal efectivo desproporcionadamente bajo; 5) el uso de derivados financieros e instrumentos híbridos; 6) un incremento del volumen de negocio y descenso simultáneo del coste fiscal; 7) elevados niveles de endeudamiento; u 8) la existencia de márgenes bruto y operativo volátiles (vid. OECD, *Compliance management of large business task group. Guidance Note. Experiences and Practices of Eight OECD Countries*, París, 2009, pág. 18). En relación con los indicadores de riesgo fiscal desarrollados específicamente en el Reino Unido y Estados Unidos, *Ibid.*, págs. 19 y 20.

¹³ Vid. OECD, *BEPS Action 12: Mandatory Disclosure Rules*, 11 de mayo de 2015, págs. 11-12 y 17-18.

cooperativo van más allá de tales aspectos incluyendo un elemento estructural y omnicompreensivo de colaboración y asistencia a los contribuyentes que, en cierta medida, altera la dinámica de la relación entre estos y las autoridades fiscales¹⁴.

Ciertamente, la necesidad de combatir todo tipo de incumplimientos de la normativa tributaria, particularmente el fraude, la elusión fiscal y la planificación fiscal agresiva, está en la agenda global de las principales organizaciones e instituciones supranacionales (OCDE, UE, G20, ONU), y constituye un objetivo principal de las Administraciones tributarias de los distintos países, conscientes de que son varias las acciones que deben ponerse en marcha para paliar un conjunto de fenómenos que se consideran contrarios a los fundamentos sobre los que se erigen los sistemas tributarios nacionales y al propio «sistema de fiscalidad internacional». Así las cosas, y atendiendo a las últimas manifestaciones del Foro OCDE sobre Administración Tributaria, han de destacarse dos líneas básicas de actuación: por una parte, la necesidad de mejorar los mecanismos de supervisión y control fiscal¹⁵ y, por otra, la conveniencia de fomentar el cumplimiento voluntario de los contribuyentes.

La fórmula tradicional con la que vienen operando los sistemas de gestión tributaria modernos basada *grosso modo* en comprobaciones *ex post* de las autoliquidaciones presentadas por los contribuyentes a efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias (y su eventual regularización y sanción) presenta dos inconvenientes fundamentales que ponen de manifiesto la necesidad de articular nuevas fórmulas o mecanismos para prevenir y combatir la planificación fiscal agresiva, a saber: en primer lugar, el carácter complejo y transnacional de muchas de las operaciones que realizan las grandes empresas hace que las inspecciones resulten en muchos casos infructuosas; y en segundo lugar, aun habiendo detectado prácticas susceptibles de ser calificadas como planificación fiscal agresiva, el tiempo empleado para ello dificulta seriamente las actuaciones administrativas de supervisión y control de las mismas.

Precisamente en este contexto, comenzó a plantearse el modo de conciliar las posibilidades de planificación fiscal legítima que el ordenamiento permite al contribuyente con el nuevo modelo de cumplimiento cooperativo, y la función (y deber) de la Administración consistente en controlar

¹⁴ Un estudio más en profundidad acerca de los diferentes elementos que caracterizarían el nuevo modelo de cumplimiento tributario cooperativo puede encontrarse en CALDERÓN CARRERO, J. M. y QUINTAS SEARA, A.: *Cumplimiento tributario cooperativo y buena gobernanza fiscal en la era BEPS*, Thomson Reuters-Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2015.

¹⁵ Precisamente, una cuestión prioritaria reside en lograr un mayor control fiscal de los activos ocultos en jurisdicciones de conveniencia y ello a través de medidas «más tradicionales» tales como el intercambio de información tributaria o la puesta en marcha de iniciativas para la repatriación de activos *offshore*; o a través otras más innovadoras como profundizar en las relaciones de cooperación voluntaria con los intermediarios fiscales lo que, en este caso, pasaría por plantear un nuevo modelo de colaboración entre las Administraciones tributarias y las entidades financieras. También dentro de esta nueva corriente se ha hecho referencia a la necesidad de establecer mecanismos avanzados de cooperación fiscal internacional (p. ej. las *Joint-Audits*) que van más allá del intercambio de información y las inspecciones simultáneas, o a la elaboración de un Código de conducta cuya base legal podría ser establecida a través de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal OCDE-Consejo de Europa, firmado por más de 60 países entre los que se encuentra España.

el correcto cumplimiento tributario y la prevención y erradicación de las prácticas fiscales abusivas o incluso aquellas que se aprovechan de los «agujeros» o «fallos» del sistema tributario nacional e internacional. La creación *ex novo* del concepto de «planificación fiscal agresiva» surge en este contexto y responde, en cierta medida, a la necesidad de delimitar qué tipo de planificación se encuentra dentro o fuera del modelo de relación cooperativa¹⁶. Sin lugar a dudas, la delimitación de dicho concepto resulta de notable importancia tanto desde la perspectiva del contribuyente, que debe poder operar con un adecuado nivel de seguridad jurídica por lo que a su participación en los programas de cumplimiento cooperativo se refiere¹⁷, como desde la óptica de la propia Administración tributaria, que deberá establecer las condiciones de acceso y continuidad a tales programas. Un buen ejemplo de ello lo aportan las últimas propuestas de la HMRC presentadas por el gobierno británico el 27 de junio de 2015 en el marco del *Summer Budget 2015*, de suerte que el Código de Práctica Fiscal para grandes contribuyentes trata de establecer una frontera entre la planificación fiscal legítima aceptable dentro de tal marco cooperativo y las prácticas de planificación fiscal agresiva que se consideran inaceptables al equiparar tal categoría con la «elusión fiscal»¹⁸. Este intento de clarificación del marco de la planificación fiscal legítima, desde el punto de vista de la HMRC, podría responder no solo a la finalidad instrumental antes señalada referida a la reducción del espacio de tal planificación en el marco de programas de cumplimien-

¹⁶ No obstante, el surgimiento del concepto de planificación fiscal agresiva se encuentra muy conectado con el Proyecto BEPS en relación con esquemas de arbitraje fiscal internacional que revelaban determinados agujeros, fallos y disfuncionalidades del sistema de fiscalidad internacional.

¹⁷ Ciertamente, con carácter general pero muy especialmente en el marco de la relación cooperativa, la Administración deberá adoptar todas aquellas medidas que contribuyan al logro de la necesaria seguridad jurídica que debe presidir la relación entre los diferentes operadores del sistema. *Vid.* VANN, R.: «Improving Tax Law Improvement: An International Perspective», *Australian Tax Forum*, 1995, pág. 193; MCBARNET, D. y WHELAN, C.: «The Elusive Spirit of the Law: Formalism and the Struggle for Legal Control», *Modern Law Review*, vol. 54, n.º 6, 1991, págs. 848 y ss. Sobre este tema puede consultarse también, BRAITHWAITE, V. (ed.), *Taxing Democracy: Understanding Tax Avoidance and Evasion*, Ashgate, Aldershot, UK, 2003.

¹⁸ En este sentido, la HMRC ha afirmado que «It is entirely legitimate for a business to engage in tax planning – for example by using tax reliefs for the purpose for which they were intended (e. g. claiming tax relief on capital investment) or by making contributions to a pension scheme. The commitments in the Code are aimed at tax planning which crosses over into tax avoidance. As part of the Code, businesses will be expected to avoid structuring transactions in a way which will have tax results that are inconsistent with the underlying economic consequences unless there exists specific legislation designed to give that result. In all cases, the business should reasonably believe that transactions are structured in a way that gives a tax result which is not contrary to the intentions of Parliament». Asimismo, la propia Administración tributaria del Reino Unido aporta una definición de *tax avoidance or aggressive tax planning* estableciendo que «Tax avoidance or aggressive tax planning involves bending the rules of the tax system to gain a tax advantage that Parliament never intended. It often involves contrived, artificial transactions that serve little or no purpose other than to produce a tax advantage. It involves operating within the letter –but not the spirit– of the law. In arriving at a view as to whether the transaction is contrary to the intentions of Parliament, HMRC will consider a purposive construction of the legislation, and will also consider whether Parliament can realistically have intended to give the proposed result in circumstances that are very different from those that prevailed at the time (e. g. re loopholes being used to arrive at an unexpected result)» (*vid.* HMRC, *Improving Large Business Tax Compliance. Consultation Document*, 22 de julio de 2015, págs. 19 y 38).

to cooperativo sino también al propósito de evidenciar de forma más transparente cuáles son los criterios que utiliza la Administración tributaria para categorizar a los contribuyentes a partir de su «umbral de riesgo fiscal» (*tax risk rating*), saliendo así al paso de las críticas formuladas por los grandes contribuyentes a este respecto¹⁹.

2. LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA: ¿UNA NUEVA CATEGORÍA A MEDIO CAMINO ENTRE EL FRAUDE, LA ELUSIÓN FISCAL Y LA PLANIFICACIÓN FISCAL LEGÍTIMA?

2.1. CONSIDERACIONES GENERALES

De acuerdo con destacados comentaristas²⁰, la expresión planificación «agresiva» tiene origen en los Estados Unidos donde se emplea para referirse a un tipo de planificación fiscal caracterizada por el diseño de esquemas o estructuras que van en contra del espíritu o finalidad de la norma. No obstante, la configuración de su significado y alcance internacional se ha desarrollado por la OCDE en el marco de los trabajos sobre la relación cooperativa y el proyecto BEPS. De hecho, la referencia más clara al significado del cumplimiento de acuerdo con el espíritu de la ley se recoge según el propio Informe OCDE sobre cumplimiento cooperativo²¹ en la revisión de 2011 de las Directrices OCDE para Empresas Multinacionales: «In particular, enterprises should comply with both the letter and the spirit of the tax laws and regulations of the countries in which they operate. Complying with the spirit of the law means discerning and following the intention of the legislature. *It does not require an enterprise to make payment in excess of the amount legally required pursuant to such an interpretation*» (la cursiva es nuestra), parágrafo que es objeto del siguiente comentario explicativo: «An enterprise complies with the spirit of the tax laws and regulations if it takes reasonable steps to determine the intention in light of the statutory language and relevant, contemporaneous legislative history. Transactions should not be structured in a way that will have tax results that are inconsistent with the underlying economic consequences of the transaction unless there exists specific legislation to give that result. In this case, the enterprise should reasonably believe that the transaction is structured in a way that gives a tax result for the enterprise which is not contrary to the intentions of the legislature»²².

¹⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* FREEDMAN, J.; NG, F. y VELLA, J.: *HMRC's Relationship with Business*, Oxford University Centre for Business Taxation, Oxford, 2014.

²⁰ *Vid.* MULLIGAN, E. y OATS, L.: «The Risk Management: Evidence from the US», *British Tax Review*, n.º 6, 2009, pág. 681, nota a pie n.º 4.

²¹ *Vid.* OECD, *Co-operative Compliance: A Framework from Enhanced relationship to co-operative compliance*, París, 2013, pág. 48.

²² A este respecto, se ha destacado la dificultad de convertir la idea del cumplimiento de acuerdo con el «espíritu del Derecho», esto es, el propósito de las disposiciones fiscales, en «guía práctica» habida cuenta de que la mayor parte de la legislación fiscal persigue un fin financiero que no es otro que recaudar recursos monetarios a favor de un ente

En este contexto, conviene tener presente la relevancia que actualmente han adquirido los llamados *tax shelters* o «refugios fiscales», y que han sido clasificados por algún autor diferenciando entre: a) los *legitimate tax shelters*, expresión utilizada para referirse al recurso legítimo por parte de los contribuyentes a los incentivos y beneficios fiscales previstos en las leyes; b) los *abusive tax shelters*, relativos a la utilización fraudulenta de la ley para minorar la carga tributaria de una forma inaceptable; y, c) los *grey area tax shelters*, que abarcarían aquellas operaciones a medio camino entre las dos anteriores en las que el resultado perseguido por los contribuyentes puede estar previsto en la ley, pero las «ventajas fiscales» resultantes no son, en realidad, deseables, porque se actúa de acuerdo con la letra de la ley, pero en contra del espíritu o finalidad de la misma²³.

Desde un punto de vista diferente, se ha afirmado que el término *tax shelter* no puede utilizarse como un concepto con el que se designe operaciones que lleven aparejadas meras «ventajas fiscales», sino que debe reservarse para aquellas transacciones creadas a partir de interpretaciones o esquemas abusivos/artificiales o fraudulentos con el objetivo de conseguir un beneficio que la ley no ofrece a la mayoría de los contribuyentes que llevan a cabo operaciones similares, lo cual resulta contrario al objeto principal y finalidad de la ley aplicada²⁴. Así, la Agencia Tributaria australiana viene tomando como punto de partida la diferenciación entre planificación legal (*tax planning*) y las llamadas conductas inaceptables que pueden ser de tipo elusivo (*tax avoidance*) o fraudulento (*tax evasion*). No obstante, la frontera entre la elusión (ilegal) y la planificación fiscal legítima no siempre está clara, por lo que la ATO (Australian Taxation Office) utiliza la expresión *aggressive tax planning* para referirse a las operaciones de las que se derivan importantes ventajas fiscales y que se mueven en la «zona gris» o de las que resultan efectos que no coinciden totalmente con los que inspiraron las leyes aplicadas²⁵, terminología que, como veremos, coincide con la utilizada por la OCDE en el contexto BEPS existiendo, sin embargo, diferencias en cuanto al significado de la misma en uno y otro caso.

público (vid. CORREIA, F. y REIBEL, R.: «Change of climate in taxation: are you prepared for extended responsibilities», *European Taxation*, vol. 54, n.º 6, 2014, pág. 271). En la misma línea, son muy ilustrativas las palabras de la profesora J. FREEDMAN: «A GAAR cannot rewrite the law where there is no clear objective because the essence of a GAAR is that it prevents abuse of the underlying legislation. A GAAR will not operate properly unless the underlying law is based on a clearly stated principle, because without such a principle or objective it is impossible to decide whether there has been abuse of the legislation» (vid. FREEDMAN, J.: «Designing a General Anti-Abuse Rule: striking a balance», *Asia-Pacific Tax Bulletin*, vol. 20, n.º 3, 2014, pág. 168).

²³ Vid. KORB, D. L.: *Shelters, schemes, and abusive transactions: Why today's thoughtful US. tax advisors should tell their clients to "just say no"*, Cambridge University, 2005, pág. 3.

²⁴ Vid. GONZÁLEZ DE FRUTOS, U.: «La expansión y control del fenómeno de los *tax shelters* en Estados Unidos», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 19, 2006, pág. 12.

²⁵ *Ibid.*, pág. 28. Algunas Administraciones tributarias como la británica están apurando las posibilidades de sanción de las conductas calificadas como de planificación fiscal agresiva, de manera que junto a los mecanismos clásicos de tipo punitivo y disuasorio (sanciones administrativas y penales) incluyen otras como el *name & shame* (riesgo reputacional) y la imposibilidad de que las personas que llevan a cabo estas operaciones puedan contratar con Administraciones públicas.

A nuestro entender, el nuevo concepto de planificación fiscal agresiva no pretendería tanto constituir una suerte de *overriding principle* de aplicación general (como una *soft-law* GAAR) ni una regla de constitución o de interpretación teleológica del lenguaje normativo, sino que su finalidad podría residir en mayor medida en instrumentar un cambio en la forma de entender y configurar el nuevo sistema de fiscalidad internacional de manera que tanto los legisladores, las autoridades fiscales y los propios obligados tributarios advirtieran el nuevo eje a partir del cual se construirá el nuevo modelo de fiscalidad desde el plano regulatorio (*soft-law*) internacional y eventualmente nacional²⁶. En otras palabras, el concepto de planificación fiscal agresiva no constituye un nuevo «concepto legal» diseñado para prevenir prácticas fiscales abusivas, ni puede ser empleado como una categoría equivalente o sinónima a la de «elusión fiscal ilegítima» (*illegal tax avoidance*)²⁷. Estaríamos, por tanto, ante un nuevo principio-guía que contribuye a articular el cambio de paradigma y la nueva forma de entender la fiscalidad internacional construida desde el plano supranacional, pero sin descartar lógicamente posibles aplicaciones por vía interpretativa del nuevo enfoque que guiará toda la regulación internacional (y nacional) post-BEPS²⁸. De hecho, no puede descartarse que esta pseudocategoría se haya creado no solo como «principio guía» de política fiscal a los efectos de desarrollar una nueva legislación doméstica e internacional que neutralice los principales fallos del sistema de fiscalidad internacional, sino también como palanca para forzar un cambio de conducta de los contribuyentes a efectos de que abandonen tales esquemas (legales pero con efectos no deseados) y se muevan dentro de las «nuevas fronteras» de planificación fiscal legítima, en el sentido que resulta de los nuevos estándares de fiscalidad internacional post-BEPS.

Ciertamente, como venimos comentando la creación de una nueva categoría de planificación fiscal ilegal (agresiva) basada en la existencia de un conflicto con el «espíritu de la ley» que apa-

²⁶ El profesor P. ESSERS parece participar de una opinión similar. Este destacado autor, a su vez, advierte como el concepto de planificación fiscal agresiva resulta tan vago que podría difuminar las diferencias fundamentales entre planificación fiscal legítima, elusión y fraude fiscal. Insiste este autor en que la elusión fiscal requiere superar el objeto y fin de la norma interpretada, normalmente a través de negocios artificiosos (típicos o atípicos), de suerte que un buen número de montajes, estructuras y operaciones realizadas por los contribuyentes vendrían a caer en esta categoría existiendo ya mecanismos en la mayoría de los países para contrarrestar y luchar contra tales operaciones de elusión fiscal. Coincidimos con este autor en que este aspecto no debería pasarse por alto salvo que la intención última fuera «mover» las actuales fronteras entre la planificación legítima y la ilegal (*vid.* ESSERS, P.: «International Tax Justice between Machiavelli and Habermas», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, n.º 2, 2014, págs. 56 y ss.).

²⁷ En el mismo sentido, *vid.* DOURADO, A. P.: «Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEP: the EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6», *Intertax*, vol. 43, n.º 1, págs. 42 y ss.

²⁸ De hecho, cabe destacar como autoridades fiscales de varios países miembros y no miembros de la OCDE ya están empleando los principios BEPS de lucha contra la planificación fiscal agresiva y la doble no imposición para fundamentar regularizaciones de tales estructuras u operaciones. Otros impactos del Proyecto BEPS que se han observado serían los siguientes: a) modificación del marco regulador nacional e internacional de la fiscalidad internacional; b) utilización del Plan de Acción para fijar los objetivos y estructuras *target* a inspeccionar en el marco de la planificación de las actividades inspectoras; y c) incertidumbre, inestabilidad y mayores riesgos para las empresas y los intermediarios fiscales que realizan operaciones internacionales (*vid.* PWC, *Paying Taxes 2015*, Foreword).

rece en supuestos donde la aplicación de la norma tiene como resultado una nula o muy reducida imposición, no deja de plantear problemas conceptuales, de legalidad y seguridad jurídica. Por un lado, tal «espíritu de la ley» no siempre será fácilmente discernible o determinable *ex ante*, resultando además un concepto subjetivo y de difícil distinción con la finalidad de la norma (que, en muchos casos, tampoco resulta clara). Por otro lado, si se pretendiera articular una cláusula general que codificara tal nueva categoría de planificación fiscal ilegal/agresiva, resultaría harto difícil configurarla de forma diferenciada de una GAAR o de una cláusula de interpretación finalista (que no constituye *per se* una cláusula antiabuso)²⁹, por no mencionar los problemas que plantearía su compatibilidad con los principios de seguridad jurídica y legalidad.

En este sentido, el concepto de planificación fiscal agresiva podría ser más útil como «principio guía» dirigido a orientar la legislación de los Estados a la hora de configurar determinadas cláusulas que articulan ventajas fiscales, e incluso a efectos de conformar los principios de buena gobernanza corporativa en materia tributaria³⁰, de manera que operaciones o estructuras que cayeran en el ámbito de tal concepto deberían ser evitadas con arreglo a tales principios³¹.

Esta primera y principal finalidad del concepto de planificación fiscal agresiva, dirigida a provocar una modificación sustancial del sistema de fiscalidad internacional reparando sus fallos y colmando sus lagunas, se explica considerando cómo existe un cierto consenso a la hora de considerar que las arquetípicas estructuras y operaciones de planificación fiscal agresiva basadas en el arbitraje fiscal internacional (*double dipping*, dobles deducciones, doble aprovechamiento de pérdidas, utilización de entidades e instrumentos híbridos, etc.), como regla general, no son ilegales ni encajan en el concepto de evasión fiscal, ni pueden combatirse normalmente a través de la utilización de cláusulas generales antiabuso (GAAR) o de la interpretación finalista de las normas³², sino que requieren una acción normativa específica, que en muchos casos debe reali-

²⁹ Nótese como la cláusula antiabuso general propuesta por la Comisión en su Recomendación de 6 de diciembre de 2012 sobre planificación fiscal agresiva, C(2012) 8806 final, pág. 4, plantea los problemas que hemos apuntado.

³⁰ En este sentido, el Comité TAXE del Parlamento Europeo ha reconocido que «la respuesta más apropiada a la planificación fiscal agresiva pasa por una legislación de calidad y por una coordinación internacional como resultados deseados» [*Report on tax rulings and other measures similar in nature or effect*, 2015/2066(INI), 5 de noviembre 2015, pág. 9].

³¹ En muy parecidos términos se han posicionado otros autores que enfatizan como la vaguedad y subjetividad del concepto de planificación fiscal agresiva lo imposibilita para operar como un principio antiabuso de perfiles lo suficientemente nítidos como para ser susceptible de aplicación (*unenforceable notion of the spirit of the law*, J. FREEDMAN), superando también las fronteras de la interpretación finalista. Cfr. FREEDMAN, J.: «Responsive Regulation, Risk and Rules: Applying the Theory to Tax Practice», *University of British Columbia Law Review*, vol. 44, n.º 3, 2012, págs. 627 y ss.; HYMAN, K.: «Paying a fair share of tax and aggressive tax planning – a tale of two myths», *eJournal of Tax Research*, vol. 12, n.º 2, 2014, págs. 424 y ss.; y GARCÍA PRATS, A.: «Los límites a la planificación fiscal agresiva y al abuso de las normas tributarias», en AEDAF, *X Congreso Tributario. La justicia: ¿Garantía del Estado de Derecho?*, AEDAF, 2015, pág. 291.

³² En este sentido, VANN, R.: «Taxing International Business Income: Hard-Boiled Wonderland and the End of the World», *World Tax Journal*, vol. 2, n.º 3, 2010, pág. 342, apunta que las reglas derivadas del principio de prevalen-

zarse a escala global a través de mecanismos de coordinación fiscal internacional como los que está tratando de desarrollar la OCDE, el G20 o la UE, entre otros³³.

La segunda funcionalidad que podría estar detrás o explicar la formulación de este nuevo concepto de planificación fiscal agresiva podría consistir en la realización de un nuevo intento dirigido a cercenar y estrechar los límites de la planificación fiscal legítima. Así, la articulación de un concepto más vago y difuso de planificación fiscal agresiva que contraviene el espíritu de la ley, superando de alguna forma los límites de la planificación fiscal legítima, «deslegitimaría» todos aquellos esquemas de optimización fiscal que operan en la denominada «zona gris» o área de incertidumbre sobre su legalidad (planificación fiscal legítima) o ilegalidad (elusión fiscal). A través de esta fórmula se podría estar pretendiendo limitar de forma significativa el *game playing (or creative compliance)* o el *strategic tax behaviour* de los grandes contribuyentes situando estos esquemas de planificación en una zona más próxima a la ilegalidad, y en todo caso en un plano más claramente alejado de las buenas prácticas fiscales desde una perspectiva de buena gobernanza corporativa³⁴. De hecho, Administraciones tributarias como la británica (HMRC) no han ocultado como el concepto de planificación fiscal agresiva utilizado en el marco de relaciones cooperativas obliga a los grandes contribuyentes que participan en tales programas a redefinir su «estrategia fiscal», reduciendo significativamente su nivel de riesgo fiscal a través de la renuncia a operaciones o estructuras de «planificación fiscal agresiva»³⁵.

cia de la sustancia sobre la forma (*substance over form*) «could be applied to transfer pricing avoidance strategies where nothing of economic substance happens, such as risk shifting by contract within the corporate group. In many cases, however, there is economic substance... corporate restructures often have commercial purposes as well as tax purposes. In that event the application of general anti-avoidance rules becomes more problematic».

³³ Vid. FREEDMAN, J.; LOOMER, G. y VELLA, J.: «Corporate Tax Risk and Tax Avoidance: New Approaches», *British Tax Review*, n.º 1, 2009, págs. 75-76; HOUSE OF THE LORDS, *Tackling corporate tax avoidance in a global economy: is a new approach needed?*, 31 de julio de 2013, págs. 136, 145 y 148; HYMAN, K.: «Paying a fair share of tax and aggressive tax planning – a tale of two myths», *eJournal of Tax Research*, vol. 12, n.º 2, 2014, págs. 416 y ss. Véanse también en este sentido las declaraciones del Director del Centro para la Política Fiscal y Administración de la OCDE, Pascal Saint-Amans, en una entrevista realizada por Greg Wiebe y contenidas en KPMG, «What should Government Tax – A Question of Morality or Policy?», 2013, pág. 1 (accesible a través del enlace <http://www.kpmg.com/NZ/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/budget/Documents/KPMG-NZ-What-should-Governments-tax.pdf>).

³⁴ De hecho, algunos autores han apuntado como los reguladores «make use of a large range of deterring measures such as threatening intensive auditing, procedural pressure, negative publicity, etc. Thereby they create a quasi-illegal status that is not in line with the classical distinction. In such an environment ambiguous tax statutes become a method for raising revenues as taxpayers are forced to stick to unchallenged tax positions» (vid. FRIESE, A.; LINK, S. y MAYER, S.: «Taxation and Corporate Governance -The State of the Art», en SCHÖN, W.: *Tax and Corporate Governance*, Springer, Berlín, 2008, pág. 400). En parecidos términos, vid. DUFF, D.: «Relationships, Boundaries, and Corporate Taxation: Compliance and Avoidance in an Era of Globalization», en FREEDMAN, J.: *Beyond Boundaries: Developing Approaches to Tax Avoidance and Tax Risk Management*, Oxford University for Business Taxation, 2008, págs. 197 y ss.

³⁵ El Anexo C del documento del HMRC (*Improving Large Business Tax Compliance Consultation document*, 22 de julio de 2015) delimita el concepto de planificación fiscal agresiva de forma amplia y ambivalente de manera tal

Esta nueva concepción y dirección de los principios de fiscalidad internacional posee consecuencias de gran alcance que podrían superar una mera reparación de los fallos y «agujeros» del sistema actual. En particular, uno de los aspectos sobre los que interesa llamar la atención tiene que ver con la articulación de instrumentos de nueva generación orientados a la prevención del fenómeno de la planificación fiscal agresiva³⁶, considerando la escasa eficacia de los mecanismos antiabuso tradicionales (GAAR) en este contexto³⁷.

2.2. EL CONCEPTO DE PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA DERIVADO DE LOS TRABAJOS DE LA OCDE

En la Declaración de Seúl, con la que se ponía fin a la Tercera Reunión del FAT (2006), quedaba ya reflejada la preocupación de los participantes acerca del crecimiento de los denominados «mecanismos inaceptables de mitigación de la obligación tributaria» (*unacceptable tax minimisation arrangements*). En este sentido, pronto se pusieron de manifiesto las dificultades existentes para alcanzar una definición consensuada del citado concepto, habida cuenta de las diferencias entre los sistemas legislativos de los Estados participantes en el Foro. Sin embargo, la necesidad de clarificar en la medida de lo posible su significado determinó que el grupo de trabajo encargado de la elaboración del *Estudio sobre el papel de los intermediarios fiscales*, identificase aquellas áreas o conductas que más «preocupaban» a las Administraciones tributarias, a partir de las cuales se han ido articulando los contornos del concepto de planificación fiscal agresiva, a saber³⁸:

que tanto las prácticas abusivas (operaciones artificiales y con pura finalidad fiscal), como la aplicación o aprovechamiento de ventajas fiscales de acuerdo con la letra pero no con el espíritu de la norma quedan comprendidas en tal noción. Nótese que el HMRC está haciendo un uso instrumental del concepto de planificación fiscal agresiva a los efectos de restringir el ámbito de la planificación fiscal legítima en el contexto de una relación cooperativa, destacando igualmente como tal instrumentalidad opera tanto para las autoridades fiscales a efectos del control de riesgos fiscales y de la eventual regularización de posiciones fiscales, como para los responsables fiscales de las empresas.

³⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* OECD, *Tackling aggressive tax planning through improved transparency and disclosure*, OECD, París, 2011; OECD, *Aggressive Tax Planning based on After-Tax Hedging*, OECD, París, 2013, págs. 35 y ss.; y OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements. Action 2: 2015 Final Report*, OECD, París, 2015.

³⁷ Nótese en este sentido como en la propia guía del HMRC sobre la nueva GAAR aprobada en 2013 se indica que las operaciones que se benefician de las reglas de atribución de beneficios y asignación de poder tributario (recogidas en los CDI) no implican que tales operaciones o negocios sean abusivos, lo cual constituye una indicación que pretende salir al paso frente a una potencial aplicación de la GAAR para solucionar los problemas que plantea el actual sistema en relación con la erosión de bases imponibles y la transferencia de beneficios (BEPS). De esta forma, se trató de dejar claro que la GAAR no constituía el mecanismo adecuado para prevenir tales esquemas (*vid.* FREEDMAN, J.: «Designing a General Anti-Abuse Rule: striking a balance», *Asia-Pacific Tax Bulletin*, vol. 20, n.º 3, 2014, pág. 172).

³⁸ *Vid.* OECD, *Study into the Role of Tax Intermediaries*, París, 2008, págs. 10-11.

- Una planificación que implique adoptar una posición fiscal que posee fundamento o defensa (formalmente legal) pero que tiene consecuencias imprevistas y no deseadas sobre la recaudación tributaria.
- Una planificación que implique adoptar una posición fiscal favorable para el contribuyente sin revelar abiertamente a la Administración tributaria la existencia de un cierto grado de incertidumbre sobre si ciertos aspectos significativos de la declaración tributaria resultan conformes a la ley o no.

Este intento de categorización de la noción de planificación fiscal agresiva se reproduce en otros documentos de la OCDE como el *Framework for a Voluntary Code of Conduct for Banks and Revenue Bodies*³⁹, y se emplea intensivamente a partir de 2008 en otros informes relacionados con el Proyecto BEPS⁴⁰ y, muy en particular, en el marco de la Acción 12 del Plan BEPS⁴¹, sin que nos conste mayor desarrollo conceptual de esta noción tan central en el marco de los principales trabajos de fiscalidad internacional posteriores a 2008⁴². De hecho,

³⁹ Vid. OECD, *A Framework for a Voluntary Code of Conduct for Banks and Revenue Bodies*, París, 2010, sección 3.1.3.1, pág. 7.

⁴⁰ Véanse, por ejemplo, los informes OCDE, *Building Transparent Tax Compliance by Banks* (2009), *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses* (2010), *Corporate Loss Utilization Through Aggressive Tax Planning* (2011), *Tackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure* (2011), *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues* (2012), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (2013), *Aggressive Tax Planning based on After-Tax Hedging* (2013); *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements. Action 2: 2015 Final Report*, (2015); *Mandatory Disclosure Rules. Action 12: 2015 Final Report* (2015). En nuestra opinión, conviene destacar como el informe *Measuring and Monitoring BEPS. Action 11: 2015 Final Report*, párrafos 28, 109, 116, 117 y 118, parece sustituir la terminología referida a la planificación fiscal agresiva por una referida a la evasión fiscal internacional resultante de montajes artificiales que se realizan para explotar las diferencias entre los distintos sistemas fiscales de los diferentes países. En este sentido, se deja claro que si las operaciones o estructuras poseen un adecuado nivel de sustancia económica o conexión territorial (no media una desconexión sustancial entre el lugar y la entidad donde se registran los beneficios y el lugar donde se desarrollan las actividades económicas que los generan) tales operaciones o estructuras no constituyen *artificial BEPS*.

⁴¹ Nótese como la Acción 12 del Plan de acción BEPS pivota sobre la exigencia a los contribuyentes de que revelen sus esquemas de planificación fiscal agresiva (vid. OCDE, *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OCDE, París, 2013, pág. 26). El informe *BEPS Action 12: 2015 Final Report on Mandatory Disclosure Rules*, párrafo 5, utiliza la terminología *potentially aggressive or abusive tax planning strategies* sin definirla y sin asimilarla plenamente ni a montajes puramente abusivos capturados por las GAAR ni a esquemas de planificación fiscal agresiva o *artificial BEPS transactions*, operando por tanto con un concepto que supera a estos en aras de lograr un mayor alcance objetivo de las *disclosure rules* (OECD, *Mandatory Disclosure Rules. Action 12: 2015 Final Report*, OECD, París, 2015, pág. 13).

⁴² No obstante, en el ámbito de las entidades financieras, habida cuenta, por una parte, de su participación en el desarrollo, asesoramiento y promoción de operaciones financieras complejas para sus clientes (más conocidas como CSFT o *Complex Structured Finance Transactions*) que suelen tener como uno de sus aspectos más relevantes la minimización u optimización del coste fiscal y, por otra, de la especial dificultad que presenta trazar la línea que separa la planificación fiscal agresiva del legítimo derecho a minimizar el coste fiscal dentro del marco legal debido a la enorme complejidad de las operaciones que realizan y su diferente percepción por las Administraciones tributarias

el informe de la OCDE titulado *Co-operative Compliance: A Framework from Enhanced relationship to co-operative compliance* (2013) no profundiza en la delimitación del concepto de planificación fiscal agresiva, si bien desarrolla varias ideas relacionadas con el estándar de cumplimiento de acuerdo con el espíritu de la norma en el ámbito de los programas de cumplimiento cooperativo⁴³.

Por un lado, este informe de la OCDE (2013) destaca que el modelo cooperativo requiere que el contribuyente disponga de mecanismos que le permitan obtener criterios de la Administración sobre la interpretación y aplicación de la norma al caso concreto, dado que la transparencia y la certeza en la aplicación de las normas tributarias son pilares de tal modelo. La OCDE termina reconociendo que en el marco del modelo cooperativo el contribuyente debe disponer cuando menos de los mismos mecanismos para obtener seguridad jurídica que un contribuyente que no forme parte de un programa cooperativo⁴⁴. Ahora bien, también se insiste en que los mecanismos para obtener información o criterios de las autoridades fiscales sobre la aplicación de las normas a casos concretos en el marco de programas cooperativos no deben articular ninguna ventaja adicional en términos materiales-interpretativos, esto es, no pueden existir dos interpretaciones distintas de la Administración dentro o fuera del programa cooperativo, ya que ello plantearía, cuando menos, problemas de compatibilidad con el principio de igualdad tributaria⁴⁵. En tal sentido, y desde la óptica de la buena gobernanza administrativa, se recomienda la publicación de dichos criterios interpretativos disociando los datos de los contribuyentes afectados⁴⁶.

de los diferentes países, la OCDE ha perfilado una serie de características y elementos que podrían indicar que una operación o transacción bancaria ha traspasado la línea roja de la planificación fiscal legítima, a saber: 1) Transacciones carentes de justificación comercial, que no generen beneficios antes de impuestos, o que no se ajusten a las condiciones del mercado; 2) Transacciones en las que exista un flujo circular de capitales entre las entidades participantes en la misma; 3) Transacciones en las que el beneficio fiscal sea desproporcionado en relación con el beneficio económico-comercial; 4) Transacciones en las que participan entidades solo desde un punto de vista formal, pues carecen de un papel sustancial en la operación; y 5) Transacciones basadas en estructuras societarias complejas y operaciones intragrupo con el objetivo de generar beneficios fiscales, incluso en diferentes países, con independencia de su dimensión económica o comercial, lo que supone una clara «desnaturalización» de la operación. *Vid.* OCDE, *Building Transparent Tax Compliance by Banks*, París, 2009, págs. 24 y 25.

⁴³ *Vid.* OECD, *Co-operative Compliance: A Framework from Enhanced relationship to co-operative compliance*, París, 2013, págs. 48-52.

⁴⁴ A este respecto, debe destacarse que en Australia, país pionero en el desarrollo del modelo integral de cumplimiento tributario cooperativo, los mecanismos operativos se concibieron como un complemento adicional a las fórmulas de asistencia a los contribuyentes previstas en la Carta de Derechos de los Contribuyentes (*vid.* ATO, *Cooperative Compliance. Working with large business in the new tax system*, Canberra, 2000, págs. 9 y ss.; y WHAIT, R.: «Let's talk about tax compliance: Building understanding and relationships through discourse», *eJournal of Tax Research*, vol. 13, n.º 1, 2015, pág. 134).

⁴⁵ Nótese igualmente que cualquier tipo de resoluciones administrativas de carácter interpretativo o aplicativo poseen implicaciones en materia de competencia fiscal perniciosa y de prohibición de ayudas de Estado.

⁴⁶ A este respecto, cabe observar como en los últimos tiempos se han intensificado los estándares de transparencia sobre los principales mecanismos de asistencia a los contribuyentes (*rulings/APAs*) como consecuencia de los indi-

Por otro lado, la OCDE reconoce en este mismo informe que el hecho de que un contribuyente adopte una posición de cumplimiento cooperativo no significa que no pueda discrepar de las autoridades fiscales en relación con la interpretación de las normas, pudiendo surgir litigios como consecuencia de tales discrepancias, los cuales se resolverán a través de los mecanismos de revisión (o *Alternative Dispute Resolution* como los articulados en el Reino Unido⁴⁷) que sean accesibles para todos los contribuyentes. No obstante, la OCDE advierte de que la transparencia sobre las posiciones y planificación fiscal adoptada por los contribuyentes en el marco de un programa de cumplimiento cooperativo constituye una exigencia del propio modelo; lógicamente, tal principio o regla posee importantes implicaciones entre las que destaca, por un lado, que el contribuyente que participa en un programa cooperativo renuncia a un enfoque *hide and seek* y, por otro, que el modelo de cumplimiento tributario cooperativo se revela como «sin sentido» para aquellos contribuyentes cuya estrategia fiscal pivota en gran medida sobre planificaciones fiscales agresivas⁴⁸.

cios de uso indebido por las propias autoridades fiscales, instrumentando prácticas fiscales perniciosas en algunos casos (*Luxleaks*, procedimientos de investigación de ayudas de Estado llevados a cabo por la Comisión Europea en los casos *Starbucks*, *Apple*, *Fiat* y *Amazon*, entre otros). En este sentido, tanto la OCDE (Acción 5 del Plan BEPS) como la Comisión Europea [vid., a título de ejemplo, los documentos European Commission, *Communication from the commission to the European Parliament on tax transparency to fight tax evasion and avoidance*, COM(2015) 136 final, Brussels, 18 de marzo de 2015; y European Parliament (Taxe Committee), *Draft report on tax rulings and other measures similar in nature or effect*, 2015/2066 (INI), 20 de julio de 2015] están intensificando estos estándares de transparencia que podrían comprender los acuerdos en el marco de programas de cumplimiento operativo. Por otra parte, no conviene perder de vista como el Plan de Acción BEPS no utiliza de un modo uniforme los conceptos de «elusión» (*avoidance*) y «planificación fiscal agresiva» (*aggressive tax planning*); por tanto, podría decirse que la noción de artificialidad (en sentido estricto) no está presente en todas las contramedidas resultantes del Plan de Acción, de igual modo que el nivel o umbral de sustancia económica requerida en cada una de las Acciones BEPS (p. ej. Acciones 3, 5, 6, 7, y 8-10) tampoco es el mismo.

⁴⁷ Vid. HMRC, *Resolving Tax Disputes. Commentary on the Litigation and Settlement Strategy*, 2011, pág. 34. El documento resulta accesible a través del enlace <http://www.hmrc.gov.uk/practitioners/lss-guidance-final.pdf>. En el programa neerlandés de *horizontal monitoring* se ha establecido un sistema dual de resolución de conflictos, de suerte que las discrepancias técnicas se resuelven aplicando los mecanismos tradicionales, en tanto que los conflictos sobre la aplicación de las reglas del acuerdo cooperativo quedan sujetas a un mecanismo de resolución alternativa de conflictos (mediación). El programa ruso de *tax monitoring* también contempla una suerte de procedimiento amistoso que se pone en marcha cuando el contribuyente discrepa de la «opinión razonada» elaborada por la autoridad fiscal.

⁴⁸ Nótese, sin embargo, que paralelamente la OCDE viene recomendando a las Administraciones tributarias introducir en la legislación interna mecanismos que obliguen a los contribuyentes e intermediarios fiscales a revelar sus posiciones de riesgo (v. gr. *disclosure rules*, nuevo modelo de documentación de precios de transferencia analítico, UTP, etc.), lo cual dificulta seriamente la ocultación de operaciones de planificación fiscal agresiva o de esquemas abusivos por parte de los contribuyentes. Sin embargo, un interesante estudio elaborado en Estados Unidos acerca de en qué medida la exigencia de revelación de «posiciones fiscales agresivas» al Fisco a través de la declaración UTP contemplada en su normativa doméstica (US FIN 48, codificada posteriormente a través de la *FASB ASC-740-10*) estaba afectando al comportamiento de grandes empresas, puso de manifiesto entre otras cuestiones que: 1) un buen número de grandes empresas (fundamentalmente grandes multinacionales y en relación con complejas operaciones empresariales difíciles de detectar para el IRS) han modificado el modo en que revelan la información sobre posi-

Así las cosas, cabría apreciar matices de cierta relevancia en el uso que hace la OCDE del concepto de planificación fiscal agresiva en el contexto del Proyecto BEPS y en el marco de la definición del modelo de cumplimiento tributario cooperativo. A nuestro juicio, en este último ámbito se hace un uso más instrumental de tal concepto para limitar por vía interpretativa el concepto de planificación fiscal legítima mediante la categorización como planificación fiscal agresiva (pseudolegal) de operaciones que se ajustan a la letra pero no al espíritu de la ley; sin embargo, en el marco del Proyecto BEPS no se utiliza este concepto (planificación fiscal agresiva) con tal instrumentalidad, sino que se emplea como fundamento conceptual que justifica la modificación de los estándares materiales de fiscalidad internacional, de manera que aquí la idea del cumplimiento con el espíritu de la ley no opera a efectos interpretativos como una suerte de «BEPS GAAR»⁴⁹.

Con todo, lo más problemático del concepto de planificación fiscal agresiva acuñado por la OCDE tiene que ver con su vaguedad y subjetividad, toda vez que no resulta en modo alguno

ciones agresivas en los estados financieros con el fin de evitar la revelación de tales posiciones al Fisco a través del formulario UTP; 2) se adoptan comportamientos de consistencia entre estados financieros y UTP, pero sin que ello suponga una renuncia a la planificación fiscal o la adopción de posiciones fiscales agresivas por parte de las MNE; y 3) de esta forma, las MNE lejos de responder a mecanismos de gestión de riesgos fiscales, minimizando su nivel de riesgo fiscal y su derecho a la planificación fiscal, han reaccionado adoptando comportamientos estratégicos que se proyectan sobre el modo en que se presenta la información financiera en sus estados financieros, lo cual afecta negativamente a estos erosionando el principio de imagen fiel y la calidad de la información recogida en los mismos (vid. TOWERY, E. M.: *How do disclosures of tax aggressiveness to tax authorities affect reporting decisions? Evidence for Schedule UTP*, The University of Texas at Austin, Red McCombs School of Business, diciembre 2012). En parecidos términos, véanse los siguientes estudios empíricos en relación con el comportamiento y prácticas fiscales de grandes empresas del Reino Unido: PWC, *Tax Transparency Building Public Trust*, diciembre 2014; y DYRENG, S.; HOOPEs, J. y WILDE, J.: «Public pressure and corporate tax behaviour», *Oxford University Centre for Business Taxation Working Papers*, WP 14/16, 2014.

⁴⁹ Cabe destacar, sin embargo, que la OCDE, en su documento de trabajo titulado *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances. Action 6: 2015 Final Report*, aunque también hace una llamada a la interpretación de los CDI de acuerdo con su objetivo y finalidad indicando que la generación de doble no imposición resultaría contraria a tales objetivos y fines, no incorpora estrictamente la idea del cumplimiento con arreglo al espíritu de los CDI. Tal declaración podría estar concebida para desplegar un efecto interpretativo, maximizando la aplicación de principios y cláusulas antiabuso convencionales e internas de cara a limitar la aplicación de los CDI en relación con determinadas operaciones y estructuras. En este contexto de la articulación de medidas frente al uso inapropiado de los CDI propone una serie de cláusulas antiabuso entre las que destaca una cláusula (objetiva) de limitación de beneficios que resultaría complementada con una cláusula (subjetiva) de motivos principales (*PPT Treaty GAAR*). El test subjetivo de los propósitos (*principal purpose test*) debe sustentarse a partir de un análisis objetivo de signos, hechos y circunstancias externos, dado que las intenciones subjetivas e internas no pueden probarse (vid. LANG, «BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties», *Tax Notes International*, mayo, 19, 2014, págs. 658 y ss.). Los profesores LANG y COOPER han puesto de manifiesto los problemas que derivan de la aplicación de este test subjetivo que propone la OCDE en el artículo X (7) del informe BEPS sobre uso impropio de CDI, como mecanismo frente al abuso de CDI; en particular, ambos autores insisten en las dificultades que poseen las autoridades fiscales para administrar este criterio y lo complejo que resulta para los contribuyentes evidenciar su cumplimiento (vid. COOPER, G.: «Preventing Tax Treaty Abuse», *UN Papers on Selected Topics in Protecting the Tax Base of Developing countries*, septiembre 2014, pág. 9).

claro cuál es su alcance, ya que los términos empleados (*unintended and unexpected tax revenue consequences*) son opacos y carentes de un significado evidente, por no mencionar que se parte de la base de que se trata de planificaciones referidas a posiciones fiscales que son sostenibles/defendibles (*tenable*). El propio BIAC (*Business and Industry Advisory Committee to the OECD*) ha realizado duras críticas a los principales informes y borradores elaborados por la OCDE en el marco del Plan BEPS, debido a que no definen con claridad los abusos que pretenden neutralizar, lo cual se refleja de forma particular en relación con el concepto de planificación fiscal agresiva⁵⁰.

En este mismo orden de cosas, algunos destacados autores han señalado como la OCDE podría estar tratando de acuñar una nueva categoría de conductas tributarias «cuasiilegales» (*«unacceptable» behavior as a new category between legal and illegal conduct*), introduciendo confusión conceptual y elementos emocionales y morales en relación con la obligación del pago de impuestos y el modelo de cumplimiento tributario, con el objeto de limitar el margen de planificación fiscal legítima dentro y fuera de los programas de cumplimiento cooperativo⁵¹ y, muy en particular, en el contexto de la definición de la política y estrategia fiscal de las grandes empresas sujetas a un marco de buen gobierno corporativo⁵².

En este sentido, cabría insistir en el uso instrumental de la pseudocategoría de «planificación fiscal agresiva» por parte de la OCDE y de las Administraciones tributarias de cara a estrechar el concepto y posibilidades de planificación fiscal legítima a través de una fórmula «paralegal», ya que no se modifica el concepto de elusión ni se reconfiguran las cláusulas antiabuso, sino que a través de vías alternativas a dichas cláusulas –como los programas de cumplimiento tributario cooperativo o la buena gobernanza fiscal– se introducen limitaciones significativas a la planificación fiscal legítima y se articulan sanciones impropias (y propias) en caso de inobservancia de tal nueva (difusa) barrera. Asimismo, podría decirse que el Plan de Acción BEPS emplea el concepto de planificación fiscal agresiva para explicar las disfuncionalidades, lagunas e inconsistencias del actual sistema de fiscalidad internacional (pre-BEPS), al objeto de justificar la construcción de un marco más consistente y coherente que actualice dicho sistema de fiscalidad internacional.

⁵⁰ Vid. BIAC, *BEPS Position Paper*, 9 de junio de 2015, pág. 2. El BIAC indica que las medidas propuestas por la OCDE en el marco del Plan BEPS pivotan sobre parámetros muy imprecisos, complejos y subjetivos, de forma tal que su aplicación por las Administraciones tributarias puede conducir a que capturen operaciones legítimas con fundamento comercial y no solo aquellas que sean artificiales.

⁵¹ Nótese como, en el contexto de los programas de cumplimiento cooperativo, el concepto de planificación fiscal agresiva opera con una funcionalidad específica no totalmente coincidente con la aplicada en el marco del Proyecto BEPS, aunque posiblemente entrelazada y complementaria con la misma. A este respecto, ya hemos puesto de relieve más arriba como la OCDE ha reconocido que los programas de cumplimiento cooperativo articulan un enfoque conjunto en relación con la gestión de riesgos fiscales y el cumplimiento tributario (OECD, *Mandatory Disclosure Rules. Action 12: 2015 Final Report*, OECD, París, 2015, pág. 11).

⁵² Vid. FRIESE, A.; LINK, S. y MAYER, S.: «Taxation and Corporate Governance-The State of the Art», en SCHÖN, W.: *Tax and Corporate Governance*, Springer, Berlín, 2008, págs. 399 y ss.

2.3. LA RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA DE 6 DE DICIEMBRE DE 2012

El concepto de planificación fiscal agresiva propuesto por la Comisión UE en su Recomendación de 6 de diciembre de 2012⁵³ plantea problemas similares, pero presenta elementos diferenciales en relación con la posición mantenida por la OCDE a este respecto. Así, la Comisión maneja igualmente un concepto amplio de planificación fiscal agresiva que entronca con el que opera la OCDE pero relacionado con el disfrute por los contribuyentes de «ventajas fiscales» (*tax savings*) resultantes de operaciones, negocios, estructuras o esquemas complejos, en ocasiones con escasa sustancia económica, cuya aplicación no se ajusta ni es consistente con la finalidad de la normativa tributaria aplicada (*tax shelter*), y cuyo resultado puede ser la no tributación (doble no imposición) o la «explotación» del arbitraje de tipos impositivos en relación con Estados miembros o países terceros.

Por tanto, de acuerdo con la referida recomendación de la Comisión UE, una de las principales características de estas prácticas reside en que reducen la deuda tributaria a través de mecanismos que, pese a ser «estrictamente legales», son contrarios al espíritu de la ley. La planificación fiscal agresiva consistiría en el aprovechamiento de los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria, pudiendo adoptar diversas formas: dobles deducciones o *double dipping* (doble aprovechamiento de pérdidas) o la doble no imposición (la renta no es gravada en ningún Estado por exención en la fuente y en la residencia).

Por ello, la Comisión ha invitado a los Estados miembros, a fin de contrarrestar tales prácticas, que quedan fuera del ámbito de aplicación de sus normas específicas contra la evasión fiscal, a introducir una cláusula antiabuso general (EU Model GAAR) en su legislación nacional que se configure de acuerdo con la siguiente fórmula:

«Es preciso ignorar todo mecanismo artificial o serie de mecanismos artificiales introducidos con el objetivo fundamental de evadir impuestos y que conducen a una ventaja impositiva. Las autoridades nacionales deben tratar estos mecanismos a efectos fiscales en referencia a su realidad económica»⁵⁴.

⁵³ Vid. Recomendación de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2012 sobre planificación fiscal agresiva, C(2012) 8806 final, apartado 3.2, pág. 4. Sobre esta cuestión, vid. DOURADO, A. P.: «Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6», *Inter-tax*, vol. 43, n.º 1, 2015, págs. 42-57; CALDERÓN CARRERO, J. M.: «La estrategia europea de lucha contra el fraude y la evasión fiscal: el plan de acción de la Comisión UE y sus principales implicaciones», *RCyT*: CEF, n.º 363, 2013, págs. 5 y ss.; y MARTÍN LÓPEZ, J.: «Planificación fiscal agresiva y normas antiabuso en el Derecho de la UE: análisis de las últimas tendencias», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 2015, págs. 41-91.

⁵⁴ El profesor LANG ha criticado el enfoque de esta recomendación, al considerar que articula un principio antiabuso poco claro que deja mucho margen para la interpretación subjetiva de las autoridades fiscales y tribunales, y tampoco

A estos efectos se considera que el objetivo de un esquema o de una serie de esquemas es evitar la imposición cuando, independientemente de cualquier intención subjetiva del contribuyente, es incompatible con el objeto, el espíritu y la finalidad de las disposiciones fiscales que serían normalmente aplicables⁵⁵.

Nótese, por tanto, como un buen número de operaciones que caen en el ámbito de este concepto de planificación fiscal agresiva pueden constituir operaciones válidas y genuinas, de suerte que hasta la fecha resultaban aceptables y legales siempre que no mediara artificiosidad⁵⁶. De hecho, un buen número de estructuras y operaciones calificadas como de planificación fiscal agresiva han sido consideradas como válidas y legales por las Administraciones tributarias, los tribunales nacionales y el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁵⁷. No obstan-

tiene en cuenta los instrumentos existentes para contrarrestar montajes artificiales (GAAR e interpretación finalista). *Vid.*, LANG, M.: «"Aggressive Steuerplanung"-Eine Analyse der Empfehlung der Europäischen Kommission», *Steuer und Wirtschaft (SWT)*, 2 (2013).

⁵⁵ Tal finalidad se considerará esencial cuando, a la vista de las circunstancias del caso, cualquier otra finalidad que se atribuya o pueda atribuirse al mecanismo o a la serie de mecanismos parezca, a lo sumo, insignificante. Para determinar si un mecanismo o una serie de mecanismos han producido un beneficio fiscal a los efectos de la aplicación de la cláusula general antiabuso, se invita a las autoridades nacionales a comparar el importe del impuesto adeudado por el contribuyente con el importe que ese mismo contribuyente tendría que pagar en las mismas circunstancias en ausencia de dichos mecanismos. Por otra parte, se considera que un mecanismo o una serie de mecanismos son artificiales cuando no tienen carácter comercial, pudiendo calificarse como indicios de artificiosidad los siguientes: 1) la caracterización jurídica de las diferentes fases de las que consta un mecanismo es incompatible con la naturaleza jurídica del mecanismo en su conjunto; 2) el mecanismo o la serie de mecanismos se ejecutan de una manera que no sería la normal atendiendo a un comportamiento comercial razonable; 3) el mecanismo o la serie de mecanismos incluyen elementos que tienen por efecto compensarse o anularse entre sí; 4) las operaciones concluidas son de naturaleza circular; 5) el mecanismo o la serie de mecanismos dan lugar a un importante beneficio fiscal, aunque esto no se refleja en los riesgos empresariales asumidos por el contribuyente ni en sus flujos de caja; y 6) el beneficio esperado antes de impuestos es insignificante en comparación con el importe de la ventaja fiscal prevista [*vid.* Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 sobre planificación fiscal agresiva, C(2012) 8806 final, apdo. 4.4, pág. 5].

⁵⁶ En este sentido, la cláusula antiabuso general que propone la Comisión Europea parece superar el ámbito operativo ordinario de las tradicionales GAAR ya que no solo capturaría montajes puramente artificiales sino también operaciones que se ajustan a la letra pero no al espíritu de la ley, entendido esto último más allá de la interpretación finalista, tal y como ya hemos expuesto anteriormente. Algunas Administraciones tributarias como la británica (HMRC) se han hecho eco de esta concepción de planificación fiscal agresiva a los efectos de establecer el marco de relaciones cooperativas con los grandes contribuyentes (*vid.* HMRC, *Improving Large Business Tax Compliance. Consultation Document*, 22 de julio de 2015). Esta misma concepción podría estar expandiéndose a nivel internacional pudiendo apreciarse ecos de la misma en el último Plan de Control Tributario de la AEAT de 9 de marzo de 2015 (apdo. 3).

⁵⁷ En este sentido, cabría apuntar como determinados esquemas u operaciones capturados por las Acciones BEPS o por la Recomendación de la Comisión Europea sobre planificación fiscal agresiva no pueden ser calificados como «operaciones abusivas» que caen dentro del ámbito de aplicación de las GAAR nacionales o del concepto de abuso desarrollado por el TJUE. Sobre el concepto de práctica fiscal abusiva derivada de la jurisprudencia comunitaria, *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (direct) Tax Law», *Bulletin for International Taxation*, vol. 66, n.º 4-5, 2012.

te, también es cierto que cuando las referidas operaciones no son genuinas, resultan claramente artificiosas, o no respetan el principio *arm's length*, han sido cuestionadas con éxito por las autoridades fiscales allí donde han sido detectadas⁵⁸.

La segunda medida propuesta por la Comisión UE para luchar contra la planificación fiscal agresiva consiste en una cláusula de tributación efectiva sobre la renta extranjera, como condicionante para aplicar el método de exención establecido unilateralmente o en un CDI.

Las principales diferencias que median entre el enfoque de la OCDE y el que defiende la Comisión Europea en su Recomendación sobre Planificación Fiscal Agresiva podrían reconducirse a dos cuestiones.

Por un lado, desde una perspectiva conceptual, la Comisión Europea parece operar con una noción más amplia y ambivalente de la planificación fiscal agresiva que comprendería tanto operaciones artificiales con pura finalidad fiscal, como el aprovechamiento (legal) de diferencias entre ordenamientos que permitan o resulten en dobles deducciones, doble no imposición, imposiciones anormalmente bajas, e incluso la aplicación abusiva de normativas de precios de transferencia o de enfoques blandos sobre la utilización o aplicación de Convenios de Doble Imposición (CDI), así como el aprovechamiento de diferencias o inexistencia de normas antiabuso en los distintos países para lograr una optimización fiscal. Es decir, la Comisión Europea vendría a concebir la planificación fiscal agresiva como una suerte de «supercategoría» que correspondería a un conjunto amplio y no uniforme de «anomalías fiscales» que derivan de la falta de coordinación fiscal, la ausencia de genuina cooperación tributaria internacional, y de la competencia fiscal entre los Estados miembros de la UE. La OCDE, por su parte, opera o utiliza un concepto de planificación fiscal agresiva más limitado o estricto, no incluyendo en el mismo los montajes artificiales con pura finalidad fiscal y carentes de realidad económica, aunque es cierto que los trabajos de la OCDE no reflejan un concepto monolítico, cerrado y uniforme de planificación fiscal agresiva, de manera que cabe apreciar diferencias de matiz significativas en los distintos trabajos en relación con este concepto⁵⁹. Por tanto, podría decirse que la Recomendación de la

⁵⁸ Vid. OECD, *Aggressive Tax Planning based on After-Tax Hedging*, OECD, París, 2013, págs. 35 y ss.; GOUTHIÈRE, B.: «International mismatch: an overview of French law and case law», en CFE, *Tax planning: what is (un)acceptable-2013*, CFE, Bruselas, 2013, págs. 82 y ss. Como puso de relieve el profesor R. VANN las cláusulas generales antiabuso poseen una limitada eficacia frente a determinados esquemas de planificación fiscal agresiva, en la medida en que tales reglas o principios sustancia vs. forma «could be applied to transfer pricing avoidance strategies where nothing of economic substance happens, such as risk shifting by contract within the corporate group. In many cases, however, there is economic substance... corporate restructures often have commercial purposes as well as tax purposes. In that event the application of general anti-avoidance rules becomes more problematic» (VANN, R.: «Taxing International Business Income: Hard-Boiled Wonderland and the End of the World», *World Tax Journal*, vol. 2, n.º 3, 2013, pág. 342).

⁵⁹ Vid. *supra* nota n.º 36. En este sentido, conviene tener presente como el Plan BEPS articula medidas fiscales frente a diferentes situaciones que se terminan incardinando en el concepto impropio e instrumental de planificación fiscal agresiva pero que, en realidad, constituyen fenómenos y problemas muy diversos, a saber: a) el denominado *artificial BEPS* relacionado fundamentalmente con el estándar internacional del *arm's length principle* y los precios de

Comisión Europea sobre planificación fiscal agresiva constituye un intento de potenciar y extender el concepto de elusión fiscal con la intención de dar cobertura al conjunto de *artificial BEPS behaviours* que no encajan en el concepto legal de abuso, lo cual no resulta adecuado en la medida en que el concepto de planificación fiscal agresiva (en el sentido desarrollado por la OCDE) se configura como una suerte de «concepto paraguas»⁶⁰ que sirve para reparar los fallos, lagunas e inconsistencias del sistema de fiscalidad internacional, así como para neutralizar los esquemas u operaciones cuya finalidad esencial sea la obtención de una ventaja fiscal y que frecuentemente carecen de un razonable nivel de sustancia económica.

Por otro lado, desde una perspectiva instrumental, la Comisión Europea, en su Recomendación sobre Planificación Fiscal Agresiva, también parece perseguir objetivos de mayor alcance que la OCDE cuando recomienda a los Estados miembros la introducción en su ordenamiento de dos medidas dirigidas a combatir la planificación fiscal agresiva, a saber: a) una cláusula de sujeción impositiva aplicable en el marco del método de exención regulado unilateralmente o en su red de CDI⁶¹; y b) el establecimiento en su legislación doméstica de una cláusula antiabuso general y común⁶². La OCDE, por su parte, ha venido desarrollando, cuando menos en el marco del Proyecto

transferencia; b) el arbitraje fiscal internacional conectado fundamentalmente con los híbridos; c) estructuras y operaciones complejas cuyo principal objetivo es la obtención de una ventaja fiscal, vinculadas a la Acción 12 del Plan BEPS; y d) problemas derivados del uso abusivo de los CDI (Acción 6 de BEPS) y de la inadecuada regulación de determinadas categorías y reglas de fiscalidad internacional que generan resultados carentes de justificación fiscal y económica (Acciones 1 y 5 del Plan BEPS).

⁶⁰ Esta expresión debemos atribuirla a DOURADO, A. P.: «Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6», *Intertax*, vol. 43, n.º 1, 2015, págs. 43-48.

⁶¹ Nótese que esta Recomendación de la Comisión Europea pretende establecer una regla de imposición efectiva mínima, lo cual trasciende de los objetivos y acciones desarrolladas por la OCDE en el marco del Plan BEPS.

⁶² La cláusula antiabuso propuesta por la Comisión está configurada al objeto de que los legisladores nacionales de los Estados miembros de la UE la introduzcan en sus ordenamientos, de suerte que el concepto de planificación fiscal agresiva que viene defendiendo la OCDE no ha sido objeto de una formulación tal que permita o persiga la articulación de una «BEPS GAAR». El gobierno italiano presentó el 24 de diciembre de 2014 un proyecto de Ley de reforma fiscal que, entre otros contenidos, incluye una nueva cláusula antiabuso general que sigue la Recomendación de la Comisión sobre Planificación Fiscal Agresiva de 2012 (*vid.* RIZZI, R.: «Italy introduces new rules on tax avoidance and compliance», *International Tax Review*, 12 de enero de 2015). Esta propuesta legislativa fue finalmente aprobada a través del Decreto Legislativo n.º 128 (publicado en el Diario Oficial de 18 de agosto de 2015 y en vigor desde el 2 de septiembre de 2015), el cual, además de derogar la anterior cláusula antiabuso, introdujo un programa de cumplimiento cooperativo para aquellos contribuyentes que hubiesen adoptado un adecuado modelo interno de gestión y control del riesgo fiscal. En el marco de este programa, los contribuyentes participantes podrían obtener una serie de ventajas, a saber: a) acuerdos sobre posiciones fiscales con anterioridad a la presentación de la declaración del impuesto correspondiente; b) obtención de *rulings* en un plazo más breve (45 días); o c) reducción de las sanciones a la mitad del mínimo en los supuestos en que estas estén relacionadas con riesgos fiscales previamente comunicados en tiempo y forma por el contribuyente (*vid.* EY, «Italy issues new anti-abuse rule and other measures to enhance legal certainty in tax matters», *Global Tax Alert*, 14 de septiembre de 2015, págs. 1-3).

BEPS (y sin perjuicio de algunos matices), un enfoque instrumental del concepto de planificación fiscal agresiva más limitado a efectos de combatir las lagunas y disfuncionalidades del sistema de fiscalidad internacional a través de disposiciones específicas que neutralicen ciertas diferencias entre legislaciones de los distintos países que generan dobles deducciones o doble no imposición. No obstante, como antes indicamos, la OCDE no hace uso en sus trabajos relativos al Proyecto BEPS de la idea de cumplimiento con arreglo a la letra y el espíritu de las leyes a efectos de que esta opere a nivel interpretativo o aplicativo como una pseudo «BEPS GAAR», sino que se considera que muchos supuestos donde no se produce tal disfuncionalidad (cumplimiento con arreglo a la letra y no el espíritu de la ley) caen en el concepto de planificación fiscal agresiva y deben ser neutralizados a través del establecimiento de nuevos estándares de fiscalidad internacional.

A su vez, la OCDE, en el marco de los trabajos de la relación cooperativa, también estaría utilizando instrumentalmente el concepto de planificación fiscal agresiva para estrechar o reducir el espacio conceptual de la planificación fiscal legítima si bien en este ámbito sí que se hace un uso más claro e instrumental (interpretativo/aplicativo) del cumplimiento con arreglo a la letra y espíritu de la ley en el sentido expuesto. En realidad, lo que podría estar aconteciendo a la postre es que tanto la Comisión Europea como la OCDE (en el marco del Proyecto BEPS) estarían utilizando el concepto de planificación fiscal agresiva de forma no técnica –no como una categoría legal o conceptual de perfiles bien definidos– sino instrumentalmente para referirse a un conjunto de «anomalías fiscales» consistentes en dobles deducciones, doble no imposición o tasas efectivas de tributación anormalmente bajas, que resultan de un conjunto de circunstancias o factores muy diversos que comprenden fallos, lagunas o disfuncionalidades en el sistema de fiscalidad internacional, operaciones o estructuras con finalidad fiscal pero no artificiales (y legales), o negocios/transacciones con motivación principal fiscal que pivotan sobre un uso impropio y potencialmente abusivo de la normativa nacional o bilateral de fiscalidad internacional. En este sentido, a nuestro juicio no puede considerarse que exista un concepto uniforme o unívoco de planificación fiscal agresiva, sino que estamos ante una noción instrumental que está sirviendo de justificación para desarrollar un conjunto de iniciativas⁶³, medidas, propuestas y mecanismos dirigidos a neutralizar o combatir un conjunto de «anomalías fiscales» que derivan de un sistema de fiscalidad internacional disfuncional y anacrónico⁶⁴.

⁶³ Nótese, como un estudio de PwC, patrocinado por la Comisión UE en el marco del proyecto sobre Plataforma de Buena Gobernanza fiscal, puso de manifiesto la ausencia de una definición legal de planificación fiscal agresiva en el ordenamiento de los Estados miembros (EU Commission, *Platform for Good Tax Governance. Discussion Paper on possible outputs of the Recommendation on aggressive tax planning*, Bruselas, mayo 2014, Taxud/D1, Doc: Platform/7/2014/EN; y PWC, *Study including a data collection and comparative analysis of information available in the public domain on existing and proposed tax measures of the 14 EU Member States in relation to non-cooperative jurisdictions and aggressive tax planning*, 28 de mayo de 2014). En este mismo orden de cosas, cabe destacar como en el Plan de Control Tributario de la AEAT de 9 de marzo de 2015 (apdo. 3) se utilizan de forma intercambiable las expresiones «planificación fiscal agresiva» y «planificación fiscal abusiva» identificándolas en gran medida con montajes carentes de realidad económica.

⁶⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* DEVERAUX, M. y VELLA, J.: «Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?», *Oxford University Centre for Business Taxation Working Papers*, WP 14/25, 2014.

Precisamente por ello cabe advertir de un alto grado de convergencia entre las acciones desarrolladas por la OCDE y la Comisión Europea en relación con la lucha contra la planificación fiscal agresiva, sin perjuicio de la existencia de significativas diferencias de enfoque en determinadas medidas concretas⁶⁵.

A este respecto, cabría mencionar los Acuerdos del ECOFIN de 8 de diciembre de 2015, que confirman la ejecución de los nuevos estándares de fiscalidad internacional resultantes del Proyecto OCDE/G20 BEPS en el ámbito de la UE; tal «implementación comunitaria de BEPS» se llevará a cabo modulando tales estándares internacionales al marco comunitario a través de instrumentos de *hard & soft law*, de suerte que en ocasiones el alcance de las medidas propuestas superará el consensuado en el seno del Proyecto BEPS; un buen ejemplo de ello lo constituye la aprobación de la Directiva 2015/2376/UE, de 8 de diciembre de 2015, de intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad (*tax rulings* y *APAs*), modificando a tal efecto la Directiva 2011/16/UE; igualmente resultan reseñables los trabajos dirigidos a elaborar una «EU Anti-BEPS Directive», existiendo un borrador de tal propuesta de directiva y una invitación del Consejo a elaborar una propuesta sobre determinadas acciones del Plan BEPS; en concreto, el ECOFIN a través de los acuerdos BEPS adoptados el 8 de diciembre de 2015, invitó a la Comisión a presentar una propuesta de directiva que abordara la implementación comunitaria de BEPS sobre una serie de materias, a saber: a) esquemas híbridos (Acción 2); b) reglas de TFI (Acción 3); c) reglas de limitación de deducibilidad de intereses (Acción 4); d) cláusula general antiabuso (Acción 6); e) concepto de EP (Acción 7); f) CbCR (Acción 13)⁶⁶.

3. LA REDEFINICIÓN DE LOS LÍMITES DE LA FRONTERA ENTRE EL ABUSO Y LA PLANIFICACIÓN FISCAL LEGÍTIMA

En términos generales, se viene entendiendo que la planificación fiscal comprende cualquier operación, estructura o fórmula lícita para realizar un negocio jurídico que incluye un ahorro o ventaja fiscal por comparación con el importe del gravamen que correspondería exigir de no llevar a cabo tales actos o contratos a través de los que se logra esa ruta o vía menos gravada.

⁶⁵ En este sentido, también cabría apuntar como la Comisión Europea ha fundamentado su propuesta de relanzar el proyecto acerca del establecimiento de una Base Imponible Común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades argumentado que constituiría la mejor fórmula para luchar contra el fenómeno de la planificación fiscal agresiva en el marco de la UE [vid. European Commission, *Public Consultation on the Re-launch of the Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, 8 de octubre de 2015].

⁶⁶ Council Conclusions on corporate taxation -base erosion and profit shifting [Press Release 910/15, 8 de diciembre de 2015] y Proposal for a Council Directive laying down rules against base erosion and profit shifting (BEPS), (14544/15, Bruselas, 2 de diciembre de 2015), FISC 17].

Se considera que en determinadas condiciones la planificación fiscal es lícita, como expresión de la explotación de las posibilidades de autorregulación de intereses en que consiste la autonomía privada y la libertad de empresa, considerando la imposibilidad de hacer un juicio ético o moral sobre el cuántum del tributo que supere o trascienda de la legalidad tributaria, esto es, el importe del impuesto justo (o injusto), no deriva ni es competencia de la moral sino del legislador que es quien determina la configuración y elementos esenciales de los impuestos y del sistema tributario en su conjunto⁶⁷.

Ahora bien, como ya vimos, a raíz de la irrupción en el plano de la fiscalidad internacional del concepto de planificación fiscal agresiva, la OCDE y la Comisión UE podrían estar tratando de redefinir el alcance del concepto de planificación fiscal legítima con el que se viene operando en la mayoría de los países; en gran medida, ello podría obedecer a dos factores: por un lado, el desarrollo y expansión de un enfoque más sustancialista de la fiscalidad internacional, que se había acentuado durante la última crisis económica y financiera; por otro lado, la introducción de la pseudocategoría de «planificación fiscal agresiva», carente de un significado preciso y uniforme, pese a no modificar el concepto y el umbral de abuso, sí podría estar restringiendo el ámbito operativo del concepto de planificación fiscal legítima.

En este orden de cosas, se ha destacado como este menor margen de planificación fiscal legítima que resultaría de tal cambio de paradigma fiscal estaría afectando de forma significativa a la posición de los contribuyentes y los intermediarios fiscales, lo cual puede condicionar su práctica y modelo de cumplimiento tributario, evolucionando hacia un modelo más defensivo y analítico de gestión y planificación fiscal⁶⁸. En gran medida, este movimiento o tendencia internacional se ha conectado con el contexto de consolidación fiscal y las mayores exigencias de buenas prácticas fiscales en el terreno del buen gobierno corporativo (la pretendida evolución del

⁶⁷ Vid. MARÍN BENÍTEZ, G.: *¿Es Lícita la Planificación Fiscal?*, Lex Nova, Valladolid, 2013, págs. 333-334. Sin embargo, a pesar de que existe una planificación fiscal legítima, no faltan pronunciamientos relevantes que han expresado cierto reproche a tales comportamientos como potencialmente contrarios a los principios constitucionales tributarios, correspondiendo al legislador elaborar las eventuales medidas para evitar tales esquemas de minimización fiscal. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional se ha referido a las «economías de opción» indeseadas, entendiendo por tales «la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional sobre las otras» [Cfr. FJ 6.º de la STC 46/2000, de 17 de febrero de 2000 (NFJ008490)].

⁶⁸ En esta línea cabe poner de manifiesto la propia tendencia de los tribunales nacionales a ampliar el concepto de evasión (ilegal) reduciendo notablemente la noción de «evasión legítima» (planificación fiscal legal, economía de opción, minimización fiscal dentro del sistema, etc.), de manera que actualmente determinadas estructuras internacionales (con escasa sustancia) que venían siendo aceptadas como válidas pueden llegar a ser calificadas como constitutivas de delito fiscal. Véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de Italia en el caso *Dolce & Gabbana*, relativo a la transferencia de tal marca a una entidad luxemburguesa controlada por un precio de 360 millones de euros, al considerarse que la estructura era artificial y la valoración incorrecta (vid. VALENTE, P. y CARACCIOLI, I.: «Criminal Relevance of Avoidance Transactions in Italy: Lessons from the Dolce & Gabbana», *European Taxation*, vol. 52, n.º 10, 2012, págs. 514 y ss.).

modelo de *legal taxpayer* al *ethical taxpayer*)⁶⁹. No obstante, no han faltado voces llamando la atención sobre las contradicciones que de ello se derivan con la propia lógica capitalista, donde los intereses últimos de las empresas y sus accionistas pasan por una maximización del beneficio (por vías legítimas), así como con el vector de competitividad que determina en cierta medida la configuración de un buen número de medidas fiscales articuladas por los distintos Estados para atraer inversión, actividad y capital⁷⁰.

Resulta, por tanto, difícil negar la contradicción que existe en un buen número de países entre las medidas e incentivos fiscales configurados específicamente para favorecer a las empresas y atraer inversión extranjera y la articulación de medidas contra toda suerte de planificación fiscal⁷¹; no obstante, se considera que existe una fórmula que permitiría conciliar ambos objetivos, esto es, puede realizarse competencia fiscal legítima entre Estados (*fair tax competition*), sujeta a la observancia de los estándares internacionales de carácter material, transparencia y actividad económica genuina⁷². Ahora bien, no puede perderse de vista que

⁶⁹ Algunos autores han llegado a argumentar a favor de la articulación de incentivos fiscales para las empresas que cumplieran una serie de criterios que permitieran calificarlas como «empresas socialmente responsables» integrando en su modelo organizativo y empresarial los elementos esenciales de la responsabilidad social corporativa (*B corporations*). Sobre esta cuestión *vid.* WANG, W.: «Encouraging Socially Responsible Corporations: The Carrot or the Stick?», *Tax Notes International*, 4 de febrero de 2013, págs. 469 y ss.; y la web www.benefit.corp.net. Curiosamente, se ha destacado como MNE que poseen una cultura de transparencia y RSC y ostentan este tipo de certificados (*B Corporations*), no renuncian a la planificación fiscal, aunque las estructuras que adoptan se ajustan a los nuevos estándares fiscales internacionales (*vid.* BARINKA, A. y DRUCKER, J.: «Etsy Taps Secret Irish Tax Haven, Touts Transparency in US», *Transfer Pricing Report*, BNA, 14 de agosto de 2015).

⁷⁰ *Vid.* NIEKEL, S.: «Tax Planning 2.0», *Derivatives & Financial Instruments*, vol. 15, n.º 1, 2013, págs. 2-3.

⁷¹ El profesor ESSERS ha denunciado tal contradicción, llamando la atención de cómo en el actual sistema de fiscalidad internacional late una suerte de *tax cold war* entre Estados que incide en la falta de legitimidad del referido sistema (*vid.* ESSERS, P.: «International Tax Justice between Machiavelli and Habermas», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, n.º 2, 2014, pág. 54 y ss.). En parecidos términos se ha pronunciado el profesor AULT que ha criticado con ironía que muchos de los países que se han lanzado a la cruzada frente a la planificación fiscal agresiva hayan colaborado, más o menos activamente, en la creación de un marco normativo que facilita tales operaciones y estructuras (*vid.* AULT, H.: «Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles», *Tax Notes International*, vol. 70, n.º 12, 2013, pág. 1.198). En la misma línea de pensamiento se han pronunciado otros destacados autores como DEVERAUX, M. y VELLA, J.: «Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?», *Oxford University Centre for Business Taxation Working Papers*, WP 14/25, 2014; e incluso la propia Comisión Europea en su estudio titulado *A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action*, SWD(2015) 121 final, Bruselas, 17 de junio de 2015.

⁷² Véase el documento donde el Gobierno del Reino Unido establece sus prioridades para el proyecto OCD-G20 BEPS: HMRC, *Tackling aggressive tax planning in the global economy*, marzo, 2014. La OCDE en el marco del Proyecto BEPS está elaborando una serie de principios para distinguir la competencia fiscal perniciosa de la legítima, que en gran medida parten de los elaborados en 1998 en el marco de su proyecto sobre competencia fiscal perniciosa. También en la UE se elaboró el Código de Conducta de Fiscalidad Empresarial de 1 de diciembre de 1997, recogiendo los criterios para diferenciar prácticas fiscales legítimas de las perniciosas que deben evitar los Estados miembros.

los estándares de fiscalidad internacional no son neutrales y, en sí mismos, reflejan intereses políticos y económicos de acuerdo con el equilibrio geopolítico del momento, de manera que tales estándares pueden plantear problemas para aquellos países que se encuentren en una posición más débil⁷³.

Podría argumentarse que el concepto y «pseudocriminalización» de la planificación fiscal agresiva (como categoría de operaciones cuasiilegales) en realidad constituye una inteligente fórmula para deshacer el nudo gordiano del esquivo concepto de «evasión fiscal ilegítima» (*illegitimate tax avoidance*) por la vía de ampliar sus confines de manera que comprenda también las operaciones o estructuras situadas en la zona gris (con dudosa sustancia económica), así como aquellas que fueran acordes con la letra pero no con el espíritu de la ley. De esta forma, solo constituirían planificaciones fiscales legítimas aquellas que fueran consistentes con la letra y el espíritu de la ley aplicada y/o se ajustaran o estuvieran alineadas con el nuevo concepto de sustancia económica que deriva de los estándares fiscales internacionales resultantes del Proyecto BEPS. Estaríamos, por tanto, ante un nuevo estándar de buenas prácticas fiscales que supera el paradigma precedente basado en el binomio evasión fiscal ilegítima vs. abuso, y en un sistema de fiscalidad internacional disfuncional que apenas articula umbrales de sustancia económica y se construye estructuralmente sobre un marco de competencia fiscal entre Estados a favor de contribuyentes globales. Nótese, además, como en el marco de los programas de cumplimiento tributario cooperativo la carga de la prueba relativa al cumplimiento de estos nuevos estándares internacionales recae sobre el contribuyente.

Sin embargo, también se ha puesto de manifiesto como esta tendencia dominante dirigida a un mayor control de la actividad de los contribuyentes y reforzamiento de los mecanismos de supervisión fiscal por parte de las Administraciones tributarias, incluyendo un nuevo umbral de planificación fiscal legítima, en el fondo no supone otra cosa que una respuesta coordinada de algunos Estados de alta tributación (*high-tax jurisdictions*) y la mayoría de países emergentes⁷⁴ para hacer frente a las «presiones» a las que la globalización somete a los sistemas tributarios, abriendo grandes avenidas al fraude y la evasión fiscal⁷⁵. Así, las Administraciones tributarias

⁷³ En este sentido, algunos autores han puesto de relieve como determinadas posiciones acordadas en el seno del Proyecto BEPS perjudican los intereses económicos legítimos de los países en desarrollo (*vid.* WAGENAAR, L.: «The effect of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan on Developing Countries», *Bulletin for International Taxation*, vol. 69, n.º 2, 2015, págs. 84 y ss.).

⁷⁴ Por ejemplo, desde la perspectiva China, se ha puesto de relieve, por una parte, como el actual sistema de fiscalidad internacional refleja los intereses económicos de los países desarrollados y, por otra, como el Proyecto BEPS perpetúa los estándares de fiscalidad internacional extendiendo en algunos aspectos el principio de imposición en la fuente (*vid.* YUESHENG, J.: «Value Creation Theory of the BEPS Report and China's Reasonable Share in Global Value Allocation», *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, n.º 4, 2015, págs. 223 y ss.).

⁷⁵ Nótese como el propio FMI reconoce como buena parte de los problemas del sistema de fiscalidad internacional actual derivan de la difusa frontera entre evasión lícita y planificación fiscal. En concreto, el FMI llega a afirmar que: «The term [(legal) tax avoidance] is used loosely, since the frontier of legality is not always clear, and whether an

habrían respondido reforzando su acceso a la información (nacional e internacional) articulando nuevos estándares de transparencia e intercambio de información, robusteciendo sus cláusulas antiabuso (generales y específicas), y adoptando un enfoque más global que supone una evolución de la cooperación interadministrativa hacia una mayor coordinación (Foro OCDE de Administraciones tributarias, G20, etc.)⁷⁶. Una de las consecuencias vendría a ser una mayor intensidad y agresividad en los controles fiscales de las operaciones internacionales, particularmente las transacciones intragrupo donde el nuevo enfoque OCDE evoluciona hacia mayores exigencias de sustancia económica, por más que no exista un concepto y umbral uniforme de esta a nivel nacional e internacional⁷⁷.

El Plan de Acción BEPS constituye otro movimiento en esta misma dirección dirigido a reparar los actuales fallos y agujeros del sistema de fiscalidad internacional que permite que tengan lugar un buen número de operaciones y estructuras de planificación fiscal internacional, socavando así la integridad de los sistemas fiscales nacionales⁷⁸. Sin embargo, el propio Fondo Monetario Internacional (FMI) ha puesto de relieve como incluso en un escenario de éxito del proyecto BEPS, en el sentido de limitar seriamente la denominada planificación fiscal agresiva y reparar los actuales fallos del sistema de fiscalidad internacional, los grandes contribuyentes seguirían disfrutando de posibilidades de optimización fiscal a escala global derivadas de la competencia fiscal entre Estados que tanto ha facilitado la globalización y el propio sistema de fiscalidad internacional, donde la cooperación y coordinación transfronteriza en materia fiscal apenas se ha desarrollado⁷⁹.

En este contexto, cabría realizar dos apuntes adicionales acerca de algunos elementos a los que ya nos hemos referido y que conducen a la transformación del concepto y umbral de planificación fiscal legítima vs. ilegítima.

activity is "avoidance" depends on the imponderables of legislative intent and the counterfactual of what arrangements would have been made absent tax considerations». *Vid.* INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Issues in International Taxation and the Role of the IMF*, Washington, 28 de junio de 2013, pág. 3 (el documento resulta accesible a través del enlace <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2013/062813.pdf>).

⁷⁶ *Vid.* OWENS, J.: «Global Trends in Tax Systems», *Tax Notes International*, vol. 68, n.º 1, 2012, págs. 115 y ss.

⁷⁷ Una reflexión sobre esta cuestión, así como bibliografía al respecto puede encontrarse en CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Revisitando la Transparencia Fiscal Internacional al hilo de la sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el caso Olsen», *Quincena Fiscal*, n.º 1-2, 2015, págs. 165 y ss.

⁷⁸ *Vid.* FUEST, C.; SPENGLER, C.; FINKE, K.; HECKMEYER, J. y NUSSER, H.: «Profit Shifting and "Aggressive" Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform», *World Tax Journal*, vol. 5, n.º 3, 2013, págs. 307 y ss. Estos autores constatan las dificultades para que las actuales cláusulas generales antiabuso operen de forma efectiva frente a los esquemas de planificación fiscal agresiva, y proponen una batería de medidas frente al fraude, la evasión fiscal y determinados esquemas de planificación fiscal agresiva, algunas de las cuales no coinciden con las recogidas en el Plan de Acción BEPS.

⁷⁹ *Vid.* INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Issues in International Taxation and the Role of the IMF*, Washington, 28 de junio, de 2013, págs. 7-8 y 13-14.

Por un lado, debe ponerse de relieve como la línea de medidas adoptadas para lograr mayor «transparencia fiscal» por parte de los grandes contribuyentes así como los propios mecanismos específicos de *disclosure* de *tax shelters* (ahora incluidos en el Plan BEPS, Acción 12), en gran medida, tratan de afrontar de forma reactiva los principales problemas con los que vienen encontrándose las Administraciones fiscales para detectar un buen número de planificaciones fiscales internacionales y/o para entender su complejidad⁸⁰, considerando como, en muchas ocasiones, su esencia radicaba en una opaca y oscura combinación de sistemas legales⁸¹.

Por otro lado, cabe destacar como a través del nuevo concepto de planificación fiscal agresiva la OCDE podría estar instrumentando «un punto de partida para un nuevo análisis de las operaciones internacionales», toda vez que de acuerdo con tal concepto acontece que operaciones de planificación fiscal que venían resultando legales y válidas (p. ej. doble no imposición debido a la diferente calificación de instrumentos híbridos), ahora pasarían a categorizarse como operaciones de planificación fiscal agresiva que deben erradicarse a través de diferentes mecanismos que deben articularse por vía legislativa, aunque no puede descartarse que se lleve a cabo una reinterpretación normativa a la luz de BEPS en el marco de actuaciones de comprobación tributaria. En este sentido, algunos destacados comentaristas han puesto de relieve como el concepto de planificación fiscal agresiva a erradicar atiende únicamente a la consecuencia de la doble no imposición y no tiene en cuenta la sustancia económica de la transacción o su eventual artificiosidad⁸².

De esta forma, cabe observar como, hasta tiempos recientes, las principales medidas de coordinación fiscal que configuraban el sistema de fiscalidad internacional tenían como finalidad esencial el reparto del poder tributario entre Estados, eliminando de la doble imposición que pudiera surgir, y como el concepto de evasión se construía, en gran medida, a partir de la ausencia absoluta de sustancia económica, la artificiosidad y la vulneración de la finalidad de las normas aplicadas, en tanto que ahora el centro de gravedad y la dirección de todo el sistema de fiscalidad internacional atiende a la erradicación de la doble no imposición (concepto teñido de un tinte de ilegalidad) aun a expensas de que se produzcan nuevos casos de doble imposición (que consti-

⁸⁰ Sobre esta cuestión, *vid. EY: A new mountain to climb: Tax reputation risk, growing transparency demands and the importance of data readiness*, 2015.

⁸¹ *Vid. VALENTE, P.: «Aggressive tax planning: international and EU interventions»*, en CFE, *Tax planning: what is (un)acceptable-2013*, CFE, Bruselas, 2013, págs. 72-74.

⁸² Sobre esta cuestión, *vid. GOUTHIERE, B.: «International mismatch: an overview of French law and case law»*, en CFE, *Tax planning: what is (un)acceptable-2013*, CFE, Bruselas, 2013, págs. 83-100. A nuestro juicio, la posición de este autor no puede aplicarse a todo del conjunto de acciones del Plan BEPS, de suerte que un cierto número de ellas que poseen gran relevancia estructural, como las relativas a precios de transferencia, transparencia fiscal internacional, establecimientos permanentes, y uso impropio de CDI, sí incluyen nuevas exigencias de sustancia económica como criterio central para establecer la frontera entre planificación fiscal y *artificial BEPS arrangements* (*vid. DEVERAUX, M. y VELLA, J.: «Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?»*, *Oxford University Centre for Business Taxation Working Papers*, WP 14/25, 2014).

tuye un fenómeno legal). Lógicamente, todo ello impacta de forma muy relevante en las relaciones entre el Fisco y los obligados tributarios (contribuyentes e intermediarios fiscales), que se enfrentan a los nuevos principios del sistema de fiscalidad internacional que se está construyendo a partir de las diferentes Acciones del Plan BEPS, sin perjuicio de la asimétrica forma de desarrollar sus medidas por los distintos países atendiendo a sus propios intereses y circunstancias (unilateralismo fiscal)⁸³.

Así las cosas, cabe apreciar una fuerte tendencia internacional dirigida a diluir la tradicional diferencia entre evasión fiscal ilegítima y planificación fiscal legítima⁸⁴, de manera que cualquier esquema de optimización fiscal o cualquier operación/estructura que transite por la ruta menos gravada o que incluya un propósito fiscal (no exclusivo) pero relevante podría ser encuadrada, cuando menos inicialmente, en este concepto pretendidamente «pseudoilegal» de planificación fiscal agresiva, lo cual, a nuestro juicio, es incompatible con el principio constitucional (y europeo) de seguridad jurídica⁸⁵ y posee importantes implicaciones prácticas considerando sus potenciales efectos en el marco de una controversia fiscal, de un programa de cumplimiento cooperativo o de cara a la evaluación de los niveles de riesgo y estrategia fiscal en relación con el cumplimiento de los principios y reglas del buen gobierno corporativo.

En último análisis, no puede perderse de vista como el Proyecto BEPS podría tener como uno de sus principales objetivos provocar un cambio de conducta fiscal de las MNE que venían aprovechando las «oportunidades de minimización fiscal» que brindaba el «sistema»; para lograr tal objetivo la OCDE habría desarrollado un conjunto de medidas algunas de las cuales consisten en la articulación de nuevos estándares fiscales que pivotan sobre tests muy fácticos y subjetivos (v. gr., el principal *purpose test* de la acción 6, los nuevos criterios para determinar la existencia de un EP en el marco de la Acción 7, las «DEMPE functions» de las acciones 8-10 BEPS), superando los test más formales y objetivos que se venían aplicando; y la propia «supercategoría» de planificación fiscal agresiva, carente de definición legal y perfiles precisos, constituiría otra pieza de este modelo dirigido en cierta medida a provocar que tales MNE evalúen los «nuevos riesgos fiscales» resultantes del nuevo sistema y adopten posiciones fiscales más conservadoras respecto de su estrategia fiscal (incluyendo el *tax planning*).

⁸³ Vid. HUIBREGTSE, S. et álter, «Unilateral BEPS Initiatives: The Emperor's New Clothes OR How Countries Go To War?», *Transfer Pricing Associates Insight*, 11 de junio de 2015; TELJEIRO, G.: «Opening Pandora's Box in the International Tax Field», *BNA Tax Planning International Review*, n.º 6, 2015, págs. 3 y ss.

⁸⁴ Vid. VAN DER HURK, H.: «Starbucks versus the People», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, n.º 1, 2014, págs. 27 y ss.

⁸⁵ En este sentido, véase la sentencia del *Conseil Constitutionnel* francés, de 29 de diciembre de 2013 (Decisión n.º 2013-685 DC).

4. LA LIMITACIÓN DEL ÁMBITO OPERATIVO DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL LEGÍTIMA A TRAVÉS DEL FACTOR REPUTACIONAL, LAS EXIGENCIAS DE BUENA GOBERNANZA CORPORATIVA Y LA PARTICIPACIÓN DEL CONTRIBUYENTE EN PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO COOPERATIVO

Estrechamente relacionado con lo que acabamos de exponer cabría identificar una nueva tendencia dirigida igualmente a limitar el ámbito operativo de la planificación fiscal legítima a través de la denominada «palanca» reputacional⁸⁶ y de la buena gobernanza corporativa. La propia OCDE, en el Comunicado del FAT Estambul (2010), insistió en la necesidad de promover la buena gobernanza corporativa como uno de los elementos centrales sobre los que debería construirse el modelo de cumplimiento cooperativo, cuyos principios y reglas clásicas pasarían por una gestión responsable de los riesgos fiscales por parte de los contribuyentes⁸⁷, así como el rechazo a la puesta en práctica de esquemas de planificación fiscal agresiva, al uso de estructuras opacas a través de los denominados «paraísos fiscales», a la utilización de *tax shelters* o

⁸⁶ Ciertamente no podemos perder de vista la importancia del «riesgo reputacional» en el ámbito de las grandes empresas, especialmente en aquellas cuyos títulos cotizan en los mercados de capitales y/o realizan buena parte de sus operaciones con particulares (B2C), por cuanto tienden a identificarse en mayor medida con empresas «socialmente responsables». De hecho, el factor reputacional constituye uno de los elementos que permite explicar la firma o adhesión por parte de dichas grandes empresas e instituciones financieras de los Códigos de Conducta que en materia tributaria han venido elaborando las diferentes Administraciones tributarias nacionales (*vid.* LAVERMICOCCA, C. y BUCHAN, J.: «Role of reputational risk in tax decision making by large companies», *eJournal of Tax Research*, vol. 13, n.º 1, 2015 págs. 5-50), así como el incremento en el uso por parte de estas últimas de mecanismos y acciones de *name & shame*. Sobre el uso de estos mecanismos en Estados Unidos, *vid.* BRANHAM, E.: «Closing the Tax Gap: Encouraging Voluntary Compliance through mass-media publication of High-Profile Tax Issues», *Hastings Law Journal*, vol. 60, 2009, págs. 1.507 y ss.; y AZMAN, D.: «Don't tell Mom I Didn't Pay My Taxes!: The efficacy of State Shaming Campaigns on Taxpayer Compliance and Ideas for the Future», *The Tax Lawyer*, vol. 63, n.º 4, 2010, págs. 1.251 y ss. Asimismo, en relación con el caso británico *vid.* MCGOWAN, M.: «UK Code of Practice on Taxation for Banks», en CHESSMAN, S. et álter, «Governments and Information Gathering: Impact on MNE Planning», *Tax Management International Journal*, vol. 39, n.º 12, 2010, págs. 7-8.

⁸⁷ A este respecto, resulta relevante destacar el gran desarrollo en Australia del modelo que integra la gestión de riesgos fiscales en la gobernanza corporativa de las grandes empresas. La Administración australiana ha elaborado una completa guía dirigida a las grandes empresas a efectos de la articulación de los protocolos de gestión de riesgos fiscales, donde se delimita el papel del consejo de administración, el contenido de los sistemas de riesgos fiscales y los mecanismos de verificación de los mismos, de manera que la falta de una correcta implementación de este sistema de buen gobierno corporativo por parte de una gran empresa se tiene muy en cuenta por las autoridades fiscales a los efectos de su gestión de riesgos fiscales y *risk rating*, lo cual lógicamente impacta sobre el nivel de supervisión administrativo de las empresas (*Vid.* ATO, *Tax Risk Management and Governance review guide*, www.ato.gov.au/Business/Large-business/In-detail/Key-products-and-resources/Tax-risk-management-and-governance-review-guide. Última modificación 20 de julio de 2015). El modelo australiano de supervisión de grandes contribuyentes basado en el *tax differentiation framework* se aplica en gran medida en el Reino Unido, y el IRS de Estados Unidos está dando pasos para su puesta en práctica (*vid.* GRIFFIN, M.: «Australia Tries Global Tax Risk Snapshot for Multinationals», *Transfer Pricing Report*, BNA, agosto, 20, 2015).

de esquemas abusivos y, a la postre, al desarrollo de una política fiscal basada en el denominado *strategic tax behavior*.

A este respecto, cabría observar como en los últimos tiempos los asuntos fiscales de las grandes empresas y patrimonios están siendo objeto de una mayor supervisión y atención pública por parte de los medios de información y la sociedad en general⁸⁸, resultando a su vez enjuiciados a partir de estándares no técnicos y basados en meras apariencias o *smell tests*⁸⁹. Es decir, el estándar técnico que atiende a la complejidad y legalidad de la operación y estructura desde una perspectiva global (no únicamente fiscal), está siendo superado o, cuando menos, complementado por un estándar consecuencialista que atiende fundamentalmente al resultado fiscal de la operación, haciendo abstracción de la complejidad, globalidad, legalidad y métodos utilizados para su articulación⁹⁰.

En este sentido, no puede negarse la influencia que está ejerciendo este *moral climate* en el enfoque desplegado por el legislador, autoridades fiscales y los órganos jurisdiccionales de los diferentes países a la hora de enjuiciar esquemas de optimización fiscal y articular «contramedidas». Esta nueva alta exposición pública de los niveles de cumplimiento tributario y prácticas fiscales de los grandes contribuyentes unido a la tendencia de la opinión pública a exigir a las grandes corporaciones y *high net worth individuals* un cumplimiento tributario más allá de lo que exige la ley, sin duda está actuando como una fuerza relevante que incide de forma sustancial en la dirección y configuración del nuevo modelo de relaciones fisco-contribuyente más allá de lo que atañe a los programas de cumplimiento cooperativo⁹¹. Ciertamente, el

⁸⁸ Ciertamente, el hecho de que un buen número de grandes corporaciones multinacionales hayan declarado tasas de tributación efectiva globales extremadamente bajas en un contexto económico como el actual, donde las medidas de consolidación (reducción de programas de gasto público asociados al Estado del bienestar, combinado con subidas de impuestos directos como el IRPF y el IVA) dejan sentir efectos socioeconómicos de gran alcance y horizontalidad, ha dirigido el foco de la atención de la opinión pública, de los Estados, de las diferentes organizaciones internacionales (OCDE, ONU, CIAT, etc.) y de las autoridades fiscales de todo el mundo sobre el actual modelo de fiscalidad internacional que permite que las MNE puedan articular estructuras de «minimización fiscal agresiva». En este sentido, el *Public Accounts Committee* (PAC) del Parlamento británico hizo comparecer, en noviembre de 2012, a representantes de Starbucks, Amazon y Google en relación con sus prácticas fiscales en Reino Unido a efectos de justificar los anormalmente bajos niveles de tributación por el Impuesto sobre Sociedades en el Reino Unido. El objetivo global del PAC no era otro que el de determinar si ciertas prácticas fiscales llevadas a cabo por algunas empresas que operaban en el Reino Unido eran correctas no solo desde una perspectiva legal, sino también desde una perspectiva económica y de ética empresarial. Véase en este sentido el informe del Parlamento británico: *Parliament UK, Public Accounts Committee (House of Commons Oral Evidence HMRC's 2011-2012 ACCOUNTS)*, 12 de noviembre de 2012.

⁸⁹ Vid. EY: *A new mountain to climb: Tax reputation risk, growing transparency demands and the importance of data readiness*, 2015; y LEE, S.: «News Media Coverage of Corporate Tax Avoidance and Corporate Tax Reporting», *WU International Taxation Research Paper Series*, n.º 16-2015.

⁹⁰ Vid. HODKIN, M: «Ethical taxpaying: how does a company ascertain the "right amount of tax"?, *Norton Rose Fulbright LLP Bulletin*, febrero 2014, pág. 2; MICHEL, S. y YOON, S. J.: «The Tax Planner's Tightrope: Morality and Politics Now in Play», *IFC Economic Report*, 2015, págs. 17 y ss.

⁹¹ Vid. CORREIA, F. y REIBEL, R.: «Change of climate in taxation: are you prepared for extended responsibilities», *European Taxation*, vol. 54, n.º 6, 2014, pág. 270 y ss. A este respecto, son muy ilustrativas las palabras de J.

mayor activismo fiscal desplegado a nivel global por las organizaciones no gubernamentales y algunos gobiernos (Reino Unido y Australia, por ejemplo) está intensificando las exigencias de transparencia sobre las prácticas fiscales y cumplimiento tributario de los grandes contribuyentes, lo cual está contribuyendo a impulsar cambios relevantes en el modelo de gestión fiscal de las grandes empresas que profundizan en los estándares de buen gobierno corporativo (en el ámbito fiscal) considerando el riesgo reputacional y corporativo⁹². De hecho, existen estudios que ponen de manifiesto como el riesgo reputacional cada vez ejerce más influencia sobre la estrategia de las grandes empresas⁹³; sin embargo, la cuestión relativa a la existencia

GASCÓN cuando, en relación con esta transformación del concepto fiscal y la denominada «dimensión ética de la fiscalidad», afirma que: «El cambio de paradigma es importante, hay esquemas de planificación a partir del cumplimiento de la letra de la ley que no son aceptables. Hasta ahora los Estados han combatido estas prácticas unilateralmente con cláusulas antiabuso generales o específicas, a partir de ahora lo que procede es una respuesta internacional coordinada, lo que no es sencillo, puesto que las normas son y seguirán siendo nacionales. Pero ni siquiera los aspectos normativos son los más relevantes, lo esencial, a mi juicio, es que la comunidad internacional entienda que estas prácticas agresivas son éticamente inaceptables. En consecuencia, como comentaba antes, una compañía multinacional con estrategias de planificación fiscal agresiva tiene que considerar dos riesgos: uno reputacional inmediato derivado de no cumplir los estándares éticos que organizaciones como la OCDE consideran aceptables, el segundo económico directo puesto que las medidas que anuncia la OCDE antes o después terminarán convirtiéndose en derecho positivo por lo que los impuestos no pagados gracias a dichas estrategias constituyen una contingencia fiscal evidente» (vid. GASCÓN CATALÁN, J.: «Los consejos de administración como máximos responsables de la estrategia fiscal de las sociedades cotizadas», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 19/2014, págs. 14 y 22).

⁹² Vid. INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Issues in International Taxation and the Role of the IMF*, Washington, 28 de junio de 2013, pág. 125. La intensidad del «activismo fiscal» de las organizaciones no gubernamentales (NGO) en el Reino Unido ha conducido a un análisis de los estados financieros de las MNE para determinar si sus prácticas fiscales y, en particular, como determinados esquemas de planificación fiscal (v. gr. utilización de estructuras de *trading*, pivotes financieros, sociedades conductoras, *IP companies*, etc.) pueden erosionar las bases imponibles nacionales trasladándolas a países de baja o nula tributación (los anacrónicamente denominados «paraísos fiscales» o más propiamente *tax havens*). De hecho, la comparecencia ante el Comité Parlamentario de UK de los representantes de Starbucks, Amazon y Google a la que nos hemos referido (vid. *supra* nota n.º 48) hay que contextualizarla dentro de este movimiento global hacia más transparencia fiscal y un nuevo modelo de cumplimiento y fiscalidad internacional aplicable a las MNE. Gráficamente expresado: *Tax is out*, es decir, las prácticas fiscales han dejado de ser invisibles o estar fuera del foco público y han pasado a un primer plano, reclamándose el mismo nivel de supervisión y de observancia de estándares internacionales de buenas prácticas que en otros ámbitos (laboral, mercantil, RSC): ya no parece ser suficiente que una MNE sea calificada como *fair trader*, sino que también debe ser considerada un «contribuyente fiscalmente responsable» o *fair taxpayer* si quiere disfrutar de una reputación aceptable para los consumidores, y restantes *stakeholders*.

⁹³ Vid. HMRC Research Report, *Exploring Large Business Tax Strategy Behaviour*, julio 2015; LAVERMICOCCA, C. y BUCHAN, J.: «Role of reputational risk in tax decision making by large companies», *Journal of Tax Research*, vol. 13, n.º 1, 2015 págs. 5-50; y DELOITTE: *OECD's BEPS initiative. Summary results of second annual multinational survey*, mayo 2015, pág. 13. Resulta, en particular, reseñable el estudio académico de DYRENG, S.; HOOPES, J. y WILDE, J.: «Public pressure and corporate tax behaviour», *Oxford University Centre for Business Taxation Working Papers*, WP 14/16, 2014, que analiza la reacción de las entidades del FTSE 100 a partir de la presión pública ejercida por ActionAid International mediante la campaña que denunció como la mayoría de las empresas cotizadas de UK incumplían la UK Companies Act 2006 que obligaba a informar en sus estados

de un modelo de «cumplimiento fiscal ético» en el sentido de que la estrategia fiscal de las grandes empresas tiene que ser consistente con su política de responsabilidad social corporativa y, consecuentemente, no existe margen para la planificación fiscal (legítima) está todavía lejos de ser resuelta⁹⁴.

En el contexto de los programas de cumplimiento cooperativo, resulta evidente que la reducción o estrechamiento del concepto de planificación fiscal legítima afecta de lleno a la propia dinámica y ámbito de aplicación de la relación cooperativa; de hecho, ya se ha postulado que los

financieros sobre la localización de todas sus filiales en el extranjero; el informe de ActionAid, a su vez, reveló públicamente las *tax planning strategies* de FTSE100 a partir del uso que hacían de *tax havens*, de suerte que 98 de 100 compañías tenían vehículos societarios en tales jurisdicciones. El objetivo de ActionAid era incrementar el *public awareness of firms tax avoidance activities*, incrementando así el «coste» del *tax avoidance* por varias vías: *tax enforcement action*, *Reputational damage*, *customer boycotts* y *political backlash*. Tal presión mediática logró un cierto cambio de comportamiento por parte de las referidas grandes empresas en el siguiente sentido: a) Cumplimiento con la normativa de revelación de la localización de las filiales por parte de los grupos incumplidores, que ocultaban la localización de filiales en *tax havens*; b) desmantelamiento/relocalización de filiales situadas en «dot.tax haven countries», esto es, jurisdicciones que por sus características no son susceptibles de aportar ventajas en operaciones y que por tanto su localización allí solo posee una explicación fiscal; tales filiales se relocalizan en otro tipo de *low tax countries* (Luxemburgo, Suiza, Singapur, Irlanda); c) También el coste reputacional y de mercado (*market penalties*) derivado de la presión pública (activismo de organizaciones no gubernamentales) sobre las prácticas fiscales (agresivas) de las grandes empresas provocó cambios relevantes en el nivel de información fiscal revelado por las mismas y un aumento de su tipo fiscal efectivo pre/post presión mediática; d) Las compañías del FTSE 100 consideraron que el coste de desmantelar ciertas estructuras en dot.tax havens era inferior a otros costes, como los relacionales con el Fisco, *market-penalties*, reputacionales, de buen gobierno corporativo, etc. Este informe, en línea con otros estudios americanos (GRAHAM et álter: «Incentives for Tax Planning and Avoidance: Evidence from the Field», *The Accounting Review*, vol. 89, 2013, págs. 991 y ss.) ponen de relieve que no todas las grandes firmas cotizadas reaccionan de la misma forma y en general la reacción es defensiva, en el sentido de evitar los mayores riesgos reputacionales que pueden evitarse a un coste limitado (*affordable*), como por ejemplo evitar el uso de «dot.tax havens», pero ello no equivale a renunciar en modo alguno a la planificación fiscal. Ahora bien, tal planificación se alinea con los nuevos estándares de transparencia y buen gobierno corporativo, evitando estructuras artificiales que sean difíciles de explicar con arreglo a los nuevos estándares de fiscalidad internacional.

⁹⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* PANAYI, C.: «Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?», *Intertax*, vol. 43, Issue 10, 2015, págs. 544 y ss.; DESAI, M. y DHARMAPALA, D.: *CSR and Taxation: the Missing link*, Leading Perspectives, 2006, pág. 1; AVI-YONAH, R.: «Corporate Social Responsibility and Strategic Tax Behaviour», en SCHÖN. W. (ed.), *Tax and Corporate Governance and Strategic Tax Behaviour*, Springer, 2008; KPMG, *Tax in the Boardroom (a discussion paper)*, 2004, págs. 4-8; AVI-YONAH, R.: «The Cyclical transformations of the Corporate Form: a Historical Perspective on Corporate Social Responsibility», *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 30, 2005, págs. 767 y ss.; HYMAN, K.: «Paying a fair share of tax and aggressive tax planning – a tale of two myths», *eJournal of Tax Research*, vol. 12, n.º 2, 2014, págs. 424 y ss.; EIJSDEN, J.: «The relationship between Corporate Responsibility and Tax: Unknown and Unloved», *EC Tax Review*, n.º 1, 2013; SCHÖN, W.: «Tax and corporate governance: a legal approach», en SCHÖN. W. (ed.), *Tax and Corporate Governance*, Springer, Munich, 2008; FRIESE, A.; LINK, S. y MAYER, S.: «Taxation and Corporate Governance – The State of the Art», en SCHÖN, W.: *Tax and Corporate Governance*, Springer, Berlin, 2008; y CALDERÓN CARRERO, J. M. y QUINTAS SEARA, A.: *Cumplimiento tributario cooperativo y buena gobernanza fiscal en la era BEPS*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 161 y ss.

contribuyentes que lleven a cabo este tipo de operaciones de planificación fiscal agresiva (legales) deberían quedar excluidos del ámbito de aplicación de los programas de cumplimiento cooperativo, quedando sujetos a controles ordinarios y verticales⁹⁵. En este orden de cosas, cabría plantear la cuestión del acceso y permanencia en programas de cumplimiento cooperativo de los contribuyentes que realicen estas operaciones de planificación fiscal, así como la articulación de mecanismos de resolución de los eventuales conflictos fiscales que puedan surgir como consecuencia de discrepancias sobre las operaciones de planificación fiscal (agresiva o no) realizadas por los contribuyentes que participan en estos programas.

Ciertamente, el éxito de los programas de cumplimiento cooperativo dependerá de la correcta identificación y satisfacción de las expectativas de todos los sujetos que intervienen en los mismos, pero también de la aplicación de todos los medios al alcance de la Administración para identificar, perseguir y, en su caso, sancionar a aquellos que opten por permanecer al margen superando los límites de la planificación fiscal legítima. No conviene perder de vista que siempre existe la posibilidad de que los contribuyentes que participen en estos programas cooperativos no renuncien totalmente a la realización de operaciones de planificación fiscal al margen de los criterios administrativos ni lleven hasta sus últimas consecuencias los compromisos adquiridos, por lo que será necesario disponer de los medios y de la capacidad técnica adecuada para evaluar de forma periódica la conducta de los contribuyentes y el correcto funcionamiento del modelo considerando los compromisos adquiridos y los límites que se derivan del mismo para los propios contribuyentes (transparencia y control de riesgos fiscales, pero sin renunciar a la planificación fiscal). En este sentido, como quiera que la Administración tributaria es la responsable de poner en marcha el programa cooperativo y de supervisar su correcto funcionamiento, la configuración de los programas cooperativos deberá realizarse con arreglo a estándares de buena gobernanza administrativa en términos de transparencia y seguridad jurídica; ello requiere que tales programas delimiten de forma clara y transparente qué parámetros o criterios se utilizarán para calificar como inaceptable en este contexto una práctica o planificación fiscal propuesta o realizada por el contribuyente cooperativo, y qué mecanismos existen para revisar tal calificación, así como resolver los posibles conflictos que pudieran surgir al respecto entre los contribuyentes y las autoridades fiscales⁹⁶.

Por otra parte, conviene apuntar como algunos autores han criticado esta potencial utilización de los programas cooperativos como instrumento al servicio de la prevención de la pla-

⁹⁵ Vid. ESSERS, P.: «International Tax Justice between Machiavelli and Habermas», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, n.º 2, 2014, pág. 59.

⁹⁶ Existen estudios que revelan los problemas que surgen en el marco de programas de cumplimiento cooperativo como consecuencia de la falta de delimitación objetiva, clara y transparente de los criterios empleados por las autoridades fiscales para calificar un esquema de planificación fiscal como inaceptable en este contexto, o para asignar una calificación de riesgo fiscal a un determinado contribuyente (vid. FREEDMAN, J.; NG, F. y VELLA, J.: *HMRC's Relationship with Business*, Oxford University Centre for Business Taxation, Oxford, 2014).

nificación fiscal agresiva⁹⁷, al considerar que tal función le corresponde al legislador a través de la elaboración de medidas que eviten los efectos de tales esquemas fiscales, y no a la Administración que de esta forma se vería investida de un *regulatory power* que no es propio de un Estado de Derecho⁹⁸.

Los principios que informan la buena gobernanza corporativa en materia tributaria también están evolucionando simétricamente y contribuyen igualmente a la reducción del espacio de la planificación fiscal legítima; tales principios exigen mayores cotas de transparencia sobre la estrategia fiscal de la empresa⁹⁹, establecen la responsabilidad fiscal del Consejo de administración, así como la articulación de mecanismos de control de riesgos fiscales que comprenden

⁹⁷ A este respecto, no puede perderse de vista que los diferentes países no solo compiten fiscalmente en abstracto articulando regímenes y sistemas tributarios competitivos sino que también compiten por el gravamen de las bases imponibles de los contribuyentes. Y en este sentido, los programas cooperativos permiten un mayor control fiscal de los grandes contribuyentes, lo cual robustece el *tax enforcement* respecto de un segmento muy relevante de contribuyentes mejorando, además de la efectividad recaudatoria, la percepción pública de integridad y *fairness* del sistema tributario que tanta relevancia posee para mantener altos niveles de cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias.

⁹⁸ Vid. VOLLEBREGT, H.: «From Red Tape to Red Carpet: How the Netherlands Has changed the traditional dispute landscape for tax issues», *International Transfer Pricing Journal*, vol. 16, n.º 3, 2009, págs. 162 y 164.

⁹⁹ La Finance Act 2016 del Reino Unido establece una nueva obligación para las grandes empresas establecidas en tal país en el sentido de que deben hacer pública (a través de su página web) su «estrategia fiscal», la cual comprende: a) el enfoque del grupo del Reino Unido sobre la gestión de riesgos fiscales y gobernanza tributaria; b) la posición del grupo en materia de planificación fiscal en lo que concierne al Reino Unido; c) el nivel de riesgo fiscal en relación con el cumplimiento tributario en Reino Unido que el grupo está preparado para aceptar, y e) el enfoque de las relaciones con la Administración tributaria del Reino Unido. En la propuesta originaria se requería igualmente la revelación del objetivo de tasa fiscal efectiva y las medidas para alcanzar tal objetivo; la eliminación de tal elemento de la estrategia fiscal responde a las objeciones planteadas al respecto sobre su «practicabilidad», así como la sensibilidad comercial y consecuencias que podría tener en la fijación de los precios de venta al público de bienes y servicios de las compañías una vez que se hace público tal objetivo. En torno al 60% de las compañías del FTSE100 ya hacen pública algún tipo de información sobre la estrategia fiscal, aunque en muchos casos es vaga e incompleta, de suerte que la norma articulada es prescriptiva, fija un contenido de la estrategia fiscal y se proyecta sobre grandes empresas de grupos con matriz residente o no residente en el Reino Unido (empresas con cifra de negocios superior a 200 millones de libras esterlinas y/o activos totales en el balance por importe superior a 2 mil millones libras). El fundamento de tal medida es doble; por un lado, constituye un mecanismo al servicio de la gestión de riesgos fiscales por la Administración, de manera que si se aprecia una posición fiscal inconsistente con la estrategia fiscal ello repercutiría sobre el *risk rating* de la empresa desde la perspectiva de la administración; a su vez el HMRC, de acuerdo con estudios *ad hoc*, pretende utilizar este mecanismo como palanca para persuadir a las empresas para que reduzcan sus riesgos fiscales y adopten posiciones fiscales más conservadoras sobre su *tax planning*, considerando el riesgo reputacional derivado de la supervisión pública de su estrategia fiscal. En relación con esta cuestión vid. LLOYD, G.: «UK tax authorities continue to drive behind improving large business compliance and tax transparency», en EY, *How a new era of tax transparency is being woven together*, 2015, págs. 69-70; y CALDERÓN, J. M.: «El nuevo modelo de control del cumplimiento tributario de los grandes contribuyentes: las últimas medidas propuestas por la HMRC y su potencial impacto en España», *QF*, n.º 19, 2015.

los esquemas u operaciones que pueden ser calificadas como constitutivas de planificación fiscal agresiva¹⁰⁰. Como quiera que las grandes empresas son las principales destinatarias de estos principios de gobernanza corporativa y de los propios programas de cumplimiento cooperativo, todo parece apuntar a que el referido movimiento dirigido a la reducción del espacio de la planificación fiscal legítima puede terminar impactando de forma relevante sobre el marco de relaciones entre las autoridades fiscales y los grandes contribuyentes.

En definitiva, en un contexto como el actual en el que cabe identificar una tendencia internacional de erosión cualitativa de los derechos de los contribuyentes como consecuencia de una combinación de factores tales como el incremento de la presión administrativa a través de mayores obligaciones formales, el mayor número de cláusulas antiabuso cruzadas de amplio espectro y alcance incierto, los mayores niveles de transparencia fiscal a los que están sujetas las grandes empresas, o la ausencia de mecanismos efectivos de coordinación de soberanías fiscales que despliegan enfoques nacionales asimétricos sobre los contribuyentes que realizan operaciones internacionales (resultando en un buen número de ocasiones en doble imposición internacional residual), la «protección especial» que brindan los programas de cumplimiento cooperativo podría ponerse en valor por parte de determinados contribuyentes interesados en reducir a la mínima expresión sus riesgos fiscales con la Administración tributaria de un determinado país a cambio de seguir los principios del modelo cooperativo y renunciar en gran medida a una estrategia fiscal propia así como al correspondiente derecho a la planificación fiscal.

Sin embargo, a nuestro juicio, resulta esencial para la estabilidad, equilibrio y expansión de estos programas cooperativos que se respete el derecho de autoorganización de los negocios que ostentan los contribuyentes y que incluye el aprovechamiento de las oportunidades de planificación fiscal (legítima o legal), sin que el hecho de que se realicen operaciones de este tipo (que sean adecuadamente reveladas) implique la cancelación de la participación del contribuyente en dichos programas o de los efectos jurídicos de las actuaciones previas desarrolladas en tal marco por las autoridades fiscales frente al contribuyente. En este sentido, consideramos que solo cuando el contribuyente adoptara una posición incompatible con los principios del programa cooperativo (ocultando hechos o falseando la información suministrada) debería cancelarse su participación en el mismo, en tanto que allí donde realizara operaciones de planificación fiscal que fueran reveladas de forma completa a las autoridades fiscales, tal circunstancia no debería afectar a la dinámica aplicativa de tal programa, más allá de que la Administración tributaria pudiera cuestionar tales operaciones de acuerdo con los procedimientos establecidos generándose un conflicto fiscal dentro del marco cooperativo que no debería considerarse una

¹⁰⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* HUGHFF, J. y MAYER, A.: «The Move Towards Greater Tax Transparency», *Bloomerg BNA Tax Planning International. European Tax Service*, vol. 17, n.º 9, septiembre 2015; GASCÓN CATALÁN, J.: «Estrategias fiscales y marcos de control interno y de gestión de riesgos fiscales en las sociedades cotizadas. Impacto de la Ley 31/2014», *Crónica Tributaria*, n.º 155, 2015, págs. 87 y ss.; y CALDERÓN CARRERO, J. M. y QUINTAS SEARA, A.: *Cumplimiento tributario cooperativo y buena gobernanza fiscal en la era BEPS*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015.

anomalía o defecto técnico del mismo sino algo que integra su normal funcionamiento: confianza mutua y colaboración no constituye per se una fórmula que garantice el consenso y la identidad de criterio en todo caso.

A este mismo respecto, entendemos que los mismos principios deberían extenderse a los casos donde el contribuyente llevara a cabo operaciones que pudieran ser calificadas de «planificación fiscal agresiva» (v. gr. arbitraje fiscal internacional basado en diferente caracterización de un instrumento financiero), de manera que en la medida en que la operación no resultara contraria a Derecho, las autoridades fiscales no ostentan potestad para cuestionarla. De hecho, en los Países Bajos, ya se ha establecido un procedimiento denominado *reflective procedure* donde las autoridades fiscales ante estas operaciones o estructuras de planificación fiscal agresiva (legales) se limitan a advertir al contribuyente sobre las dudas de «moralidad o ética fiscal» que suscitan tales estructuras a efectos de que «reflexione» sobre su realización, así como para dejar claro que no quedan «legitimadas» administrativamente; tal procedimiento ha sido cuestionado por la doctrina neerlandesa que considera que la Administración debe sujetar sus actuaciones a Derecho y no introducir consideraciones de «moral fiscal»¹⁰¹.

5. REFLEXIONES FINALES: A MODO DE RECAPITULACIÓN

Resulta evidente que la globalización ha traído consigo un buen número de ventajas desde el punto de vista económico, pero también plantea problemas y desafíos a las Administraciones tributarias nacionales que cada vez tienen más dificultades para prevenir y combatir el incumplimiento de las normas fiscales en este contexto internacional, habida cuenta de que muchos contribuyentes operan ya a escala internacional o global (especialmente las grandes empresas y los grandes patrimonios).

En los últimos tiempos, la lucha contra las prácticas de planificación fiscal agresiva ha centrado la agenda de las principales organizaciones e instituciones supranacionales (OCDE, UE, G20, ONU), así como de las Administraciones tributarias de los distintos países, perfilándose dos líneas fundamentales de actuación: por una parte, la necesidad de mejorar los mecanismos de supervisión y control fiscal y, por otra, la conveniencia de fomentar el cumplimiento voluntario de los contribuyentes. Ciertamente, en un contexto tributario global cada vez más complejo y dinámico en el que el «modelo tradicional» de control del cumplimiento de las obligaciones tributarias se ha revelado ineficaz e incluso disfuncional en relación con la supervisión del cumplimiento tributario de los grandes contribuyentes, el modelo de relación cooperativa postulado por la OCDE y, particularmente, los programas de cumplimiento cooperativo se presentan como

¹⁰¹ Vid. ESSERS, P.: «International Tax Justice between Machiavelli and Habermas», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, n.º 2, 2014, págs. 61-62.

una herramienta innovadora que vendría a complementar otras medidas específicas articuladas por las Administraciones tributarias nacionales al objeto de controlar los riesgos fiscales y supervisar el cumplimiento tributario de los grandes contribuyentes.

Tal y como hemos visto, la pseudocategoría de planificación fiscal agresiva no ha sido definida de forma cerrada y uniforme sino que estamos ante una noción ambivalente delimitada de forma imprecisa (aunque no equivalente a «elusión fiscal») con una finalidad instrumental, al menos desde la perspectiva de la OCDE: reducir el espacio conceptual de la planificación fiscal legítima en el marco de programas de cumplimiento cooperativo y en el contexto del buen gobierno corporativo en materia fiscal, así como establecer un principio guía que fundamente una modificación de los estándares del sistema de fiscalidad internacional y que conlleve la articulación de normas domésticas y bilaterales que delimiten las «anomalías o fallos del sistema» que se pretenden neutralizar.

Ni que decir tiene que aquellas operaciones o estructuras de planificación fiscal agresiva que fueran artificiosas y carentes de sustancia o realidad económica podrían caer dentro del ámbito de aplicación de una GAAR o de una cláusula antiabuso específica, pero también ser consideradas contrarias a la interpretación finalista de la norma¹⁰². Por el contrario, allí donde tales operaciones quedaran extramuros de una GAAR o de una cláusula antiabuso específica, la invocación de esta pseudocategoría de planificación fiscal agresiva no justificaría una regularización por parte de las autoridades fiscales. Es decir, como hemos expuesto, la utilización de esta pseudocategoría de planificación fiscal agresiva no debería ir más allá de operar como una directriz de política fiscal que pueda concretarse en modificaciones del sistema de fiscalidad internacional o de la configuración legal de los regímenes fiscales que impida determinado tipo de montajes basados en el arbitraje fiscal pero no constitutivos de esquemas fiscales abusivos. De hecho, algunos tribunales de justicia ya han puesto de relieve como los principios del Estado de Derecho (*rule of law*) no permiten a las autoridades fiscales y a los jueces y tribunales superar la interpretación normativa invocando principios de moral o ética fiscal (*fair share of tax*) o acudiendo a nociones difusas («planificación fiscal agresiva» o «estructu-

¹⁰² Véanse, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 12 de febrero de 2015 (NFJ057488 y NFJ060761, respectivamente), donde el alto tribunal se refiere a una serie de operaciones como constitutivas de planificación fiscal agresiva en el sentido denunciado por la OCDE en su Proyecto BEPS, y fundamenta la existencia de abuso en su artificiosidad con arreglo a los parámetros de la cláusula antiabuso general prevista en el antiguo artículo 24 de la LGT de 1963. De esta forma, el encaje de una operación o estructura con un esquema tipificado como de *BEPS transaction/scheme* estaría operando de facto generando una suerte de «presunción de abuso» que invierte la carga de la prueba sobre no artificiosidad de la misma que debe ser acreditada de forma convincente por el contribuyente. La fórmula establecida en el artículo 206 bis de la LGT (ex Ley 34/2015) a efectos de la imposición de sanciones tributarias respecto de negocios o transacciones abusivas en los términos del artículo 15 de la LGT opera igualmente sobre una técnica de *hallmark* que plantea no pocas dudas sobre su compatibilidad con el principio de seguridad jurídica, tipicidad y legalidad.

ra BEPS») como fundamento para regularizar una operación o esquema de planificación fiscal que no resulta ni ilegal ni abusiva¹⁰³.

Igualmente, no puede perderse de vista como la caracterización de la planificación fiscal agresiva como una forma de optimización fiscal «cuasiilegal» situada en la zona gris de incertidumbre parece estar pensada para actuar como mecanismo de persuasión negativo respecto a planificaciones fiscales que no resulten claramente amparadas por la normativa aplicada, lo cual estrecha la zona de seguridad y concepto de planificación fiscal legítima por cuanto solo aquellas operaciones o estructuras que encajaran *con la letra y el espíritu de la ley* vendrían a constituir planificaciones fiscales legítimas, siempre que tales circunstancias fueran demostrables por el contribuyente. Podríamos estar, por tanto, ante una fórmula «paralegal» y no regulada por el legislador a través de la cual se pretendería ejercer la correspondiente influencia (cambio de comportamiento fiscal) en la aplicación de los principios «responsabilidad fiscal corporativa» (RSC fiscal) y de buena gobernanza corporativa en materia tributaria por parte de los grandes contribuyentes, de manera que la realización de tales operaciones de planificación fiscal agresiva (al igual que la utilización de los *tax shelters* o el desarrollo de un *strategic tax behaviour*) resultaría dudosamente compatible con tales principios, aunque todo ello depende de la propia «cultura fiscal» o modelo de función fiscal de cada corporación.

Asimismo, la definición de los límites del concepto de planificación fiscal agresiva y del derecho de autoorganización de los negocios que ostentan los contribuyentes (que incluye el aprovechamiento de las ventajas fiscales) constituye un tema complejo y controvertido que genera no pocos problemas en el marco de los programas de cumplimiento cooperativo por cuanto afecta al acceso, permanencia y mecanismos de resolución de las discrepancias que entre los contribuyentes y la Administración pueden surgir, entre otras cosas, en relación precisamente con los esquemas de optimización fiscal que pueden ponerse en práctica. De esta forma, el «derecho» de los contribuyentes a la planificación fiscal en el marco de los programas cooperativos puede quedar sujeto de facto a límites adicionales, no comprendiendo en todo caso la realización de operaciones de planificación fiscal agresiva legales ni tampoco esquemas de planificación que se mueven en la zona gris o de incertidumbre entre la economía de opción y la elusión fiscal. Ni que decir tiene que la implementación a nivel doméstico o internacional de los nuevos estándares de fiscalidad internacional post-BEPS redefine legalmente el campo de juego y con ello el propio espacio de la planificación fiscal legítima (y de la elusión fiscal).

En nuestra opinión, la participación del contribuyente en un programa cooperativo no debería entrañar una renuncia a su «derecho» a la planificación fiscal, sino tan solo a posiciones extremas que son completamente incompatibles con la filosofía de este tipo de programas especiales

¹⁰³ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de apelación de Delhi en el caso *Baker Hughes Company Singapore Pte Ltd.*, TS-214-ITAT-2015(DEL), o el pronunciamiento del Tribunal Supremo canadiense en el caso *Mckensson Canada Corporation v. The Queen*, 2013 TCC (404).

de cumplimiento. En este sentido, pensamos que la implementación de mecanismos de identificación, gestión y revelación de riesgos fiscales que requiere la participación en un programa de cumplimiento especial/cooperativo posiblemente conlleve un nivel de análisis y asesoramiento tributario mucho más sofisticado y diligente que cuando se opta por un modelo no cooperativo.

En definitiva, podría afirmarse que, como consecuencia de las iniciativas puestas en marcha por la OCDE (especialmente el desarrollo del modelo de cumplimiento cooperativo y el Proyecto BEPS) y de la creciente importancia del factor reputacional y la buena gobernanza corporativa fiscal en un contexto caracterizado por la alta exposición pública y transparencia sobre los niveles de cumplimiento tributario y prácticas fiscales de los grandes contribuyentes, se está instrumentando un estrechamiento del concepto y límites de la planificación fiscal legítima, que afecta de forma significativa a la práctica fiscal de las empresas y de los propios intermediarios fiscales. Esta erosión del concepto de planificación fiscal legítima se está instrumentando de forma un tanto atípica y confusa a través de un conjunto de mecanismos (algunos de ellos «paralegales», como el *soft-law*), entre los que destaca la propia introducción del «concepto» de planificación fiscal agresiva. Como hemos tratado de exponer, estamos ante una pseudocategoría que no se ha definido de forma uniforme, ni sus presupuestos aparecen claramente delimitados más allá de las referencias al aprovechamiento de ventajas con arreglo a la letra y no al espíritu de la normativa tributaria aplicada, lo cual constituye una fórmula que no resulta válida en el plano normativo con arreglo a los principios de seguridad jurídica y legalidad.

A nuestro juicio, la tendencia internacional que estamos tratando de exponer posee una fuerza transformadora innegable y forma parte de un cambio de paradigma fiscal a nivel global que, entre otros elementos, introduce nuevas exigencias de sustancia económica en todo el sistema. De este modo, se podría estar tratando de diluir la tradicional diferencia entre la elusión fiscal y la planificación fiscal legítima, de forma que cualquier operación o estructura que transite por la ruta menos gravada o que persiga un propósito fiscal (no exclusivo) principal pueda ser encuadrada en este concepto de planificación fiscal agresiva. Lógicamente, una transformación conceptual de tal naturaleza y alcance puede plantear un buen número de problemas (incluidos conflictos constitucionales) y posee importantes implicaciones prácticas considerando sus potenciales efectos en el marco de una controversia fiscal, de un programa de cumplimiento cooperativo o de cara a la evaluación de los niveles de riesgo fiscal y estrategia fiscal a los efectos de la observancia de los principios y reglas del buen gobierno corporativo. En este sentido, no podemos dejar de llamar la atención sobre la necesidad de que este tipo de transformaciones esenciales de las principales categorías e instituciones del sistema tributario se lleven a cabo por el legislador (y no por la Administración); como se sabe, le corresponde a este (al legislador) la articulación de las correspondientes disposiciones de prevención del fraude y la elusión fiscal, en términos tales que cumplan con las exigencias de calidad tributaria, legalidad y seguridad jurídica que demanda un Estado de Derecho del siglo XXI¹⁰⁴.

¹⁰⁴ En este sentido, destacados autores norteamericanos han formulado severas críticas en relación con los intentos de crear una nueva categoría de planificación fiscal ilegítima utilizando la vía del *soft-law*, ya que ello resulta contrario

Así las cosas, podría afirmarse que el cambio de paradigma fiscal que está liderando la OCDE (con el apoyo de un cierto número de Administraciones tributarias y otras organizaciones supranacionales, como la UE a través del Plan de Acción de la Comisión UE) no solo afecta al ámbito material de la fiscalidad internacional sino también al propio modelo de relaciones entre las Administraciones tributarias y los grandes contribuyentes; así, podría afirmarse que la referida iniciativa internacional está propiciando la puesta en marcha de un conjunto de medidas que intensifican la presión pública y administrativa sobre el modelo de cumplimiento tributario y la estrategia fiscal de las grandes empresas a efectos de que estas modifiquen su comportamiento fiscal y adopten posiciones de menor riesgo (renuncia a la planificación fiscal en la zona gris y arbitraje fiscal internacional), de manera que a cambio de tal mayor contribución fiscal obtendrían mejor reputación pública (*good corporate tax citizenship*) y mayores niveles de «paz fiscal» y seguridad jurídica como consecuencia de mejores relaciones con las autoridades fiscales.

Otra de las conclusiones derivadas de estas tendencias dirigidas a forzar una reducción del nivel de riesgo fiscal de los grandes contribuyentes a través de medidas que intensifican el control administrativo (*audits/management risk tools*) y público (transparencia fiscal/riesgo reputacional) sobre la estrategia fiscal y las prácticas tributarias de los grandes contribuyentes resulta de considerar como los mecanismos utilizados a tal efecto, como regla, no están provistos de salvaguardias de buena gobernanza administrativa, ni vienen acompañados de fórmulas que aporten mayor seguridad jurídica y una reducción de costes de cumplimiento tributario para aquellos grandes contribuyentes que asumen una mayor carga tributaria, intensifican su deber de colaboración y de transparencia con las autoridades fiscales.

Todo apunta a que estamos entrando en una fase decisiva del cambio de paradigma fiscal que impacta sobre la función fiscal, más allá de los cambios en las reglas materiales del sistema de fiscalidad internacional que está propiciando el Proyecto BEPS (*global tax reset*) en sus diferentes versiones (UE, BRICS, países en desarrollo). Esta transformación de la función fiscal resulta de la asignación de responsabilidad fiscal a los consejos de administración, de las nuevas obligaciones de transparencia fiscal (pública y administrativa), de las nuevas técnicas de gestión de riesgos fiscales desarrolladas por las administraciones fiscales (modelo de cumplimiento cooperativo), en un contexto donde el concepto de planificación fiscal legítima está igualmente sometido a una presión reduccionista a efectos de estrechar sus confines y desdibujar (aún más) sus borrosas fronteras con la evasión fiscal a través de la introducción de la

a los principios de seguridad jurídica y legalidad tributaria. Ciertamente, tal vía (*soft-law*) resulta del todo inaceptable en un Estado de Derecho, toda vez que la Administración podría invadir las competencias que le corresponden al legislador y que constituyen garantías básicas para los administrados. Estos autores también rechazan la instrumentación de sanciones impropias (v. gr. *name & shame*) que pueden derivarse de categorizar la conducta de los contribuyentes como constitutiva de planificación fiscal agresiva con tintes de semiilegalidad, o con connotaciones de «amoralidad fiscal» vinculadas a tal conducta; tal crítica se fundamenta igualmente apelando a los principios de legalidad en el establecimiento del sistema sancionador (*vid.* CHRISTIANS, A.: «Avoidance, Evasion and Taxpayer Morality», *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 44, 2014).

pseudocategoría (cuasiilegal) de la planificación fiscal agresiva. Curiosamente, hasta la fecha no parece que se haya cuestionado de forma decisiva el aprovechamiento de las oportunidades que derivan de la competencia fiscal legítima entre Estados, más allá de las nuevas exigencias de sustancia derivadas de los nuevos estándares de fiscalidad internacional BEPS, lo cual anticipa el que será el principal nuevo escenario de la planificación fiscal (legítima) para los diferentes operadores.

Finalmente, debe destacarse que estamos ante una tendencia internacional que se está globalizando con celeridad de manera que un buen número de gobiernos y administraciones (incluida la española) están adoptando con mayor o menor intensidad, ritmo y fortuna estos planteamientos, y todo apunta a que estamos ante un movimiento que tenderá a consolidarse. A este respecto, la posición adoptada por el legislador español a través de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital operada mediante la Ley 31/2014 profundizando en los principios de buen gobierno corporativo en materia fiscal (complementada con el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas CNMV 2015), combinada con los trabajos de la AEAT-Foro de Grandes Empresas (Código de Buenas Prácticas fiscales de 20 de julio de 2010) revela como todas estas tendencias y planteamientos (con matices) se están incorporando a nuestro marco de práctica fiscal, cuando menos respecto de los grandes contribuyentes¹⁰⁵; en tal sentido, las ideas expuestas, en gran medida, son de aplicación y poseen implicaciones de alcance al requerir una transformación significativa de la función fiscal, tanto en cuanto a la organización de la misma, como a la necesidad de definir la estrategia y política fiscal a nivel del consejo de administración y la puesta en marcha de mecanismos que la instrumenten, sin perder de vista las implicaciones de las nuevas exigencias de transparencia fiscal (pública y administrativa) a la que están sujetas las grandes empresas¹⁰⁶.

En suma, el cambio de paradigma fiscal que se está instrumentando durante la segunda década del siglo XXI, está muy relacionado con la actual crisis financiera y económica, así como con otros factores tales como la globalización, la economía digital, la nueva geopolítica, o la propia disfuncionalidad y erosión del sistema de fiscalidad internacional fraguado durante la anterior centuria y que está en proceso de reparación y actualización.

¹⁰⁵ A este respecto, cabe mencionar como la AEAT en su Plan de Control Tributario de 9 de marzo de 2015 (apdo. 3) se refiere a las operaciones de planificación fiscal agresiva en sentido amplio, como objetivo de las actuaciones de control y lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacional. Igualmente, el Tribunal Supremo se ha hecho eco de la terminología empleada por la OCDE en el Proyecto BEPS, referida a la «planificación fiscal agresiva»; el alto tribunal ha utilizado esta nomenclatura como instrumento para identificar indicios de operaciones o estructuras BEPS que pueden ser potencialmente abusivas o artificiales, y que deben regularizarse si, tras el correspondiente análisis fáctico, caen en el ámbito de aplicación de una cláusula antiabuso [véanse a este respecto las SSTs de 9 y 12 de febrero de 2015 (NFJ057488 y NFJ060761, respectivamente)].

¹⁰⁶ Una aproximación más detallada al estado de la cuestión en nuestro país puede encontrarse en CALDERÓN CARRERO, J. M. y QUINTAS SEARA, A.: *Cumplimiento tributario cooperativo y buena gobernanza fiscal en la era BEPS*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 196-205 y 255-280.

Tal cambio de paradigma no solo conlleva una transformación de los estándares materiales de fiscalidad internacional, en el sentido que postula la OCDE, el G20 y la UE en el marco del Proyecto BEPS, sino que las nuevas tendencias de fiscalidad internacional proyectan igualmente un menor umbral de tolerancia con la planificación fiscal. De hecho, las líneas rojas (y las propias fronteras conceptuales) de lo que se considera aceptable e inaceptable se están moviendo como consecuencia de un conjunto de factores que hemos tratado de exponer a lo largo de este trabajo, a saber: a) la articulación de una nueva generación de cláusulas antiabuso generales o específicas de mayor alcance, algunas de las cuales impactan sobre operaciones no artificiosas y están construidas sobre «test subjetivos» como resultado de la implementación de determinadas medidas derivadas del Plan de Acción BEPS; b) la mayor presión administrativa y supervisión mediática de los asuntos y prácticas fiscales de los grandes contribuyentes, en el sentido de exigir un comportamiento fiscal no solo legal sino también «moral», «ético», «socialmente responsable», e incluso «patriótico»; la introducción de connotaciones morales en relación con el cumplimiento tributario se estaría tratando de instrumentar a través de mecanismos que generan riesgos reputacionales que pueden tener un impacto económico importante sobre los grandes contribuyentes (*market penalties, customer boycotts*), así como afectar a su relación con las autoridades públicas que regulan su actividad o contratan sus servicios («riesgo relacional»); y c) la inexistencia a nivel internacional de una clara línea divisoria entre la planificación fiscal legítima y la evasión fiscal ilegítima e inaceptable, debido, entre otros factores, a la falta de consistencia del sistema de fiscalidad internacional y la existencia de una gran diversidad de enfoques locales sobre lo que constituye una práctica fiscal abusiva.

La introducción de la pseudocategoría de planificación fiscal agresiva, principalmente a través de mecanismos de *soft-law*, constituye otro instrumento al servicio del cambio de paradigma fiscal que se proyecta sobre el umbral de planificación fiscal legítima excluyendo del mismo a todos aquellos esquemas o prácticas que conlleven el disfrute o aprovechamiento de ventajas fiscales y no resulten claramente alineados con la letra y el espíritu de la normativa fiscal aplicada. Los grandes contribuyentes son los que parecen estar más afectados por esta derivada del cambio de paradigma fiscal como consecuencia de los nuevos principios de gobernanza tributaria corporativa y del nuevo modelo de cumplimiento tributario cooperativo que se está desarrollando a nivel internacional.

Resulta evidente que, en el caso de que se consolidara el cambio de paradigma fiscal al que nos hemos referido, el marco tradicional de la planificación fiscal se vería igualmente alterado por el conjunto de factores mencionados (nuevos estándares internacionales, mayores exigencias de transparencia fiscal, mayor supervisión pública de prácticas fiscales, aparición de nuevos riesgos reputacional y relacional), que puede requerir un replanteamiento o reflexión de la estrategia fiscal y del propio modelo de cumplimiento tributario de los grandes contribuyentes, lo cual, en último análisis, coincide con uno de los objetivos perseguidos por el Proyecto BEPS¹⁰⁷. Así las

¹⁰⁷ En este sentido, algunos autores ha destacado como el nuevo marco de la planificación fiscal no solo requiere de un análisis y asesoramiento cualificado, tendencial, global y dinámico, sino también tener en cuenta los mayores niveles

cosas, podría mantenerse que la pseudocategoría de planificación fiscal agresiva fue creada no solo de cara a su utilización como principio guía de política fiscal a los efectos desarrollar una nueva legislación doméstica e internacional que neutralice los principales fallos del sistema de fiscalidad internacional, sino también como palanca para forzar un cambio de conducta de los contribuyentes a efectos de que abandonen tales esquemas (legales pero con efectos no deseados) y se muevan dentro de las «nuevas fronteras» de planificación fiscal legítima, en el sentido que resulta de los nuevos estándares de fiscalidad internacional post-BEPS¹⁰⁸.

Bibliografía

- ASAKAWA, M. [2012]: «Base Erosion and Profit Shifting», *World Commerce Review*, junio.
- ATO [2000]: *Cooperative Compliance. Working with large business in the new tax system*, Canberra.
- AULT, H. [2013]: «Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles», *Tax Notes International*, vol. 70, n.º 12, págs. 1.195-1.201.
- AZMAN, D. [2010]: «Don't tell Mom I Didn't Pay My Taxes!: The efficacy of State Shaming Campaigns on Taxpayer Compliance and Ideas for the Future», *The Tax Lawyer*, vol. 63, n.º 4, págs. 1.251-1.278.
- BAKER, W. [2001]: «Los recursos e instrumentos para la planificación y ejecución de la fiscalización», *Función de fiscalización de la Administración Tributaria y el control de la evasión*, IEF, Madrid.
- BRAITHWAITE, V. (ed.) [2003]: *Taxing Democracy: Understanding Tax Avoidance and Evasion*, Ashgate, Aldershot, UK.
- BRANHAM, E. [2009]: «Closing the Tax Gap: Encouraging Voluntary Compliance through mass-media publication of High-Profile Tax Issues», *Hastings Law Journal*, vol. 60, págs. 1.507 y ss.

de transparencia y los riesgos reputacionales, lo cual no solo requiere fundamentar la legalidad de la operación o negocio sino justificarla en términos empresariales y corporativos (*shareholder value creation*). Sobre esta cuestión, *vid.* MICHEL, S. y YOON, S. J.: «The Tax Planner's Tightrope: Morality and Politics Now in Play», *IFC Economic Report*, 2015, págs. 17 y ss.

¹⁰⁸ En este orden de cosas, cabe mencionar como el anexo al Código de Buenas Prácticas Tributarias AEAT (CBPT 2010) acordado por el Pleno del Foro Tributario de Grandes Empresas, el 3 de noviembre de 2015, incluye una nueva medida de transparencia fiscal que, a los efectos de reforzar las buenas prácticas fiscales y profundizar en la relación cooperativa entre la AEAT y las empresas adheridas al Código, consiste en facilitar información a la Administración, preferentemente con carácter previo a la presentación de la declaración, sobre determinadas actuaciones y decisiones en materia fiscal que incluye el grado de congruencia de los esquemas de tributación internacional del grupo o empresa de que se trate con los principios de las acciones BEPS de la OCDE (sección 2. Reforzamiento de las buenas prácticas de transparencia fiscal empresarial del Anexo CBPT 2015); es decir, el CBPT 2010, tras la importante actualización de 2015, incluye (indirectamente) como buena práctica fiscal, desde la perspectiva de la transparencia, la confirmación de la superación de una suerte de *BEPS Proof test* por parte de las empresas adheridas en relación con sus principales estructuras u operaciones internacionales.

- BRAUNER, Y. [2014]: «BEPS: An interim Evaluation», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 1, págs. 10-39.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. [2013]: «La estrategia europea de lucha contra el fraude y la evasión fiscal: el plan de acción de la Comisión UE y sus principales implicaciones», *RCyT. CEF*, n.º 363, págs. 5-40.
- [2015]: «Revisitando la Transparencia Fiscal Internacional al hilo de la sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el caso Olsen», *Quincena Fiscal*, n.º 1-2, págs. 165 y ss.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. y QUINTAS SEARA, A. [2015]: *Cumplimiento tributario cooperativo y buena gobernanza fiscal en la era BEPS*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra).
- COOPER, G. [2014]: «Preventing Tax Treaty Abuse», *UN Papers on Selected Topics in Protecting the Tax Base of Developing countries*, septiembre.
- CORREIA, F. y REIBEL, R. [2014]: «Change of climate in taxation: are you prepared for extended responsibilities», *European Taxation*, vol. 54, n.º 6, págs. 270-273.
- CHRISTIANS, A. [2014]: «Avoidance, Evasion, and Taxpayer Morality», *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 44.
- DELOITTE [2015]: *OECD's BEPS initiative. Summary results of second annual multinational survey*, mayo.
- DEVERAUX, M. y VELLA, J. [2014]: «Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?», *Oxford University Centre for Business Taxation Working Papers*, WP 14/25.
- DOURADO, A. P. [2015]: «Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6», *Intertax*, vol. 43, n.º 1, págs. 42-57.
- DUFF, D. [2008]: «Relationships, Boundaries, and Corporate Taxation: Compliance and Avoidance in an Era of Globalization», en FREEDMAN, J.: *Beyond Boundaries: Developing Approaches to Tax Avoidance and Tax Risk Management*, Oxford University for Business Taxation, págs. 197-205.
- DYRENG, S.; HOOPES, J. y WILDE, J. [2014]: «Public pressure and corporate tax behaviour», *Oxford University Centre for Business Taxation Working Papers*, WP 14/16.
- ESSERS, P. [2014]: «International Tax Justice between Machiavelli and Habermas», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, n.º 2, págs. 54-66.
- EY [2015]: *A new mountain to climb: Tax reputation risk, growing transparency demands and the importance of data readiness*.
- FREEDMAN, J. [2012]: «Responsive Regulation, Risk and Rules: Applying the Theory to Tax Practice», *University of British Columbia Law Review*, vol. 44, n.º 3, págs. 627-662.
- [2014]: «Designing a General Anti-Abuse Rule: striking a balance», *Asia-Pacific Tax Bulletin*, vol. 20, n.º 3, págs. 167-173.
- FREEDMAN, J.; LOOMER, G. y VELLA, J. [2009]: «Corporate Tax Risk and Tax Avoidance. New Approaches», *British Tax Review*, n.º 1, págs. 74-116.
- FREEDMAN, J.; NG, F. y VELLA, J. [2014]: *HMRC's Relationship with Business*, Oxford University Centre for Business Taxation, Oxford.

- FRIESE, A.; LINK, S. y MAYER, S. [2008]: «Taxation and Corporate Governance-The State of the Art», en SCHÖN, W., *Tax and Corporate Governance*, Springer, Berlín, págs. 358-425.
- FUEST, C.; SPENGLER, C.; FINKE, K.; HECKMEYER, J. y NUSSER, H. [2013]: «Profit Shifting and "Aggressive" Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform», *World Tax Journal*, vol. 5, n.º 3, págs. 307-324.
- GARCÍA PRATS, A. [2015]: «Los límites a la planificación fiscal agresiva y al abuso de las normas tributarias», en AEDAF, *X Congreso Tributario. La justicia: ¿Garantía del Estado de Derecho?*, AEDAF.
- GASCÓN CATALÁN, J. [2014]: «Los consejos de administración como máximos responsables de la estrategia fiscal de las sociedades cotizadas», *Documentos del IEF*, n.º 19.
- [2015]: «Estrategias fiscales y marcos de control interno y de gestión de riesgos fiscales en las sociedades cotizadas. Impacto de la Ley 31/2014», *Crónica Tributaria*, n.º 155, págs. 87 y ss.
- GONZÁLEZ DE FRUTOS, U. [2006]: «La expansión y control del fenómeno de los *tax shelters* en Estados Unidos», *Documentos IEF*, n.º 19.
- GOUTHIERE, B. [2013]: «International mismatch: an overview of French law and case law», en CFE, *Tax planning: what is (un)acceptable-2013*, CFE, Bruselas.
- GRIFFIN, M. [2015]: «Australia Tries Global Tax Risk Snapshot for Multinationals», *Transfer Pricing Report*, BNA, 20 de agosto.
- HMRC [2011]: *Resolving Tax Disputes. Commentary on the Litigation and Settlement Strategy*.
- [2015]: *Improving Large Business Tax Compliance. Consultation Document*, 22 de julio.
 - [2015]: *Exploring Large Business Tax Strategy Behaviour*, julio.
- HODKIN, M. [2014]: «Ethical taxpaying: how does a company ascertain the "right amount of tax"?, *Norton Rose Fulbright LLP Bulletin*, febrero.
- HOUSE OF THE LORDS [2013]: *Tackling corporate tax avoidance in a global economy: is a new approach needed?*, 31 de julio.
- HUIBREGTSE, S. et álter [2015]: «Unilateral BEPS Initiatives: The Emperor's New Clothes OR How Countries Go To War?», *Transfer Pricing Associates Insight*, 11 de junio.
- HYMAN, K. [2014]: «Paying a fair share of tax and aggressive tax planning –a tale of two myths», *eJournal of Tax Research*, vol. 12, n.º 2, págs. 410-432.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND [2013]: *Issues in International Taxation and the Role of the IMF*, Washington, 28 de junio.
- KORB, D. L. [2005]: *Shelters, schemes, and abusive transactions: Why today's thoughtful US. tax advisors should tell their clients to "just say no"*, Cambridge University.
- LANG, M. [2013]: «"Aggressive Steuerplanung" –Eine Analyse der Empfehlung der Europäischen Kommission», *Steuer und Wirtschaft (SWI)*, 2.
- [2014]: «BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties», *Tax Notes International*, mayo 19, págs. 655-664.

- LAVERMICOCCA, C. y BUCHAN, J. [2015]: «Role of reputational risk in tax decision making by large companies», *eJournal of Tax Research*, vol. 13, n.º 1, págs. 5-50.
- LEE, S. [2015]: «News Media Coverage of Corporate Tax Avoidance and Corporate Tax Reporting», *WU International Taxation Research Paper Series*, n.º 16.
- MARÍN BENÍTEZ, G. [2013]: *¿Es Lícita la Planificación Fiscal?*, Lex Nova, Valladolid.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2012]: «Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (direct) Tax Law», *BIT*, vol. 66, abril/mayo.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M. [2014]: «El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (BEPS): ¿El final, el principio del final o el final del principio?», *Quincena Fiscal*, n.º 1-2, págs. 87-115.
- MARTÍN LÓPEZ, J. [2015]: «Planificación fiscal agresiva y normas antiabuso en el Derecho de la UE: análisis de las últimas tendencias», *Quincena Fiscal*, n.º 8, págs. 41-91.
- MCBARNET, D. y WHELAN, C. [1991]: «The Elusive Spirit of the Law: Formalism and the Struggle for Legal Control», *Modern Law Review*, vol. 54, n.º 6, págs. 848-873.
- MCGOWAN, M. [2010]: «UK Code of Practice on Taxation for Banks», en CHESSMAN, S. et álter, «Governments and Information Gathering: Impact on MNE Planning», *Tax Management International Journal*, vol. 39, n.º 12, págs. 6-8.
- MICHEL, S. y YOON, S. J. [2015]: «The Tax Planner's Tightrope: Morality and Politics Now in Play», *IFC Economic Report*, págs. 17 y ss.
- MULLIGAN, E. y OATS, L. [2009]: «The Risk Management: Evidence from the US», *British Tax Review*, n.º 6, págs. 680-703.
- NIEKEL, S. [2013]: «Tax Planning 2.0», *Derivatives & Financial Instruments*, vol. 15, n.º 1, págs. 2-3.
- OCDE [2008]: *Cuarta Reunión del Foro OCDE sobre Administración Tributaria (Comunicado del Cabo)*, Ciudad del Cabo.
- [2008]: *Study into the Role of Tax Intermediaries*, París.
 - [2009]: *Building Transparent Tax Compliance by Banks*, París.
 - [2009]: *Compliance management of large business task group. Guidance Note. Experiences and Practices of Eight OECD Countries*, París.
 - [2010]: *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*, París.
 - [2010]: *A Framework for a Voluntary Code of Conduct for Banks and Revenue Bodies*, París.
 - [2011]: *Corporate Loss Utilization Through Aggressive Tax Planning*, París.
 - [2011]: *Tackling aggressive tax planning through improved transparency and disclosure*, OECD, París.
 - [2012]: *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, París.
 - [2013]: *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, París.

- [2013]: *Aggressive Tax Planning based on After-Tax Hedging*, OECD, París.
 - [2013]: *Co-operative Compliance: A Framework from Enhanced relationship to co-operative compliance*, París.
 - [2014]: *BEPS Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, 16 de septiembre.
 - [2015]: *BEPS Action 11: Improving The Analysis of BEPS*, 16 de abril-8 de mayo 2015.
 - [2015]: *BEPS Action 12: Mandatory Disclosure Rules*, 11 de mayo.
 - [2015]: *Tax Administration 2015: Comparative Information on OECD and Other Advanced and Emerging Economies*, OECD, París.
- OWENS, J. [2012]: «Global Trends in Tax Systems», *Tax Notes International*, vol. 68, n.º 1, págs. 115-125.
- PANAYI, C. [2015]: «Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?», *Intertax*, vol. 43, Issue 10, págs. 544-558.
- PWC [2014]: *Tax Transparency Building Public Trust*, diciembre.
- RIZZI, R. [2015]: «Italy introduces new rules on tax avoidance and compliance», *International Tax Review*, 12 de enero.
- RUIBAL PEREIRA, L. [2008]: «Experiencia internacional sobre medidas de reorganización de las administraciones tributarias en la lucha contra el fraude fiscal», *Documentos del IEF*, n.º 27.
- SEER, R. [2013]: «Voluntary Compliance», *Bulletin for International Taxation*, vol. 67, n.º 11, págs. 584-591.
- TEJEIRO, G. [2015]: «Opening Pandora's Box in the International Tax Field», *BNA Tax Planning International Review*, n.º 6, págs. 3-11.
- TORGLER, B. [2007]: *Tax Compliance and Tax Morale: a Theoretical and Empirical Analysis*, Edward Elgar, Cheltenham, UK.
- TOWERY, E. M. [2012]: *How do disclosures of tax aggressiveness to tax authorities affect reporting decisions? Evidence for Schedule UTP*, The University of Texas at Austin, Red McCombs School of Business, diciembre.
- VALENTE, P. [2013]: «Aggressive tax planning: international and EU interventions», en CFE, *Tax planning: what is (un)acceptable-2013*, CFE, Bruselas.
- VALENTE, P. y CARACCIOLI, I. [2012]: «Criminal Relevance of Avoidance Transactions in Italy: Lessons from the Dolce & Gabbana», *European Taxation*, vol. 52, n.º 10, págs. 514-515.
- VAN DER HURK, H. [2014]: «Starbucks versus the People», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, n.º 1, págs. 27-34.
- VANN, R. [1995]: «Improving Tax Law Improvement: An International Perspective», *Australian Tax Forum*, págs. 192-246.
- VOLLEBREGT, H. [2009]: «From Red Tape to Red Carpet: How the Netherlands Has changed the traditional dispute landscape for tax issues», *International Transfer Pricing Journal*, vol. 16, n.º 3, págs. 161-165.

WAGENAAR, L. [2015]: «The effect of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan on Developing Countries», *Bulletin for International Taxation*, vol. 69, n.º 2, págs. 84-92.

WANG, W. [2013]: «Encouraging Socially Responsible Corporations: The Carrot or the Stick?», *Tax Notes International*, 4 de febrero, págs. 469 y ss.

WHAIT, R. [2015]: «Let's talk about tax compliance: Building understanding and relationships through discourse», *eJournal of Tax Research*, vol. 13, n.º 1, págs. 130-157.

YUESHENG, J. [2015]: «Value Creation Theory of the BEPS Report and China's Reasonable Share in Global Value Allocation», *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, n.º 4, págs. 223-229.