

LA DIRECTIVA ANTIABUSO (I)

Eduardo Sanz Gadea

Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas

EXTRACTO

La Directiva UE 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente en el funcionamiento del mercado interior, vulgarmente conocida como directiva antiabuso, contiene un conjunto de medidas que, básicamente, pretenden impedir las prácticas elusivas en relación con el impuesto que grava los beneficios de las empresas.

La directiva antiabuso se inscribe en el movimiento reformador de la fiscalidad internacional sobre los beneficios, liderado por el denominado proyecto BEPS*. La primera parte de la presente colaboración examina el contexto fiscal en el que se inserta la directiva, sus relaciones con el proyecto BEPS y los objetivos básicos que persigue. En la segunda se abordará el análisis de su articulado.

Palabras claves: Directiva 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio, contra las prácticas de elusión fiscal; antielusión; fiscalidad internacional e Impuesto sobre Sociedades.

* *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios* (OECD, 2013).

THE ANTI-AVOIDANCE DIRECTIVE (I)

Eduardo Sanz Gadea

ABSTRACT

The Council Directive (EU) 2016/1164, of 12 July 2016, which lays down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, also known as the anti-avoidance Directive, contains a range of measures which basically intend to prevent abusive practices regarding taxes levied on corporate profits.

The anti-avoidance Directive stems from the international taxation reform movement, led by the so-called BEPS project. The first part of the paper covers the Directive's tax context, its relationship with BEPS project and the basic goals it pursues. The second part will tackle the analysis of its articles.

Keywords: Council Directive (EU) 2016/1164, of 12 July 2016, to avoid abusive practices; anti-avoidance; international taxation and Corporate Income Tax.

Sumario

1. Introducción
 - 1.1. El proyecto BEPS y el Plan de Acción de la Comisión: una filosofía compartida, con una diferencia fundamental
 - 1.2. El tiempo político tras la crisis de 2008
 - 1.3. Los nuevos elementos de la fiscalidad internacional sobre los beneficios de las empresas
 - 1.3.1. Breve descripción de los nuevos elementos del escenario de la fiscalidad internacional
 - 1.3.2. Problemas derivados de los nuevos elementos del escenario de la fiscalidad internacional
 - 1.3.3. Algunas conclusiones preliminares
2. La relación entre las iniciativas de la OCDE y de la UE
 - 2.1. Criterios para analizar la correspondencia entre el proyecto BEPS y el paquete antielusión UE
 - 2.2. La matriz de las relaciones entre el proyecto BEPS y el paquete antielusión de la UE
 - 2.2.1. Estándares mínimos nuevos
 - 2.2.2. Estándares mínimos preexistentes
 - 2.2.3. Metodologías comunes
 - 2.2.4. Mejores prácticas
 - 2.2.5. Otros aspectos
 - 2.3. Materias abordadas por la OCDE y por la UE, y su distinto valor
3. Objetivos de la directiva antiabuso
 - 3.1. Alinear la creación de valor con los derechos de imposición, de acuerdo con el proyecto BEPS
 - 3.2. Propiciar una implementación coordinada del proyecto BEPS
 - 3.3. Garantizar que no se produzcan supuestos de doble imposición
 - 3.4. Salvaguardar la aplicación del principio de libre competencia
 - 3.5. La incidencia sobre el Impuesto sobre Sociedades

NOTA: El autor agradece a Silvia López Ribas sus valiosas observaciones. Los errores que pudieran existir son responsabilidad exclusiva del autor.

«Nuestro sistema de competencia global anima a las empresas a ubicarse no sobre la base de la eficiencia mundial, sino de la competencia tributaria; aunque es comprensible que eso sea muy del agrado de las empresas, ya que la competencia tributaria incrementa sus beneficios después de impuestos, distorsiona la economía global y socava la capacidad de imponer unos gravámenes justos sobre el capital...»

J. STIGLITZ, *El precio de la desigualdad*, pág. 344

1. INTRODUCCIÓN

La propuesta de directiva antiabuso fue presentada por la Comisión de la Unión Europea (UE) a comienzos de 2016, formando parte del denominado *Anti Tax Avoidance Package*, o paquete antiabuso, el cual está compuesto por cuatro medidas:

- Propuesta de Directiva del Consejo, por la que se establecen reglas para luchar contra las prácticas de evasión fiscal con incidencia sobre el funcionamiento del mercado interior [COM(2016) 26 final].
- Propuesta de modificación de la Directiva 2011/16/UE, en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad [COM(2016) 25 final].
- Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo, relativa a la estrategia exterior para garantizar una imposición efectiva [COM(2016) 24 final].
- Recomendación de la Comisión a los Estados miembros, sobre la implementación de medidas antiabuso en los convenios para eliminar la doble imposición [COM(2016) 27 final].

Estas medidas, que están explicadas y contextualizadas en una comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo¹, forman parte del denominado *Plan de Acción de la Comisión*²,

¹ *Paquete de lucha contra la elusión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE* [COM(2016)23 final].

² *Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales* [COM(2015)121 final]. El antecedente inmediato de esta comunicación es la Comunicación al Parlamento y al

en particular, del área de acción segunda, consagrada al objetivo de garantizar que los beneficios sean gravados por la jurisdicción fiscal en donde se generen. Todas ellas, incluso las de contenido normativo, han llegado ya a buen puerto.

Por lo que se refiere a la propuesta de directiva antiabuso, su proceso de tramitación y debate ha sido extraordinariamente diligente. En efecto, informada favorablemente por el Parlamento europeo³ con fecha de 27 de mayo de 2016, ya el 25 de ese mismo mes la presidencia del Consejo presentó un texto transaccional con base en el cual se acercaron las posiciones de los distintos Estados miembros, lo que permitió a la citada presidencia formular unas propuestas para alcanzar un compromiso político que fraguó en el Ecofin de 17 de junio de 2016, llegándose a la aprobación definitiva el 12 de julio de 2016.

Por tanto, apenas transcurrido medio año desde que la Comisión presentó, en uso del denominado privilegio de iniciativa, la propuesta de directiva, tal iniciativa ha fructificado, aunque con ciertas modificaciones, señaladamente en el ámbito de la transparencia fiscal internacional.

A la vista de la historia de la armonización en materia de fiscalidad directa, es claro que la Comisión, favorecida por el mismo impulso político y social que alienta el proyecto BEPS, ha logrado un notable éxito político.

Aun cuando la presente colaboración se centra en la Directiva 2016/1164, se considera conveniente efectuar una descripción preliminar del contexto en el que se inserta. Este contexto está definido por tres vectores:

- La filosofía compartida con el proyecto BEPS.
- El tiempo político que se abre a raíz de la crisis de 2008.
- Los nuevos elementos del escenario de la fiscalidad internacional consecuentes a la globalización.

Estos tres vectores contribuyen a explicar los objetivos de la referida directiva, así como sus contenidos y omisiones. A la vista de los mismos es fácil apreciar que el ingrediente político, presente en toda norma tributaria junto al puramente técnico, ha revestido una gran importancia.

Consejo [COM (2012) 722 final], de 16 de diciembre de 2012, en la que se formulaba el *Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude y la evasión fiscal*. Contenia 34 medidas de diversa naturaleza, entre las que se encontraba una concerniente a la *planificación fiscal agresiva*, para cuya puesta en práctica la Comisión formuló la *Recomendación sobre planificación fiscal agresiva* [C(2012) 8806 final] y la *Recomendación relativa a las medidas dirigidas a estimular a los países terceros a aplicar estándares mínimos de buena gobernanza fiscal* [C(2012) 8805 final].

³ Informe sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, de 27 de mayo de 2016 [COM(2016)0026 –C8-0031/2016– 2016/0011(CNS)]. Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios.

1.1. EL PROYECTO BEPS Y EL PLAN DE ACCIÓN DE LA COMISIÓN: UNA FILOSOFÍA COMPARTIDA, CON UNA DIFERENCIA FUNDAMENTAL

La directiva antiabuso y, más generalmente, el *Plan de Acción de la Comisión*, se inscriben en la estela del Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, cuyos primeros frutos han consistido en 15 informes librados en octubre de 2015⁴.

La filosofía que anima al *proyecto BEPS* y al *Plan de Acción de la Comisión*, en gran medida coincidente, puede resumirse de la siguiente manera:

- Los beneficios deben tributar en la jurisdicción fiscal donde se generan, esto es, en aquella en la que se ha producido la creación de valor.
- La descoordinación de las legislaciones fiscales nacionales, la obsolescencia de los estándares fiscales internacionales, la concurrencia de regímenes preferenciales y las carencias de información y de transparencia han facilitado la denominada planificación fiscal agresiva, cuyo resultado ha sido quebrantar el nexo entre la generación del beneficio inherente a la creación de valor y la jurisdicción fiscal legitimada para gravar ese beneficio.
- Es necesario, por tanto, remozar los estándares internacionales, garantizar que los regímenes fiscales preferenciales no sean un instrumento para quebrantar el vínculo entre creación de valor y jurisdicción fiscal, fomentar la transparencia y la información y, en fin, establecer las normas antiabuso oportunas en orden a alcanzar el objetivo de que la tributación se perciba por la jurisdicción fiscal en la que se crea el correspondiente valor.

A pesar de esa coincidencia filosófica, hay una diferencia fundamental.

La diferencia fundamental entre el proyecto BEPS y el Plan de Acción de la Comisión está en que el primero confía en el buen funcionamiento, una vez renovado, del sistema de tributación de los beneficios de las empresas multinacionales que podríamos denominar tradicional, basado en los principios de empresa separada, libre competencia y tributación de la renta de los establecimientos permanentes en la jurisdicción fiscal donde se hallen ubicados, en tanto que el segundo, si bien aceptando los aspectos positivos de esa renovación, y sumándose a ella en el corto plazo, propone otro sistema, asentado en criterios distintos cuando no opuestos, conocido como la base imponible común consolidada sobre los beneficios en el espacio europeo (CCCTB)⁵, que vendría a sustituir, en el largo plazo, al de la OCDE.

⁴ Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Informes Finales de 2015. Resúmenes. Nota explicativa.

⁵ BOTELLA GARCÍA LASTRA, C.: *La armonización de la base imponible común consolidada del Impuesto sobre Sociedades y su incidencia en el sistema tributario español* (capítulo I, donde se desarrolla la justificación y fundamentos del proyecto CCCTB), Aranzadi, 2016.

1.2. EL TIEMPO POLÍTICO TRAS LA CRISIS DE 2008

Si se contemplan retrospectivamente las iniciativas, propuestas y logros en materia de tributación internacional sobre los beneficios de la UE y de la OCDE, se podrá percibir que la preocupación por la eliminación de la doble imposición ha sido la parte más importante de la agenda, hasta fechas relativamente recientes⁶. Sin embargo, las operaciones de la denominada planificación fiscal agresiva se habían venido produciendo desde tiempos muy anteriores, seguramente espoleadas, en el ámbito europeo, por la libertad de movimiento de capitales y la existencia de jurisdicciones fiscales con regímenes fiscales, generales o especiales, propiciatorios o, incluso, prácticas administrativas coadyuvantes⁷. ¿Qué explica la ardorosa dedicación actual de las dos organizaciones internacionales a la lucha contra la evasión y el fraude fiscal en relación con los impuestos que gravan los beneficios generados por las actividades económicas transfronterizas?

Probablemente, en buena medida, esa explicación deba encontrarse en el tiempo político que se abre a raíz de la, por KRUGMAN denominada, depresión continuada subsiguiente a la Gran Recesión de 2008⁸.

Esta crisis, prolongada en el tiempo, ha golpeado severamente a las economías de los países occidentales, reflejada en la caída del empleo y de la producción, y también a sus sistemas de protección social, de manera tal que las prestaciones del Estado de Bienestar, ante las crecientes dificultades de financiación, hayan debido recortarse o, cuando menos, no hayan podido extenderse suficientemente a los denominados nuevos riesgos sociales⁹.

Esta crisis, igualmente, ha acentuado las tendencias hacia la sociedad dual, particularmente puesta de relieve en la brecha laboral entre trabajadores maduros con carreras largas y estables o funcionarios públicos y trabajadores jóvenes con acusada discontinuidad laboral, así como en la apertura desmesurada del abanico salarial acompañada de retribuciones extraordinarias exorbitantes a los directivos¹⁰, carentes de una relación clara con la productividad¹¹.

Este panorama, en cuyo origen se halla el pánico subsiguiente al colapso de ciertos grupos financieros norteamericanos¹², no atisbado por los supervisores y azuzado por la alquimia de los

⁶ CRUZ PADIAL, I.: «Modelos de tributación de los beneficios empresariales», *RCyT*. CEF, núm. 400, julio 2016. Establece tres etapas respecto de la acción de la OCDE y de la UE en materia de configuración de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. CARBAJO VASCO, D.: «El Plan de Acción de la iniciativa BEPS. Una perspectiva empresarial», *Crónica Tributaria*, 2015.

⁷ *Commission Decision on Appel-Ireland*.

⁸ KRUGMAN, P.: *Acabad ya con esta crisis!*, Crítica, 2012, págs. 10 y ss. y 22 y ss.

⁹ DEL PINO, E. y RUBIO LARA, M.ª J.: *Los Estados del Bienestar en la encrucijada* (capítulo XVII), Tecnos, 2013.

¹⁰ ZYGMUNT BAUMAN: *La riqueza d'uns quants beneficia a tothom?*, SL Arcadia, 2014, pág. 45 y ss.

¹¹ KRUGMAN, P.: *Acabad ya con esta crisis!* (capítulo 5), Crítica, 2012.

¹² KRUGMAN, P. y WELLS, R.: *Macroeconomía* (capítulos 17 y 18), Reverte, 2014.

llamados ingenieros financieros¹³, ha provocado un gran malestar social y, al tiempo, ha estimulado los trabajos de los científicos sociales y de ciertas organizaciones no gubernamentales¹⁴ en el campo de la igualdad en las sociedades occidentales. En esos trabajos, ha jugado un papel la supuestamente menguada tributación de los grupos multinacionales y de las personas con grandes patrimonios, en relación con su capacidad económica¹⁵.

Se acusa a los grupos multinacionales de librarse a prácticas de planificación fiscal agresiva, básicamente consistentes en la desviación de rentas hacia jurisdicciones fiscales complacientes en detrimento de las jurisdicciones fiscales en las que efectivamente se realizan las actividades económicas generadoras de aquellas rentas. La Acción 11 de proyecto BEPS ha espigado los indicadores de la desviación de rentas¹⁶, y ha hecho un esbozo de la pérdida de recursos fiscales imputable a la aludida desviación, situándola en el intervalo 100.000 a 240.000 millones de dólares anuales, esto es, entre un 4 y un 10% de la recaudación acumulada del Impuesto sobre Sociedades¹⁷.

La opinión pública, alertada eficazmente por sectores del cuarto poder, ha percibido que el fenómeno BEPS vendría a poner en peligro el correcto ejercicio de la acción social del Estado, cuya bien conocida relación con la libertad y la democracia¹⁸ situaría la conjura del referido riesgo en el campo de la protección de valores políticos ampliamente compartidos y respetados. Tal vez por ello, la dimensión cuantitativa del fenómeno BEPS, aun siendo importante, no guarde relación de proporcionalidad con su talla política.

La reacción de las autoridades políticas, que en algunos casos ha revestido tintes de fuerte tonalidad retórica¹⁹ o de esoterismo jurídico-positivo²⁰, se ha plasmado, esencialmente, en

¹³ DE LA DEHESA, G.: *La primera gran crisis del siglo XXI. Orígenes, detonantes, efectos, respuestas y remedios*, Alianza editorial, 2009, pág. 193 y ss.

¹⁴ *Oxfam, Tax Justice Network, Global Alliance for Tax Justice, entre otras.*

¹⁵ PIKETTY, T.: *Le capital au XXI siècle* (capítulos 14 y 5), Seuil, 2014. STIGLITZ, J.: *El precio de la desigualdad*, Taurus, 2012, pág. 339 y ss.

¹⁶ *Action 11. Measuring and Monitoring BEPS.*

¹⁷ Supuesta una distribución uniforme de la variable defraudación por desviación irregular de beneficios, la pérdida anual de recaudación correspondiente al Impuesto sobre Sociedades español, se movería en el intervalo 800 a 2.000 millones de euros.

¹⁸ FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M.: «Thomas Paine y la Seguridad Social», RE. *Derecho del Trabajo*, 2007.

¹⁹ *Starbucks, Google and Amazon grilled over tax avoidance (BBC News, 12 de noviembre de 2012)*. En el curso de la comparecencia de los responsables de dichas entidades un diputada británica espetó «We are not accusing you of being illegal» said Mrs Hodge, «we are accusing you of being immoral», *The Telegraph*, 12 de noviembre de 2012. Mrs. Hodge declaró, en términos puramente técnicos, que «One of our concerns is that the ability of global companies to choose where they put their costs and their profits gives them an unfair tax advantage that damages UK-based businesses».

²⁰ RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *El impuesto británico sobre beneficios desviados (Diverted Profit Tax)*, CT, 2014.

el proyecto BEPS y en el Plan de Acción de la UE, del que la directiva antiabuso es un fruto destacado.

Sin embargo, antes de la Gran Recesión de 2008, la literatura fiscal ya había venido advirtiendo de las dificultades que se cernían sobre la tributación de los beneficios y de las rentas del capital. En este sentido, VITO TANZI identificó hasta ocho circunstancias que podrían operar, de no ser convenientemente abordadas por las autoridades, a modo de termitas fiscales: comercio y transacciones electrónicas, dinero electrónico, desplazamiento de beneficios por medio de precios de transferencia, centros financieros *off-shore* y paraísos fiscales, derivados y fondos cerrados, movilidad del capital, regímenes fiscales de exención para cuentas de no residentes y adquisiciones exteriores por individuos de alta capacidad²¹.

Buena parte de estas circunstancias, aunque no todas, han hallado respuesta y encauzamiento en el proyecto BEPS así como en el Plan de Acción de la UE, pero estas dos iniciativas, que en parte no desdeñable se han concretado en la actualización o intensificación de proyectos en curso, han cobrado su impulso no tanto del objetivo técnico de enderezar los pretendidos desperfectos de la arquitectura fiscal internacional, como de la necesidad imperiosa de satisfacer las demandas de la opinión pública²².

La efectividad de las medidas propuestas, algunas de ellas ya adoptadas, está por ver.

1.3. LOS NUEVOS ELEMENTOS DE LA FISCALIDAD INTERNACIONAL SOBRE LOS BENEFICIOS DE LAS EMPRESAS

Antes de la irrupción de la Gran Recesión de 2008, la globalización había acentuado el contraste entre la condición nacional de las normas tributarias y el rango transnacional de las operaciones de las empresas multinacionales. La toma de conciencia de esa realidad por parte de Estados y organizaciones internacionales había venido propiciando la entrada en el escenario de la fiscalidad internacional de un conjunto de iniciativas, ya unilaterales o derivadas del consenso multilateral, algunas de ellas traducidas en normas positivas, enderezadas a suplir las distorsiones derivadas de dicho contraste, de manera tal que en los últimos cinco lustros, ampliamente hablando, el escenario de la fiscalidad internacional se ha ido enriqueciendo con nuevos elementos.

El proyecto BEPS y el Plan de Acción de la Comisión y, por ende, la directiva antiabuso forman parte, muy destacada, de ese cortejo de nuevos elementos.

²¹ BRAITHWAITE, J.: «A good century for tax? Globalization, redistribution and tax avoidance», *Public Policy Research*, 2005.

²² DUSSELBLOEM, J.: «Mi mensaje a esas empresas es que están en la batalla equivocada. Tienen que adaptarse. Los tiempos están cambiando... Tienen que pagar sus impuestos de manera justa. Una parte en EE. UU., una parte en Europa. Prepárense para hacerlo...», *Expansión*, 12 de septiembre de 2016.

1.3.1. Breve descripción de los nuevos elementos del escenario de la fiscalidad internacional

Una breve descripción de los más relevantes podría ser la siguiente:

- Acrecentamiento de la transparencia, concretada en el ensanchamiento de las obligaciones de información a cargo de las empresas multinacionales²³, y en el intercambio de información entre las autoridades fiscales, particularmente en el ámbito de la UE²⁴, pero también en el más amplio de la OCDE²⁵ y, en fin, en la calificación de las jurisdicciones como no cooperativas²⁶. La transparencia es un elemento básico de la remodelación de la fiscalidad internacional²⁷.
- Auge de la idea de cumplimiento cooperativo de las obligaciones fiscales, sobre la base de relaciones de confianza entre las administraciones fiscales y las grandes empresas, señaladamente multinacionales²⁸.
- Identificación, prohibición y desmantelamiento de los regímenes fiscales perjudiciales²⁹, mediante el impulso de la cooperación y el multilateralismo, con eventuales medidas de retorsión, bajo criterios progresivamente estrictos y, en el ámbito de la UE, control más intenso de las ayudas de Estado de naturaleza fiscal³⁰, a cuyo efecto la Comisión ha entendido que el principio de igualdad de trato en la tributación subyace al artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión

²³ Documentación sobre precios de transferencia. Capítulo V de las Directrices sobre Precios de Transferencia.

²⁴ Directiva 2011/16/UE, modificada por la Directiva 2014/107, relativa al programa FACTA, la Directiva 2015/2376, relativa a los denominados *rulings*, y la Directiva 2016/881, relativa a la información país por país. Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE, en materia de información relativa al Impuesto sobre Sociedades. CARMONA FERNÁNDEZ, N.: «Intercambio automático de información fiscal (país por país) entre Estados miembros de la Unión Europea», *Carta Tributaria*, 2016.

²⁵ *Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes sobre intercambio automático de información de cuentas financieras, hecho en Berlín el 29 de octubre de 2014. Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes. Annual Reports.*

²⁶ *OECD Secretary-General Report to G20 Finance Ministers (July, 2016)*. Según el CFA, las jurisdicciones fiscales son evaluadas, a efectos de la consideración como cooperativas o no cooperativas, en base a tres criterios: implementación del intercambio de información sobre requerimiento (*eoir*), implementación del intercambio automático de información (*aeoi*) ratificación de la Convención multilateral sobre asistencia mutua administrativa en materias fiscales.

²⁷ PISTONE, P.: «La planificación fiscal agresiva y las categorías conceptuales del Derecho Tributario Global», *REDF*, 2016.

²⁸ Programa OCDE. BRAITHWAITE (ed.), *Taxing Democracy: Understanding Tax Avoidance and Evasion*, Ashgate, 2003.

²⁹ GARCÍA-HERRERA, C.: *Tax Rulings. Fiscalidad y Globalización*.

³⁰ *Commission Notice on the notion of State Aid as referred to in Article 107*. DG Competition –Internal Working Paper–Background to the High Level Forum on State Aid of 3 June 2016.

Europea (TFUE), el cual sería aplicable por causa de la existencia de una ventaja fiscal derivada de un acuerdo con la jurisdicción fiscal competente³¹.

- Aparición de una nueva noción, denominada planificación fiscal agresiva, para acotar ciertas conductas o estrategias fiscales que se consideran reprochables³².
- Obligación o estímulo, para que las empresas multinacionales revelen sus estrategias fiscales, señaladamente agresivas³³.
- Refinamiento de los criterios de aplicación del principio de libre competencia, en cuanto estándar fundamental de la fiscalidad internacional sobre los beneficios, mediante la revisión y actualización de las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE.
- Intensificación de la limitación en la aplicación de los beneficios de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, sobre la base de la identificación del beneficiario efectivo o el endurecimiento de los requisitos para disfrutar de su aplicación, en la línea definida por la denominada cláusula LBO.
- Nuevas normas antiabuso y reforzamiento de las existentes, ya materializadas en reformas legislativas nacionales o en propuestas normativas o recomendaciones de las organizaciones internacionales.

Estos relativamente nuevos elementos se han insertado en el sistema de la fiscalidad internacional sobre los beneficios, estructurado en torno a los principios de empresa separada y libre competencia propios del modelo puesto en pie por la OCDE mediante el Modelo de Convenio para evitar la doble imposición y las Directrices sobre Precios de Transferencia, sin alterar sus líneas maestras.

En efecto, esas líneas maestras solo se verían afectadas en el caso de que prosperasen las propuestas de modificación radical de la tributación sobre los beneficios de las empresas en el contexto internacional lo que, hasta el momento, no ha tenido lugar³⁴.

Con todo, la importancia de los nuevos elementos no debería ser menospreciada pues, no en vano, en relación con los mismos se ha acuñado, doctrinalmente, el concepto de Derecho Tributario Global, integrado, básicamente, por los elementos derivados del proyecto de transparencia fiscal global y los del proyecto de lucha contra la erosión de bases imponibles y el traslado de

³¹ MARTÍN JIMÉNEZ, A.: *Ayudas de estado: EE. UU. y las decisiones de la Comisión sobre 'tax rulings' / amortización del fondo de comercio financiero en el IS español*

³² European Commission *Recommendation of 6 Dec. 2012 on aggressive tax planning* [COM(2012) 8806 final].

³³ *Report on tax ruling and other measures similar in nature or effect* [2015/2066(INI), 5 Nov. 2015. OECD]. *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*, OECD 2011.

³⁴ RAVI-YONAH, R. S.: «Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation», *WTJ*, 2010.

beneficios, cuyas fuentes de producción principales serían la OCDE y la UE, y cuyo efecto básico sería limitar la soberanía fiscal de los Estados en aras de la consecución de una coordinación de los sistemas fiscales nacionales, que se enfocarían hacia un estándar global de competencia fiscal internacional transparente, del que se derivaría un mejor cumplimiento de las obligaciones fiscales por parte de los contribuyentes multinacionales³⁵.

1.3.2. Problemas derivados de los nuevos elementos del escenario de la fiscalidad internacional

Ahora bien, si la mejora de la transparencia es incontestablemente positiva en todos los ámbitos públicos o de interés general³⁶, y puede ser considerada como un valioso fruto de la cooperación internacional en materia fiscal y financiera³⁷, aun cuando en ciertos casos haya podido venir acompañada de ribetes populistas, manifestados en sorprendentes apelaciones por parte de ciertas instancias de la UE a la ciudadanía en cuanto supuesta guardiana de la correcta tributación de las empresas multinacionales³⁸, algunos de los restantes elementos arrojan ciertas interrogantes. Así, entre otras, las siguientes:

- ¿Son, por esencia, tan complejas las operaciones de las empresas multinacionales como para no poder subsumirlas sin dificultades en las normas fiscales vigentes, señaladamente del Impuesto sobre Sociedades?

Es conveniente distinguir entre la complejidad de las normas tributarias, señaladamente las que versan sobre los beneficios de las empresas, y la complejidad de las operaciones que realizan las empresas multinacionales, aun cuando las dos estén relacionadas. Las autoridades políticas pueden esforzarse en aminorar la primera³⁹, pero la segunda es inherente a ciertas operaciones propias del tráfico transnacional, aunque, en ocasiones sea, precisamente, la consecuencia de la pretensión de alcanzar una ventaja fiscal.

La complejidad, en las dos acepciones, es nociva en cuanto dificulta el correcto cumplimiento de las normas fiscales, sometiendo a los contribuyentes, en el caso que nos ocupa a los grupos multinacionales, a graves incertidumbres respecto de la carga fiscal de sus operaciones e incluso al riesgo de sanciones, y a las administraciones fiscales al riesgo de no percibir los ingresos que legalmente les corresponden.

³⁵ PISTONE, P.: «La planificación fiscal agresiva y las categorías conceptuales del Derecho Tributario Global», *REDF*, 2016.

³⁶ *Fair Taxation: The Commission sets out next steps to increase tax transparency and tackle tax abuse* (5 de julio de 2016).

³⁷ *Declaración de Berlín sobre transparencia e imparcialidad en material tributaria. Declaración pronunciada con ocasión de la firma del nuevo estándar global para el intercambio automático de información del contribuyente, el 29 de octubre, durante el Foro Global celebrado en Berlín.*

³⁸ LÓPEZ RIBAS, S.: «Información Fiscal Pública país por país: siete datos para la transparencia», *CT*, julio 2016.

³⁹ «Office of Tax Simplification». *Documents*. HRMC.

La envergadura de las empresas multinacionales, la multiplicidad de mercados en los que operan, la pluralidad de normas fiscales a las que están sujetas, la interrelación entre los aspectos financieros y económicos de su operatoria y la desagregación de sus funciones, riesgos y activos entre entidades jurídicas residentes en jurisdicciones fiscales diferentes han dado curso a la idea de la presencia de una complejidad irrefrenable.

La complejidad es una variable cualitativa. No es posible medir la complejidad, pero sí es posible hacerse una idea objetiva de su presencia a través de los conflictos tributarios en los que las empresas multinacionales se han visto involucradas en los últimos tiempos.

La complejidad y la correlativa dificultad en la aplicación de la norma tributaria no se presentan de forma generalizada e indiscriminada. Así, en el Impuesto sobre Sociedades afectan, básicamente, a los dominios del resultado financiero y de las operaciones de carácter vinculado. En el primero, se ubican las normas concernientes a la eliminación de la doble imposición de dividendos y plusvalías de cartera, cuya evolución en nuestro sistema fiscal ya da idea de su complejidad⁴⁰, las concernientes a la deducción de los intereses y, en fin, a los derivados especulativos, y en el segundo, las que disciplinan la aplicación del principio de libre competencia.

La aceptación generalizada e indiscriminada de la complejidad, a modo de característica inexorable de las normas que configuran el núcleo de la imposición sobre el beneficio de las empresas, podría alumbrar una suerte de excusa respecto del deficiente cumplimiento de las obligaciones fiscales a favor de las grandes empresas, señaladamente en el campo de las operaciones transfronterizas, y, en particular, constituir cobertura impostada en relación con las operaciones carentes de sustancia económica que no buscan sino ventajas fiscales opuestas al espíritu y finalidad de la norma, las cuales, por otra parte, suelen arrojar graves dificultades de comprensión.

Una visión focalizada de la complejidad, tanto de las normas como de las operaciones, ofrece un balance más idóneo. En tal caso, lo pertinente sería consagrar recursos a la simplificación normativa en esos ámbitos, antes de dar por sentado que es tarea imposible.

Las reiteradas protestas de simplificación que los sucesivos legisladores fiscales han insertado en las correspondientes leyes de reforma fiscal, y sus pocos frutos, cuando no retrocesos, han desacreditado la tarea de simplificación, la cual, por otra parte, en cuanto determinante de un bien público, halla pocos apoyos y no pocos obstáculos.

- ¿Es el cumplimiento cooperativo de las obligaciones fiscales el remedio a los vicios derivados de la supuesta complejidad normativa?

⁴⁰ SIMÓN YARZA, M. E.: *La exención de dividendos y plusvalías para corregir la doble imposición en el Impuesto sobre Sociedades* (capítulo primero), Lex Nova, 2016.

Esta cuestión está relacionada con la anterior. El cumplimiento cooperativo de las obligaciones fiscales, propugnado por la OCDE⁴¹, y bastante extendido, con mayor o menor intensidad, entre las jurisdicciones fiscales más activas⁴², entre ellas la española⁴³, invita a una respuesta positiva⁴⁴.

El modelo de cumplimiento cooperativo fiscal es un caso particular del modelo de control del cumplimiento de la normativa administrativa conocido como *regulación sensible*, en el cual los controladores o inspectores, partiendo de la idea del virtuosismo de las empresas, ofrecen medidas de cooperación, de manera tal que se alienta y se ayuda a quienes están dispuestos a cumplir voluntariamente, esto es, a los denominados ciudadanos políticos, frente a los calculadores amoraes o incompetentes⁴⁵.

Ahora bien, sin desconocer las virtudes que todo modelo de cooperación implica, tampoco deberían pasarse por alto los riesgos que este tipo de relación tributaria presenta respecto de los principios de igualdad y legalidad⁴⁶. En efecto, en la medida en que el cumplimiento cooperativo esté restringido a las grandes empresas, la igualdad se tambalea, y en la medida en que la relación cooperativa margine los procedimientos legalmente establecidos lo hace la legalidad.

⁴¹ *La relación cooperativa: Un marco de referencia. De la relación cooperativa al cumplimiento cooperativo* (OCDE, 2013).

⁴² CALDERÓN CARRERO, 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», *EY*, 2015.

⁴³ *Código de buenas prácticas tributarias. Foro de Grandes Empresas*. Se articula sobre el establecimiento de una relación de compromisos recíprocos, de manera tal que las empresas suscriptoras ajustarán su actuación fiscal a la *transparencia, buena fe y cooperación con la Agencia Tributaria*, y la Agencia Tributaria a la *transparencia y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación de las normas tributarias*, con el objetivo de que las relaciones entre aquellas empresas y la Agencia Tributaria sean *constructivas, transparentes y basadas en la mutua confianza*.

Es claro que la Agencia Tributaria debe actuar, frente a todos los contribuyentes, con transparencia y aplicar las normas tributarias, también frente a todos los contribuyentes, de acuerdo con las exigencias del principio de seguridad jurídica, y que los contribuyentes, todos los contribuyentes, están obligados al cumplimiento de las normas tributarias según su espíritu y finalidad, así como a facilitar el control de la Agencia Tributaria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 de la Ley General Tributaria, como también lo es que los contribuyentes, todos los contribuyentes, tienen acceso a las consultas de carácter vinculante en orden a disipar cualquier duda que pudieran albergar, y, desde luego, a que, cuando menos en la puesta de manifiesto del expediente de comprobación, reciban información precisa sobre las regularizaciones que procedan, sin perjuicio de su reconsideración a la vista de las alegaciones.

En este sentido, el Código de buenas prácticas tributarias se limita a enfatizar, respecto de un grupo selecto de contribuyentes, lo que la legislación ya prevé, como no podría ser de otra manera, respecto de la totalidad de los contribuyentes. El énfasis es lo positivo, y lo negativo que se proyecta selectivamente.

⁴⁴ 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», *CT*, 2015.

⁴⁵ PARRADO, S.: *El Análisis de la Gestión Pública* (capítulo 5), Tirant lo Blanch, 2015.

⁴⁶ CALDERÓN CARRERO, J. M. y QUINTAS SEARA, A.: «Introducción al modelo de cumplimiento tributario cooperativo: estudio de los trabajos de la OCDE y principales experiencias internacionales», *REDF*, 2015. Los autores ofrecen un balance de ventajas e inconvenientes.

También debería tenerse presente el muy sinuoso riesgo de la denominada captura de los controladores públicos por parte de las empresas controladas mediante la gestión cooperativa⁴⁷.

El balance del cumplimiento cooperativo podría no ser tan positivo como, *a priori*, parece dibujarse.

Por el contrario, la difusión de los criterios administrativos mediante consultas de carácter vinculante, o la conclusión de los acuerdos previos en materia de operaciones vinculadas, otorgan seguridad jurídica sin crear discriminaciones ni fricciones de legalidad pero, por encima de todo, la existencia de un control judicial riguroso en cuanto al análisis de las cuestiones que al mismo se someten y diligente en la respuesta crea el mejor entorno para una aplicación correcta de las leyes fiscales⁴⁸. Los recursos invertidos en la justicia fiscal se intuyen mucho más productivos, en orden a rebajar la conflictividad, que los aplicados al cumplimiento cooperativo, pues es la conciencia de la existencia de ese control judicial lo que más estimula la correcta aplicación de las normas fiscales, tanto por parte de los contribuyentes como de las administraciones fiscales.

- ¿Es la planificación fiscal agresiva una nueva categoría jurídica?

Esta categoría, si lo es, ha tomado cuerpo en el ámbito de los informes y documentos de las organizaciones internacionales relativos a la tributación sobre los beneficios de las empresas multinacionales para, posteriormente, pasar a los textos normativos⁴⁹. En algunos de aquellos informes y documentos se contienen párrafos descriptivos de la planificación fiscal agresiva⁵⁰ o precisiones de lo que la misma supone en el contexto del proyecto BEPS⁵¹.

⁴⁷ PARRADO, S.: *El Análisis de la Gestión Pública* (capítulo 4), Tirant lo Blanch, 2015.

⁴⁸ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Reflexiones y alternativas en torno a un modelo fiscal agotado*, Barcelona, pág. 177.

⁴⁹ Directiva (UE) 2016/881, considerando 2.

⁵⁰ *Recomendación sobre planificación fiscal agresiva [C (2012) 8806 final]: en los países de todo el mundo han considerado tradicionalmente la planificación fiscal como una práctica legítima. Con el tiempo, sin embargo, las estructuras de planificación fiscal se han vuelto cada vez más sofisticadas. Se extienden por varios territorios y, en la práctica, permiten la transferencia de los beneficios imponibles hacia países con regímenes fiscales favorables. Una de las principales características de estas prácticas es que reducen la deuda tributaria a través de mecanismos que, pese a ser estrictamente legales, son contrarios al espíritu de la ley.*

En este mismo documento, se indica que la planificación fiscal agresiva consiste en aprovechar los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria, y puede adoptar diversas formas. Entre sus consecuencias, cabe señalar las deducciones dobles (por ejemplo, se deduce la misma pérdida tanto en el Estado de origen como en el de residencia) y la doble no imposición (por ejemplo, la renta que no se grava en el Estado de origen está exenta en el Estado de residencia).

⁵¹ *Paquete de lucha contra la elusión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE [COM(2016)23 final]: Tal como se estableció en el plan de acción de junio de 2015,*

Tres son las características que predicen estos informes respecto de la planificación fiscal agresiva:

- La obtención de una ventaja fiscal mediante una conducta o práctica deliberada en el cumplimiento de las obligaciones fiscales amparada en la letra de la ley pero opuesta a su espíritu.
- Los actos y negocios jurídicos a través de los cuales se manifiesta esa conducta carecen de sustancia económica o sentido comercial.
- Implican, en el contexto de la fiscalidad internacional, el desplazamiento artificial de beneficios desde la jurisdicción fiscal en la que propiamente se han originado hasta aquella otra de pura conveniencia.

Pues bien, esas características son, precisamente, los ingredientes de la evasión fiscal, al menos tal y como se puede deducir de las normas antiabuso de carácter general⁵². En este sentido, la planificación fiscal agresiva no es, ciertamente, una nueva categoría sino, más bien, una modalidad de evasión fiscal caracterizada por la forma en cómo se conculca el ordenamiento fiscal de que se trate, si bien es cierto que un sector doctrinal ha realizado un esfuerzo en orden a su configuración jurídica⁵³. Sin embargo, la directiva antiabuso, a pesar de contener tres medidas que, desde la óptica del proyecto BEPS, refuerzan la lucha contra la planificación fiscal agresiva, no alude a la misma, sino que ha preferido referirse, en sus consideraciones preliminares, a la planificación fiscal abusiva o a las prácticas de elusión fiscal transfronteriza.

las empresas que se benefician del mercado único y generan beneficios deberían pagar los impuestos sobre esos beneficios en la UE, donde se desarrolle la actividad. No obstante, es evidente que algunas empresas han roto este vínculo al trasladar los beneficios de donde se generan a Estados miembros que ofrecen tipos impositivos bajos y regímenes preferenciales, y a terceros países, sin vínculos con el lugar de la actividad económica real. Algunos de los incentivos ofrecidos a determinadas empresas pueden infringir las normas sobre ayudas estatales de la UE y pueden abordarse a través del control de las ayudas estatales. La Comisión se ha mostrado activa a la hora de perseguir los asuntos en los que se han infringido estas normas. Al mismo tiempo, sin embargo, las estrategias de planificación fiscal agresiva se aprovechan con frecuencia de problemas sistémicos más amplios, tales como las discordancias existentes entre las legislaciones fiscales nacionales, así como de la actual legislación del impuesto sobre sociedades de la UE para pagar un bajo nivel de impuestos (o no pagarlos) en el lugar en el que se generaron los beneficios.

⁵² FALCÓN Y TELLA, R.: *Derecho Financiero y Tributario*, 5.ª ed., Universidad Complutense, 2016, pág. 196 y ss. RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*, Aranzadi, 2006.

⁵³ PISTONE, P.: «La planificación fiscal agresiva y las categorías conceptuales del Derecho Tributario Global», *REDF*, 2016. El autor atribuye tres notas a la planificación fiscal agresiva: 1) disfrute de la disparidad entre sistemas diversos con la finalidad de obtener una ventaja fiscal; 2) la separación entre la producción de la riqueza y el poder tributario estatal; 3) la subsistencia de una doble no imposición que los Estados no han querido conceder. Sin embargo, el propio autor apunta que *la línea de separación entre la planificación fiscal agresiva y la elusión fiscal está rodeada de un aurea de incertidumbre*.

Cuestión distinta es que la opinión pública, tras la Gran Recesión de 2008, haya agudizado el reproche frente a conductas fiscales de ciertas empresas multinacionales percibidas como intolerables, por más que la regularización de las situaciones tributarias derivadas de la evasión fiscal no corresponda a la opinión pública, sino a las administraciones fiscales actuando bajo el imperio del principio de legalidad, de acuerdo con los procedimientos normativamente establecidos, y bajo el control judicial.

Así, antes y después del proyecto BEPS, toda operación que suponga una desviación de los beneficios desde el país donde efectivamente se originan hacia otro de conveniencia, mediante operaciones vinculadas, implica una vulneración del principio de libre competencia, generalmente recogido en las legislaciones de los países miembros de la OCDE y de otros muchos, lo que determina una irregularidad fiscal, cualquiera que fuere el instrumento empleado al efecto.

Por el contrario, la planificación fiscal, en cuanto actividad intelectual que diseña una estrategia fiscal respetuosa con el espíritu y finalidad de las normas fiscales, no ha de reputarse irregular, aunque deparase una menor tributación de la que pudiera considerarse apropiada en términos abstractos de justicia⁵⁴, por cuanto lo reprochable no es pagar una deuda tributaria que pudiera intuirse, en el plano ético, insuficiente, sino pagar una deuda tributaria que no es la que se corresponde con el espíritu y finalidad de la norma tributaria, a tenor de los hechos efectivamente habidos⁵⁵.

En este sentido, se estima que la acusación de la parlamentaria británica Hodge, antes citada, fue profundamente equivocada. En efecto, los impuestos han de pagarse a tenor de las leyes, no de la ética, si bien las leyes han de responder al principio de capacidad económica y, desde luego, deben ser cumplidas atendiendo a su espíritu y finalidad, en particular, en el caso aludido, con pleno respeto a las exigencias del principio de libre competencia.

Tal vez, pudiera considerarse a la planificación fiscal agresiva como una suerte de pseudocategoría que, en cierto modo, vendría a surtir el efecto de reducir el ámbito de la legitimidad de la planificación fiscal⁵⁶, al hilo de la responsabilidad social cor-

⁵⁴ MARÍN BENÍTEZ, G.: *¿Es lícita la planificación fiscal?* (capítulo 9, punto 3), Lex Nova, 2013.

⁵⁵ RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen: buena parte de los problemas de fraude a la ley tributaria son problemas de interpretación... la interpretación teleológica no es solo la más adecuada, sino que, además, es la única metodológicamente correcta*, págs. 25 y 43, capítulo I. BÁEZ MORENO, A.: *Normas Contables e Impuesto sobre Sociedades: los criterios teleológico, histórico y sistemático se configuran como medios para conocer el fin de la norma... como explica el Prof Tipke, ninguna interpretación que no se pregunte por el fin de la norma, y que tenga por resultado lo puramente gramatical o conceptual, puede entenderse completa...*, pág. 87.

⁵⁶ CALDERÓN CARRERO, J. M. y QUINTAS SEARA, A.: «The Concept of "Aggressive Tax Planning" Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning», *Intertax*, 2016.

porativa y de los acicates reputacionales⁵⁷, pero esa función no debiera darle carta de naturaleza en el ámbito de aplicación de las normas fiscales.

La consideración de la planificación fiscal agresiva como una nueva categoría jurídica, a modo de antesala del fraude o el abuso pero sin llegar a serlo, además de traer confusión⁵⁸, precipitaría el riesgo de postergar el principio del cumplimiento de las leyes, también válido en el ámbito fiscal, de acuerdo con su espíritu y finalidad. Inversamente, también podría dar cauce a rigores extremos en el ejercicio de las funciones de control administrativo, desasistidos del pertinente soporte legal, pero alentados por el fuerte impulso que el proyecto BEPS, enfocado para combatir los perniciosos efectos de la planificación fiscal agresiva, ha dado al tradicional papel de la OCDE en el ámbito de la configuración de la fiscalidad internacional⁵⁹. Las menciones que en algunas sentencias del Tribunal Supremo se han deslizado en relación con la planificación fiscal agresiva y el proyecto BEPS alertan suficientemente⁶⁰.

- ¿Puede combinarse la relación cooperativa o cumplimiento cooperativo con la comunicación obligatoria de estrategias fiscales agresivas o abusivas?

De acuerdo con la OCDE, el objetivo principal de la comunicación obligatoria de informaciones concernientes a las estrategias fiscales *agresivas o abusivas* es identificar a los fiscalistas que promueven y a los contribuyentes que utilizan tales estrategias y, adicionalmente, disuadirles de ponerlas en práctica. En el sentir de la OCDE, este régimen de comunicación complementa los programas de cumplimiento cooperativo, por más que su objeto inmediato sea detectar los esquemas de planificación fiscal que explotan las debilidades del sistema⁶¹.

No parece lógico que una empresa que se acoja al cumplimiento fiscal cooperativo pueda, al tiempo, estar dedicando recursos a explorar y, en su caso, explotar las debilidades del sistema fiscal, de manera tal que se llegaría así a una suerte de división apriorística entre contribuyentes propicios o reacios con el cumplimiento de las obligaciones fiscales.

⁵⁷ 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*, 2015.

⁵⁸ MARÍN BENÍTEZ, G.: *¿Es lícita la planificación fiscal?* La autora indica que *es habitual la construcción del concepto de planificación fiscal por oposición tanto al concepto de evasión o fraude fiscal como al de lícita planificación fiscal o economía de opción...* y tras reconocer que está bastante extendida en la dogmática fiscal la distinción entre *tax evasion (fraude o evasión fiscal)*, *tax avoidance (fraude de ley o elusión fiscal)*, y *tax planning (economía de opción o lícita planificación fiscal)* postula la huida de *esta clasificación dogmática tradicional...* por i) *inexistencia de un mínimo consenso doctrinal sobre el significado y alcance de alguno de los términos de la clásica trilogía* y ii) *posibilidad de obviar el concepto de ilicitud in natura en el ordenamiento tributario...*, pág. 45.

⁵⁹ AULT, H. J.: «Reflections on the Role of the OECD in Developing International Tax Norms», *Brooklyn Journal of International Law*, 2009.

⁶⁰ TS, 9 de febrero de 2015 y 12 de febrero de 2015.

⁶¹ *Action 12. Mandatory Disclosure Rules*.

Esta división, ciertamente, podría ayudar a las administraciones fiscales a aplicar más certeramente sus recursos, siempre escasos, en la persecución del fraude fiscal, así como a corregir con prontitud las posibles deficiencias de las normas fiscales. Ahora bien, esa división se compagina muy mal con las presunciones de inocencia y de la buena fe. Todos los contribuyentes, y sus asesores, están amparados, frente al cumplimiento de las obligaciones fiscales, por tales principios, de manera tal que no parece correcto entender, *a priori*, que puedan desarrollar otra actividad que no sea la de adecuación a la letra y al espíritu de las normas correspondientes.

Cuestión distinta es que, a la vista de una operación sentenciada como fraudulenta por los tribunales o regularizada en vía administrativa con carácter de firmeza, se imponga a los restantes contribuyentes, previa publicitación oficial de la misma, la obligación de declarar a la administración fiscal correspondiente, que la han practicado. En esa categoría podrían inscribirse las denominadas *listed transaction* norteamericanas, pero no aquellas otras que, genéricamente, procuran una ventaja fiscal, cual es el caso de los *arrangements* británicos⁶².

La comunicación a las administraciones fiscales de ciertas prácticas fiscales reputadas agresivas, sin duda eficaz desde el punto de vista del conocimiento inmediato de las deficiencias normativas, podría traer el efecto opuesto de promover aquellas prácticas mediante la cobertura, precisamente, del hecho de la propia comunicación, a modo de ensayo de prueba y error⁶³, lo que podría desanimar las conductas ortodoxas consistentes en adecuar el cumplimiento de las obligaciones fiscales al espíritu y finalidad de las normas fiscales.

Por otra parte, no resulta clara la contribución que, al correcto funcionamiento del sistema tributario, aporta un régimen que, en definitiva, pretende taponar las prácticas abusivas mediante la diligente aprobación legislativa de normas antiabuso, pues sobre ser problemática la consecución de este objetivo, dicha pretensión podría entrañar un freno a la aplicación de las normas tributarias de acuerdo con su espíritu y finalidad⁶⁴.

En fin, tampoco es clara la compatibilidad de tal régimen de comunicación con los principios de buena fe y de presunción de inocencia, en la medida en que parte de

⁶² PALAO TABOADA, C.: «Examen de algunos regímenes de declaración previa de operaciones posiblemente elusivas», «Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuestas para una mayor seguridad jurídica», *Competitividad e Impuestos*, 2016.

⁶³ HRMC Disclosure of Tax Avoidance Schemes: Guidance. En esta Guía se indica que: *On its own the disclosure of a tax arrangement has no effect on the tax position of any person who uses it. However, a disclosed tax arrangement may be rendered ineffective by Parliament, possibly with retrospective effect*, pág. 24.

⁶⁴ RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la Ley Tributaria a examen: La opción por desarrollar el sistema tributario mediante el establecimiento de nuevas normas anti-abuso lleva implícita en realidad la opción de no permitir un excesivo margen de maniobra al intérprete de la norma tributaria, lo que en última instancia, condena al Derecho Tributario al subdesarrollo jurídico-dogmático...*, pág. 110.

la hipótesis de que ciertas empresas o sus asesores se hallan involucrados en prácticas adversas al correcto cumplimiento de las obligaciones fiscales.

- ¿Han desaparecido los regímenes fiscales preferenciales determinantes de competencia fiscal perjudicial, restando en vigor solamente aquellos que privilegian ciertas actividades indisputablemente beneficiosas para el progreso material, como las de I+D+i u otras similares?

Los sucesivos informes relativos a la aplicación del Código de Conducta de la UE y al programa de la OCDE⁶⁵ han venido reflejando un moderado optimismo que hechos posteriores han venido a morigerar.

En efecto, por una parte, se ha puesto en cuestión la eficacia de la metodología empleada hasta el momento para la identificación del régimen fiscal perjudicial⁶⁶ y, por otra, se ha puesto de relieve que, bajo la capa de la promoción de actividades indisputablemente beneficiosas, como las concernientes al I+D+i, se han podido deslizar prácticas fiscales perjudiciales, de forma tal que los incentivos fiscales al I+D+i han podido ser utilizados por ciertas jurisdicciones fiscales para promover la deslocalización de actividades de investigación y desarrollo o, simplemente, para facilitar el desplazamiento de bases imponibles por motivos fiscales, lo que habría obligado a otras jurisdicciones fiscales a reacciones defensivas.

El caso del *patent box* es bien ilustrativo⁶⁷ pues, precisamente, los efectos deslocalizadores advertidos en el mismo han dado lugar al denominado enfoque del nexo, cuya finalidad es establecer una correspondencia efectiva entre el lugar de realización de la actividad determinante de la creación del activo intangible y el lugar de la residencia de la entidad que ostenta su titularidad⁶⁸.

El escepticismo sobre la efectividad de los incentivos fiscales al I+D+i, y la inquietante sospecha de que son una palanca mayúscula de la deslocalización fiscal, están reflejados en documentos del parlamento europeo⁶⁹.

⁶⁵ «The OECD'S Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report», *Promouvoir la transparence et l'échange de renseignements a des fins fiscales*, OCDE, 2010.

⁶⁶ *Consolidated Application Note. Guidance in Applying the 1998 report to preferential tax regimes* (2004, OCDE). Describe la metodología basada en los cuatro factores clave y los ocho complementarios.

⁶⁷ SCHAEUBLE, W.: «Patent box» schemes were at odds with EU rules designed to deter discriminatory tax rules....» We have to look at this practice and discuss it in Europe... «That's no European spirit. You could get the idea they are doing it just to attract companies», *Business News*, Tue Jul 9, 2013 2:59 pm BST Germany calls on EU to ban «patent box» tax breaks).

⁶⁸ *Action 5 Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*.

⁶⁹ Comisión TAXE 2. *Informe sobre resoluciones fiscales y otras medidas de naturaleza o efectos similares [2016/2038 (INI)]*: *Observa que, hasta la fecha, las casillas de patentes, conocimientos e I+D pueden no haber demostrado una elevada eficacia para la promoción de la innovación en la Unión; lamenta que, en lugar de ello, sean utilizados por*

La nueva metodología propuesta por la OCDE, basada en el enfoque del nexo⁷⁰, puede representar un obstáculo a las políticas de competición fiscal perjudicial pero, desde luego, no se trata de una solución definitiva, máxime si mediante los acuerdos previos en materia de aplicación del principio de libre competencia se da curso a ventajas fiscales cuya detección y cuantificación son, en extremo, dificultosas.

En fin, la investigación que sobre la eficacia de los incentivos fiscales al I+D+i ha sido realizada no permite sentar conclusiones definitivas, si bien la experiencia sugiere que hay sectores de la actividad económica que pivotan sobre el I+D+i, como pueden ser el farmacéutico o el de las telecomunicaciones, de manera tal que dicha actividad se realizaría aun sin el concurso del incentivo fiscal, en tanto que otros, como el comercio o las finanzas, sin perjuicio de las innovaciones y adaptaciones operativas que acometen, no dependen del I+D+i⁷¹.

Junto a los regímenes tributarios preferenciales normativamente establecidos, se han deslizado los sustentados en acuerdos entre algunas administraciones tributarias y grandes empresas multinacionales, generalmente articulados mediante una aplicación incorrecta del principio de libre competencia, cuya detección y control es en extremo difícil.

Algunas actuaciones de la Comisión en materia de ayudas de Estado, precisamente, han desvelado esta forma subrepticia de régimen preferencial. Cuestión distinta es la compatibilidad entre los efectos jurídicos de la declaración de existencia de ayuda de Estado bajo tal técnica, y los efectos propios de la aplicación del principio de libre competencia bajo el imperativo del referido principio⁷² que, recientemente, se ha intentado salvar mediante el expediente de reducir el importe a rembolsar al país que concedió la ayuda de Estado en las cantidades que reclaman otras jurisdicciones fiscales perjudicadas, de manera tal que por esta vía

parte de las empresas multinacionales para el traslado de beneficios mediante sistemas de planificación fiscal agresiva, como por ejemplo el bien conocido doble irlandés con sándwich holandés; opina que las casillas de patentes son una herramienta inadecuada e ineficaz para lograr los objetivos económicos; insiste en que la I+D se puede promover utilizando medidas políticas más amplias que promuevan la innovación a largo plazo y la investigación independiente y mediante subvenciones a las que habría que dar prioridad con respecto a las casillas de patentes...

⁷⁰ Action 5 Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance.

⁷¹ LÓPEZ ESPADAFOR, C. M. y CÁMARA BARROSO, C.: *Estudio sobre la articulación del régimen fiscal de las spin-off* (IEF, doc 2/2014). Los autores efectúan una conclusión, y formulan una propuesta, en los siguientes términos: *Tantos años de estímulos fiscales a las inversiones en I+D+i en el Impuesto sobre Sociedades no han tenido un resultado destacable en la necesaria reestructuración de la estructura empresarial española, no habiéndose incrementado el entramado empresarial tecnológico y científico en España. Por ello, consideramos que sería mejor intentar reconducir esta problemática hacia la configuración de un régimen fiscal especial dentro de dicho Impuesto para las spin-off. No se trata solo de invertir en ciencia o tecnología, sino de crear empresas innovadoras desde un punto de vista tecnológico.*

⁷² *The European Commission's recent state aid investigations of transfer pricing rulings*, US Treasury.

se podría coadyuvar a la consecución del objetivo de alinear la generación de los beneficios con los derechos de imposición⁷³.

Con todas las dificultades que puedan atisbarse, la ayuda de Estado puede ser un potente instrumento para neutralizar el otorgamiento subrepticio de regímenes fiscales preferenciales canalizados a través de acuerdos administrativos inconsistentes con el principio de libre competencia⁷⁴.

- ¿Será eficaz la aprobación de nuevas normas antiabuso y el reforzamiento de las preexistentes en orden a lograr el objetivo de alinear el lugar de la creación de valor con la jurisdicción fiscal competente para recaudar?

Se trata de una cuestión clave pues, en definitiva, una respuesta negativa implicaría reconocer la falta de aptitud del vigente sistema de tributación internacional sobre los beneficios. La respuesta a la misma requiere un análisis de la directiva antiabuso, puesto en relación con las medidas de corte similar propugnadas por la OCDE. A ello se dedica la segunda parte de la presente colaboración.

1.3.3. Algunas conclusiones preliminares

Véase, por tanto, que son bastantes las sombras que se ciernen sobre una parte de los nuevos elementos del escenario de la fiscalidad internacional sobre los beneficios, y no solo en relación con su eficacia, sino respecto de su concordancia con los principios jurídicos básicos de la imposición.

La principal cuestión que suscita el proyecto BEPS es si ha desencadenado una auténtica transformación radical alumbrando nuevos criterios orientadores de la estructura de la fiscalidad internacional sobre los beneficios o, por el contrario, si se ha limitado a insuflar vitalidad a los viejos criterios⁷⁵ y, en este segundo caso, si ha procurado o procurará mejoras efectivas y significativas en el cumplimiento de las obligaciones fiscales, señaladamente de las empresas multinacionales o, por el contrario, si tales mejoras no se producirán por cuanto, simplemente, se ha limitado a apuntalar una estructura decadente, de la que ha llegado a afirmarse, no solo por algunos sectores doctrinales, sino también por la propia UE, que no es apropiada en el tiempo de la globalización⁷⁶. Y, en fin, si acaso siendo así, desvelar el tejido de los intereses que arropa ese presunto conservadurismo.

⁷³ *Statement by Commissioner Vestager on state aid decision that Ireland's tax benefits for Apple were illegal.*

⁷⁴ VESTAGER, M.: *The EU State aid rules: working together for fair competition*, 2016.

⁷⁵ SERRANO ANTÓN, F.: «La influencia del Plan de Acción BEPS en la tributación española: el impacto en la normativa, incremento de litigiosidad y papel de los tribunales», *RCyT. CEF*, núm. 391, octubre 2015.

⁷⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento. *Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales.*

El asunto no es baladí, por cuanto tanto la OCDE como la UE, aun siendo formidables instrumentos de la cooperación internacional y del multilateralismo, no dejan de estar transidas por unas ciertas relaciones de poder y de intereses e imponen unas reglas del juego de las que los gobiernos y parlamentos nacionales apenas pueden apartarse⁷⁷, de manera tal que condicionan la producción de las normas fiscales jurídico-positivas, y de ahí el riesgo del denominado *colonialismo jurídico*⁷⁸.

Tal vez lo que esté aconteciendo sea que el modelo tradicional de Impuesto sobre Sociedades, proyectado sobre un plano internacional globalizado, no sea capaz de procurar una tributación justa, neutral, cierta y distribuida equitativamente entre las diversas jurisdicciones fiscales.

La literatura fiscal de las dos últimas décadas sugiere que el modelo tradicional de Impuesto sobre Sociedades sufre una crisis que se despliega en una triple vertiente⁷⁹:

- La carencia de neutralidad frente a las fuentes de financiación.
- La deficiente integración con la tributación sobre las rentas del capital
- La débil resistencia frente a las maniobras de desplazamiento artificial de beneficios entre jurisdicciones fiscales.

En cierto modo, todo el proyecto BEPS de la OCDE y los trabajos concordantes de la UE no son sino la reacción, compelida por la opinión pública, frente a la tercera vertiente de la crisis del modelo tradicional de Impuesto sobre Sociedades, cuya íntima relación con las otras dos es bien evidente.

Las normas actuales en materia de fiscalidad de las empresas ya no se ajustan al contexto moderno. Los ingresos de las empresas se gravan a escala nacional, pero el entorno económico se ha hecho más globalizado, móvil y digital. Los modelos de actividad y las estructuras de las empresas se han vuelto más complejos, con lo que es más fácil trasladar beneficios. Esto ha hecho más difícil determinar qué país se supone que debe gravar la renta de una empresa multinacional (párrafo introductorio)... Las normas en materia de precios de transferencia están encaminadas a garantizar que el precio de las operaciones intragrupo corresponda a un precio de mercado comparable y que los beneficios se distribuyan de forma equitativa entre los países en que opera una empresa multinacional. Sin embargo, es evidente que el actual sistema de precios de transferencia ya no funciona de forma eficaz en la economía moderna. Tanto las empresas como las administraciones fiscales consideran que el sistema actual es complejo. Además, el sistema puede ser manipulado por las empresas para trasladar beneficios a territorios fiscales de un nivel de imposición bajo o nulo.

⁷⁷ CRUZ AMORÓS, M.: «Impuesto sobre Sociedades: Imposición Internacional», obra colectiva *Opciones para una reforma del sistema tributario español*, dirigida por Julio VIÑUELA DÍAZ, Fundación Ramón Areces, 2014.

⁷⁸ PISTONE, P.: «La planificación fiscal agresiva y las categorías conceptuales del Derecho Tributario Global», *REDF*, 2016: *el cuarto y último desafío es el de la legitimidad global de la coordinación fiscal internacional... este es, posiblemente, el desafío más importante para evitar que la deseable lucha contra la planificación fiscal agresiva no acabe por convertirse en un instrumento con el que algunos Estados imponen sus dinámicas y políticas al resto del mundo, sin que haya una participación igualitaria para determinar el contenido del nuevo orden tributario global.*

⁷⁹ ALBI, E.: «The Challenges of Corporate Income Taxes in a Globalised World (2010)», *Reforma Fiscal*, págs. 120 a 123.

Sin embargo, entre los trabajos del proyecto BEPS, no se encuentra una reflexión sobre la idoneidad del modelo tradicional de Impuesto sobre Sociedades y la eventual pertinencia de otros alternativos, siendo así que, de una parte, la literatura especializada ha venido llamando la atención sobre esta cuestión⁸⁰, y de otra, que el proyecto de la UE sobre una base imponible común consolidada europea implica, de por sí, un desafío, siquiera sea parcial, a dicho modelo. Sucede, sin embargo, que existen modelos alternativos al denominado tradicional que, por su propia textura, resistirían más eficazmente el fenómeno BEPS.

La ausencia de este debate en el proyecto BEPS, tal vez comprensible por razones de táctica política, lo ha empobrecido.

2. LA RELACIÓN ENTRE LAS INICIATIVAS DE LA OCDE Y DE LA UE

En las consideraciones preliminares de la propuesta de directiva antiabuso, se decía que *las directivas de la UE deben ser, en su caso, el mejor medio para poner en práctica las conclusiones BEPS de la OCDE a escala de la UE.*

No todas las materias contenidas en los 15 informes finales del proyecto BEPS⁸¹ han tenido acomodo en la directiva antiabuso, al tiempo que esta última aborda materias no contenidas en dichos informes, por más que la zona de intersección sea notable. Todavía es más amplia esa zona si se consideran los conjuntos de materias contenidos en los 15 informes del proyecto BEPS y en el denominado paquete antievasión de la UE. Un breve análisis de la correspondencia entre los elementos de dichos conjuntos es pertinente a los efectos de precisar el papel que desempeña, en el ámbito de la fiscalidad internacional, la directiva antiabuso.

⁸⁰ CERIONI, L.: *The Quest for a New Corporation Taxation Model and for an Effective Fight against International Tax Avoidance within the EU* (Intertax 2016). CRUZ PADIAL, I.: «Modelos de tributación de los beneficios empresariales», RCyT. CEF, núm. 400, julio 2016.

⁸¹ *Action 1. Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy.*
Action 2. Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements.
Action 3. Designing Effective Controlled Foreign Company Rules.
Action 4. Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments.
Action 5. Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance.
Action 6. Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances.
Action 7. Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status.
Action 8-10. Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation.
Action 11. Measuring and Monitoring BEPS.
Action 12. Mandatory Disclosure Rules.
Action 13. Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting.
Action 14. Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective.
Action 15. Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties.

2.1. CRITERIOS PARA ANALIZAR LA CORRESPONDENCIA ENTRE EL PROYECTO BEPS Y EL PAQUETE ANTIELUSIÓN UE

Para efectuar el análisis de la correspondencia entre los 15 informes del proyecto BEPS y las medidas del paquete antielusión de la UE ha de atenderse, de una parte, a la materia afectada, y de otra, al valor político y jurídico de los actos de las referidas organizaciones internacionales.

Por razón de materia, cabe distinguir entre las medidas concernientes a la configuración del hecho imponible o a su valoración, básicamente del Impuesto sobre Sociedades, y aquellas otras que implican la introducción de mayores dosis de transparencia. Las primeras deparan un mayor impacto sobre la estructura del modelo de tributación, en tanto que las segundas, aun careciendo de un efecto estructural, influyen, a veces poderosamente, sobre los comportamientos de los contribuyentes.

Por su valor político, los informes BEPS, si bien todos ellos pertenecen a la categoría jurídica de las recomendaciones⁸², pueden clasificarse en tres grupos, a saber, los estándares mínimos, las metodologías comunes y las directrices basadas en las mejores prácticas⁸³.

Los estándares mínimos tienen auténtico valor político, por cuanto los países de la OCDE han asumido el compromiso de incorporarlos a sus respectivos ordenamientos tributarios, en tanto que las metodologías comunes y las directrices basadas en las mejores prácticas, solamente tienen un cierto valor técnico o, a lo sumo, representan una exhortación autorizada para la más idónea configuración de los sistemas fiscales en orden a dar consistencia a la tributación de los beneficios en el plano internacional, si bien respecto de las metodologías comunes se tiene la esperanza de que, tras un proceso más o menos largo de aceptación por los respectivos países, puedan llegar a convertirse en estándares mínimos.

El efecto político de los estándares mínimos se manifiesta en el acuerdo de los países de la OCDE y del G20 para someterse a un seguimiento selectivo respecto de su adopción y aplicación. Por otra parte, tendrán valor interpretativo respecto de las normas nacionales que hayan sido aprobadas en atención a los mismos. Sin embargo, más allá de ese valor interpretativo, no parece que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia⁸⁴. Y el valor político inferior de

⁸² Convención de la OCDE, París, 14 de diciembre de 1960. Artículo V:

Con el fin de alcanzar sus objetivos la organización puede:

- a) *Tomar decisiones que, salvo dispuesto de otra forma, serán obligatorias para todos los miembros.*
- b) *Hacer recomendaciones a los miembros.*
- c) *Concluir acuerdos con sus miembros, con Estados no miembros y con organizaciones internacionales.*

⁸³ *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Nota. Informes finales de 2015.*

⁸⁴ SERRANO ANTÓN, F.: «La influencia del Plan de Acción BEPS en la tributación española: el impacto en la normativa, incremento de litigiosidad y papel de los tribunales», *RCyT*. CEF, núm. 391, octubre 2015.

las directrices basadas en las mejores prácticas se entrevé en ciertos párrafos de los informes relativos a las mismas que hacen hincapié en la ausencia de un compromiso político para su establecimiento⁸⁵, cuyo sentido contrario ilumina, igualmente, la tonalidad del valor político de los estándares mínimos.

Las directivas comunitarias, como es bien sabido, obligan jurídicamente a los Estados miembros a adoptar las medidas normativas precisas para su transposición al ordenamiento interno. Tienen, por tanto, valor político, pero también fuerza jurídica manifestada, esencialmente, en el control por parte del Tribunal de Justicia a través del recurso de incumplimiento, de la que carecen los estándares mínimos de la OCDE.

En fin, las recomendaciones de la Comisión explicitan su criterio sobre las medidas más idóneas a adoptar por los Estados miembros, pero no son vinculantes para los mismos.

Es claro que las medidas con valor político, esto es, estándares mínimos de la OCDE y directivas de la UE, son las auténticamente relevantes desde la perspectiva de la transformación de la realidad de la fiscalidad internacional, en cuanto están llamadas a concretarse en normas fiscales jurídico-positivas, aun cuando pueda postularse que el conjunto de todas las medidas esté configurando una suerte de gobernanza fiscal internacional⁸⁶.

2.2. LA MATRIZ DE LAS RELACIONES ENTRE EL PROYECTO BEPS Y EL PAQUETE ANTIELUSIÓN DE LA UE

Seguidamente se sintetizan las relaciones básicas entre los 15 informes finales del proyecto BEPS y el paquete antievasión de la UE, debidamente clasificadas en razón a su valor político o político-jurídico y al elemento tributario afectado⁸⁷.

Dicha síntesis, que será meramente enunciativa en el caso de las materias afectadas por la directiva antiabuso, ya que serán tratadas más extensamente en la segunda parte de la presente colaboración, permitirá, adicionalmente, bosquejar hasta qué punto la acción de la OCDE ha producido, o no, un cambio apreciable en el sistema de tributación internacional sobre los beneficios.

⁸⁵ Acción 12. *Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva: las recomendaciones incluidas en el informe no constituyen un estándar básico, por lo que los distintos países pueden decidir libremente si introducir o no regímenes de declaración obligatoria.*

⁸⁶ GRINBERG, I.: *Breaking BEPS: The New International Tax Diplomacy*, Georgetown University Law Center, 2015.

⁸⁷ PATÓN GARCÍA, G.: «Reforma Fiscal Post-Beps: Una apuesta por la superación de los retos en la ejecución», RCyT. CEF, núm. 399, junio 2016. Clasifica las materias de BEPS en sustantivas y procedimentales.

2.2.1. Estándares mínimos nuevos

De acuerdo con los criterios de la OCDE, son estándares mínimos nuevos las medidas contra el *treaty shopping*, el informe país por país, la lucha contra las prácticas perniciosas, y la mejora en la resolución de conflictos.

2.2.1.1. Medidas relativas al *treaty shopping* (Acción 6)

La finalidad de las mismas es evitar el denominado *treaty shopping*, esto es, la utilización de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición por quien no tiene derecho, para obtener una ventaja fiscal.

A estos efectos se proponen tres medidas.

En primer lugar, los convenios deben incluir una declaración en virtud de la cual las partes se comprometen a evitar situaciones que entrañen riesgo de doble imposición o de imposición excesivamente reducida derivada de prácticas abusivas.

En segundo lugar, los convenios contendrán una cláusula específica de limitación de los beneficios que en el mismo se establecen a las personas que lo merezcan en virtud de criterios sustanciales (cláusula LBO).

En tercer lugar, se introducirá una cláusula general antiabuso basada en el test del propósito principal (cláusula PPT), la cual está destinada, básicamente, a frustrar formas de uso abusivo de los convenios no cubiertas por la cláusula LBO.

Por su parte, la Comisión ha formulado una recomendación a los Estados miembros, concerniente a la aplicación de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición, basada en el test del propósito principal⁸⁸.

Estas medidas no afectan al hecho imponible de la tributación sobre los beneficios, pero dificultan el desplazamiento artificioso de los beneficios gravables hacia jurisdicciones de conveniencia.

2.2.1.2. El informe país por país (Acción 13)

La información país por país obliga a las empresas multinacionales a revelar información sobre ingresos, beneficios, impuestos sobre los mismos y otras magnitudes económicas, en relación con cada jurisdicción fiscal en la que operan.

⁸⁸ [C(2016)271 final], de 28 de enero de 2016.

La propuesta de modificación de la Directiva 2011/16/UE, relativa al intercambio de información⁸⁹, aprobada mediante la Directiva 2016/881, ha incorporado al ámbito de la UE la información país por país⁹⁰.

Estas medidas se refieren, exclusivamente, a obligaciones tributarias formales de información y, aun cuando, obviamente, no versan sobre el hecho imponible o su valoración, podrían tener un potente efecto disuasorio respecto de las operaciones de desplazamiento artificial de bases imponibles hacia jurisdicciones fiscales de conveniencia pues, en definitiva, tal información ofrecerá indicaciones respecto de si existen, o no, distorsiones entre el lugar de la generación de la renta según la sustancia económica y la creación de valor y su distribución entre jurisdicciones fiscales⁹¹.

Para ello es necesario que esta obligación de información se cumplimente correctamente, y que la jurisdicción fiscal competente para recibir la información, esto es, aquella en la que reside la entidad dominante del grupo, efectúe el control pertinente. Obviamente se abre así, en potencia, la puerta a una suerte de competencia fiscal subrepticia basada en la benevolencia controladora de determinadas autoridades fiscales, que estaría alimentada por las mismas estrategias que alentaron los denominados *ruling* constitutivos de ayudas de Estado⁹².

Con todo, la importancia de esta medida en orden a la consecución de los objetivos del proyecto BEPS ha sido precozmente intuida por la doctrina⁹³.

2.2.1.3. La lucha contra las prácticas tributarias perniciosas (Acción 5)

Consiste, básicamente, en la adopción del enfoque de actividad sustancial, hecho efectivo a través del denominado mecanismo del nexo, a los efectos de examinar y detectar la existencia de un régimen fiscal preferencial perjudicial. Este enfoque, cuya primera aplicación práctica se ha

⁸⁹ [COM(2016) 25 final].

⁹⁰ CARMONA FERNÁNDEZ, N.: «Intercambio automático de información fiscal (país por país) entre Estados miembros de la Unión Europea», *Carta Tributaria*, 2016.

⁹¹ MARTIN HEES: CFE Forum 2016: *Rebuilding International Taxation-How to Square the Circle*.

⁹² Belgian Excess Profit. Commissioner Margrethe Vestager, in charge of competition policy, stated: «Belgium has given a select number of multinationals substantial tax advantages that break EU state aid rules. It distorts competition on the merits by putting smaller competitors who are not multinational on an unequal footing. There are many legal ways for EU countries to subsidise investment and many good reasons to invest in the EU. However, if a country gives certain multinationals illegal tax benefits that allow them to avoid paying taxes on the majority of their actual profits, it seriously harms fair competition in the EU, ultimately at the expense of EU citizens».

⁹³ 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?», *QF*, enero 2014.

proyectado sobre el denominado *patent box*, es más exigente que el basado en los denominados cuatro factores clave y los ocho complementarios⁹⁴.

Por su parte, la UE ha desplegado, en este ámbito, el segundo bloque de medidas del Plan de Acción de la UE⁹⁵.

Tampoco estas medidas afectan a la obligación tributaria material de manera directa, esto es, al hecho imponible o a su valoración, aunque indirectamente pueden contribuir a su mejor cumplimiento, en cuanto procuran una mayor contención respecto del establecimiento y mantenimiento de regímenes tributarios privilegiados y, por ende, minoran las oportunidades de desviación de beneficios.

Sin embargo, este nuevo enfoque, al igual que el precedente, no afecta a la competición fiscal a través del descenso del tipo de gravamen. Ahora bien, precisamente, en los estudios concernientes al proyecto de la base imponible común consolidada europea, se puso de relieve la potencia deslocalizadora de los descensos agresivos del tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades⁹⁶, de manera tal que el anuncio del descenso del tipo de gravamen efectuado por el Reino Unido plantea un desafío importante por cuanto estimulará las operaciones de deslocalización por motivos fiscales, tanto artificiosas como reales⁹⁷.

2.2.1.4. La mejora de la resolución de conflictos (Acción 14)

Se trata de medidas para hacer más efectivos los mecanismos de resolución de conflictos, en particular, para reforzar la eficacia del procedimiento amistoso del artículo 25 del Modelo de Convenio de la OCDE.

En fin, estas medidas tratan de evitar el exceso de imposición derivado de una regularización fiscal fundamentada en la aplicación del principio de libre competencia, o de una interpretación dispar de las normas fiscales aplicables a operaciones transfronterizas.

⁹⁴ *The OECD'S Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report. Consolidated Application Note. Guidance in Applying the 1998 report to preferential tax regimes* (2004, OCDE).

⁹⁵ *Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo. Un justo y eficiente sistema de tributación de las sociedades en la Unión Europea. 5 áreas claves para la acción*. La Acción 2 persigue asegurar que los beneficios tributen donde se generan, vinculando los regímenes privilegiados al lugar de la creación de valor.

⁹⁶ *Company Taxation in the Internal Market*, 2001.

⁹⁷ On 19 July 2016, the Chancellor of the Exchequer reminded Members of Parliament of the announcement at Budget for 2016-17 to reduce the main rate of corporation tax to 17% (see United Kingdom-6, News 16 March 2016). He made no reference to his predecessor's remarks that the rate should be further reduced to 15% to mitigate the consequences of the leave vote (see United Kingdom-2, News 5 July 2016). But he assured that he «will not just be looking at headline rates» and that he will also consider «the marginal effective rates of corporate tax for investors in the UK» in order to target more investment, more jobs and the creation of more wealth in the UK.

Nótese que las medidas que propugna el proyecto BEPS, *pueden provocar cierta inseguridad jurídica y que si no se toman medidas, podrían incrementar en el corto plazo los casos de doble imposición y de conflictos sujetos a procedimiento amistoso*⁹⁸.

Están relacionadas con el Convenio de Arbitraje de la UE⁹⁹.

2.2.2. Estándares mínimos preexistentes

De acuerdo con la OCDE, son estándares mínimos preexistentes, sometidos a una actualización y mejora, los cambios en la definición de establecimiento permanente y los cambios en las directrices de precios de transferencia.

2.2.2.1. La definición de establecimiento permanente (Acción 7)

Establece los cambios a realizar en el artículo 5 del Modelo de convenio, concerniente a la definición de establecimiento permanente, y en los comentarios correspondientes, con la finalidad de hacer frente a las estrategias empleadas para esquivar el nexo fiscal, mediante el reemplazo de los distribuidores por mecanismos de comisionistas y estrategias similares, la utilización impropia de las excepciones, la fragmentación de actividades entre partes estrechamente relacionadas y, en fin, el fraccionamiento de contratos.

Tanto las modificaciones del artículo 5 del Modelo de convenio como los comentarios correspondientes no implican *como finalidad directa la reforma de los estándares internacionales vigentes sobre la atribución del derecho a gravar las rentas transfronterizas*¹⁰⁰. Por tanto, el punto de conexión o nexo fiscal continúa descansando sobre la existencia de un lugar fijo de negocios o de un agente dependiente.

Los cambios que se introducen en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 5 del Modelo de convenio no implican modificación alguna en las líneas maestras que configuran la existencia de un establecimiento permanente. Los cambios tratan de hacer frente a operaciones irregulares detectadas por las administraciones tributarias.

⁹⁸ Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Informes Finales de 2015. Resúmenes. Nota explicativa.

⁹⁹ Convenio de 21 de julio de 1990. Código de conducta revisado para la aplicación efectiva del Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (2009/C 322/01).

Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa.

¹⁰⁰ Acción 7, apartado 3 de la introducción.

Ahora bien, toda estrategia de fraude o evasión fiscal puede ser combatida mediante las normas generales antiabuso, y los nuevos textos así como los correspondientes comentarios, aun cuando tengan naturaleza prospectiva¹⁰¹, no debieran cerrar el paso a la aplicación de aquellas, por más que este extremo no quede suficientemente reflejado en el texto de la Acción 7.

La UE no labora en este campo, más allá de la exhortación contenida en la recomendación de la Comisión relativa a medidas contra el abuso en los tratados, anteriormente mencionada.

2.2.2.2. *La renovación de las Directrices sobre Precios de Transferencia en orden a la aplicación del principio de libre competencia (Acciones 8-10)*

Lo primero que debe destacarse es que se respeta la adhesión al principio de libre competencia, de manera tal que, en consecuencia, *se han alcanzado las metas que se había prefijado el Plan de Acción BEPS en relación con el desarrollo de normas para la determinación de los precios de transferencia sin necesidad de adoptar medidas especiales fuera del principio de plena competencia*¹⁰². No obstante, se anuncia que *se llevará a cabo trabajo adicional sobre métodos de reparto de beneficios y operaciones financieras*. Estos trabajos, sin embargo, no tienen por qué apartarse, ni lo harán, del principio de libre competencia, máxime si la adhesión al mismo se entiende cumplida con una declaración puramente voluntarista¹⁰³, por más que algunos expertos ya hayan expresado sus dudas sobre el particular¹⁰⁴.

La Acción 8 se concreta en la revisión del capítulo VI de las Directrices sobre Precios de Transferencia, consagrado a los activos intangibles. La nueva redacción, estructurada en cuatro apartados, enfatiza que *la titularidad jurídica de los intangibles no genera necesariamente, por sí sola, el derecho a percibir la totalidad (ni tan siquiera una parte) de los beneficios emanados de la explotación de los mismos*, saliendo así al paso de las distribuciones arbitrarias de la renta generada por los intangibles entre las entidades del grupo de empresas, de manera tal que *las entidades del grupo que desarrollen funciones importantes, aporten gran parte de los activos y controlen los riesgos económicamente relevantes, de acuerdo con la delineación de la transacción efectivamente realizada, tendrán derecho a una remuneración proporcional al valor de sus contribuciones*¹⁰⁵.

¹⁰¹ Acción 7, apartado 4 de la introducción.

¹⁰² Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Informes finales 2015. Resúmenes, pág. 35.

¹⁰³ BEPS Actions 8-10. Revised Guidance on Profit Splits. Public Discussion Draft, apartados 12 y 44.

¹⁰⁴ STORCK; PETRUZZI; PANKIV y ROMERO TAVARES: «Global Transfer Pricing Conference "Transfer Pricing in a Post-Beps World"», ITPJ, 2016. Véanse comentarios a la sesión primera: *An Overview of Emerging International Standards*.

¹⁰⁵ Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Informes finales 2015. Resúmenes, pág. 33.

Bien se comprende que lo relevante no es la proclamación de esos objetivos, sino los medios que se ofrecen para alcanzarlos. Y es aquí donde, con toda crudeza, se revela lo que podríamos denominar, con cierta exageración de finalidad puramente didáctica, la tragedia de la aplicación práctica del principio de libre competencia.

En efecto, construida tal aplicación sobre la base de un análisis de comparabilidad con las operaciones concertadas entre terceros independientes, previamente pasadas por el tamiz de los riesgos, funciones y activos involucrados, el texto del nuevo capítulo VI está empedrado de advertencias sobre las dificultades que tal ejercicio comporta. Se habla así de un *reto importante* derivado de *la falta de comparabilidad entre las operaciones relacionadas con intangibles emprendidas entre empresas asociadas y aquellas que pueden identificarse entre empresas independientes*, así como de *la falta de comparabilidad entre los intangibles en cuestión*, o se indica que *los intangibles pueden tener características especiales que compliquen la búsqueda de comparables y, en algunos casos, dificulten la determinación de los precios en el momento de celebrarse la operación*, siendo posible, por otra parte, *que por motivos empresariales totalmente legítimos... las empresas estructuren una operación que involucre intangibles de una forma diferente a la que contemplan empresas independientes* y, en fin, se afirma palmariamente que *debe reconocerse que puede que, en muchos casos que involucren intangibles, sea difícil o imposible identificar comparables fiables*, de forma tal que *en situaciones en las que no puedan identificarse operaciones no vinculadas comparables*, acaba por admitirse el uso de *técnicas de valoración para estimar el precio de plena competencia de los intangibles transferidos entre empresas asociadas... a modo de herramienta que puede ser aplicada de forma útil para identificar el precio de plena competencia*, eso sí, proclamando que las técnicas de valoración deben ser aplicadas *de forma consistente con el principio de plena competencia*, aun a sabiendas de que *las estimaciones de valores basadas en estas técnicas pueden ser volátiles*, ya que *las pequeñas variaciones en una u otra de las hipótesis subyacentes en el modelo de valoración o en uno o varios de los parámetros de valoración pueden conducir a grandes diferencias en el valor del intangible que arroje el modelo*.

Estas advertencias no desmerecen la labor realizada por la OCDE en la nueva redacción del capítulo VI. La metodología de valoración que en el mismo se despliega en torno a los conceptos de desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación del activo intangible encierra evidente utilidad. Es posible atisbar, a la luz de la misma, y tomando en consideración las dificultades de encontrar comparables externos, que el método de distribución del beneficio habrá de jugar un relevante papel, máxime si se toma en consideración la naturaleza altamente integrada de las actividades económicas desplegadas por las entidades de los grupos multinacionales¹⁰⁶.

Ahora bien, es lo cierto que la división del beneficio combinado difícilmente se podrá realizar, en la práctica, en función de comparables tomados de transacciones entre partes independientes debiendo, en su lugar, acudir a la asunción de que las partes independientes hubieran realizado

¹⁰⁶ STORCK; PETRUZZI; PANKIV y ROMERO TAVARES: «Global Transfer Pricing Conference "Transfer Pricing in a Post-Beps World"», ITPJ, 2016. Véanse comentarios a la sesión 3: *Transfer Pricing Aspects of Intangibles*.

tal división en función del valor de sus respectivas aportaciones a la operación en común¹⁰⁷. Aun admitiendo que esa asunción respete el principio de libre concurrencia, no se escapan las graves dificultades, tanto para los contribuyentes como para las administraciones fiscales, en orden a establecer y controlar, respectivamente, en cada caso, los factores que posibiliten esa división.

La Acción 9 versa sobre el análisis del riesgo asumido en las operaciones entre partes vinculadas.

La asociación entre riesgo y beneficio había llevado, según la OCDE, a algunos grupos multinacionales a efectuar reasignaciones de riesgos impostadas, mediante fórmulas contractuales *ad hoc*. La OCDE, ofrece un reforzamiento del análisis de los riesgos, y ha precisado *que los riesgos asumidos contractualmente por una parte que no tiene la capacidad, en la práctica, de ejercer un control específico y significativo sobre los riesgos, o que carece de capacidad financiera para asumir tales riesgos, serán atribuidos a la parte que ejerza efectivamente dicho control y que disponga de capacidad financiera suficiente para asumir los riesgos en cuestión*¹⁰⁸, en línea con la preferencia del fondo o sustancia sobre la forma, dando así prioridad a la causa del contrato.

La Acción 10 aborda las operaciones carentes de lógica comercial, la utilización de métodos impropios de precios de transferencia con la finalidad de desviar beneficios y los servicios de apoyo a la gestión o gastos de administración repercutidos, todo ello con la finalidad de *garantizar que los resultados están en línea con la creación de valor*.

La Acción 9 y la Acción 10 se concretan, básicamente, en la revisión de la Sección D del capítulo I de las Directrices sobre Precios de Transferencia.

El análisis del riesgo que comporta la operación vinculada es un elemento esencial del análisis funcional. La OCDE propone, a tal efecto, un método detallado¹⁰⁹. Seguramente, buena parte de las operaciones entre partes vinculadas diseñadas a efectos puramente fiscales, y carentes de realidad económica, sucumbirán ante el análisis del riesgo. Ya la antigua redacción de las Directrices permitía llegar a esta conclusión, si bien, básicamente, mediante el análisis de las operaciones realmente efectuadas, en cuya virtud podían ser ignoradas (*disregarding*) aquellas en las que se apreciaba una divergencia entre fondo y forma y aquellas otras que no son concebibles entre partes independientes¹¹⁰. La nueva redacción abunda en esta línea, puesto que *la operación definida con precisión puede ignorarse y, en su caso, sustituirse por otra operación alternativa cuando los acuerdos alcanzados en relación con la operación, considerados en su totalidad, difieren de los que habrían adoptado empresas independientes comportándose con lógica comercial en circunstancias comparables*¹¹¹.

¹⁰⁷ *Revised Guidance on Profit Split. Sección C.4.4 Public Discussion Draft. OCDE.*

¹⁰⁸ *Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Informes finales 2015. Resúmenes*, pág. 33.

¹⁰⁹ *Directrices sobre Precios de Transferencia*, véase apartado 1.60 del capítulo I.

¹¹⁰ *Directrices sobre Precios de Transferencia*, apartado 1.65, texto de 2010.

¹¹¹ *Directrices sobre Precios de Transferencia*, apartado 1.122, texto vigente.

Nada nuevo o, tal vez sí, por cuanto se acentúan las llamadas a la prudencia y moderación de las administraciones fiscales en el ejercicio de la competencia de desconsideración¹¹².

También forman parte de las Acciones 8 a 10, las pautas adicionales al capítulo II, relativo a la metodología para determinar los precios de transferencia, consecuentes con la revisión del capítulo VI y las adiciones al mismo, concernientes a materias primas, la revisión del Capítulo VII, dedicado a los servicios de bajo valor añadido, así como la del capítulo VIII, dedicado a los acuerdos de reparto de costes.

Con fecha de 23 de mayo de 2016, el Consejo de la OCDE aprobaba la modificación de las Directrices de Precios de Transferencia para incorporar los productos de las Acciones 8-10¹¹³.

Una parte de la doctrina ha saludado la referida modificación, que indudablemente versa sobre la valoración del hecho imponible, como el inicio de una nueva era para la fiscalidad internacional y los precios de transferencia en particular¹¹⁴.

¹¹² *Directrices sobre Precios de Transferencia*, apartado 1.123, texto vigente.

¹¹³ La correspondiente nota de la OCDE explicaba los cambios de la siguiente manera: *On 23 May 2016, the OECD Council approved the amendments to the Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations («Transfer Pricing Guidelines»), as set out in the 2015 BEPS Report on Actions 8-10 «Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation» and the 2015 BEPS Report on Action 13 «Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting». These amendments provide further clarity and legal certainty about the status of the BEPS changes to the Transfer Pricing Guidelines, which were endorsed by the Council on 1 October 2015, by the G20 Finance Ministers on 8 October 2015, and by the G20 Leaders on 15-16 November 2015.*

The amendments approved by the Council translate these BEPS transfer pricing measures into the Transfer Pricing Guidelines, as well as into the Recommendation of the Council on the Determination of Transfer Pricing Between Associated Enterprises [C(95)126/FINAL], which now contains a reference in the Preamble to these BEPS Reports. Given the way in which the Transfer Pricing Guidelines are integrated into the domestic law of certain countries, including by direct reference to the Guidelines themselves, this update process further clarifies the status of the BEPS changes to the Transfer Pricing Guidelines.

The specific changes introduced in the Transfer Pricing Guidelines by these Reports are as follows:

The current provisions of Chapter I, Section D of the Transfer Pricing Guidelines are deleted in their entirety and replaced by new guidance.

Paragraphs are added to Chapter II of the Transfer Pricing Guidelines, immediately following paragraph 2.16.

A new paragraph is inserted following paragraph 2.9.

The current provisions of Chapter V of the Transfer Pricing Guidelines are deleted in their entirety and replaced by new guidance and annexes.

The current provisions of Chapter VI of the Transfer Pricing Guidelines and the annex to this Chapter are deleted in their entirety and replaced by new guidance and annex.

The current provisions of Chapter VII of the Transfer Pricing Guidelines are deleted in their entirety and replaced by new guidance.

The current provisions of Chapter VIII of the Transfer Pricing Guidelines are deleted in their entirety and replaced by new guidance.

¹¹⁴ STORCK; PETRUZZI; PANKIV Y ROMERO TAVARES: «Global Transfer Pricing Conference "Transfer Pricing in a Post-Beps World"», *ITPJ*, 2016.

A la vista de lo expuesto, esta afirmación parece bastante exagerada.

Los productos precedentes están relacionados con el segundo bloque de medidas del Plan de Acción de la UE que consisten, básicamente, en una función de seguimiento y adaptación de los trabajos de la OCDE al ámbito europeo¹¹⁵. Por tanto, el campo de acción de la UE es bastante limitado, y parece lógico que así sea, habida cuenta de la proyección global de las operaciones vinculadas.

Por otra parte, el Foro sobre Precios de Transferencia de la UE¹¹⁶, de acuerdo con su mandato, ha producido un conjunto de informes relativos a la aplicación uniforme de criterios en materia de precios de transferencia, con el objetivo de remover obstáculos para la realización de actividades económicas transfronterizas¹¹⁷, por tanto, sin una preocupación específica por el desplazamiento irregular de los beneficios en el seno de grupos de empresas multinacionales aunque, desde luego, no en contradicción con el proyecto BEPS¹¹⁸.

2.2.3. Metodologías comunes

De acuerdo con la OCDE, son metodologías comunes las recomendaciones concernientes al tratamiento de los productos y entidades híbridas, y las relativas a la limitación a la deducción de intereses.

¹¹⁵ *Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo. Un justo y eficiente sistema de tributación de las sociedades en la Unión Europea. 5 áreas claves para la acción.: El proyecto BEPS de la OCDE presenta directrices en caminadas a ajustar los precios de transferencia en función de la creación de valor. Sin embargo, estas directrices serán bastante amplias, para reflejar las necesidades del conjunto de miembros de la OCDE y el G20. Por lo tanto, la Comisión empezará a trabajar con los Estados miembros y las empresas para, sobre la base de estas normas, desarrollar una aplicación coordinada y más concreta dentro de la UE que refleje la realidad económica del mercado único. Por ejemplo, las propuestas recientes de la OCDE y de la UE destinadas a aumentar la transparencia facilitarán nueva información que podría ayudar a las administraciones fiscales a detectar las transacciones intragrupo que requieren más investigación. La Comisión ofrecerá orientación y propondrá herramientas concretas sobre la forma en que las administraciones fiscales podrían utilizar mejor esta información.*

¹¹⁶ Decisión de la Comisión 2015/C28/05. Artículo 2. Cometidos del Foro: a) crear un espacio en el que los expertos de las empresas, la sociedad civil y las administraciones fiscales nacionales puedan debatir sobre los problemas relacionados con los precios de transferencia, que obstaculizan las actividades empresariales transfronterizas en la Unión; b) asesorar a la Comisión en las cuestiones fiscales relacionadas con los precios de transferencia; c) ayudar a la Comisión a hallar soluciones prácticas, compatibles con las Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributaria.

¹¹⁷ *Joint Transfer Pricing Forum. Achievements. Taxation and Customs. European Commission.* TRAPÉ VILADOMAT, M.: «El Foro sobre Precios de Transferencia de la Unión Europea», ICE, 2005. GOLMAYO ALONSO, L.: «El Foro de precios de transferencia de la Unión Europea. Trabajos en curso y expectativas. Posición española», IEF, 2007.

¹¹⁸ *Comunicación de la Comisión COM (2015) 315 final: La labor del FCPT guarda coherencia con las acciones previstas en el Plan de Acción BEPS. Los respectivos informes sobre ajustes secundarios, gestión del riesgo en materia de precios de transferencia y ajustes compensatorios abordan tareas clave identificadas por la Comisión al establecer el FCPT y contempladas en el plan de acción BEPS...*

2.2.3.1. *Tratamiento de los productos financieros híbridos (Acción 2)*

Establece un conjunto de reglas para evitar situaciones en las que un gasto no tiene la contrapartida de un ingreso en otra jurisdicción fiscal o en las que un mismo gasto es imputado en dos jurisdicciones fiscales. La regla principal apunta a la no deducción del gasto, pero en caso de no aplicarse por la jurisdicción fiscal correspondiente, otra regla secundaria apunta al cómputo del ingreso o a la restricción del gasto duplicado.

El artículo 9 de la directiva antiabuso regula esta materia, con la misma finalidad y criterios similares, pero no idénticos.

2.2.3.2. *Limitación a la deducción de intereses (Acción 4)*

Propone un ratio fijo sobre el ebitda y, adicionalmente, pero de manera facultativa, un ratio sobre la estructura financiera del grupo de empresas, a modo de cláusula de escape.

El artículo 4 de la directiva antiabuso de la UE regula la materia de manera semejante.

La deducción de los gastos financieros afecta al núcleo del hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades. Se trata de uno de los puntos más delicados de la arquitectura de la fiscalidad internacional sobre los beneficios. Los gastos financieros han sido en el pasado inmediato, y tal vez lo continúen siendo, el cauce más amplio para las operaciones de desviación de beneficios pero, al tiempo, son manifestación de una función empresarial fundamental como lo es la financiera. Unas mediadas toscas o ambiguas en este dominio, además de acarrear inseguridad y doble imposición, determinarán distorsiones económicas y pérdida de competitividad.

La importancia de la materia, y su íntima relación con las operaciones entre empresas asociadas, ameritaba que la misma hubiera alcanzado el rango de estándar mínimo.

2.2.4. Mejores prácticas

De acuerdo con la OCDE, son directrices basadas en las mejores prácticas la transparencia fiscal internacional y la información sobre planificación fiscal agresiva.

2.2.4.1. *Transparencia fiscal internacional (Acción 3)*

Expone los rasgos básicos de la transparencia fiscal internacional. Dedicar particular atención a las rentas afectas.

Se relaciona con los artículos 7 y 8 de la directiva antiabuso.

Aun cuando relegada al escalón inferior de las mejores prácticas, debe llamarse la atención acerca de que la OCDE haya propuesto la transparencia fiscal internacional como un remedio só-

lido contra las operaciones de desviación de beneficios cuando, anteriormente, solamente había logrado, frente a la oposición de un puñado de países, apuntalar su compatibilidad con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

2.2.4.2. Información sobre planificación fiscal agresiva (Acción 12)

Establece un marco de las mejores prácticas en orden a la declaración obligatoria de estructuras de planificación fiscal agresiva.

Se relaciona, tangencialmente, con los trabajos de la plataforma sobre buena gobernanza fiscal de la UE, habida cuenta de que la misma pretende fomentar un debate sobre la planificación fiscal agresiva¹¹⁹.

2.2.5. Otros aspectos

Algunas de las acciones precedentes requieren la modificación de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición. Para hacerla eficaz, se prevé abrir a la firma un instrumento multilateral (Acción 15).

En este punto, la UE no ha adoptado iniciativa alguna, más allá de recabar el criterio de expertos en el contexto del proyecto CCCTB¹²⁰.

En fin, la economía digital implica nuevos riesgos, sin que exista una línea de demarcación con la economía en su conjunto (Acción 1). En este aspecto cabe señalar los informes del Grupo de expertos en economía digital de la UE.

2.3. MATERIAS ABORDADAS POR LA OCDE Y POR LA UE, Y SU DISTINTO VALOR

El ejercicio precedente pone de relieve el alto grado de coincidencia entre el proyecto BEPS y las iniciativas de la UE, pero también ciertas diferencias. Una sucinta recapitulación de dicho ejercicio destacaría tres perspectivas:

¹¹⁹ Decisión de la Comisión de 17 de junio de 2015, por la que se establece el grupo de expertos de la Comisión «Plataforma sobre la Buena Gobernanza Fiscal, la Planificación Fiscal Agresiva y la Doble Imposición» y se sustituye la Decisión C(2013) 2236. Son funciones, entre otras, de la Plataforma: *a) fomentar el debate entre los expertos procedentes del sector empresarial, la sociedad civil y las autoridades fiscales nacionales en torno a cuestiones referentes a la buena gobernanza en el ámbito fiscal, la planificación fiscal agresiva y la doble imposición; b) proporcionar a la Comisión información pertinente para determinar las prioridades en los ámbitos señalados en la letra a) y seleccionar los medios... e instrumentos adecuados con vistas a progresar en ellos.*

¹²⁰ *Impact of European law on double taxation conventions concluded between Member States and with third states. Meeting of a group of experts in Brussels on 5 July 2005.*

En primer lugar, el distinto campo de materias reguladas. Así, son materias abordadas por la directiva antiabuso, pero no por el proyecto BEPS, la cláusula antiabuso general, la denominada cláusula de inversión (desaparecida en el curso de los debates del Consejo) y la tributación de salida.

Y son materias no abordadas o escasamente abordadas por la UE, entre otras de menor significado, pero sí comprendidas en el proyecto BEPS, los precios de transferencia, la delimitación del establecimiento permanente y las cláusulas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición. Otras materias tales como la contención de la competencia fiscal perjudicial o la revelación de ciertas estrategias fiscales, aunque no incluidas en la directiva antiabuso, sí son objeto de los trabajos, tanto de la UE como de la OCDE.

En segundo lugar, el distinto valor político y jurídico de los productos de una y otra organización internacional constituye un elemento diferenciador de importancia capital. Así, todos los productos de la OCDE que no tengan la consideración de estándares mínimos no tendrán por qué ser adoptados por aquellos países que no lo deseen y, además, la adopción de los estándares mínimos no estará sujeta a control judicial, en tanto que los productos de la UE inscritos en la directiva antiabuso necesariamente deberán ser transpuestos al ordenamiento jurídico interno, bajo control del Tribunal de Justicia.

Desde esta perspectiva, parece que los Estados miembros de la UE han ganado grados de coordinación y perdido grados de libertad en la configuración del Impuesto sobre Sociedades. Sin embargo, la directiva antiabuso contiene una regulación de carácter mínimo que, por tanto, puede ser rebasada por los Estados miembros y que, por otra parte, se expresa en términos de principios antes que en normas precisas, excepto por lo que se refiere a las asimetrías híbridas, lo que rebaja bastante su fuerza unificadora¹²¹.

En fin, una tercera perspectiva del ejercicio de comparación que se viene desarrollando descansa en la fuerza de las diferentes medidas en orden al objetivo de situar la renta en la entidad que realiza la actividad económica de la que deriva y que, por tanto, ha creado valor. En este punto, se estima que el principio de libre competencia es la pieza central. Interpretado y aplicado en su máxima extensión, el principio de libre competencia da respuesta a muchos de los desafíos planteados por las prácticas fiscales determinantes de desplazamientos artificiosos de beneficios. Adicionalmente, la correcta delimitación del establecimiento permanente. Una transparencia fiscal internacional muy exigente podría también ocupar un puesto preeminente pero, como se verá en la segunda parte de esta colaboración, no ha sido el caso.

Por tanto, sin dejar de reconocer la importancia de las materias reguladas por la directiva antiabuso, es lo cierto que, en cuanto muñidora de los estándares mínimos concernientes al principio de libre competencia y a la definición de los establecimientos permanentes, la iniciativa de la

¹²¹ CALDERÓN CARRERO, J. M.: *La aprobación por el Ecofin de la Directiva UE frente a la elusión fiscal del Impuesto sobre Sociedades*.

OCDE ha superado a la de la UE en relación con el objetivo de evitar el desplazamiento artificioso de bases imponibles por motivos fiscales. En este sentido, cabe llamar la atención de que el informe del Parlamento europeo proponía la inclusión de preceptos relativos a las materias aludidas¹²².

3. OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA ANTIABUSO

De acuerdo con las declaraciones contenidas en las consideraciones preliminares de la directiva, sus objetivos son los siguientes¹²³:

- Evitar el desplazamiento irregular de beneficios entre entidades del mismo grupo multinacional, en línea con el proyecto BEPS.
- Garantizar que ese objetivo se realizará de manera que no surjan perturbaciones derivadas de implementaciones heterogéneas.
- Procurar que se corrijan los eventuales supuestos de doble imposición.
- Salvaguardar la aplicación del principio de libre competencia.

3.1. ALINEAR LA CREACIÓN DE VALOR CON LOS DERECHOS DE IMPOSICIÓN, DE ACUERDO CON EL PROYECTO BEPS

En las consideraciones preliminares de la directiva antiabuso se dice que *las prioridades políticas actuales en materia de fiscalidad internacional ponen de relieve la necesidad de garantizar el pago del impuesto allí donde se generen los beneficios y el valor*. Esta misma idea se desliza, machaconamente, en los textos que conforman el proyecto BEPS. Así, en la introducción de la *Nota explicativa* del proyecto BEPS se dice que se debe *asegurar que los beneficios queden gravados allá donde tienen lugar las actividades económicas y se añade valor*.

Para lograr tal objetivo es preciso establecer unas normas que definan la relación entre actividad económica y territorio sobre el que ejerce soberanía cada jurisdicción fiscal. Ciertamente, estas normas no las encontramos en la directiva antiabuso.

¹²² Informe sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, de 27 de mayo de 2016 [COM(2016)0026 –C8-0031/2016– 2016/0011(CNS)]. Enmiendas números 51 y 52, incluyendo, respectivamente, los artículos 4 bis, definición de establecimiento permanente y 4 ter, beneficios de los establecimientos permanentes, y enmienda 64, precios de transferencia.

¹²³ LÓPEZ RIBAS, S.: «Directiva contra las prácticas de elusión fiscal», *Carta Tributaria*, 2016.

Estas normas están plasmada en la legislación interna y en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, señaladamente, por lo que hace a la tributación de los beneficios, y tomando como referencia el Modelo de Convenio de la OCDE, en los artículos 5, 7 y 9. Así, el vínculo entre el territorio de cada jurisdicción fiscal y la renta derivada de la realización de actividades económicas se establece en función de los criterios rectores de la residencia fiscal y de la configuración de un lugar de negocios o establecimiento permanente, de manera tal que sobre la renta obtenida por las entidades residentes en una determinada jurisdicción o por los establecimientos permanentes ubicados en la misma, podrá esta ejercitar derechos de imposición.

Bien se comprende que este esquema, que podríamos denominar de territorialización del beneficio¹²⁴, en sí mismo correcto, ofrece notables debilidades prácticas, entre otras, las siguientes:

- La determinación formalista de la residencia, así como la dificultad de precisar la sede de dirección efectiva en la era de las telecomunicaciones.
- La imputación arbitraria de operaciones entre las entidades del mismo grupo mercantil.
- La ubicación arbitraria de activos intangibles y financieros entre las entidades del mismo grupo mercantil.
- La dificultad de identificación de los signos externos de la presencia de un establecimiento permanente en el contexto de la economía global y digitalizada¹²⁵.
- La facilidad de desplazar beneficios a través de precios de transferencia inconsistentes con el valor de mercado, cánones por la utilización supuesta de intangibles, intereses distribuidos arbitrariamente intragrupo, comunicación de pérdidas intragrupo, operaciones intragrupo carentes de lógica comercial y, en fin, operaciones intragrupo constitutivas de instrumentos financieros derivados.

El proyecto BEPS, en última instancia, no representa sino un meritorio esfuerzo para, valga el juego de palabras, debilitar estas debilidades, y lo propio hace la directiva antiabuso. Con todo, algunas importantes parcelas como son las concernientes a los instrumentos financieros derivados¹²⁶, a las pérdidas inherentes a deterioros habidos en instrumentos de patrimonio, a la comunicación de pérdidas entre sociedades del mismo grupo fiscal¹²⁷ y, en fin, a la configuración de

¹²⁴ CRUZ AMORÓS, M.: «Impuesto sobre Sociedades: Imposición Internacional», obra colectiva *Opciones para una reforma del sistema tributario español*, dirigida por Julio VIÑUELA DÍAZ.

¹²⁵ Véase, para un caso relevante sustanciado ante los tribunales españoles, TEAC (15 de marzo de 2012); AN (8 de junio de 2015); TS (20 de junio de 2016).

¹²⁶ La Pianificazione Fiscale Aggressiva basata sulla Copertura al Netto delle Imposte, OCDE, 2013.

¹²⁷ *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, OCDE, 2011.

ingresos exentos asociados a gastos, no han sido tratadas ni por la OCDE ni por la UE, por más que las mismas puedan inscribirse, sin dificultad, en el ámbito del traslado artificial de beneficios, y el límite porcentual a la deducción de gastos financieros sobre una base de cálculo despojada de ingresos exentos pueda surtir un efecto sanador de carácter general.

La directiva antiabuso pone la consecución de ese objetivo al servicio de otros de mayor rango, a saber, *restablecer la confianza en la equidad de los sistemas fiscales y permitir a los gobiernos ejercer de forma eficaz su potestad tributaria*, respecto de los que indica, seguramente con notable exageración, que se trata de *nuevos objetivos políticos*.

En la exposición de motivos del texto original de la propuesta de directiva antiabuso se indicaba que la propuesta de directiva *surge a raíz de la finalización del proyecto de lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios... del G20 y la OCDE y responde a la demanda del Parlamento Europeo, de varios Estados miembros, de las empresas y la sociedad civil, y de algunos socios internacionales de reforzar y dotar de mayor coherencia al enfoque de la UE en materia de lucha contra el fraude del impuesto sobre sociedades*. Esta misma idea se recoge en los considerandos preliminares de la directiva, recordándose que los informes finales BEPS *fueron acogidos con satisfacción por el Consejo en sus conclusiones de 8 de diciembre de 2015...*

Por tanto, la directiva antiabuso coincide con el proyecto BEPS en el objetivo de frustrar o impedir las estrategias de desplazamiento artificial de beneficios entre las entidades pertenecientes al mismo grupo multinacional, de manera tal que se garantice que los beneficios tributen ante la jurisdicción fiscal donde reside la entidad que realmente los ha obtenido¹²⁸.

Siendo esto así, podría no percibirse la necesidad de la iniciativa comunitaria, pues es de esperar que los Estados miembros, en cuanto lo son también de la OCDE, implementen las medidas necesarias para dar efectividad al contenido de los informes BEPS.

3.2. PROPICIAR UNA IMPLEMENTACIÓN COORDINADA DEL PROYECTO BEPS

La exposición de motivos del texto original de la propuesta de directiva antiabuso ya salió al paso de la objeción precedente, observando que *la aplicación unilateral y divergente del proyecto BEPS por parte de cada Estado miembro podría fragmentar el mercado único creando políticas nacionales enfrentadas, así como falseamientos y obstáculos fiscales para las empresas*

¹²⁸ BERT ZUIDENDORP: CFE Forum 2016: *Rebuilding International Taxation-How to Square the Circle*. Sesión primera moderada por Stella RAVENTÓS.

de la UE. Podría crear asimismo nuevas lagunas y divergencias que podrían ser aprovechadas por las empresas que tratan de eludir la tributación..., observación que se reproduce en el texto de las consideraciones preliminares de la directiva antiabuso, pues *solo un marco común puede permitir evitar la fragmentación del mercado y poner fin al falseamiento del mercado y a las asimetrías existentes en la actualidad...* lo que justificaría el obligado cumplimiento del principio de subsidiariedad¹²⁹, como así se afirma en la consideración penúltima ya que, *mediante el establecimiento de un nivel mínimo de protección del mercado interior, la presente Directiva solo pretende alcanzar un grado mínimo básico de coordinación dentro de la Unión, con el fin de materializar sus objetivos.*

El texto sugiere que la protección se establece respecto del mercado interior, de manera tal que la directiva antiabuso vendría a proteger el correcto funcionamiento del mercado interior, y de ahí que el título competencial utilizado haya sido el previsto en el artículo 115 del TFUE¹³⁰.

3.3. GARANTIZAR QUE NO SE PRODUZCAN SUPUESTOS DE DOBLE IMPOSICIÓN

En la exposición de motivos del texto transaccional de la propuesta de directiva antiabuso se incorporó, adicionalmente, el objetivo, que ha sido igualmente reflejado en las consideraciones preliminares de la directiva antiabuso, de superar los supuestos de doble imposición que pudieran derivarse de la aplicación de ciertas normas contenidas en la misma, señaladamente las relativas a la transparencia fiscal internacional y a las asimetrías híbridas, de manera tal que cuando su aplicación *provoque una doble imposición, los contribuyentes deben poder beneficiarse de una deducción del impuesto pagado en otro Estado miembro o en un país tercero, según el caso.*

Encontramos normas destinadas a evitar la doble imposición internacional en la regulación de la tributación de salida y en la transparencia fiscal internacional, pero no en la restricción a la deducción de intereses, siendo así que tal restricción puede provocar doble imposición.

¹²⁹ Artículo 5.3 del TUE: *En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.*

¹³⁰ Artículo 115 del TFUE: *Sin perjuicio del artículo 114, el Consejo adoptará, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior.*

3.4. SALVAGUARDAR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA

Aun cuando no se trata de un objetivo en sentido estricto, es interesante poner de relieve que en las consideraciones preliminares de la directiva antiabuso se dice que *es necesario aclarar que la aplicación de las normas contra la elusión fiscal... no debe afectar a la obligación de los contribuyentes de cumplir con el principio de plena competencia ni al derecho del Estado miembro de ajustar al alza una deuda tributaria, de conformidad con el principio de plena competencia en su caso.*

Ciertamente, ninguna de las normas de la directiva antiabuso versa directamente sobre el principio de libre competencia ni, en principio, de su aplicación puede derivarse la preterición del mismo. Sin embargo, la declaración no está exenta de interés, por cuanto subraya la preeminencia del referido principio a los efectos de regular la tributación internacional sobre los beneficios.

3.5. LA INCIDENCIA SOBRE EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Es opinable si la directiva antiabuso ha sido redactada en forma idónea para alcanzar sus objetivos¹³¹, pero sí parece claro que ha supuesto, en términos relativos, un notable ensanchamiento de la influencia de la normativa comunitaria en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

En efecto, las materias afectadas por la directiva antiabuso son de gran relevancia. Así, la restricción a la deducción de intereses versa sobre un elemento nuclear, a saber, el tratamiento del coste de uso del capital, la neutralización de las asimetrías híbridas viene a ser el reverso de la eliminación de la doble imposición económica internacional, la imposición de salida forma parte de la fiscalidad de las plusvalías y, en fin, la transparencia fiscal internacional, en su expresión más intensa, lleva al límite el modelo de tributación basado en el principio de empresa separada e independiente.

No es de extrañar, por tanto, que se haya suscitado una cierta controversia desde la perspectiva de la consideración del Impuesto sobre Sociedades como un instrumento de la política económica y de la competencia fiscal reputada legítima¹³², asunto este que ha devenido en un clásico del Impuesto sobre Sociedades¹³³.

¹³¹ CALDERÓN CARRERO, J. M.: *La aprobación por el Ecofin de la Directiva UE frente a la elusión fiscal del Impuesto sobre Sociedades.*

¹³² THEO KEIJZER: CFE Forum 2016: *Rebuilding International Taxation-How to Square the Circle.* Sesión primera moderada por Stella RAVENTÓS.

¹³³ SERRANO ANTÓN, F. y RUIBAL PEREIRA, L.: «La competencia fiscal en la Unión Europea: Código de Conducta y Ayudas de Estado». Capítulo XVIII de la obra colectiva *Armonización y cooperación fiscal en la Unión Europea, situa-*

En el estado actual de la cuestión, además de un análisis técnico o jurídico de las normas de la directiva antiabuso interesa, también, una reflexión que contribuya a ubicarlas en los trabajos de la OCDE y de la UE en el ámbito de la fiscalidad internacional sobre los beneficios de las empresas, así como espigar la incidencia que tendrán en el Impuesto sobre Sociedades español.

A esta tarea atiende la segunda parte de la presente colaboración.

ción actual y posibles líneas de reforma, dirigida por DI PRIETO y LASARTE. CHICO DE LA CÁMARA, P.: «Los límites difusos entre la competencia fiscal lesiva y beneficiosa», en *Estudios sobre Fiscalidad Internacional Comunitaria*, obra dirigida por COLLADO YURRITA y coordinada por MORENO GONZÁLEZ.