

## PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL POSIBLE VS. INDEBIDA: PROBLEMAS ACTUALES

**Alfonso García-Moncó Martínez**

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de Alcalá*

**Mercedes Fuster Gómez**

*Contratada Doctora (acr. Titular de Universidad).  
Universitat de València*

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

---

### EXTRACTO

Como consecuencia de la evidente pérdida de eficacia recaudatoria del Impuesto sobre Sociedades, los responsables políticos y los medios de comunicación están prestando gran atención a la erosión de la base imponible y, en términos generales, a la evasión fiscal ligada a lo que se viene denominando «Planificación Fiscal Agresiva». La lucha contra la situación descrita se ha convertido en una prioridad en la agenda política de la OCDE/G20, de la Unión Europea y, en especial, de la AEAT española que ha puesto en marcha diversas iniciativas dirigidas a evitar las estructuras artificiosas que provocan una disminución drástica de la tributación. Por ello resulta imperativo conocer las diferencias entre una planificación fiscal internacional posible o viable jurídicamente y la planificación indebida, los límites del fraude a la ley y la economía de opción, lo que nos lleva a analizar y proponer soluciones sobre lo que hemos llamado la «fenomenología» de la aludida planificación fiscal internacional y estudiar el amplio conjunto de medidas que se han adoptado por los países para detectar y resolver este problema.

**Palabras claves:** planificación fiscal agresiva, intercambio de información, paraísos fiscales, evasión de impuestos y FATCA.

---

*Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016 / Fecha de revisión: 09-11-2016*

## ACCEPTABLE TAX PLANNING V. AGGRESSIVE TAX PLANNING: CURRENT ISSUES

Alfonso García-Moncó Martínez

Mercedes Fuster Gómez

---

### ABSTRACT

As a response to the obvious decrease in the cash collection of corporate income tax, policy makers and the media have been paying a great deal of attention to the erosion of the taxable base and, in broad terms, to the tax avoidance linked with the so-called «Aggressive Tax Planning». The battle against this situation has become a priority in the political agenda within the OECD / G20, the European Union, and in particular, to the Spanish Tax Authorities, who have implemented initiatives to avoid any artificial structure that would result in a drastic reduction of cash taxes. Therefore, it becomes necessary to understand the difference between an acceptable international tax planning within the legal frame and an aggressive tax planning, as well as the boundaries that separate the fraud of law from what is allowed in terms of the law. These elements lead us to analyze and, ultimately, to propose solutions to what we denominate the «phenomenology» of international tax planning, and also to make a comparative analysis of the anti-avoidance rules adopted by different countries with the purpose of identifying and responding to these schemes.

**Keywords:** aggressive tax planning, exchange of information, tax haven, tax avoidance and FATCA.

---

---

## Sumario

- I. Introducción
- II. Concepto. La planificación fiscal internacional posible
- III. La «fenomenología» de la planificación fiscal internacional indebida
  - III.1. La utilización de personas jurídicas interpuestas
  - III.2. Ubicación de sociedades en territorios de baja tributación o paraísos fiscales
  - III.3. La planificación fiscal agresiva
  - III.4. El *treaty shopping* y la utilización abusiva de los convenios
  - III.5. El problema de la «doble no imposición»
  - III.6. El Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE y el G20: Proyecto *BEPS* (*Base Erosion and Profit Shiftin*)
- IV. Los límites de la planificación fiscal internacional
  - IV.1. El derecho comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
  - IV.2. El papel de la OCDE en su lucha contra la planificación fiscal indebida: La evolución del intercambio de información entre España y Suiza, Estados Unidos, Andorra y Luxemburgo
  - IV.3. La normativa *FATCA* y los acuerdos intergubernamentales suscritos por los Estados Unidos con terceros países para la implementación del *Foreign Account Tax Compliance Act*. Análisis comparativo
  - IV.4. El Modelo de Acuerdo para la Autoridad Competente (*MCAA*) y el estándar común de información (*CRS*) de la OCDE. La Directiva europea relativa a la cooperación administrativa y la normativa española
  - IV.5. Las cláusulas antielusión o antiabuso
- V. Conclusiones

### Bibliografía

**NOTA:** Trabajo realizado en el marco del proyecto de I+D «La regulación del Shadow Banking, de la contratación bancaria y de la protección del cliente: El nuevo horizonte normativo de la actividad bancaria» (DER 2013-48707-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

## I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la planificación fiscal internacional en el contexto de la globalización está en el centro de la actualidad económica. Las continuas noticias sobre los reducidos tipos efectivos de gravamen que soportan las multinacionales, las estrategias de ingeniería fiscal que se apoyan en la posibilidad de utilizar los distintos regímenes tributarios existentes en el mundo y *last but not least* el papel que juegan los paraísos fiscales para la ocultación y defraudación, plantean inevitablemente la necesidad de revisar el concepto, contenido y límites de la planificación fiscal internacional.

Debe evitarse, desde ya, un juicio *a priori* sobre esta noción. No podemos afirmar que la planificación fiscal sea buena o sea mala, lo que sí debemos hacer es fijar su significado actual, sus manifestaciones más importantes y precisar sus límites jurídicos, teniendo en cuenta, siendo realistas, que se trata de un fenómeno inevitable y que mientras haya tributación desigual habrá planificación.

En lo que se refiere al contexto económico en que se desenvuelve la planificación fiscal internacional es, sin duda, el de un agudo proceso de globalización. Según datos del Banco Mundial, todos los indicadores<sup>1</sup> relevantes en la materia, tanto en cuanto a la relación del comercio internacional con el producto interior bruto de los países desarrollados, como en lo que concierne a la inversión extranjera directa y, por último, respecto de los flujos del mercado de capitales, no han dejado de incrementarse en los últimos años, poniendo de manifiesto un acelerado proceso de internacionalización de la economía.

Por otra parte, la crisis económica ha hecho más sensibles a los Estados respecto de sus fuentes de financiación y es evidente que la existencia de la planificación fiscal internacional es una de las causas por las que no solo se pierde recaudación sino también una de las razones por las que, en ocasiones, se ponen en cuestión el principio de justicia material tributaria y, en el caso particular de España, los principios constitucionales de generalidad, capacidad económica, justicia, igualdad y progresividad reconocidos en el artículo 31.1 de la Constitución española. La Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) española pone en evidencia su preocupación por el saneamiento de las cuentas públicas en su Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2016 y centra su atención tanto en la investigación de patrimonios y rentas en el exterior no declaradas como en la lucha contra la utilización de estructuras de planificación fiscal agresiva. Para ello, se servirá de nuevos instrumentos normativos de intercambio de información financiera como el Acuerdo para la implementación de *FATCA* suscrito por España con los Estados Unidos, el Estándar Común de Información (*CRS*) en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), o la Directiva relativa a la cooperación administrativa recién-

---

<sup>1</sup> Tomado de: Indicadores de Desarrollo Mundial 2003 del Banco Mundial.

temente modificada, y potenciará el examen de las principales áreas de riesgo detectadas por la OCDE en el Plan de acción en que se concretó el proyecto BEPS, cuyo resultado fue objeto de publicación en octubre de 2015 y donde España ha participado activamente.

Para ilustrar la situación que tratamos de describir veamos algunas cifras<sup>2</sup>.

Se ha calculado que siete de las principales sociedades tecnológicas, Apple, Google, Microsoft, Amazon, Ebay, Yahoo y Facebook facturaron en el Reino Unido 7.700 millones de euros en 2012 pero tan solo pagaron 43,75 millones de euros en el Impuesto sobre Sociedades, cuando podrían haberse recaudado 400 millones de euros más<sup>3</sup>.

La Comisión Europea y la consultora PricewaterhouseCoopers estiman que los países en desarrollo podrían incrementar su recaudación fiscal sobre los beneficios empresariales en un 40% en cinco años si se pusiera fin a los abusos en los precios de transferencia de las grandes empresas<sup>4</sup>.

El 42% de la facturación neta de las empresas norteamericanas proviene de paraísos fiscales<sup>5</sup> y el grupo de investigación *Citizens for Tax Justice* calcula en 80.000 millones de euros lo que se deja de recaudar por causa de las operaciones realizadas a través de dichos territorios.

En lo que se refiere a España, 34 de las 35 empresas del IBEX 35 tienen presencia en paraísos fiscales, contabilizando un total de 810 filiales en 2013, lo que significa un incremento del 44% con respecto a 2012<sup>6</sup>.

Según la AEAT, el tipo efectivo que pagaron las grandes empresas en 2013 fue de 5,3% mientras que el de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) fue el del 16%. Si la presión fiscal efectiva de las grandes empresas hubiera sido al menos como la de las PYMES, podrían haberse recaudado 8.227 millones de euros adicionales<sup>7</sup>. Aunque, obviamente, no se tienen datos todavía del impacto de la reforma del Impuesto sobre Sociedades, aprobada por la Ley 27/2014, las cifras son lo suficientemente significativas para reflejar la situación que tratamos de describir.

Por último, como compendio de todas las cifras expuestas se puede citar la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de noviembre de 2015, sobre resoluciones fiscales y otras medidas de naturaleza o efectos similares [2015/2066(INI)] que recopila los datos más relevantes en la mate-

<sup>2</sup> Informe de OXFAM-INTERMON, núm. 36, de marzo 2015.

<sup>3</sup> Vid. *Financial Times*: «Aggressive tax avoidance troubles large investors», 2 de noviembre de 2014.

<sup>4</sup> Europeaid: *Transfer Pricing and Developing Countries*, Final Report, julio 2011.

<sup>5</sup> Fondo Monetario Internacional (FMI). *Spillovers in international corporate taxation*, 2014.

<sup>6</sup> Vid. Informe de OXFAM-INTERMON, núm. 36, de marzo 2015, pág. 30, según las memorias de sostenibilidad y cuentas anuales de las empresas del IBEX 35 para los años 2012 y 2013.

<sup>7</sup> Vid. AEAT, *Estudios, estadísticas e informes anuales de recaudación tributaria*, ejercicio 2013, apartado 13.

ria y que son de sobra elocuentes. Baste mencionar como resumen de la situación a la que hacemos referencia el párrafo 20: «[...] destaca que, según un estudio, se estima que cada año deja de recaudarse en la UE aproximadamente un billón de euros de ingresos fiscales potenciales debido a los efectos combinados del fraude, la evasión fiscal, incluida la economía sumergida, y la elusión fiscal<sup>8</sup>, y que las estimaciones señalan unas pérdidas anuales para los presupuestos nacionales debidas a la elusión fiscal de entre 50.000 y 70.000 millones de euros, pero que estas pérdidas de ingresos en toda la Unión podrían en realidad ascender a aproximadamente 160.000-190.000 millones de euros si se tuvieran en cuenta las disposiciones fiscales especiales, las deficiencias en la recaudación y otras actividades similares<sup>9</sup>; que la Comisión de Comercio y Desarrollo de las Naciones Unidas ha calculado que los países en desarrollo pierden alrededor de 100.000 millones de dólares al año en ingresos debido a la elusión fiscal de las multinacionales;».

## II. CONCEPTO. LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL POSIBLE

Una palabra primero sobre el concepto de «planificación fiscal» en general. Con frecuencia, se utiliza una metodología meramente descriptiva de lo que es planificación, aludiendo simplemente a las técnicas, instrumentos o actuaciones que hagan posible una reducción de la «factura fiscal» en una determinada operación.

Una auténtica planificación en el ámbito tributario debe comprender tres fases perfectamente entrelazadas y concebidas en su conjunto. La primera fase de planificación en sentido estricto que es la preparación y diseño de la operación previendo en todo momento la reacción de la Administración tributaria y preparando la respuesta frente a la misma. La segunda fase, menos importante, que es la de autoliquidación por parte del contribuyente de acuerdo a su propio planteamiento. La tercera fase, que es la de revisión, la más compleja, en la que el contribuyente utiliza las vías más adecuadas de oposición a los previsibles actos de la Administración tanto en el orden administrativo como jurisdiccional y que deben estar «armadas» en cuanto a su fundamentación y prueba desde la primera fase.

El concepto descrito es aplicable «en un todo» en el ámbito de la fiscalidad internacional.

En efecto. Si nos situamos en el sector de la actividad internacional la concepción propuesta es igualmente relevante. En cuanto a la fase previa de planificación fiscal, se deben fijar básicamente tres objetivos:

<sup>8</sup> Informe de 10 de febrero de 2012, de Richard MURPHY, titulado *Closing the European Tax Gap* (Reducir la brecha fiscal europea).

<sup>9</sup> *European added value of legislative report on bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the European Union* (Valor añadido europeo del informe legislativo sobre la manera de aportar transparencia, coordinación y convergencia a las políticas de impuesto sobre sociedades en la Unión Europea), FERRETT, B.; GRAVINO, D. y MERLER, S. Parlamento Europeo.

**Primero. Apoyar la estrategia empresarial.** La fiscalidad es parte esencial de la actividad empresarial en sentido estricto y deberá influir sobre todo en las decisiones de inversión. Tanto en el país de origen como en el destino de la operación habrá que evaluar el marco jurídico tributario existente. La decisión más importante, evidentemente, es cómo financiar la mencionada operación que puede resumirse en la opción *equity vs. debt*, es decir, si se va a efectuar mediante endeudamiento o con recursos propios incluyendo en esta última posibilidad la búsqueda de socios mediante ampliaciones de capital. Asimismo, cuando la estrategia se desenvuelva en el ámbito de un grupo empresarial habrá que decidir cómo se actúa, bien mediante alguna de las modalidades de reestructuración (fusión por absorción o disolución, escisión, segregación etc.) bien por medio de adquisiciones directas financiadas por sociedades del grupo. Igualmente, será necesario contemplar los efectos que se van a producir en el Estado en que se materializa la inversión, entre ellos, sin duda el más importante, la forma en que se va a obtener la rentabilidad, por ejemplo, será preciso determinar el régimen jurídico-tributario de la repatriación de dividendos.

Debe quedar claro desde el primer momento que nunca hay neutralidad fiscal en las mencionadas opciones. La planificación fiscal es por tanto inevitable, como venimos sosteniendo, la cual arrojará resultados distintos según las opciones que se ofrezcan. Es cierto que se ha avanzado en la búsqueda de cierto grado de neutralidad en el ámbito de las reestructuraciones empresariales tanto a nivel de la Unión Europea como a nivel interno<sup>10</sup>, pero siguen concurriendo muchas circunstancias que influyen en el resultado fiscal de la operación y que, por tanto, hay que prever.

En consecuencia, se puede afirmar que toda estrategia empresarial internacional exige una planificación fiscal que no solo es admisible sino que es imprescindible como elemento determinante de dicha estrategia.

**Segundo. Reducir los costes financieros de la operación.** Qué duda cabe de que reducir al máximo los costes de cualquier operación empresarial debe ser uno de los objetivos a alcanzar en la planificación y asimismo es indudable que el tratamiento fiscal que se otorgue a los gastos financieros determina el importe efectivo de los mismos después de aplicar dicho ajuste. Por ejemplo, durante mucho tiempo la generosidad en la deducibilidad de dichos gastos reconocida en el antiguo texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades ha permitido que las sociedades españolas financiaran en muy buenas condiciones su expansión. Ahora, con las limitaciones introducidas por la legislación anticrisis, dicho régimen se ha limitado, en consonancia con la directiva comunitaria que establece limitaciones importantes al respecto para no incentivar el endeudamiento de las entidades y sobre todo el fenómeno denominado «apalancamiento»<sup>11</sup>, es

<sup>10</sup> Buena parte del capítulo VII, del título VII de la Ley 27/2014, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, está dedicada a tratar de neutralizar los efectos de una operación de reestructuración tanto mediante el aplazamiento de la tributación de las rentas generadas como por medio de la «congelación» de los valores existentes al inicio de la operación.

<sup>11</sup> El artículo 1 apartado segundo, dos del Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, de medidas urgentes para la reducción del déficit público, estableció, entre otras medidas, una modificación del artículo 20 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (art. 16 de la ley vigente) que supuso una limitación general en los gastos financieros netos

decir, la asunción de deuda por las sociedades en muchos casos con la única garantía del valor de los propios títulos de la sociedad.

En todo caso, una planificación del endeudamiento que respete los umbrales de deducibilidad establecidos en el artículo 20 de la Ley 27/2014, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, resulta imprescindible y contribuye, como decimos, a reducir los costes financieros de las mismas.

**Tercero. Maximizar los beneficios fiscales dentro de la legalidad.** Nada hay que se oponga a la legitimidad de este objetivo, ni hay nada ilegal en buscar las economías de opción que reconozca la legislación tributaria, sin caer en el fraude de ley, el conflicto en la aplicación de las normas, la simulación o cualquier otra clase de cláusula antiabuso o antielusión. Obviamente, este es el núcleo de la cuestión, pero ya están muy desarrollados los instrumentos jurídicos necesarios para luchar contra la indebida utilización de los beneficios fiscales a los que haremos referencia al hablar en el penúltimo epígrafe de este trabajo sobre los límites de la planificación fiscal internacional que debe conseguir en este sentido, optimizar las operaciones que se realicen en función del régimen tributario existente en cada caso.

Por todo ello creemos que se puede hablar con propiedad de una «planificación fiscal posible» por ser legal y legítima respetando los principios y las normas del ordenamiento jurídico correspondiente a sea este internacional, comunitario o interno.

### III. LA «FENOMENOLOGÍA» DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL INDEBIDA

En el presente epígrafe vamos a tratar algunos de los supuestos más conocidos de lo que consideramos planificación fiscal internacional indebida, sin la pretensión de agotar una fenomenología tan rica y variada que además se va transformando continuamente.

Ante todo debemos dejar claro que frente a la planificación fiscal posible, la de naturaleza indebida se caracteriza por desenvolverse al margen o producirse en contra de alguno de los cuerpos normativos que la afectan, ya sea un ordenamiento interno, un marco jurídico definido por una organización supranacional como el derecho comunitario o la normativa derivada de los convenios y tratados internacionales. Como decimos, esta conducta se refiere no tanto a la oposición frontal a dichos cuerpos normativos mediante la simple defraudación, como, sobre todo, a lo que tradi-

---

como gastos deducibles del impuesto que en la práctica se convierte en una regla de imputación temporal específica que permite la aplicación en ejercicios futuros de manera similar a la compensación de bases imponibles negativas. Esta disposición ha sido modificada posteriormente en alguno de sus aspectos por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, y ahora también por la Ley 27/2014. En su aspecto más relevante el artículo 16 de la ley afirma: «Limitación en la deducibilidad de gastos financieros. 1. Los gastos financieros netos serán deducibles con el límite del 30 por ciento del beneficio operativo del ejercicio».

cionalmente se ha denominado fraude a la ley, en este caso tributario, por tratarse, básicamente, de la utilización de una norma para eludir otra, empleando en ello un exceso en las formas de la figura utilizada («artificiosidad», art. 15 LGT) y buscando un resultado esencialmente fiscal. Al hablar de las cláusulas antielusión y antifraude haremos alusión a este aspecto que es central en la problemática planteada.

### III.1. LA UTILIZACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS INTERPUESTAS

Aunque parezca que hay otros fenómenos más importantes en este sector de cuestiones como puede ser, por ejemplo, la existencia de paraísos fiscales o cualquiera de los que vamos a tratar a continuación, para nosotros el problema jurídico-tributario más importante, y que está en la raíz de otros muchos, sigue siendo la utilización indebida de la personalidad jurídica.

El problema de la interposición de sociedades para evitar o reducir el impacto del sistema tributario viene de antiguo y está ligado directamente al reconocimiento de la personalidad jurídica. Ciertamente se puede afirmar que toda sociedad, sobre todo las de responsabilidad limitada, nacen por su propia naturaleza para interponerse bien sea frente a los acreedores privados como respecto de los públicos entre los cuales se incluyen, por supuesto, las Administraciones tributarias. Nada hay de ilegal, por supuesto, en constituir una sociedad con estos fines. La cuestión es el abuso de la personalidad jurídica para conseguir un resultado contrario al ordenamiento jurídico.

Desde la clásica obra de SERICK, R. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*<sup>12</sup>, se viene poniendo de manifiesto en nuestro derecho la problemática citada que, al igual que la planificación fiscal internacional, puede ser una realidad admisible o inadmisibles pero que sin duda es, como venimos diciendo, inevitable.

Veamos unos cuantos problemas concretos para saber a qué estamos haciendo referencia. La tendencia a constituir sociedades a medida que se va escalando en la tarifa progresiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) es una inercia irrefrenable, máxime si tenemos en cuenta el resultado final de la reforma fiscal aprobada en España en 2014, mediante la cual el tipo general en el Impuesto sobre Sociedades será del 25 % en 2016 (*art. 29.1 de la Ley 27/2014, de 28 de noviembre*) mientras que un empresario persona física puede llegar a pagar en el IRPF el 45 % sobre sus rendimientos de actividades económicas (*arts. 63 y 74 de la Ley 35/2006, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, modificada por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre*).

La deducción por doble imposición de dividendos es otro buen ejemplo de la realidad que estamos tratando de describir. Dicha deducción o la exención parcial que ha existido hasta la mencionada reforma ha desaparecido para las personas físicas, pero para las sociedades, sobre todo

<sup>12</sup> Vid. SERICK, R.: *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, ed. Ariel, Barcelona, 1958, traducción de José Puig Brutau.

precisamente en el plano internacional, se ha establecido un régimen de exención (*art. 21 de la Ley 27/2014*) y de deducciones para evitar la doble imposición internacional jurídica y económica (*arts. 31 y 32 de la Ley 27/2014*). Esta discriminación en el tratamiento fiscal de la doble imposición de dividendos constituye un motivo de primer orden para actuar siempre por medio de sociedades ya se sustenten estas en una actividad empresarial real o no.

Por otra parte, en tanto que las personas jurídicas sigan estando no sujetas al Impuesto sobre el Patrimonio (*art. 5.º uno de la Ley 19/1991, de 6 de junio, de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio*), continuará existiendo un incentivo más a la constitución de cualquier clase de persona jurídica, ya sean sociedades mercantiles de cualquier clase [entre ellas de forma destacada las SICAV o sociedades de inversión de capital variable que tributan al 1% en el Impuesto sobre Sociedades, *art. 29.4 a) de la Ley 27/2014*], fundaciones, sociedades civiles con objeto mercantil o cualquier otra que sea sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades. Ciertamente, el valor de los títulos que representan dichas entidades forma parte de la base imponible del impuesto (*art. 16 de la Ley 19/1991* relativo a los «demás valores representativos de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad») pero, como es sabido, precisamente la planificación fiscal deja un amplio margen para operar sobre dichos valores, y en algunos casos, por ejemplo, en las denominadas «sociedades familiares» (*art. 4.8.dos de la Ley 19/1991*) se puede lograr la exención de las acciones o participaciones que representen la titularidad de estas sociedades.

En el plano internacional la situación es la misma. Ya hemos visto el tratamiento fiscal privilegiado que tienen las sociedades frente a las personas físicas en orden a neutralizar la doble imposición de dividendos internacional. Concorre también la circunstancia de que la utilización de personas jurídicas permite la ocultación de quien es el verdadero titular de los bienes en última instancia, a través de la interposición de personas jurídicas de forma sucesiva con residencia en paraísos fiscales o con escaso nivel de intercambio de información. La estructura clásica de una sociedad no residente en España, pero titular de bienes o empresas radicadas en nuestro territorio, cuyo accionariado está compuesto por varias sociedades domiciliadas en territorios *offshore* y que incluso está administrada por una sociedad distinta, es de sobra conocida. Si bien cada vez más países instauran registros para identificar al beneficiario efectivo del capital de la sociedad, aparecen nuevos mecanismos para permitir la propiedad anónima, como los nuevos tipos de *trust* o fideicomiso.

Pero además se van produciendo cambios significativos e innovaciones en la forma de desarrollar una actividad empresarial y los nuevos modelos de negocio aprovechan lagunas legislativas o conceptos obsoletos para elaborar nuevas estrategias de planificación fiscal a través de instrumentos diferentes a las tradicionales sociedades de personalidad jurídica. Es el caso de determinados negocios surgidos en el ámbito de la economía digital, en la que los contribuyentes han sustituido las filiales que venían actuando como sociedades distribuidoras en un determinado país por *comisionistas*, recurriendo a contratos de comisión que no son vinculantes para la empresa extranjera. De este modo, se elude el alcance previsto de la definición del concepto de establecimiento permanente en vigor sin que ello le aporte cambios sustanciales a las funciones o actividades desarrolladas en un Estado, facilitando el traslado de los beneficios fuera del país

en el que se efectúan las ventas con el objeto de reducir el pago de impuestos. La utilización indebida, no ya de personas jurídicas interpuestas sino del estatus de establecimiento permanente, hace necesaria la revisión de dicho concepto, de cara a determinar si las rentas obtenidas por una empresa no residente han de tributar o no en otro Estado.

También, por supuesto, se han adoptado medidas para evitar la opacidad fiscal que concede la personalidad jurídica en el plano internacional y a algunas de ellas nos referiremos al hablar de los límites de la planificación fiscal. Buena prueba de lo dicho es la normativa en materia de blanqueo de capitales que pone un especial énfasis en que los obligados por la ley y en cumplimiento de la diligencia debida determinen la «titularidad real» de los participantes en cualquier operación donde se produzcan indicios de blanqueo ya sea constitutiva de delito o de infracción administrativa (*Ley 10/2010, de 28 de abril*). A dicha exigencia se refiere el artículo 4 de la ley especificando que se debe averiguar quién es la persona física o jurídica que ostenta el control directo o indirecto de la entidad o de los bienes cifrada en un 25% sea del capital de la sociedad o de los bienes, por encima de titularidades formales o de estructuras fiduciarias<sup>13</sup>. Asimismo se han adoptado toda clase de medidas legislativas de carácter general para evitar los efectos perniciosos de la interposición de sociedades, desde la «doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica»<sup>14</sup>, empleada en distintos sectores del ordenamiento jurídico [*art. 43.1 g) y h) de la Ley 58/2003, General Tributaria*], hasta el régimen de transparencia fiscal internacional (*art. 100 de la Ley 27/2014*) acompañado de una reestructuración de todo el tratamiento de la doble imposición, realizada a través de un conjunto normativo cuyo principal objetivo es atraer al territorio español la tributación de aquellas rentas pasivas que, en su mayoría, se localizan fuera del territorio español con una finalidad eminentemente fiscal (principalmente, *art. 21 de la Ley 27/2014*). También se han adoptado determinadas cautelas para evitar que las denominadas sociedades patrimoniales o de mera tenencia de bienes disfruten de beneficios fiscales [por ejemplo, el apartado a) del ya citado art. 4.8.dos de la Ley 19/1991]. El problema no es fácil de resolver porque se debe establecer un equilibrio entre el respeto a la seguridad jurídica y la autonomía de la voluntad en el ámbito de la constitución de entidades y, por otro lado, la adopción de medidas antifraude. Se trata de distinguir la situación en la que legal y legítimamente se crea una sociedad para cumplir los fines de esta clase de contrato y se disfrutan de los beneficios fiscales que la

<sup>13</sup> El marco normativo actual del blanqueo de capitales viene constituido por la citada *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo* (BOE núm. 103, de 29 de abril), modificada en aspectos importantes (arts. 2, 7, 9, 10, 14, 26 y 40) por la disposición final sexta de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (BOE núm. 295, de 10 de diciembre), y por su reglamento aprobado por el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo (BOE núm. 110, de 6 de mayo. *Corrección de errores publicada en BOE núm. 186, de 1 de agosto de 2014*). Posteriormente, se ha aprobado la Directiva 2015/849/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (DOUE de 20 de mayo de 2015) que deroga las Directivas anteriores 2005/60/CE del Parlamento y de Consejo y también la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.

<sup>14</sup> *Id.* SANTOLAYA BLAY, M.: «El levantamiento del velo en el ámbito tributario: algo más que dos letras finales en el primer apartado de un precepto de la Ley 58/2003» en *RCyT*. CEF, núm. 327, junio 2010, págs. 35 a 50.

propia legislación fiscal concede y aquella otra situación en que la figura jurídica creada es simplemente un almacén jurídico para conseguir fines contrarios al ordenamiento tributario. Como expondremos en el epígrafe IV.5. relativo a las cláusulas antielusión y antifraude, la planificación fiscal indebida representa en la mayoría de los casos un fraude a la ley tributaria logrado, en el presente supuesto, mediante el abuso de la personalidad jurídica interponiendo sociedades y por el contrario la planificación fiscal posible encuentra su fundamento en la economía de opción que representa la utilización de la figura societaria.

Este es el primer obstáculo jurídico para alcanzar una efectiva imposición sobre las figuras tributarias afectadas y se debe seguir avanzando en la disposición de medios jurídicos para evitar la indebida utilización de la personalidad jurídica.

### III.2. UBICACIÓN DE SOCIEDADES EN TERRITORIOS DE BAJA TRIBUTACIÓN O PARAÍSO FISCALES

La cumbre del G20 celebrada en Londres el 2 de abril de 2009 puso el énfasis en luchar contra la evasión fiscal y el blanqueo de capitales de determinados territorios. Por su parte, en el ámbito de la OCDE y de la Unión Europea se ha intensificado la elaboración de acuerdos para profundizar en el control fiscal de los denominados «paraísos fiscales». En concreto, el Acuerdo adoptado en Londres afirmaba que era necesario: «Tomar medidas contra las jurisdicciones no cooperativas, incluidos los paraísos fiscales. Estamos dispuestos a desplegar sanciones para proteger nuestras finanzas públicas y nuestros sistemas financieros. **La época del secreto bancario ha terminado.** Señalamos que la OCDE ha publicado una lista de países evaluados por el Foro Mundial de acuerdo con la norma internacional para el intercambio de información fiscal». La afirmación es lo suficientemente contundente para demostrar la preocupación que existe sobre este fenómeno pero, como veremos, es un tanto voluntarista<sup>15</sup>.

Debe quedar claro, desde el primer momento, que la condición de un paraíso fiscal no es tanto una cuestión de territorio sino de régimen fiscal aplicable y que, en ocasiones, dentro de un Estado sujeto a las obligaciones de información, existen excepciones a la obligación de informar<sup>16</sup>.

La delimitación de los territorios o jurisdicciones consideradas paraísos fiscales se estableció inicialmente por el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio (BOE núm. 167, de 13 de julio) y ha sido actualizado posteriormente por la Orden ministerial del Ministerio de Economía de 3 de agosto de 2000 (BOE núm. 193, de 12 de agosto) y la Orden ECO/2652/2002, de 24 de octubre (BOE núm. 260, de 31 de octubre), sobre obligación de informar al SEPBLAC de las operacio-

<sup>15</sup> Vid. CALVO ORTEGA, R.: «La hora de los paraísos fiscales», en *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, marzo-abril de 2009, págs. 9 a 23.

<sup>16</sup> Vid. LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.<sup>a</sup> y LOMBARDEO EXPÓSITO, L. M.: «Revisión de la problemática de los paraísos fiscales y su incidencia en el blanqueo de capitales» en *RCyT. CEF*, núm. 323, febrero de 2010, págs. 5 a 54.

nes relacionadas con determinados países. La regulación sobre paraísos fiscales posteriormente se actualizó mediante la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal de 29 de noviembre de 2006, en la cual se establecen los conceptos básicos aplicables en España sobre definición de paraíso fiscal, de nula tributación y de efectivo intercambio de información tributaria. De acuerdo con dicha definición, la condición de paraíso fiscal ya no depende exclusivamente de la inclusión del territorio en un real decreto, sino de tres circunstancias objetivas: existencia de un convenio para evitar la doble imposición o acuerdo de intercambio de información en materia tributaria en el que expresamente se establezca que dejan de tener dicha consideración; nivel de tributación en los impuestos sobre la renta y efectivo intercambio de información fiscal. Y es que, efectivamente, la expresada calificación debe responder a una situación jurídica y tributaria concreta, debidamente analizada. Piénsese, por ejemplo, en el caso del Estado de Delaware que no se incluye en ninguna clasificación de paraísos fiscales y que, sin embargo, opera como tal y no en vano muchas multinacionales norteamericanas están domiciliadas en el mismo para organizar su planificación fiscal internacional.

La OCDE, por su parte, tiene su propia lista. Desde el año 2009, la OCDE redobló su presión sobre los territorios incluidos en la llamada «lista gris» y que según su consideración no habían implantado suficientemente los estándares de transparencia fiscal. Se exigió un mínimo de 12 convenios firmados para poder abandonar la lista de paraísos fiscales. Muchos países se han comprometido desde entonces y algunas de las jurisdicciones más clásicas como Gibraltar, Mónaco, Liechtenstein, Guernesey, Jersey, la Isla de Man o San Marino han podido abandonar la «lista gris». También lo han hecho las Islas Caimán, las Islas Vírgenes Británicas (BVI), Turks y Caicos, Antigua y Barbuda, Belice, Bahamas y Samoa, entre muchos otros. Mediante acuerdos, a veces entre las propias jurisdicciones *offshore* o con territorios de muy escasa relevancia fiscal como las Islas Feroe o Groenlandia, poco a poco han abandonado la lista de paraísos fiscales la casi totalidad de los territorios incluidos originalmente. Tanto es así que a principios de 2012 solo figuraban en la misma Niué y Naurú, ambos con escasísima relevancia.

La OCDE además también creó el llamado grupo de «**otros centros financieros**» que si bien no se etiquetaban directamente como paraísos fiscales, sí se consideraban como insuficientemente transparentes en temas fiscales, entre los cuales se encuentran incluso Estados comunitarios como Reino Unido y Austria.

Asimismo, la Unión Europea también se ha manifestado contra los paraísos fiscales en su lucha para evitar el fraude y la evasión fiscal. Entre las actuaciones llevadas a cabo por dicha institución en los últimos años destaca la Recomendación efectuada por la Comisión de 6 de diciembre de 2012 (C 2012, 8805 final) «relativa a las medidas encaminadas a fomentar la aplicación, por parte de terceros países, de normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal», en la que se señalan una serie de medidas que deberían aplicarse en las relaciones con terceros países que no cumplan las normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal, haciendo implícitamente referencia a los paraísos fiscales. La Comisión recomienda la publicación por parte de los Estados miembros de listas «negras» de terceros países que no respeten las normas mínimas de buena gobernanza en materia fiscal, así como la eliminación de tales listas de aquellos países

que cumplan con dichas normas mínimas, animando a los Estados miembros a entablar negociaciones bilaterales con los países que cumplan las normas mínimas con vistas a la celebración de convenios de doble imposición.

La labor de la Unión Europea contra la evasión fiscal a través de paraísos fiscales también se ha puesto de manifiesto mediante la firma de acuerdos de intercambio automático de información tributaria con países que tradicionalmente han recibido dicha calificación, como Suiza, Liechtenstein, San Marino, Andorra y Mónaco<sup>17</sup>.

Esta política demuestra que, efectivamente, «algo está cambiando» en materia de la lucha contra los paraísos fiscales. No debe olvidarse tampoco que la lucha contra los paraísos fiscales depende de cada Estado y que la primera y más eficaz medida que debe adoptarse es no incentivar su utilización. Obsérvese que en España la rentabilidad derivada de la inversión en deuda pública está exenta en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR) [art. 14.1 d) del texto refundido aprobado por RDLeg. 5/2004, de 5 de marzo] sin hacer acepción del origen o residencia de la persona física o jurídica que efectúa la inversión, cuando hasta el Real Decreto-Ley 2/2008, de 21 de abril (art. 4) siempre se había excluido de esta exención, las adquisiciones realizadas desde paraísos fiscales. Eliminar la mencionada restricción permite que cualquiera que sea el origen de la operación que ha hecho posible la existencia de los fondos en territorios así calificados, incluso la directamente delictiva, quede exenta en España del IRNR. Nada más fácil, por tanto, para un defraudador o para un delincuente que tiene liquidez en los aludidos paraísos fiscales que canalizar la inversión en deuda pública española a través de los mismos disfrutando no solo de su rentabilidad financiera sino también de la fiscal. Así se ha advertido por la doctrina que se ha ocupado del tema (CUBERO TRUYO)<sup>18</sup>.

### III.3. LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA

En este sector de cuestiones, un concepto que sintetiza lo que venimos denominando «planificación fiscal internacional indebida» es el que se centra en un núcleo determinado de conductas que se califican como «planificación fiscal agresiva»<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> La Unión Europea y Mónaco firmaron en julio de 2016 un acuerdo de intercambio de información similar al firmado con Suiza (mayo 2015), Liechtenstein (octubre 2015), San Marino (diciembre 2015) y Andorra (febrero 2016) para intercambiar con los Estados miembros de la Unión Europea automáticamente la información sobre las cuentas financieras abiertas por residentes del otro Estado, en línea con el nuevo estándar global de la OCDE/G20 (CRS) para el intercambio automático de información. Vid. en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/02/12-eu-andorra-deal-on-automatic-exchange-of-tax-data/>

<sup>18</sup> Vid. CUBERO TRUYO, A.: «Medidas adoptadas en tiempo de crisis en materia de fiscalidad internacional» en *Fiscalidad en tiempos de crisis*, ed. Thomson Reuters, 2014, págs. 365 y 366.

<sup>19</sup> Vid. AMORÓS VIÑALS, A.: «La planificación fiscal agresiva» en *RCyT. CEF*, núm. 362, mayo de 2013, págs. 23-58, y CALDERÓN CARRERO J. M. y QUINTAS SEARA, A.: «Una aproximación al concepto de "planificación fiscal agresiva" utilizado en los trabajos de la OCDE» en *RCyT. CEF*, núm. 394, enero de 2016, págs. 41 a 91.

Como punto de partida hay que tener en cuenta la Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 (C 2012, 8806 final) según la cual la aludida clase de planificación: «consiste en sacar ventaja de los tecnicismos de un sistema fiscal o de las inconsistencias entre dos o más sistemas fiscales con el propósito de reducir el cumplimiento fiscal. La planificación fiscal agresiva puede tomar multitud de formas. Sus efectos van desde la doble deducción de gastos, hasta la doble no imposición». Esta definición obviamente descriptiva añade poco a lo que es necesario, es decir, una concepción analítica del fenómeno. Como sostenemos en este trabajo, no es más que una variación del concepto de fraude de ley en el ámbito internacional.

La OCDE se ha ocupado igualmente del fenómeno al que venimos aludiendo tanto en su delimitación como en la adopción de medidas contra el mismo. Su definición es, como la anterior, totalmente descriptiva y entiende por planificación fiscal agresiva «aquella planificación que implica una situación fiscal que es sostenible pero que tiene consecuencias tributarias no deseadas o inesperadas»<sup>20</sup>, lo cual es decir bien poco en orden a aclarar de lo que estamos hablando. Más relevante es el conjunto de informes llevados a cabo en el seno del grupo de trabajo (núm. 10, *Aggressive Tax Planning Steering Group*) creado para afrontar los supuestos concretos de planificación fiscal agresiva que se pretenden resolver<sup>21</sup>.

En todo caso hay que tener en cuenta también, el trabajo realizado en el ámbito de las Administraciones tributarias competentes a través de la IOTA (*Intra-European Organization of Tax Administrations*) que define la clase de planificación a la que venimos aludiendo como «cualquier esquema en el que el principal propósito o beneficio deriva de la reducción de impuestos y en el que la ventaja fiscal buscada no está claramente sancionada por la ley tributaria»<sup>22</sup>, concepto que nos remite claramente al de fraude a la ley tributaria. Quizá debido a esta tarea desarrollada por la IOTA, la AEAT en las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2013 ya incluyó por primera vez, dentro de sus actuaciones prioritarias, la lucha contra la «planificación fiscal agresiva», señalando que «Durante el año 2013, continuará el control sobre los esquemas de planificación fiscal agresiva utilizados por entidades residentes, especialmente grupos multinacionales, con el propósito de minorar artificiosamente bases imponibles generadas en España y evitar así su tributación en nuestro país», este objetivo se ha mantenido en los planes subsiguientes, incluido 2016.

El problema de la delimitación de la figura de la que venimos hablando radica también en deslindar en qué momento o a partir de qué punto la planificación fiscal legal y legítima se convierte en «agresiva» o «abusiva», términos que, en ocasiones, se utilizan indistintamente aunque no significan evidentemente lo mismo. Volviendo a la interpretación estrictamente jurídica recordemos que en el artículo 7.2 del Código Civil se establece lo siguiente respecto del abuso del derecho: «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto

<sup>20</sup> Definición incluida en el informe titulado: *Study into the role of tax intermediaries* de 2008.

<sup>21</sup> Véanse los dos trabajos citados, *ut supra*, en la nota 19.

<sup>22</sup> Definición incluida en el informe *Aggressive tax planning* de 2011.

u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

Como siempre, los conceptos basilares del derecho sirven para acotar las nuevas expresiones, sobre todo en lo que se refiere al núcleo central de la cuestión que es una conducta que sobrepasa los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para tercero, en este caso la Hacienda Pública. Efectivamente, una planificación fiscal abusiva sería la que partiendo de un marco jurídico-tributario determinado que reconoce, por supuesto, derechos a los contribuyentes se excede «manifiestamente» en el ejercicio de los mismos, provocando un perjuicio constatable a la Administración tributaria competente, en comparación con lo que hubiera sido un ejercicio normal y proporcionado, lo cual justifica en este ámbito la adopción de las medidas tributarias necesarias para evitar la persistencia del abuso y, por supuesto, su regularización fiscal con las liquidaciones y sanciones oportunas en su caso.

Más difícil es definir qué se entiende por «agresividad» a estos efectos. Es otro término descriptivo que la 23.<sup>a</sup> edición del diccionario de la Real Academia Española define de la siguiente forma: «**1.** adj. Dicho de una persona o de un animal: Que tiende a la violencia. **2.** adj. Propenso a faltar al respeto, a ofender o a provocar a los demás. **3.** adj. Que implica provocación o ataque.». No parece que este adjetivo calificativo se adecue a la conducta consistente en la planificación fiscal que hace alusión más bien a la intensidad de la conducta jurídica en la que consiste la actividad planificadora. Por ello proponemos que se sustituya la expresión «planificación fiscal agresiva» por la de «planificación fiscal indebida» que implica un resultado contrario al ordenamiento jurídico correspondiente ya sea internacional, comunitario o interno<sup>23</sup>.

#### III.4. EL *TREATY SHOPPING* Y LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LOS CONVENIOS

Quizá el fenómeno que se visualiza en un primer momento respecto de la planificación fiscal internacional es el de la posibilidad que ostentan las llamadas multinacionales para elegir la localización de una determinada inversión, y con ello, el marco jurídico-tributario, al cual acogerse. En otras palabras, dado el rango supranacional que tienen dichas sociedades pueden optar no solo por un determinado territorio sino también por el tratado o convenio para evitar la doble imposición que les

<sup>23</sup> En opinión de algunos autores, el concepto de planificación fiscal agresiva no constituye un nuevo «concepto legal» diseñado para prevenir prácticas fiscales abusivas, ni puede ser empleado como una categoría equivalente o sinónima a la de «elusión fiscal ilegítima», sino más bien «estaríamos, por tanto, ante un nuevo principio-guía que contribuye a articular el cambio de paradigma y la nueva forma de entender la fiscalidad internacional construida desde el plano supranacional pero sin descartar lógicamente posibles aplicaciones por vía interpretativa del nuevo enfoque que guiará toda la regulación internacional (y nacional) post-BEPS». Vid. en CALDERÓN CARRERO J. M. y QUINTAS SEARA, A.: «Una aproximación...», *op. cit.*, pág. 52.

resulte más favorable y a cuyo amparo se van a realizar las operaciones entre la entidad residente en el Estado en el cual se ha originado la inversión y la residente en el Estado destinatario de la misma.

De esta forma, cumpliendo el criterio de sujeción establecido en el convenio, ya sea el domicilio fiscal o la residencia efectiva de la sociedad, se opta por el régimen tributario que más interesa, bien sea por el sistema de imputación de rentas o gastos, bien por los mecanismos para evitar la doble imposición de dividendos, o lo que es cada vez más importante, si existe o no cláusula de información tributaria y cómo está configurada la misma<sup>24</sup>. En principio, se trata de una manifestación de lo que se viene entendiendo como «economía de opción», a la que nos referiremos posteriormente.

Este fenómeno se puede ejemplificar en el hecho de que muchas de las inversiones extranjeras en nuestro país se realizan a través de sociedades interpuestas en países donde el convenio aplicable resulta más favorable o países donde se elude un convenio cuya aplicación resulta menos beneficiosa. Por ejemplo, los Estados Unidos es uno de los países que más invierte en España, y lo hace generalmente a través de los Países Bajos.

El motivo de la interposición de una sociedad neerlandesa entre España y los Estados Unidos responde, entre otros, al elevado tipo de retención en origen o *withholding tax* que soportan los dividendos repartidos por las filiales españolas a sus matrices estadounidenses y que resulta de la aplicación del todavía vigente convenio suscrito entre España y los Estados Unidos, que se remonta al año 1990<sup>25</sup>. Para evitar la aplicación de la retención, los Estados Unidos interponen una sociedad *holding* en los Países Bajos, Estado miembro de la Unión Europea, de manera que los dividendos repartidos por la filial española a la sociedad neerlandesa se benefician del régimen de exención de retención en origen previsto en la Directiva sobre matrices y filiales<sup>26</sup>. Además, los Países Bajos aplican el régimen de *participation exemption* por el que no sujeta a tributación

<sup>24</sup> Véase una buena descripción del fenómeno citado y de sus manifestaciones más frecuentes en JIMÉNEZ MARTÍN, F. y RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, L.: «Cláusulas antielusión y convenios para evitar la doble imposición: cuestiones no resueltas» en *RCyT*. CEF, núm. 339, junio de 2011, págs. 59 a 108.

<sup>25</sup> A fecha de hoy, todavía está pendiente la publicación en el BOE el protocolo que modifica el Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América de 1990 y del memorando de entendimiento, hechos en Madrid el 14 de enero de 2013, así como de las notas sobre subsanación de errores. En el nuevo artículo 10, apartado 2, se establece la no imposición en el Estado contratante en el que reside la sociedad que paga los dividendos de ningún tipo de retención si el beneficiario efectivo es una sociedad residente del otro Estado contratante que haya poseído, directa o indirectamente a través de uno o más residentes de cualquiera de los Estados contratantes, acciones que representen el 80% o más del capital con derecho de voto de la sociedad que paga los dividendos, entre otros requisitos. La aplicación de dicho artículo favorecerá la inversión directa norteamericana en nuestro país, ya que la repatriación de dividendos no estará sujeta a retención en origen.

<sup>26</sup> Por aplicación de la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, e incorporada a nuestro ordenamiento interno a través del artículo 14 h) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

los dividendos obtenidos por el accionista neerlandés o las ganancias patrimoniales derivadas de la venta de sus participaciones. Si a esto le añadimos que los Países Bajos gozan de una extensa red de convenios con otros países terceros y que los dividendos repartidos por la filial neerlandesa a su matriz estadounidense pueden quedar sujetos a una retención menor<sup>27</sup> o incluso exentos en los Países Bajos (por aplicación del protocolo que modifica el Convenio Países Bajos-Estados Unidos de 2004 cumpliendo, entre otros, determinados requisitos como que el beneficiario efectivo sea empresa residente en Estados Unidos dueña directamente de acciones que representan el 80% o más de los derechos de voto de la sociedad neerlandesa), se entiende que los Estados Unidos busquen el mayor ahorro de impuestos posible incluyendo esta estructura triangular en la planificación fiscal de sus inversiones en España.

No obstante, como veremos posteriormente, hay que tener en cuenta que existen mecanismos en las legislaciones internas y en los convenios de doble imposición para impedir la utilización abusiva de estas estructuras aparentemente legítimas. Algunos de los convenios de doble imposición suscritos por España incorporan cláusulas antiabuso como herramientas para combatir el *treaty shopping*<sup>28</sup>. Así, por ejemplo, España regula en algunos de sus convenios la «cláusula de beneficiario efectivo» para las rentas contempladas en los artículos 10, 11 y 12 del convenio para evitar la interposición de meras sociedades instrumentales por motivos fiscales. No obstante, aunque en el convenio suscrito por España con los Países Bajos no incorpore la mencionada cláusula, será la propia normativa interna española quien se encargue en esta ocasión de impedir que el reparto de dividendos quede exento de retención en España si la constitución y operativa de la sociedad intermedia no responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas [letra h) del art. 14 del texto refundido de la Ley del IRNR, aprobado por el RDLeg. 5/2004, de 5 de marzo].

Por ello, el ejemplo expuesto de estructura triangular para la planificación fiscal no incluiría la interposición en los Países Bajos de meras sociedades instrumentales o ficticias que automáticamente provocarían que los dividendos repartidos quedaran sujetos a retención en origen, sino de sociedades que tienen la apariencia real de sociedades constituidas por motivos económicos válidos y con sustancia económica. Sin embargo, en la práctica, no va a resultar fácil para

<sup>27</sup> El tipo de retención dependerá, entre otras cuestiones, del porcentaje de participación en el capital o de acciones con derechos de voto que una sociedad detenta sobre la otra. El Convenio suscrito entre Países Bajos y Estados Unidos contempla una retención menor que el acordado entre España y Estados Unidos, cuando existe una participación significativa.

<sup>28</sup> Destaca recientemente la acción n.º 6 del proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de beneficios (*BEPS*), dirigida a impedir la utilización abusiva de los convenios fiscales, en particular, la búsqueda del convenio más favorable (*treaty shopping*), proponiendo nuevas cláusulas que se erigen como auténticas garantías y salvaguardias de su uso abusivo (por ejemplo, incluyendo en los convenios una declaración explícita en virtud de la que los Estados firmantes de un convenio se comprometen a evitar situaciones que entrañan el riesgo de doble imposición o excesivamente reducida a través de la evasión fiscal o el abuso del derecho, o la inclusión en el convenio de la «cláusula de limitación de beneficios» (LOB), o de una cláusula basada en los propósitos principales de las transacciones u operaciones («test del propósito principal») para abordar otras formas de uso abusivo de los convenios.

el Estado de origen de los dividendos, en nuestro ejemplo España, demostrar que la sociedad intermedia no es el beneficiario efectivo por carecer de sustancia económica. Ya el informe de la OCDE de 1986 *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies* puso de relieve esta dificultad al señalar que «El hecho de que la función principal de la sociedad intermedia sea la tenencia de activos u otros derechos no es suficiente por sí misma para calificarla como mera intermediaria. No obstante, el hecho de que sea esa su función principal puede ser indicativo de que es necesario un análisis más profundo de esa sociedad. En cualquier caso, este análisis puede resultar excesivamente gravoso para el Estado de la fuente. Además, incluso en determinados casos el Estado de residencia de la sociedad intermedia no tiene la información suficiente acerca de los partícipes de esa sociedad, otros interesados o sobre el procedimiento de adopción de decisiones de la sociedad»<sup>29</sup>.

Es evidente que, en el caso expuesto, la planificación fiscal internacional lo que hace es convertir en una economía de opción la falta de una política de uniformización de los convenios para evitar la doble imposición internacional y de las legislaciones internas.

La pregunta que tenemos que hacer inmediatamente es si se puede considerar este fenómeno un supuesto de planificación fiscal internacional posible o indebida. Empleando tanto las categorías conceptuales de nuestro derecho (fraude de ley y economía de opción) como la normativa comunitaria y las disposiciones de la OCDE, podemos afirmar que nada hay, en principio, que se oponga a que una sociedad diseñe una operación teniendo en cuenta el régimen tributario de cada Estado y los convenios de doble imposición suscritos por el mismo. Son las distintas soberanías fiscales las que permiten esta posibilidad, máxime si tenemos en cuenta que, siguiendo el ejemplo expuesto anteriormente, lo que se está evitando con la estructura triangular planteada es la reducción o eliminación de la retención en origen o *withholding tax* adicional que sufre el reparto del dividendo correspondiente a esa renta que ya ha tributado previamente por el correspondiente Impuesto sobre Sociedades.

Así, imaginemos que una renta tributa por el correspondiente Impuesto sobre Sociedades al 25% en el país de origen comunitario. Posteriormente el dividendo correspondiente a dicha renta se reparte a un país no comunitario y se sujeta a una retención en origen del 10% en virtud del convenio suscrito entre ellos. La tributación en el país de origen ascendería, por tanto, al 35%. Adicionalmente, el Estado que obtiene el dividendo repartido eliminaría la doble imposición económica y jurídica no volviendo a gravar la renta obtenida, pero no devolvería la retención satisfecha en el país de origen, por lo que la carga fiscal total seguiría siendo del 35%. Sin embargo, si la sociedad matriz residiera en la Unión Europea y no se le practicara retención en origen alguna por aplicación de la Directiva sobre matrices y filiales, la tributación efectiva que sufriría el mismo tipo de renta sería del 25%. ¿Podemos hablar de una planificación fiscal inde-

<sup>29</sup> Vid. *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*, OCDE, 1986, citado por VEGA BORREGO, F. A.: «El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición» en *Documentos IEF* n.º 8/2005, pie de página 53.

bida si, con este tipo de estructuras societarias triangulares que hemos comentado se consigue que la carga fiscal total sufrida por esa renta se reduzca al 25 %, esto es, la misma carga de gravamen que sufriría la renta si fuera repartida a una matriz comunitaria? ¿Cuál es el umbral de tributación razonable, 25 % o 35 %? ¿Cuál debe ser el criterio justo de reparto de la carga fiscal? ¿Estamos alterando, en este supuesto, la finalidad intrínseca del convenio, pactado de acuerdo a la voluntad de las partes, de que la renta solo se grave en el país de origen, esto es, allí donde se ha generado? Quizás no estén todavía claras las reglas del juego. Lo que parece evidente es que las respuestas a estas preguntas nos podrían ayudar a determinar si estamos ante una planificación fiscal indebida o quizás se trate de planificación fiscal posible. Cuestión distinta sería si el resultado global obtenido puede considerarse contrario a algún principio jurídico o a algún conjunto normativo en concreto. Nos referimos a la «patología» de determinadas estrategias fiscales que se pueden ejemplificar en los casos de «doble no imposición» y que abordaremos con mayor detenimiento en el epígrafe siguiente.

Si resulta inobjetable que una entidad valore las disposiciones de un convenio para evitar la doble imposición, entendida esta como un fenómeno rechazable en sí mismo tanto jurídicamente por oponerse al principio de capacidad económica como económicamente por ser nocivo para la rentabilidad de las inversiones, lo que sí resulta objetable por carecer de toda lógica, no solo jurídica, es que el resultado final de la aplicación de los mencionados convenios y de la normativa interna sea no evitar la doble imposición sino la no imposición en absoluto o una reducción considerable de impuestos, por debajo del umbral razonable. Es decir, que por el juego de las medidas unilaterales y bilaterales para evitar la doble imposición lo que se produzca es la exención de una capacidad económica determinada.

Como decimos, si se acredita que el resultado de la planificación fiscal internacional es no suprimir un fenómeno jurídica y económicamente indeseable sino provocar otro opuesto, cual es la no tributación de una fuente de renta, la calificación está clara. El primero constituiría un supuesto de planificación fiscal posible y el segundo un caso evidente de planificación fiscal indebida.

Obviamente, lo que acabamos de decir nos remite a la teoría de la interpretación de los tratados en general y de los convenios para evitar la doble imposición internacional en particular que es desde donde se deben dar las respuestas oportunas a los problemas interpretativos concretos derivados de la aplicación de los convenios<sup>30</sup>. En este sentido, en la lucha contra el *treaty shopping* destacan los trabajos de la OCDE, en particular los comentarios al Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de 2003, que en el apartado 20 de los que se refieren al artículo 1 contiene una propuesta de carácter general para impedir esta práctica de «mercadeo de tratados» que consistiría en incluir una cláusula general de limitación de beneficios que tendría por objeto: «evitar que las personas que no sean residentes en ninguno de los Estados firmantes del convenio, puedan disfrutar de los beneficios del mismo, mediante el recurso a una

<sup>30</sup> Vid. RIBES RIBES, A.: *Convenios para evitar la doble imposición internacional: interpretación, procedimiento amistoso y arbitraje*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2003.

entidad que, en otro caso, reuniría las condiciones para ser considerada como residente de uno de esos Estados», estableciendo determinados criterios para determinar la residencia efectiva de dicha entidad.

### III.5. EL PROBLEMA DE LA «DOBLE NO IMPOSICIÓN»

Dentro de lo que hemos venido llamando planificación fiscal indebida destacaríamos la práctica conducente a la aplicación de mecanismos que se nutren de asimetrías o divergencias existentes en cuanto al tratamiento fiscal de una entidad o de un instrumento financiero con arreglo a los ordenamientos de dos o más jurisdicciones, que puede acabar generando una ausencia de imposición sobre una misma renta o el diferimiento a largo plazo de los tributos.

Como es bien sabido, los convenios para evitar la doble imposición contienen, entre otras previsiones, medidas para evitar los supuestos de doble imposición que pueden producirse sobre una misma renta o patrimonio. Su aplicación permite que la renta se grave en el lugar de origen, o en el de destino, o se comparta la tributación entre los Estados que lo suscriben, esto es, que se produzca una única imposición al máximo previsto. Así, para que la renta sea gravada en el lugar de origen, será necesario que el lugar de destino aplique el método de exención para eliminar la doble imposición. Si la voluntad de las partes es que la renta sea gravada exclusivamente en destino, será necesario que el país de origen no la grave. Por último, si lo que se pretende es lograr el reparto de la carga impositiva, tanto un Estado como otro sujetará a tributación la renta obtenida, pero la carga fiscal total no podrá ser superior a aquella que se hubiera producido de haberse obtenido la renta íntegramente en el Estado de destino, lo que se conseguirá si este Estado elimina la doble imposición mediante la utilización del método de imputación.

Pues bien, analizadas estas situaciones, podemos distinguir determinados casos en los que las rentas o beneficios distribuidos, no es que se beneficien de una única tributación, sino que no son objeto de imposición en absoluto o la tributación se reduce considerablemente, por debajo del umbral razonable, tanto en el Estado de origen como en el de destino. Lo anterior sucedería cuando la normativa interna del Estado de origen no prevea ningún impuesto sobre determinados elementos de la renta o del patrimonio —o cuando el impuesto no se perciba debido a circunstancias particulares tales como la compensación de pérdidas, un error o la expiración del plazo de prescripción— y, simultáneamente, el Estado de destino aplique sobre esta misma renta el método de exención para eliminar la doble imposición. Es el caso, por ejemplo, de dividendos que son deducidos en el país donde reside la sociedad que los reparte y gozan de exención en el país de destino. Igualmente la situación descrita se manifiesta en el supuesto de los denominados «préstamos híbridos», esto es, instrumentos financieros que presentan características tanto de préstamo financiero como de capital y que debido a las diferentes consideraciones fiscales otorgadas por los países a dichos préstamos (como capital o deuda), los pagos en concepto de préstamo híbrido transfronterizo se tratan como un gasto fiscalmente deducible en un Estado (el Estado del pagador o Estado de origen) y como distribución de beneficios exenta de impuestos en el otro Estado (el Estado del beneficiario o Estado de destino), provocando así una doble no imposición que puede no ser deliberada.

Las situaciones de «doble no imposición» ya fueron abordadas por la Unión Europea a través de la modificación de la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes realizada por la Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio de 2014. Así, los considerandos 2.º y 3.º de la Directiva 2014/86/UE expresamente disponen que «(2) Las ventajas que se derivan de la Directiva 2011/96/UE no deben dar lugar a situaciones de doble no imposición y, por lo tanto, generar ventajas fiscales no deliberadas para grupos de sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, en comparación con grupos de sociedades de un mismo Estado miembro. (3) Con el fin de evitar situaciones de doble no imposición derivadas de asimetrías en el tratamiento fiscal de la distribución de beneficios entre Estados miembros, resulta oportuno que el Estado miembro de la sociedad matriz y el Estado miembro de su establecimiento permanente impidan a esas empresas acogerse a la exención fiscal aplicada a los beneficios distribuidos que hayan recibido, en la medida en que dichos beneficios sean deducibles por la filial de la sociedad matriz».

Recordemos que dicha Directiva 2011/96/UE prevé la utilización del método de exención para eliminar la doble imposición que recae sobre los dividendos obtenidos por una sociedad matriz residente en un Estado miembro de su sociedad filial residente en otro, por lo que la solución propuesta en la directiva modificada pasa por denegar la posibilidad de aplicar dicho método de exención cuando los pagos relacionados con una distribución de beneficios sean deducibles en el Estado miembro de origen. Por lo tanto, el Estado miembro de la sociedad beneficiaria (sociedad matriz o establecimiento permanente de la sociedad matriz) gravará la parte de los pagos relacionados con una distribución de beneficios que sea deducible en el Estado miembro de la filial que efectúa el pago.

También recientemente la OCDE ha puesto de manifiesto su preocupación por la utilización de estos mecanismos híbridos proponiendo la acción 2 en el proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (*BEPS*). No obstante, las recomendaciones se dirigen a la modificación de normas de derecho interno y modificaciones al texto del Modelo de Convenio sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE, que deberán ser traspuestas a los ordenamientos internos y a los tratados, a fin de que neutralicen los efectos de los mecanismos híbridos. El Consejo de la Unión Europea ha respaldado una rápida y efectiva aplicación coordinada de las medidas contra las *BEPS* en el plano de la Unión Europea y recientemente ha publicado la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. En dicha directiva se regula, entre otras, normas para hacer frente a las asimetrías híbridas, estableciendo que si una asimetría híbrida da lugar a una doble deducción, la deducción solo se concederá en el Estado miembro en el que se haya originado el pago correspondiente, mientras que si la asimetría híbrida da lugar a una deducción sin inclusión, el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción del pago correspondiente.

Entendemos que la normativa interna de cada país podría solucionar los problemas de doble no imposición (bien impidiendo la deducibilidad del gasto en el Estado de origen o bien impidiendo la aplicación del método de exención en el Estado de destino), o la solución podría venir

de la mano de los convenios de doble imposición (impidiendo que el Estado de destino aplique el método de exención si la renta no ha sido efectivamente gravada en el Estado de origen). Sin embargo, estas soluciones no permiten garantizar una aplicación uniforme del tratamiento de los híbridos financieros, posibilitando que los grupos transnacionales escojan el entorno donde su aplicación sea más favorable (esto es, las sociedades invertirían a través de países intermediarios en los que las disposiciones contra las prácticas abusivas fuera menos estrictas o en los que no existiera ninguna normativa al respecto). Otras iniciativas internacionales, como las emprendidas por la OCDE en el proyecto *BEPS*, pueden no conseguir dar respuesta a las preocupaciones sobre la doble no imposición dado su carácter de *soft law*. Por todo lo expuesto, creemos acertada la publicación de la Directiva 2016/1164/UE que fija un nivel mínimo común de protección y que resulta de obligado cumplimiento para los Estados miembros.

### III.6. EL PLAN DE ACCIÓN CONTRA LA EROSIÓN DE LA BASE IMPONIBLE Y EL TRASLADO DE BENEFICIOS DE LA OCDE Y EL G20: PROYECTO *BEPS* (BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING)

Hace tiempo que la OCDE viene elaborando diversos documentos que tratan de afrontar los problemas descritos hasta ahora. En esta dirección se inscriben los ya publicados por la OCDE acerca de la utilización abusiva de pérdidas fiscales (2011), el abuso de entidades o instrumentos híbridos (2012) y sobre todo el más importante y conocido sobre *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)* (12 de febrero de 2013). Como se destaca acertadamente en el documento citado, el proyecto *BEPS*: «marca un punto de inflexión en la historia de la cooperación internacional en materia de tributación»<sup>31</sup>.

Resalta la OCDE que, además de una merma recaudatoria, estos esquemas generan ventajas competitivas para las multinacionales frente a empresas más pequeñas o exclusivamente locales, que no tienen acceso a esta planificación sofisticada y soportan impuestos más altos<sup>32</sup>.

Para hacer frente a estas manifestaciones de lo que nosotros consideramos planificación fiscal internacional indebida, la OCDE y el G20 en su reunión de Lima el 10 de octubre de 2015 han propuesto y aprobado las siguientes líneas de acción en materia fiscal en aquellos sectores que resultan más problemáticos (informes finales 2015):

- Acción 1: Abordar los retos de la economía digital para la imposición.
- Acción 2: Neutralizar los efectos de los instrumentos híbridos.

<sup>31</sup> Vid. *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficio*, OCDE, 2013, pág. 31.

<sup>32</sup> Vid. GARCÍA NOVOA, C.: «*Base erosion and profit shifting (BEPS)* y sus implicaciones en los ordenamientos domésticos», en *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, mayo-junio 2015, págs. 45 a 78.

- Acción 3: Refuerzo de la normativa sobre *Controlled Foreign Corporations*.
- Acción 4: Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones.
- Acción 5: Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia.
- Acción 6: Impedir la utilización abusiva de convenios.
- Acción 7: Impedir la elusión artificiosa del estatuto del establecimiento permanente.
- Acciones 8, 9 y 10: Asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor.
- Acción 11: Evaluación y seguimiento de *BEPS*.
- Acción 12: Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva.
- Acción 13: Reexaminar la documentación sobre precios de transferencia.
- Acción 14: Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias.
- Acción 15: Desarrollar un instrumento multilateral que modifique los convenios fiscales bilaterales.

Las acciones descritas representan, indudablemente, un avance cualitativo en los objetivos que establece la OCDE en su actuación mucho más ambiciosos que los objetivos diseñados hasta ahora y que hacen frente a los supuestos más importantes de la planificación fiscal indebida que van desde la elusión a los precios de transferencia, pasando por toda clase de prácticas tributarias perniciosas. Por otra parte, se trata de un conjunto heterogéneo de medidas en algunos casos teñidas de un cierto voluntarismo como, por ejemplo, la acción 12 que se refiere a la acción de exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva, o de escasa concreción como la acción 6 relativa a impedir el abuso de los convenios. En todo caso, como es evidente, la implementación de las disposiciones en que se materialicen los expresados objetivos depende por completo de la voluntad política de cada Estado de someterse al plan *BEPS*, mientras este no se convierta en un tratado o se integre en los ya existentes como los convenios para evitar la doble imposición<sup>33</sup>. En cualquier caso, tal como hemos comentado anteriormente, la Unión Europea ya manifestó su voluntad de aplicar soluciones que se ajusten a las conclusiones *BEPS* de la OCDE. Con este objetivo, recientemente ha publicado la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, de obligado cumplimiento para todos los Estados miembros, por la que se establece un nivel mínimo de protección frente a determinadas prácticas de elusión fiscal relacionadas con la deducibilidad de los intereses, la imposición de salida, las prácticas abusivas, las sociedades extranjeras controladas y las asimetrías híbridas.

<sup>33</sup> Vid. SERRANO ANTÓN, F.: «La influencia del plan de acción *BEPS* en la tributación española: impacto en la normativa, incremento de la litigiosidad y el papel de los tribunales» en *RCyT. CEF*, núm. 391, octubre de 2015, págs. 77 a 110.

## IV. LOS LÍMITES DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL

### IV.1. EL DERECHO COMUNITARIO Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En su lucha contra los paraísos fiscales y la planificación fiscal agresiva, la Comisión aprobó el 6 de diciembre de 2012, una Comunicación que contenía 34 iniciativas que formaban parte del denominado «Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal» [COM (2012), 722 final]. Algunas de las medidas incluidas han sido ya adoptadas por el legislador comunitario, como, por ejemplo, la revisión de la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, «relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes» que trata de evitar la «doble no imposición», mientras que otras exigen un plazo más amplio.

Además, la Comisión ha aprobado determinados documentos que sin ser todavía vinculantes tienen una extraordinaria importancia y ponen de manifiesto la orientación de la política comunitaria en esta materia. El primero de ellos, la Recomendación «sobre la planificación fiscal agresiva» [C(2012) 8806 final], dirigida a impedir que, por aplicación de los convenios de doble imposición, resulte una ausencia de tributación sobre un determinado elemento de los ingresos. El segundo, la Recomendación «relativa a las medidas encaminadas a fomentar la aplicación, por parte de terceros países, de normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal» [C(2012) 8805 final] que señala una serie de medidas que deberían aplicarse en las relaciones con terceros países que no cumplan las normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal, haciendo implícitamente referencia a los paraísos fiscales. Un tercer documento, la Recomendación «sobre la aplicación de medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales» [C(2016) 217], destinado, particularmente, a evitar la utilización de híbridos y el *treaty shopping*. Este tercer documento forma parte del «Paquete Anti-Evasión Fiscal (2016)» que ha puesto en marcha la referida institución comunitaria y está estrechamente conectado con la acción 6 del Plan *BEPS* de la OCDE.

Estas recomendaciones y comunicaciones se inscriben en la línea que vienen marcando tanto la Comisión, el Consejo como el Parlamento Europeo de lucha contra la evasión y el fraude fiscal y ha sido estudiada con detenimiento por la doctrina que se ha ocupado del tema, pero no obstante queremos hacer algunas observaciones generales<sup>34</sup>.

**Primero.** Grado de coactividad de los documentos. En su mayoría, nos movemos en el nivel jurídico del *soft law*. El conjunto de recomendaciones y comunicaciones citadas, como hemos dicho, no tienen carácter vinculante sino que tratan de orientar la política fiscal de los Estados

<sup>34</sup> Sobre los antecedentes y contenido de estas disposiciones, véase CALDERÓN CARRERO, J. M.: «La estrategia europea de lucha contra el fraude y la evasión fiscal: el plan de acción de la Comisión UE y sus principales implicaciones», en *RCyT*. CEF, núm. 363, junio de 2013, págs. 5 a 40.

miembros. La limitación es importante porque con estas herramientas jurídicas se tiene que hacer frente no solo a la planificación fiscal agresiva sino al fenómeno previo que es la competencia fiscal perniciosa entre Estados. Es evidente, por tanto, que hay que avanzar en el proceso de aproximación normativa de la imposición directa en el ámbito de la Unión Europea para poder contar con instrumentos eficaces en la lucha contra esta manifestación de la planificación fiscal indebida.

**Segundo.** Líneas generales de actuación. Los documentos a los que nos hemos referido ponen el énfasis, ya desde la Comunicación de la Comisión de 27 de junio de 2012, básicamente, en la necesidad de aumentar la efectividad de la recaudación de los Estados miembros, afectada por la planificación fiscal internacional, la conveniencia de incrementar la coordinación entre las distintas Administraciones fiscales competentes y la oportunidad de aprobar una política común frente a los Estados extracomunitarios para luchar contra la evasión y la competencia fiscal perniciosa. No se puede negar el acierto en identificar estos objetivos, pero dado el carácter no vinculante de las medidas propuestas que ya hemos destacado, su aplicación depende «en un todo» de la voluntad política de cada Gobierno para implementarlas.

**Tercero.** Valoración de su eficacia. Será necesario hacer un seguimiento en los próximos años del grado de ejecución del conjunto de medidas propuestas. Dada su aludida naturaleza de *soft law*, es previsible un nivel de cumplimiento desigual en función de los inevitables cambios que se producen en la política fiscal de los Estados miembros. Es imprescindible someter las medidas a un «test de eficacia» en comparación con otra clase de instrumentos como el *FATCA* al que nos referiremos más adelante y que constituye un modelo de adopción de medidas incluso frente a Estados muy resistentes a cualquier sistema de control y, por supuesto, hay que comparar su eficiencia con la vía de los convenios para evitar la doble imposición a los que también nos referiremos.

Sin embargo, al margen de la naturaleza de *soft law* de algunas de las medidas adoptadas, la Unión Europea también está realizando un esfuerzo por regular la materia que tratamos de manera coordinada y eficaz, incluso con la propia OCDE, a través de instrumentos jurídicos vinculantes para los Estados miembros, como son las directivas, aun cuando tropiece a menudo con la falta del consenso necesario para su aprobación. Como ejemplo de esta labor legislativa realizada para combatir el fraude y la evasión fiscal podemos citar la ya comentada modificación de la Directiva sobre matrices y filiales que, como hemos visto, obliga al Estado de destino del dividendo a impedir la aplicación del método de exención para eliminar la doble imposición en ausencia de imposición en el Estado de origen al objeto de evitar la «doble no imposición». Igualmente, la modificación de la Directiva relativa a la cooperación administrativa de 2011 por parte de la Directiva 2014/107/UE, que ha obligado a incorporar en las legislaciones internas de los Estados miembros la normativa necesaria para que pueda llevarse a cabo el efectivo intercambio de información *financiera*, de conformidad con la norma internacional publicada por el Consejo de la OCDE en julio de 2014 (*CRS*<sup>35</sup>). Además, dentro del «Paquete anti-evasión fiscal (2016)», se incluye la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se estable-

<sup>35</sup> Sobre el *Common Reporting Standard* o *CRS*, por sus siglas en inglés. *Vid. infra.* apartado IV.4.

cen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, que pretende asegurar una aplicación adecuada y coordinada dentro de la Unión Europea de las recomendaciones contenidas en el proyecto *BEPS* de la OCDE, estableciendo ciertos criterios y estándares mínimos así como la Directiva 2016/881/UE del Consejo, de 25 de mayo de 2016, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad que tiene por objeto incorporar el informe «país por país», que permitiría a las Administraciones de los Estados miembros tener acceso a determinada información fiscal sobre las empresas multinacionales que operen dentro de la Unión Europea, esencial para detectar e impedir estructuras fiscales fraudulentas.

La segunda gran aportación del derecho comunitario a la lucha contra el fraude y la evasión fiscal es, indudablemente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (anteriormente Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –TJCE–) que se ha pronunciado en algunos casos sobre la materia.

En las Sentencias *Cadbury* y *Halifax*, se establece un cuerpo doctrinal de imprescindible consulta en la materia sobre el concepto de práctica fiscal abusiva y los límites que implica el derecho comunitario al respecto.

En la primera Sentencia citada, del TJCE de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Swcheppes*, en el asunto C-196/04 (NFJ023535), el tribunal establece su doctrina sobre el abuso del tratado (punto 35): «los nacionales de un Estado miembro no pueden, aprovechando las posibilidades creadas por el tratado, intentar evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional. Tampoco pueden invocar las normas comunitarias de forma abusiva o fraudulenta (sentencias de 7 de febrero de 1979, *Knors*, 115/78, Rec. p. 399, apartado 25; de 3 de octubre de 1990, *Bouchoucha*, C-61/89, Rec. p. I-3551, apartado 14, y de 9 de marzo de 1999, *Centros*, C-212/97, Rec. p. I-1459, apartado 24)».

Por otra parte, la Sentencia *Cadbury* fija el objetivo de las medidas antielusión y antifraude (punto 55): «Para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional».

En el mismo tenor literal se manifiesta el punto 74 de la Sentencia del TJCE de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, asunto C-524/04 (NFJ024996).

Por último, la Sentencia *Cadbury* en el asunto C-196/04 establece las características de la operación susceptible de ser declarada contraria al derecho comunitario que coinciden «en un todo», si bien con un lenguaje mucho menos preciso, con el concepto de fraude a la ley tributaria que manejamos en este trabajo: «La constatación de la existencia de tal montaje exige en efecto, además de un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener una ventaja fiscal, que resulte de elementos objetivos que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por el derecho comunitario, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por la libertad de establecimiento, tal

y como aparece recogido en los apartados 54 y 55 de la presente sentencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de diciembre de 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, Rec. p. I-11569, apartados 52 y 53, y de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C-255/02, Rec. p. I-0000, apartados 74 y 75)».

Por su parte, la Sentencia del TJCE de 21 de febrero de 2006, Halifax, en el asunto C-255/02 (NFJ021677), confirma la doctrina transcrita, respecto de las prácticas abusivas (punto 74) al afirmar: «A la luz de estas consideraciones, parece que, en el ámbito del IVA, la comprobación de que existe una práctica abusiva exige, por una parte, que, a pesar de la aplicación formal de los requisitos establecidos en las disposiciones relevantes de la Sexta Directiva y de la legislación nacional por la que se adapte el derecho interno a esta directiva, las operaciones de que se trate tengan como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo perseguido por tales disposiciones».

En conclusión, por lo que aquí interesa, la jurisprudencia del TJUE constituye un límite a lo que nosotros consideramos planificación fiscal indebida, noción que las sentencias de dicho tribunal sitúan en un entorno conceptual muy próximo al de fraude a la ley. Es decir, como acabamos de apreciar, se refieren a una operación («montaje» dice la jurisprudencia citada) en la que se cumplen los requisitos formales de una determinada normativa («norma de cobertura», decimos en el derecho español, elemento objetivo dice el TJUE) pero se obtiene un resultado contrario a dicho conjunto normativo («norma defraudada» según nuestra LGT), operación que tiene por finalidad exclusiva obtener una ventaja fiscal y que se realiza con una intención claramente fraudulenta (elemento subjetivo según el TJUE)<sup>36</sup>.

#### IV.2. EL PAPEL DE LA OCDE EN SU LUCHA CONTRA LA PLANIFICACIÓN FISCAL INDEBIDA: LA EVOLUCIÓN DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE ESPAÑA Y SUIZA, ESTADOS UNIDOS, ANDORRA Y LUXEMBURGO

La OCDE ha sido la institución en la cual, desde su inicio<sup>37</sup>, se ha creado el marco jurídico necesario no solo para luchar contra el indeseado fenómeno de la doble imposición internacional sino también para toda una política de coordinación fiscal y de intercambio de información que actualmente constituye un instrumento privilegiado para la lucha contra el fraude tributario internacional. En este sentido hemos podido apreciar al analizar el Plan *BEPS* y la planificación

<sup>36</sup> De gran interés práctico resulta el estudio de la Comisión Europea *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators – Final report*, Working Paper n.º 61, 2015, que recoge una lista de 33 indicadores de planificación fiscal agresiva que facilitan o permiten dicha planificación fiscal agresiva. Llama la atención como España, junto a Dinamarca, son los países cuyas legislaciones recogen una cantidad menor de medidas indicadoras de planificación fiscal agresiva [7 indicadores en total, que incluyen, por ejemplo, la deducibilidad de los intereses financieros, trato fiscal favorable para los ingresos derivados de la propiedad intelectual (*patent box*) o la deducibilidad de los cánones].

<sup>37</sup> Vid. FORNS, J. J.: *La doble imposición internacional*, ed. Cámara de Comercio de Madrid, 1960.

fiscal agresiva el papel que ha jugado la OCDE en la lucha con los fenómenos que consideramos planificación fiscal indebida. La llamada «era post-BEPS» es una realidad y, en el marco de la propia OCDE, ya empiezan a ver la luz algunas de las prácticas propuestas, como la firma del Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes en enero de 2016 por parte de 31 Estados, entre los que se incluyen España, que permitirá la aplicación coherente y rápida de las nuevas normas de información de precios de transferencia desarrolladas dentro de la acción 13 del Plan de acción BEPS<sup>38</sup>. Así, a través de un sistema de intercambio de información «país por país», las multinacionales residentes en un país con una cifra de negocios superior a 750 millones de euros y que tengan la condición de sociedades dominantes del grupo se comprometen a suministrar información a las autoridades fiscales sobre los impuestos que hay en cada país. Los citados informes deberán presentarse anualmente en la jurisdicción de la matriz del grupo multinacional, y se compartirán de manera automática con los otros Estados firmantes, a través del intercambio de información intergubernamental. Aunque la información se refiere ya a periodos impositivos iniciados desde 2016, el intercambio de información se hará efectivo a partir de 2017.

Pero el instrumento más importante y que mejor describe la función de coordinación que ha desempeñado la OCDE son los convenios para evitar la doble imposición. España, como muchos otros miembros de la OCDE, ha comenzado a modificar los convenios que tiene suscritos, para adaptarse a los cambios producidos en materia tributaria, desde la aprobación de algunos de los tratados existentes que son de los años ochenta e incluso anteriores. En todo caso, uno de los aspectos más importantes de las modificaciones introducidas son las obligaciones de intercambio de información tributaria que es el punto en el que vamos a centrarnos seguidamente. Ahora bien, conviene precisar desde el primer momento que los datos obtenidos por los Estados miembros implicados pueden utilizarse también para otros fines no tributarios, entre los que destaca la prevención y lucha contra el blanqueo de capitales.

**Suiza** es el mejor ejemplo de cómo están cambiando las cosas en este sector de cuestiones. De un régimen de secreto bancario infranqueable a todos los efectos, ha pasado de la simple colaboración judicial en ejecución de sentencias respecto de delitos fiscales a la firma de acuerdos y tratados que implican el intercambio automático de información tributaria.

Actualmente, el marco jurídico internacional de las relaciones fiscales entre España y Suiza viene constituido por el Protocolo firmado en Madrid el 27 de julio de 2011 (BOE de 11 de junio de 2013), entre el Reino de España y la Confederación Suiza, que modifica el Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio firmado en Berna el 26 de abril de 1966, y su Protocolo, modificados por el Protocolo firmado en Madrid el 29 de junio de 2006.

<sup>38</sup> España ya se adelantó a las recomendaciones de la OCDE incluyendo esta obligación de informar que recae sobre las multinacionales en el artículo 14 del nuevo Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio (BOE núm. 165, de 11 de julio). Un Informe de OXFAM-INTERMON pone en evidencia que alrededor de 183 de las 24.000 grandes empresas en España, esto es, un escaso 0,76%, tendrá que presentar esta información (Informe OXFAM-INTERMON, *Sombras de evasión y elusión fiscal*, de noviembre 2015, pág. 48).

La reforma del convenio se orienta en dos sentidos, de un lado, adaptar el texto a todos los cambios introducidos en el Convenio modelo de la OCDE, entre los que hay que destacar la homologación del concepto de dividendos y ganancias de capital, así como las técnicas para evitar la doble imposición y, de otro lado, establecer un nuevo régimen de intercambio de información fiscal. En este sentido, la reforma del Convenio con Suiza se inscribe ya, en cuanto a sus contenidos, en la dirección del Convenio suscrito con los Estados Unidos el 14 de enero de 2013 y con el Reino Unido el 14 de marzo de 2013.

Pero, sin duda, la modificación realizada por el Protocolo de 2011 (vigente desde agosto de 2013) relativa al intercambio de información entre las autoridades fiscales es la que consideramos más relevante. La nueva versión del artículo 25 bis del convenio y el nuevo párrafo IV del protocolo permiten que las autoridades competentes intercambien la información «previsiblemente pertinente». El intercambio debe ser tan amplio como sea posible, aunque se prohíben las denominadas *fishing expeditions*, esto es, las búsquedas indefinidas de pruebas y la solicitud de información de dudosa pertinencia respecto de la situación fiscal de un determinado contribuyente. Piénsese que hasta ahora dicha información solo se suministraba como consecuencia de la ejecución de sentencias (procedimiento de *exequatur*) en materia de delito fiscal. Este aspecto supone la supresión del secreto bancario a efectos fiscales lo cual representa un cambio sustancial en la política seguida por Suiza. No obstante, la información solo se desvelará a las personas o autoridades (incluidos tribunales y órganos administrativos) encargadas de la liquidación o recaudación de los impuestos, de su aplicación efectiva o de la persecución del incumplimiento relativo a los mismos, o de la resolución de los recursos relativos a los mismos, pudiendo utilizarse esta información para otros fines como, por ejemplo, el blanqueo de capitales de acuerdo con las leyes de los Estados contratantes y con la autorización administrativa preceptiva. Aunque se establecen límites a la obligación de informar (no implica la modificación de la legislación interna ni afecta al secreto bancario profesional) la información requerida no puede ser denegada aunque esta no sea relevante a efectos fiscales en el Estado suministrador (art. 25 bis.3 del convenio).

Hay que tener presente que el sistema de intercambio de información no obliga a los Estados contratantes a intercambiar información de manera automática o espontánea (apartado 4 del párrafo IV del protocolo) sino a requerimiento previo «una vez agotadas todas las fuentes habituales de información del Estado contratante que requiere la información, de las que disponga en aplicación de su procedimiento tributario interno, excepto aquellas que pudieran generar dificultades desproporcionadas» (apartado 1 del párrafo IV del protocolo). En el requerimiento, las autoridades que solicitan la información deberán proporcionar determinada información (apartado 2 del párrafo IV del protocolo), como, por ejemplo, la identidad de la persona objeto de inspección o investigación; las fechas respecto de las que se solicite la información; la finalidad fiscal para la que se solicita la información...

Pero Suiza ha ido más allá en su compromiso de intercambio de información, en concreto, en cuanto a la información bancaria o financiera, al firmar, el 19 de noviembre de 2014, el Acuerdo Multilateral para la Autoridad Competente (CAA) de la OCDE. De este modo, está previsto que Suiza realice su primer intercambio de información relativo a las cuentas bancarias abiertas

por residentes extranjeros en septiembre de 2018, de manera automática, con el resto de países firmantes y conforme a un Estándar común de información (CRS). Tal como veremos en apartados posteriores, en virtud de este acuerdo, las jurisdicciones participantes, entre las que se incluye España, podrán obtener información financiera relativa a sus contribuyentes residentes en el extranjero, gracias a la labor de las instituciones financieras extranjeras que serán las encargadas de identificar las cuentas y de comunicarlas posteriormente al órgano competente del Estado en cuestión, de manera automática, esto es, sin necesidad de petición previa, y con reciprocidad, siguiendo los mismos sistemas y procedimientos comunes.

Por último, ajustándose a la labor de la Unión Europea para aumentar la transparencia y combatir el fraude y la evasión fiscal, el Consejo de la Unión Europea aprobó en diciembre de 2015 el acuerdo negociado con Suiza para el intercambio automático de información de cuentas bancarias. De esta manera, además de la obligación contraída con los países de la OCDE, Suiza compartirá datos bancarios con los Estados miembros de la Unión Europea a partir de 2018, como son los nombres, direcciones, números de identificación fiscal, fechas de nacimiento, además de otra información financiera y sobre el saldo de las cuentas. Las disposiciones recogidas en el acuerdo se ajustan al nuevo estándar internacional (CRS) de la OCDE y del G20 para el intercambio automático de información.

En relación con los **Estados Unidos**, el 14 de enero de 2013, se firmó el Protocolo por el que se modifica el Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal al respecto de los impuestos sobre la renta (anexo III). No obstante, a fecha de hoy, el protocolo al convenio todavía no ha entrado en vigor, ya que se encuentra pendiente de aprobación en el Senado estadounidense<sup>39</sup>.

El nuevo protocolo supone un importante avance en materia de tributación de dividendos y otras cuestiones relativas al reparto de las cargas tributarias entre los Estados contratantes. Pero queremos destacar la modificación del artículo 27 sobre «Intercambio de información y asistencia administrativa» que sigue básicamente el modelo descrito respecto de Suiza aunque no representa una novedad tan evidente, dado que ya existía dicho precepto en el convenio. El nuevo artículo 27 establece una cláusula general de intercambio de información tributaria no solo delimitada por el contenido del convenio sino que se extiende a la que se derive de la aplicación del derecho interno del Estado contratante «relativo a los impuestos de cualquier naturaleza o denominación». Al igual que en otros convenios que está suscribiendo España, la información solo se puede utilizar por los tribunales o las autoridades competentes pero también se puede emplear con otros fines, cual es el caso del blanqueo de capitales (art. 27.2 del convenio, segundo párrafo). Por otra parte, tampoco existe secreto bancario a efectos fiscales y el hecho de que la información esté disponible en entidades financieras no es obstáculo para la aplicación del convenio (art. 27.5).

<sup>39</sup> Documento pendiente en el Senado n.º 34, según *US Department of State*, en <http://www.state.gov/s/l/treaty/pending/> actualizado a 22 de septiembre de 2016.

En materia de prueba, el Convenio con Estados Unidos incluye en el artículo 27.6 una regulación de extraordinaria importancia que no existe en el Convenio con Suiza y que permite la obtención de las mismas sin tener que acudir a la vía de colaboración judicial internacional. Se prevé asimismo el desarrollo del convenio mediante un acuerdo «que garantice niveles de asistencia parejos entre los Estados contratantes» pero la inexistencia del mencionado acuerdo de desarrollo no impedirá en ningún caso la aplicación del convenio.

En síntesis se puede afirmar que la nueva regulación del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Estados Unidos representa un avance cualitativo en la cooperación entre los dos Estados en materia fiscal. Pero, en materia de intercambio de información y, en concreto, la de carácter financiera, no hay que olvidar que los Estados Unidos han firmado acuerdos intergubernamentales con países terceros, entre ellos España, para la aplicación de un intercambio de información financiera *automático*, recíproco y estandarizado que permita la implementación de su normativa *FATCA*. En este sentido, entendemos que el Acuerdo suscrito entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de *FATCA* (BOE de 1 de julio de 2014) es de obligado cumplimiento para ambas partes y de aplicación prioritaria frente al convenio, dado su carácter de norma especial.

Respecto de **Andorra**, podemos afirmar que es otro de los territorios donde se manifiesta con más claridad la transformación que se está produciendo en materia de lucha contra la evasión fiscal y el blanqueo de capitales. Piénsese que el Principado ha estado incluido en la lista de paraísos fiscales y así se ha considerado tradicionalmente, con la particularidad de que su proximidad afectaba a España de modo singular. Precisamente uno de los efectos del nuevo marco jurídico existente al que vamos a hacer referencia seguidamente es que Andorra deja de considerarse uno de los territorios a los que hace referencia el apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal de 29 de noviembre de 2006.

En febrero de 2016 ha entrado en vigor el nuevo Convenio entre el Reino de España y el Principado de Andorra para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y prevenir la evasión fiscal y su Protocolo, hecho *ad referendum* en Andorra la Vella el 8 de enero de 2015 (BOE de 7 de diciembre). El convenio está en línea con el convenio modelo de la OCDE y de los que acabamos de analizar, como Suiza o Estados Unidos. No obstante, hay que destacar que existía ya un Acuerdo firmado el 14 de enero de 2010 entre el Reino de España y el Principado de Andorra (BOE de 23 de noviembre, anexo IV) centrado precisamente en el intercambio de información previa solicitud en materia fiscal y afectaba tanto a la imposición directa como indirecta. Las disposiciones del acuerdo relacionadas con el intercambio de información resultaban de aplicación hasta el 1 de enero de 2016, fecha en la que han quedado sustituidas por lo dispuesto en el convenio, conforme dispone el apartado VII del protocolo.

El convenio permite no solo el intercambio, previa petición de requerimientos individuales (como se viene haciendo hasta ahora), sino que avanza en cuestiones como las peticiones grupales o la identificación del sujeto sobre el que se requiere información, aunque también se especifica la prohibición de los Estados de emprender búsquedas indefinidas de pruebas (*fishing expeditions*), o para solicitar información de dudosa relevancia respecto a la situación fiscal de un determinado contribuyente.

En la medida en que Andorra ha firmado el *Acuerdo Multilateral para la Autoridad Competente (CAA)* de la OCDE con el objeto de intercambiar información de manera automática con el resto de países firmantes, aquellas cuestiones relacionadas con el intercambio de información de carácter financiera quedarán supeditadas a los nuevos términos del acuerdo. Así, Andorra tiene previsto efectuar su primer intercambio de información conforme a los parámetros establecidos por la OCDE en septiembre de 2018. El convenio de doble imposición suscrito con España hace referencia a este compromiso en el apartado VII.3 del protocolo que textualmente dice: «Andorra estará en disposición de intercambiar información de manera automática, tan pronto adopte de forma efectiva el estándar común previsto por la OCDE en materia de intercambio automático de información financiera, en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral para la aplicación plena del artículo 24 del presente convenio».

Pero Andorra, al igual que hizo Suiza, firmó en febrero de 2016 un nuevo Acuerdo de transparencia fiscal con la Unión Europea, validado en septiembre de 2016 por los veintiocho, comprometiéndose, a partir de 2018, a intercambiar automáticamente información sobre las cuentas financieras de los residentes en los Estados miembros, por lo tanto, también con España.

En resumen, el conjunto normativo que representa el convenio para evitar la doble imposición suscrito con España, la adhesión de Andorra al *CAA* de la OCDE y el acuerdo firmado con la Unión Europea constituye un cambio trascendental en las relaciones fiscales entre los dos Estados que culminará previsiblemente en 2018, con el intercambio automático de información financiera.

Por último, en relación con **Luxemburgo**, podemos afirmar que el protocolo que modifica el Convenio de 3 de junio de 1986 entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal, hecho en Bruselas el 10 de noviembre de 2009 (*BOE núm. 132, de 31 de mayo de 2010*) se inscribe en la dirección de los convenios firmados en los últimos años, actualizados según el modelo de la OCDE. Así el artículo 1 del protocolo actualiza el intercambio de información previsto en el artículo 27 del convenio en línea con lo que venimos describiendo respecto de los anteriormente expuestos.

Pero mucho ha avanzado la posición de Luxemburgo respecto al intercambio de información desde que firmó el Convenio con España. El 10 de abril de 2013 el entonces primer ministro de Luxemburgo, Jean-Claude Juncker, en su discurso sobre el Estado de la Nación, declaró que «Luxemburgo debe participar en la lucha contra el blanqueo y la evasión fiscal» y que «En la cumbre de Feira, en el año 2000, el gobierno luxemburgués, con el acuerdo, por otra parte del Parlamento, ha tomado la decisión de alejarse del secreto bancario y de comprometerse en la vía hacia el intercambio automático de información». Haciendo referencia expresamente al acuerdo *FATCA*, el primer ministro declaró que si Luxemburgo ha modificado su posición es debido a dicho acuerdo. «Si rechazamos esto, no habrá más negocios financieros con Estados Unidos, lo cual es inconcebible para una plaza financiera como Luxemburgo», «es por esta razón por la que podemos aplicar sin peligro el intercambio automático de información a partir de 2015», «este

intercambio automático de informaciones afectará a las rentas de los ciudadanos de la Unión Europea que se generen aquí en Luxemburgo y entran dentro del campo de aplicación de la directiva sobre la fiscalidad del ahorro». El Acuerdo entre los Estados Unidos y Luxemburgo para la implementación de *FATCA* ha entrado en vigor el 29 de julio de 2015.

Asimismo, la nueva postura adoptada por Luxemburgo y Austria de levantar su veto a la implantación del intercambio automático de información sobre los depósitos bancarios en la Unión Europea permitió en su momento que se aprobara la Directiva 2014/48/UE del Consejo, de 24 de marzo de 2014, por la que se modificaba la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, mejorando la calidad de la información utilizada para determinar la identidad y el lugar de residencia del beneficiario efectivo<sup>40</sup>.

Pero Luxemburgo se ha comprometido a la implantación del *Acuerdo Multilateral para la Autoridad Competente (CAA)* de la OCDE con el objeto de intercambiar información financiera de manera automática con el resto de países firmantes y conforme a un *Estándar común de información (CRS)*. El primer intercambio de información también está previsto para septiembre de 2017. Además, como Estado miembro de la Unión Europea, también le resulta aplicable la Directiva 2014/107/UE del Consejo, de 9 de diciembre de 2014, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad y que está plenamente alineada con el nuevo *MCAA* y *CRS* de la OCDE. Así, se prevé que Luxemburgo comience a intercambiar información sobre cuentas financieras con el resto de países europeos a partir de septiembre de 2017.

#### IV.3. LA NORMATIVA *FATCA* Y LOS ACUERDOS INTERGUBERNAMENTALES SUSCRITOS POR LOS ESTADOS UNIDOS CON TERCEROS PAÍSES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL *FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT*. ANÁLISIS COMPARATIVO<sup>41</sup>

Para nosotros, si hay una novedad relevante en el panorama fiscal internacional en la lucha contra la evasión fiscal, esta es sin duda el avance que en materia de intercambio de información a nivel

<sup>40</sup> La Directiva 2003/48/CE en su versión modificada ha sido derogada por la Directiva 2015/2060/UE del Consejo, dada la duplicidad manifiesta con la Directiva 2011/16/UE, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, que fue a su vez modificada por la Directiva 2014/107/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio de información en el ámbito de la fiscalidad.

<sup>41</sup> Sobre el intercambio automático de información financiera, *vid.* FUSTER GÓMEZ, M.: «La sombra de *FATCA* es alargada: últimos avances en materia de intercambio automático de información financiera a nivel internacional» en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 167, págs. 135 a 180. En este trabajo, se analiza la evolución del sistema de intercambio de información en materia financiera y se realiza un estudio pormenorizado de los diversos instrumentos que concurren en el panorama internacional, lo que permite conocer y entender el origen, el estado actual y el futuro del intercambio automático de información financiera.

internacional ha supuesto la firma por parte de los Estados Unidos de los acuerdos intergubernamentales para la implementación de la normativa *FATCA*, en concreto, en relación con el intercambio de información de *cuentas financieras*, realizado de manera automática y de forma estandarizada.

*FATCA* fue aprobada el 18 de marzo de 2010, como parte de la «Ley de incentivos a la contratación para restaurar el empleo», diseñada para estimular el desarrollo económico en los Estados Unidos. Dicha ley incluía un nuevo capítulo 4 en el Código Tributario estadounidense denominado «Impuestos para hacer efectiva la obligación de informar sobre determinadas cuentas extranjeras», que incluye cuatro secciones que regulan la obligación de retener el 30% sobre aquellos pagos de fuente estadounidense realizados a instituciones financieras extranjeras y otras entidades extranjeras no financieras. El capítulo 4 fue completado con reglamentos, notificaciones y guías administrativas. Este complejo conjunto legislativo ha recibido el nombre de «normativa *FATCA*», acrónimo en inglés de *Foreign Account Tax Compliance Act*.

El objetivo de la normativa *FATCA* era financiar el desarrollo económico contemplado en la *Hire Act*, centrándose en la lucha contra la evasión fiscal en el extranjero. De este modo *FATCA* contiene un conjunto de disposiciones, sin precedente alguno, destinadas a prevenir los abusos fiscales cometidos por contribuyentes estadounidenses que no declaran a la Administración tributaria sus cuentas o inversiones mantenidas o realizadas en el extranjero.

*FATCA* se dirige tanto a instituciones financieras extranjeras (IFE) con cuentas abiertas por titulares estadounidenses, como a entidades no financieras extranjeras (ENFE) cuyos propietarios sustanciales son estadounidenses. A diferencia del sistema común de información en el que se solicitan los datos al obligado tributario, *FATCA* no actúa directamente sobre el contribuyente estadounidense con cuentas o inversiones *offshore* sino que lo hace a través de las IFE, a quienes les impone la obligación de identificar a los titulares estadounidenses de cuentas financieras o a través de las ENFE, a quienes se les requiere que aporten información sobre los propietarios sustanciales estadounidenses, debiendo ambas comunicar dicha información al *IRS (Internal Revenue Service)*. Su incumplimiento conlleva una penalización del 30% como retención en origen sobre todos aquellos pagos de fuente estadounidense o *withholdable payments* que perciba una IFE o una ENFE. La obligación de retener corresponde al pagador de la renta, que recibe el nombre de «agente retenedor», generalmente estadounidense, y que será el encargado de recaudar e ingresar en el *IRS*.

En cuanto a los ciudadanos afectados cuyas cuentas deben ser objeto de comunicación, la normativa *FATCA* se aplicará a los norteamericanos no residentes en Estados Unidos; a los que tengan doble nacionalidad norteamericana; a los que sean residentes permanentes legales de los Estados Unidos, es decir, con tarjeta de residencia y los que cumplan «una prueba de presencia sustancial» que es, fundamentalmente, la residencia en Estados Unidos 183 días. De acuerdo a lo expuesto, los Estados Unidos introducen en este sistema un elemento nuevo en los criterios de atribución de poder tributario que es la nacionalidad, en función del cual se va a establecer la obligación de información fiscal, frente al criterio de residencia según el cual se articula toda la imposición directa sobre la renta y que prima, con carácter general, en el derecho comunitario.

Entender el origen de la normativa estadounidense *FATCA* ayuda a entender la revolución posterior que ha sufrido el intercambio automático de información financiera a nivel mundial. *FATCA* fue criticada desde muchos sectores por considerarla una norma unilateral de alcance extraterritorial y con altos costes de implementación, motivos, entre otros, que llevó a los Estados Unidos a la necesidad de alcanzar acuerdos bilaterales con otros Estados para que fueran los propios países bajo su jurisdicción, y no el *IRS*, quienes obligaran a su implementación. A cambio de dicha colaboración, las IFE no serían objeto de retención en origen sobre los pagos de fuente estadounidense e incluso, según cuál sea el tipo de acuerdo firmado, se obligarán con reciprocidad, esto es, los Estados Unidos facilitarán también información a los Estados firmantes socios sobre las cuentas de sus contribuyentes abiertas en las instituciones financieras estadounidenses.

El Departamento del Tesoro estadounidense ha publicado dos tipos de modelos de acuerdo intergubernamental para la implementación de *FATCA* (*Intergovernmental Agreements*, en adelante también *IGAs*, por sus siglas en inglés): el Modelo 1 *IGA* y el Modelo 2 *IGA*.

El **Modelo 1 *IGA*** fue desarrollado a mediados de 2012 tras negociaciones de los Estados Unidos con Francia, Alemania, Italia, España y el Reino Unido (G5). Dichos países consiguieron fijar una posición común negociadora con los Estados Unidos, alcanzando un modelo de acuerdo intergubernamental que sería la base de los acuerdos bilaterales suscritos posteriormente por los Estados Unidos con estos cinco países y con otras jurisdicciones.

Dicho acuerdo permitirá implantar la normativa *FATCA*, pero simplificando su aplicación práctica del siguiente modo:

1. **Comunicación directa de la información financiera a la AEAT y no al *IRS*.**  
La IFE comunicará la información directamente a la Administración tributaria del país socio, y no al *IRS*. Para hacer efectiva tal obligación de comunicación, el país socio deberá exigir en su normativa interna que las instituciones financieras de su jurisdicción comuniquen a la correspondiente Administración tributaria (en nuestro caso, la AEAT) la información exigida bajo el Acuerdo *IGA*. Se requiere, por tanto, de una normativa legal interna que obligue a las instituciones financieras a que hagan efectiva la aplicación del acuerdo.
2. **Supresión de la retención del 30 %.** La eliminación de la retención funciona a diferentes niveles:
  - a) Se elimina la obligación de retener que tiene el agente retenedor sobre los pagos de fuente estadounidenses que realice a las IFE, excepto en los casos en que la institución financiera sea una «IFE no participante».
  - b) Una IFE no estará obligada a practicar retención sobre los pagos que realice a una IFE no participante o a titulares de cuentas recalcitrantes (*passthru payments* o «pagos de paso o tránsito»), siempre que se le facilite a la autoridad

competente estadounidense determinada información que permita identificarlos.

- c) La IFE no estará obligada a cerrar cuentas de clientes recalcitrantes, siempre que se le suministre a la Administración tributaria estadounidense determinado tipo de información que permita la identificación del cliente que no facilita su estatus norteamericano y el saldo o valor de su cuenta.
3. **El intercambio de información se realiza conforme a un procedimiento estándar de diligencia debida (*due diligence*).** El intercambio de información se realizará conforme al procedimiento de diligencia debida estandarizado descrito en el anexo 1 del *IGA* y que permitirá identificar las cuentas abiertas por los contribuyentes del otro país que están sujetas a comunicación así como aquellas cuyos titulares son instituciones financieras no participantes, distinguiendo, tal como lo hace la normativa *FATCA*, entre cuentas preexistentes y cuentas nuevas de personas física o jurídicas, según se trate de cuentas abiertas a 30 de junio de 2014 o a partir del 1 de julio de 2014 y regulando cuáles son los «indicios» que determinan el estatus «estadounidense» de la cuenta. El procedimiento de diligencia debida es similar al contenido en la normativa *FATCA*, aunque, a diferencia de *FATCA*, no se regula el papel de los «agentes retenedores» en la medida en que, tal como hemos visto anteriormente, se suprime la retención del 30%.
4. **Reciprocidad y carácter automático del intercambio de información.** El Modelo 1 *IGA* tiene, a su vez, dos versiones: Modelo 1A (con reciprocidad) y el Modelo 1B (sin reciprocidad). El Modelo 1A es el utilizado con países en los que ya existe un convenio para eliminar la doble imposición o acuerdo de intercambio de información suscrito con los Estados Unidos. La principal diferencia entre la versión 1A y 1B es que la versión 1A exige *reciprocidad*, esto es, los Estados Unidos se comprometen a intercambiar con el Estado socio la información obtenida sobre cuentas abiertas en instituciones financieras estadounidenses por residentes en el Estado socio. Por ejemplo, los Estados Unidos comunicarán a España la información obtenida de las entidades financieras estadounidenses sobre los intereses obtenidos por un contribuyente español. Además, la institución financiera extranjera comunicará la información relativa al titular estadounidense de la cuenta a su respectiva autoridad fiscal, seguido de un intercambio *automático* de tal información con el *IRS*, bajo el «paraguas legal» de un convenio para eliminar la doble imposición o acuerdo de intercambio de información que lo permita.

Quizá sea este último el aspecto más destacable del sistema de intercambio automático que describimos. Como hemos visto en epígrafes anteriores, la práctica común hasta ahora ha sido el intercambio de información realizado «bajo petición», esto es, la información se suministra a requerimiento individualizado del Estado requirente. Como novedad, los *IGA* Modelo 1A van a facilitar que la información se intercambie de manera *automática* entre los Estados Unidos y el

socio *FATCA*, mediante integración de los datos de todos los contribuyentes identificados en las correspondientes bases informáticas.

El **Modelo 2 IGA**, a diferencia del Modelo 1, establece el marco legal que servirá para comunicar directamente al *IRS* la información requerida por *FATCA* a las instituciones financieras extranjeras, así como el intercambio adicional de información solicitada «a petición» entre los Estados Unidos y el Estado socio. Por lo tanto, la IFE acuerda directamente con los Estados Unidos su estatus de «IFE participante». El país socio renunciará a la aplicación del secreto bancario, si resulta aplicable según su normativa interna. Asimismo, proporcionará a los Estados Unidos información sobre cuentas de clientes recalcitrantes. La IFE no estará obligada a practicar retención sobre los pagos realizados a cuentas de clientes recalcitrantes o a cerrar sus cuentas. También existen dos versiones del Modelo 2 IGA: una para países con los que exista un convenio para eliminar la doble imposición o un acuerdo de intercambio de información suscrito con los Estados Unidos, y otra versión para aquellos países sin tales acuerdos. El Modelo 2 ha sido desarrollado en consulta con Japón y Suiza.

La adhesión de España a este sistema de colaboración en materia de intercambio de información se ha producido en virtud del Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la *Foreign Account Tax Compliance Act - FATCA* (Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras), hecho en Madrid el 14 de mayo de 2013 (*BOE núm. 159, de 1 de julio de 2014*). Dicho acuerdo se basa en el Modelo 1A IGA, esto es, con reciprocidad y cumple con las características mencionadas anteriormente para este tipo de acuerdo.

A fecha de 19 de octubre de 2016, 113 jurisdicciones han alcanzado un acuerdo IGA con los Estados Unidos, consintiendo estar en una lista elaborada por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos<sup>42</sup>.

#### IV.4. EL MODELO DE ACUERDO PARA LA AUTORIDAD COMPETENTE (MCAA) Y EL ESTÁNDAR COMÚN DE INFORMACIÓN (CRS) DE LA OCDE. LA DIRECTIVA EUROPEA RELATIVA A LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Tomando como punto de partida el modelo de acuerdo intergubernamental para la implementación de *FATCA* negociado con los Estados Unidos conjuntamente con Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido, estos cinco países mostraron en 2013 su intención de extender el intercambio automático de información financiera al mayor número de países o jurisdicciones, mediante el anuncio de un proyecto piloto común de suministro de información de carácter mul-

<sup>42</sup> Vid. en <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>

tilateral, automático y estandarizado. A raíz de esta iniciativa, el 19 de abril de 2013, la OCDE recibió formalmente del G20 el mandato de elaborar una norma única internacional multilateral para el intercambio automático de información, basándose en el Modelo 1 de los acuerdos intergubernamentales para la implementación de *FATCA*, y con algunos aspectos diferenciadores derivados de la naturaleza multilateral del sistema previsto.

El trabajo de la OCDE vio la luz en febrero de 2014 con la publicación de los principales elementos de una norma internacional para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras; en concreto, un Modelo de Acuerdo para la Autoridad Competente (*Model Competent Authority Agreement –MCAA*, por sus siglas en inglés–) y un Estándar común de comunicación de información (*Common Reporting Standard –CRS* también por sus siglas en inglés–). El paquete completo normativo –*MCAA* y *CRS*, junto con los Comentarios al *MCAA* y al *CRS* y las modalidades de tecnologías de la información para aplicar la norma internacional– fue publicado por la OCDE en julio de 2014 bajo la denominación *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters* tras su aprobación por el Consejo de la OCDE, y aprobado posteriormente por los ministros de Hacienda y los gobernadores de los Bancos Centrales del G20 en septiembre de 2014.

El 29 de octubre de 2014 y en el marco de la séptima reunión anual del Foro Global celebrada en Berlín, 51 jurisdicciones firmaron el Acuerdo para la autoridad competente basándose jurídicamente en el artículo 6 del Convenio de asistencia administrativa mutua en materia fiscal de la OCDE. Desde entonces, un total de 85 jurisdicciones han firmado el acuerdo para intercambiar información, 53 países y territorios lo harán a partir de 2017 y 32 más a partir de 2018<sup>43</sup>.

El Acuerdo para la autoridad competente (también *CAA*) es un acuerdo marco multilateral, aunque el efectivo intercambio de información podrá instrumentarse mediante la firma de acuerdos bilaterales entre los países. No obstante, a efectos de evitar el posible retraso que la aplicación de este procedimiento bilateral pudiera ocasionar, la OCDE ha previsto que un grupo de países (*early adopters group*) puedan suscribir una declaración unilateral según un modelo<sup>44</sup>. España firmó el pasado 28 de julio dicha declaración unilateral para que el primer intercambio de información sea efectivo en 2017, respecto de la información referida a 2016.

<sup>43</sup> *Vid.* países que han firmado el acuerdo en <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/MCAA-Signatories.pdf> (actualizado a 21 de octubre de 2016).

<sup>44</sup> «De acuerdo con las disposiciones del artículo 28 del Convenio Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, el acuerdo citado será de aplicación a periodos impositivos que se inicien o a obligaciones tributarias que nazcan a partir del 1 de enero del año siguiente a aquel en que entre en vigor. Según esta previsión, y al exigirse cierto plazo entre el depósito de los instrumentos de ratificación y el periodo al que se refiere la información a intercambiar, no podría realizarse el intercambio de información con algunas jurisdicciones en 2017 y con otras, incluso, en 2018. No obstante, el propio artículo 28 dispone que las partes pueden adelantar, de común acuerdo, la entrada en vigor de ese intercambio, suscribiendo una declaración unilateral». *Vid.* en <http://www.lamoncloa.gob.es/consejode-ministros/Paginas/enlaces/260816-enlaceespana.aspx>

El acuerdo especifica los detalles de la información que se intercambia y cuándo debe producirse esta, según lo establecido en el Estándar común de comunicación de información o *CRS*. A diferencia de *FATCA*, el *CRS* no establece ningún sistema de retenciones para las instituciones financieras que no comuniquen información o no participen. Serán, por tanto, las propias Administraciones tributarias locales las que controlen y supervisen el cumplimiento de la obligación de informar y determinen las sanciones correspondientes en caso de infracción.

Pero también la Unión Europea se ha sumado a la nueva revolución que supone el intercambio automático de información financiera. Como ya mencionamos con anterioridad<sup>45</sup>, la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, ya contemplaba la obligatoriedad del intercambio automático de información entre los Estados miembros, si bien sobre determinadas categorías de renta y de patrimonio de carácter no financiero (rentas del trabajo dependiente, honorarios de director, seguros de vida, pensiones y propiedad y rendimientos derivados de inmuebles) y sobre la base de que la información estuviera disponible. Con objeto de ampliar a las cuentas financieras el ámbito de dicha obligación entre los Estados miembros, de forma compatible y coordinada con el Estándar común de comunicación de información elaborado por la OCDE (*CRS*), se aprobó la Directiva 2014/107/UE del Consejo, de 9 de diciembre de 2014, que modificaba la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del suministro de datos en materia de la fiscalidad. La revisión de la directiva está, por tanto, plenamente alineada con el nuevo *MCAA* y *CRS*, remitiéndose incluso a los Comentarios al *MCAA* como fuente de interpretación de la directiva «para garantizar la coherencia en la aplicación en los distintos Estados miembros»<sup>46</sup>.

Así pues, a partir de 2017, los Estados miembros comenzarán a intercambiar información sobre cuentas financieras, además de la relativa a las cinco categorías mencionadas, conforme a normas de comunicación y diligencia debida que sean perfectamente compatibles con el estándar común elaborado por la OCDE<sup>47</sup>. La información financiera que será obligatoria transmitir e intercambiar se refiere no solo a todos los rendimientos pertinentes (intereses, dividendos y tipos similares de renta), sino también a los saldos de cuentas y los ingresos derivados de la venta de activos financieros, «con el objeto de hacer frente a situaciones en las que el contribuyente intente ocultar un patrimonio que en sí mismo represente ingresos o activos sobre los cuales se hayan evadido impuestos»<sup>48</sup>. De este modo, se amplía a las cuentas financieras el ámbito de suministro de datos entre los Estados miembros, de forma compatible y coordinada con el Estándar común elaborado por la OCDE.

<sup>45</sup> *Vid. supra*, apartado IV.1.

<sup>46</sup> Directiva 2014/107/UE del Consejo, de 9 de diciembre, que modifica la Directiva 2011/16/UE por la que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad, considerando 13.

<sup>47</sup> *Ibidem* considerando 9.

<sup>48</sup> *Ibidem* considerando 10.

La aprobación de todos estos instrumentos normativos internacionales ha obligado a España a adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para su implementación interna. Tras la publicación en el BOE de 1 de julio de 2014 del Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de *FATCA*, se han sucedido diversas normas reglamentarias que permiten su desarrollo. Como complemento al mismo, fue aprobada la Orden HAP/1136/2014, de 30 de junio, por la que se regulan determinadas cuestiones relacionadas con las obligaciones de información y diligencia debida establecidas en el Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la aplicación de la ley estadounidense de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras y se aprueba la declaración informativa anual de cuentas financieras de determinadas personas estadounidenses, en el modelo 290. El plazo de presentación fue establecido inicialmente entre el 1 de enero y el 31 de marzo de cada año en relación con la información financiera relativa al año inmediato anterior, aunque la Orden HAP/410/2015, de 11 de marzo, lo amplió respecto al año 2014, permitiendo su presentación hasta el 31 de mayo de 2015. La mencionada Orden HAP/1136/2014, también ha sido modificada por la Orden HAP/2783/2015, de 21 de diciembre, con el objeto de añadir a su anexo la información que deberá suministrarse por primera vez con respecto a los años 2015 y 2016 y posteriores, y, más recientemente, por la Orden HAP/1695/2016, de 25 de octubre, que modifica el apartado 2 de su artículo 13, quedando fijado el plazo de presentación del modelo 290 entre el 1 de enero y el 31 de mayo, en relación con la información financiera relativa al año inmediato anterior.

Asimismo, se ha incorporado al Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, el artículo 37 bis, que regula las obligaciones de información de las instituciones financieras sobre cuentas financieras.

Pero quizás la publicación más relevante en materia de intercambio de información financiera, por permitir la aplicación práctica de los diferentes instrumentos de intercambio automático de información existentes, haya sido la aprobación del Real Decreto 1021/2015, de 13 de noviembre (*BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 2015*), por el que se establece la obligación de identificar la residencia fiscal de las personas que ostenten la titularidad o el control de determinadas cuentas financieras y de informar acerca de las mismas en el ámbito de la asistencia mutua.

El citado real decreto encuentra su fundamento en el modelo de Acuerdo para la autoridad competente y en el Estándar común de comunicación de información (*CRS*) de la OCDE, así como en la Directiva relativa a la cooperación administrativa modificada. La mencionada normativa incorpora a nuestro ordenamiento interno las normas de comunicación de información a la Administración tributaria sobre cuentas financieras y los procedimientos de diligencia debida que deben aplicar las instituciones financieras en la obtención de dicha información, para que, a su vez, la Administración tributaria pueda intercambiar la información recibida, de forma automática, con la Administración correspondiente del país o jurisdicción de residencia fiscal

de las personas que ostenten la titularidad o el control de la cuenta financiera. A fin de evitar la duplicación de las obligaciones sobre comunicación de información como consecuencia de su modificación, el real decreto suprime preceptos reglamentarios que trasponen al ordenamiento interno la Directiva 2003/48/CE del Consejo, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro, recientemente derogada también para evitar la duplicidad con la Directiva de cooperación administrativa<sup>49</sup>, y así adaptar también el suministro de datos de cuentas financieras a la mencionada norma única internacional. La información deberá presentarse a través del modelo 289 aprobado recientemente por la Orden HAP/1695/2016, de 25 de octubre, en el plazo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de mayo de cada año, en relación con la información financiera relativa al año inmediato anterior, con la finalidad de homogeneizar el plazo de presentación del nuevo modelo y del actual modelo 290.

Por último, es necesario advertir que el real decreto resulta aplicable desde el 1 de enero de 2016. En consecuencia, las instituciones financieras deberán suministrar por primera vez a la Administración tributaria la información relativa al año 2016. Esta comunicación de información tendrá lugar en 2017, cumpliendo con ello los plazos a los que España se ha comprometido con la OCDE y la Unión Europea.

#### IV.5. LAS CLÁUSULAS ANTIELUSIÓN O ANTIABUSO

En diversas partes de este trabajo hemos hecho referencia a que uno de los aspectos centrales del mismo es la delgada y difusa línea que separa el concepto de economía de opción, totalmente acorde con la planificación fiscal posible y el de fraude de ley que hemos considerado parte de la planificación fiscal indebida. Esta difícil diferenciación es, muchas veces, el problema central en la planificación fiscal internacional.

Empecemos por fijar los conceptos.

La cláusula antielusión o antiabuso que se encuentra en los convenios para evitar la doble imposición y con carácter general en las legislaciones tributarias entronca, como decimos, con el concepto de fraude de ley. Esto es lo sustancial. Todas las distintas modalidades de estas cláusulas que se encuentran en los ordenamientos jurídicos son, en esencia, un intento de impedir el mencionado fraude. Sin perjuicio de la referencia que efectuaremos seguidamente a las distintas cláusulas de la expresada naturaleza, existentes en el derecho comunitario, en el derecho interno español y en los convenios de la OCDE para evitar la doble imposición, cuyo estudio pormenori-

---

<sup>49</sup> La Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses ha sido derogada por la Directiva 2015/2060/UE del Consejo, de 10 de noviembre de 2015, publicada en el DOUE el 18 de noviembre de 2015. La derogación coincide con la fecha de aplicación de las medidas establecidas en la Directiva 2014/107/UE, que modificó la Directiva relativa a la cooperación administrativa de 2011, para ampliar el intercambio automático de información a una amplia gama de rentas, de conformidad con el estándar común de información de la OCDE.

zado ya se ha hecho<sup>50</sup>, queremos destacar desde el primer momento, frente al carácter básicamente descriptivo de muchas de ellas, la necesidad de incorporar conceptos analíticos de la conducta que se pretende evitar. Las cláusulas tienen que aspirar a formulaciones de la mayor validez general posible, tratando de superar la técnica de las enumeraciones de prácticas identificadas que son siempre desbordadas por la fértil imaginación de los defraudadores.

La definición de nuestro título preliminar del Código Civil sigue siendo clara, directa y perfectamente ilustrativa de la realidad a la que nos estamos refiriendo: «Artículo 6.4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir». No se puede explicar de una forma más sencilla el fenómeno de la planificación fiscal indebida ya sea interna o internacional.

Efectivamente, no se trata de una oposición frontal a la ley que sería constitutiva de infracción tributaria, simple defraudación o, en su caso, delito fiscal. Estamos ante una oposición indirecta que elude la norma utilizando otra lo cual provoca, lógicamente, una «apariencia» de legalidad. En este plano conceptual entendemos, de acuerdo a lo que expusimos al hablar de la llamada «planificación fiscal agresiva», que una recta interpretación de lo que es el abuso de derecho, según el artículo 7.2 del Código Civil, se inscribe más bien en la primera clase de conducta descrita que en la segunda. Por tanto, cuando se habla de cláusulas antielusión o antiabuso se está haciendo referencia a dos realidades distintas que no deben asimilarse. A nuestro juicio, una cláusula antielusión tiene por finalidad luchar contra conductas fraudulentas, tal como las define la ley y la jurisprudencia que expondremos a continuación, mientras que una cláusula antiabuso, en puridad, debería representar la interdicción de conductas abiertamente contrarias a la ley que sobrepasen «manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero» (art. 7.2 del Código Civil) lo cual no constituye de ningún modo una conducta equivalente a utilizar el texto de una norma para eludir otra con un resultado de conjunto contrario al ordenamiento.

La definición estrictamente tributaria de fraude a la ley en nuestro ordenamiento profundiza en dicho concepto, estableciendo las características del mismo. Es notorio que la Ley 58/2003, General Tributaria (LGT), sustituyó el concepto de fraude de ley por el de conflicto en la aplicación de las normas que en síntesis es la misma noción pero sin el juicio apriorístico de que la operación realizada es contraria a la ley. En concreto, las notas que señala el artículo 15 de la LGT para la concurrencia de la figura son dos: «a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido» y «b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios».

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, el reciente y completo estudio: *Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuesta para una mayor seguridad jurídica*, Fundación Impuestos y Competitividad, junio 2015, EY abogados.

La jurisprudencia ha establecido hace mucho tiempo la definición de fraude de ley y actualmente el conflicto en la aplicación de las normas<sup>51</sup>, que se refleja, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2014, rec. núm. 1347/2011 (NFJ053810), en la que se reproduce, como es lógico la posición que viene sosteniendo dicho tribunal en esta materia: «En puridad de principios el fraude de ley parte de la existencia de actos o negocios jurídicos válidos, que reúnen todos los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para desplegar sus efectos jurídicos. Pero se trata de actos o de negocios jurídicos realizados al amparo de una determinada normativa (norma de cobertura) que no les protege, al no perseguir sus resultados habituales, por lo que debe aplicarse la norma tributaria (norma defraudada) que resulta de aplicación a los actos o negocios jurídicos que debieran haberse utilizado con normalidad a la vista de los efectos producidos y circunstancias concurrentes».

En este sentido y proyectando la anterior doctrina sobre el artículo 15 de la vigente ley tributaria, la misma sentencia añade: «En definitiva, conforme a este tratamiento unitario, la aplicación del artículo 15 LGT/2003 exige, en la actualidad la utilización de dos parámetros avanzados por la jurisprudencia anterior al tratar de las facultades de la Administración para calificar los negocios y aplicar, en su caso, el fraude de ley: el de la normalidad o anormalidad del resultado obtenido con el negocio jurídico o contrato celebrado, y el de la existencia o no de efectos jurídicos o económicos específicos que sean relevantes al margen del elemento fiscal».

Queda claro, por tanto, que la planificación fiscal indebida sería básicamente un supuesto de fraude a la ley tributaria.

No obstante, también hay que tener presente la figura de la simulación en el ámbito tributario. Estamos ante un concepto distinto pero no distante del de fraude a la ley. Comparte con este el elemento del resultado contrario al ordenamiento tributario y perjudicial para la Hacienda Pública pero les separa la radical diferencia de que en el fraude el negocio jurídico es querido pretendiendo esencialmente eludir las consecuencias fiscales del mismo, mientras que en la simulación, particularmente en la absoluta, no se quiere el negocio jurídico realizado ni, en puridad, su resultado sino solo crear una apariencia o bien, en la simulación relativa, encubrir el verdadero negocio jurídico subyacente.

Sabemos que la LGT no define la simulación a efectos tributarios, sino que simplemente establece sus consecuencias fiscales en el artículo 16: «1. En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes. 2. La existencia de simulación será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios. 3. En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente».

<sup>51</sup> Véase DELGADO PACHECO, A.: *Las normas antiabuso en la jurisprudencia tributaria española*, ed. Aranzadi, 2004.

No es necesario aquí definir la simulación con carácter general que ya ha sido suficientemente estudiada por la doctrina civilista<sup>52</sup>, pero sí es preciso aclarar algún aspecto en el orden tributario y a efectos de la delimitación de la planificación fiscal indebida. A nuestro juicio esta última se inscribe mayoritariamente en el ámbito del fraude a la ley, porque a la vista de la fenomenología descrita no se puede afirmar que los negocios jurídicos en que se basa carezcan de causa, o constituyan una pura apariencia y encubran un negocio jurídico distinto subyacente. La planificación fiscal indebida se integra perfectamente en las características del fraude a la ley que acabamos de recordar y diseñar una operación para no pagar o pagar menos tributos, no reúne desde luego las de una simulación absoluta (ausencia de causa negocial), si acaso, puede tener elementos de la simulación relativa (causa declarada distinta de la real).

La contrapartida teórica y práctica del fraude a la ley tributaria sería el concepto de economía de opción que es el reverso legal del fraude a la ley y que puede integrar lo que consideramos planificación fiscal posible.

Se trata, como es sabido, de una construcción científica<sup>53</sup> y jurisprudencial que pone el énfasis en la posibilidad de un actuar plenamente legal que ofrece un resultado fiscal más ventajoso que el ofrecido por otras vías igualmente legales. Desde el punto de vista doctrinal<sup>54</sup>, es evidente que en la base de lo que entendemos como «planificación fiscal posible» está el concepto mencionado<sup>55</sup>, es decir, se pretende cumplir uno de los objetivos legítimos de la planificación, cual es el de maximizar los beneficios fiscales dentro de la legalidad y ello se logra, en muchos casos, a través de las opciones que ofrecen no solo los ordenamientos internos sino el derecho tributario internacional.

En cuanto a la elaboración jurisprudencial, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 46/2000, de 17 de febrero (NFJ008490), afirma que economía de opción es: «la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras». Por su parte, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 15 de julio de 2002, rec. núm. 2313/2000 (NFJ012842), sostiene: «la llamada economía de opción solo puede concurrir en aquellos casos en los que el orden jurídico abre al sujeto distintas posibilidades de actuación, a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas. Se trata, así, de un supuesto, en el que, resul-

<sup>52</sup> Véase, por todos, Díez-PICAZO, J. L.: *Derecho Patrimonial Civil*, que define la simulación como «la declaración de una voluntad no verdadera que se hace para que nazca la apariencia de un negocio jurídico»; es decir, que la divergencia o contradicción es consciente, con una finalidad de engaño.

<sup>53</sup> Concepto propuesto por don José LARRAZ, en 1952, en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, titulado *Metodología aplicativa del Derecho Tributario*.

<sup>54</sup> Véase el clásico trabajo de ARIAS CAÑETE, M.: «Fraude de ley y economía de opción» en *Estudios de Derecho Tributario*, vol. I, Ministerio de Hacienda, 1979, págs. 505 a 537.

<sup>55</sup> *Vid.* PÉREZ DE AYALA, J. L.: *El régimen fiscal de las «economías de opción» en un contexto globalizado*, Documento de trabajo 22/06, Instituto de Estudios Fiscales. En particular véase el epígrafe III, «Las economías de opción como fundamento de la planificación tributaria», págs. 8 a 10.

ta indiferente, desde la perspectiva del ordenamiento que el particular se decante por una u otra de las alternativas posibles, todas igualmente legítimas».

En un intento de simplificación podríamos afirmar por tanto, a los efectos de este trabajo, que la planificación fiscal indebida constituye en la mayoría de los casos un fraude a la ley tributaria o una simulación relativa y que la planificación fiscal posible encuentra su fundamento en la economía de opción.

En el plano del derecho comunitario, además de la jurisprudencia ya citada al hablar de los límites a la planificación fiscal internacional, hay que tener en cuenta necesariamente el modelo europeo de cláusula antiabuso general (*EU Model GAAR*) incluido en la recomendación de la Comisión sobre Planificación Fiscal Agresiva ya citada de 6 de diciembre de 2012 (C 2012, 8806 final), que dice: «un acuerdo artificial o una serie de acuerdos artificiales que han sido puestos en marcha con el propósito esencial de eludir la imposición, deberán ser ignorados. Las autoridades fiscales tratarán estos acuerdos a efectos fiscales de conformidad a su sustancia económica». La definición transcrita no mejora, desde luego, la contenida en el artículo 6.4 de nuestro Código Civil sobre fraude a la ley ni la que contiene el artículo 15 de la Ley 58/2003 sobre conflicto en la aplicación de las normas, o la noción elaborada por el Tribunal Supremo a la que nos hemos referido.

Igualmente debemos ocuparnos de las cláusulas antiabuso contenidas en los convenios para evitar la doble imposición y en las normas de derecho interno. Muchos de los convenios para evitar la doble imposición, siguiendo el Modelo de Convenio de la OCDE, contienen cláusulas que tratan de impedir la obtención de la residencia a los efectos de aplicación de las ventajas derivadas de un convenio, conocidas también como cláusulas *anti treaty shopping*. Así, a modo de ejemplo, la cláusula de transparencia (*look-through approach*); la «cláusula de sujeción al impuesto» (*subject to tax test*); la cláusula de canal o tránsito (*the channel approach*); la cláusula de limitación de beneficios (*limitation on benefits clause o LOBs*); la cláusula de beneficiario efectivo (*beneficial owner*) aplicable a dividendos, cánones e intereses; o las cláusulas de exclusión. Por otra parte, también la legislación interna española contiene cláusulas antiabuso que tratan de impedir la aplicación de beneficios fiscales, como la cláusula de sujeción al impuesto contenida en el artículo 7 p) de la Ley del IRPF relativo a la exención de rentas por trabajo realizado en el extranjero (aplicable siempre que «en el territorio en que se realicen los trabajos se aplique un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a la de este impuesto»), o en los artículos 21 y 22 de la LIS relativos a la aplicación del método de exención para eliminar la doble imposición (siempre que la entidad «haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto...»), o en el mismo artículo 21 (que impide la aplicación del método de exención «respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora»). También existen cláusulas de transparencia como la contenida en el artículo 14 l h) de la Ley del IRNR (los beneficios distribuidos por filiales españolas a matrices residentes en la Unión Europea no estarán exentos cuando «la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión

Europea... excepto cuando la constitución y operativa de aquella responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas»). Estos ejemplos suscitan una cuestión fundamental sobre si están o no en conflicto con los convenios tributarios las disposiciones específicas y normas jurisprudenciales de la legislación nacional de un Estado contratante cuyo propósito sea evitar el abuso de la legislación tributaria. Aunque ya empiezan a aparecer cláusulas generales antiabuso en algunos convenios en las que se prevé que de forma unilateral o bilateral se puedan denegar los beneficios que supone la aplicación del tratado a ciertas personas o determinadas transacciones que buscan un resultado contrario al mismo, lo cierto es que en la mayoría de los convenios para evitar la doble imposición todavía no se establecen<sup>56</sup>.

## V. CONCLUSIONES

- 1.<sup>a</sup> A los efectos de este trabajo podemos afirmar que la planificación fiscal indebida constituye, en la mayoría de los casos, un fraude a la ley tributaria o una simulación relativa y que la planificación fiscal posible encuentra su fundamento en la economía de opción.
- 2.<sup>a</sup> Para no oscurecer los objetivos que se tratan de alcanzar en la lucha contra la planificación fiscal indebida e identificar los instrumentos necesarios para alcanzarlos, debe quedar claro que no se trata de fenómenos de oposición frontal a la ley, constitutivos de simples infracciones, delito fiscal o el ejercicio abusivo de un derecho, que tienen su propio tratamiento, sino de conductas más evolucionadas y sofisticadas consistentes en eludir una norma, al amparo de otra, produciendo un resultado contrario a un ordenamiento determinado.
- 3.<sup>a</sup> La utilización indebida de la personalidad jurídica, sobre todo mediante la interposición de sociedades, con fines exclusivamente fiscales sigue siendo el primer problema jurídico en el ámbito de la planificación fiscal interna e internacional. Se debe continuar progresando en la disposición de medios jurídicos para evitar los efectos perniciosos derivados de la misma.
- 4.<sup>a</sup> En el ámbito de la Unión Europea es preciso avanzar en el proceso de aproximación normativa de la imposición directa para poder contar con herramientas jurídicas eficaces en la lucha contra la fenomenología de la planificación fiscal indebida. Hay que pasar del *soft law* al derecho comunitario directamente aplicable.

<sup>56</sup> Véase la obra ya citada de JIMÉNEZ MARTÍN, F. y RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, L.: «Cláusulas antielusión y convenios: cuestiones no resueltas». En particular, véase su impecable argumentación en las págs. 80 y 81 sobre las relaciones entre las cláusulas antiabuso de derecho interno y los mencionados convenios. Véanse también los comentarios al artículo 1, párrafos 9.1 y ss. del Modelo de Convenio de la OCDE.

- 5.<sup>a</sup> En el plano de la colaboración bilateral, los convenios para evitar la doble imposición son el instrumento jurídico adecuado para implementar las medidas concretas contra la planificación fiscal indebida. Resulta necesario convertir las propuestas del Convenio modelo de la OCDE en articulado concreto de cada tratado, recogiendo, entre otras medidas, una cláusula antielusión de validez general.
- 6.<sup>a</sup> Es evidente que la herramienta clave en la lucha contra la planificación fiscal indebida a nivel internacional es el intercambio de información tributaria ya sea en la esfera comunitaria, bilateral o multilateral. La aplicación práctica de los nuevos instrumentos de intercambio automático de información financiera va a suponer para las Administraciones tributarias una herramienta eficaz contra el fraude y la evasión fiscal, sobre todo por su carácter automático y estandarizado. No obstante, para que el sistema despliegue todos sus efectos, será necesario que se extienda a cuantos más Estados sea posible.
- 7.<sup>a</sup> De nada servirán las medidas preventivas contra la planificación fiscal indebida como las cláusulas antielusión o antiabuso, por muy perfectas que sean en su definición, o cualquiera de los instrumentos diseñados para la lucha contra la misma si no se hace un seguimiento de su eficacia y eficiencia en el logro de dicho objetivo. En particular, las medidas incluidas en el plan *BEPS* de la OCDE exigen un análisis de sus resultados.
- 8.<sup>a</sup> La soberanía fiscal de cada Estado sigue siendo el principal condicionante de la planificación fiscal indebida a nivel internacional. La contramedida necesaria para evitar que esta realidad insoslayable impida una auténtica política de lucha contra el fenómeno descrito no puede ser otra que la coordinación, colaboración y cooperación entre Estados mediante los instrumentos descritos.
- 9.<sup>a</sup> En el mismo sentido de la conclusión anterior, se ha hecho evidente en la dinámica de la lucha contra la planificación fiscal indebida que resulta imprescindible la coordinación, colaboración y cooperación entre la OCDE, la Unión Europea y otras instancias internacionales para acompasar la adopción y aplicación de medidas tendentes al logro del objetivo mencionado.
- 10.<sup>a</sup> Proponemos que se sustituya la expresión «planificación fiscal agresiva» por la de «planificación fiscal indebida» que implica un resultado contrario al ordenamiento jurídico correspondiente ya sea internacional, comunitario o interno y que es mucho más precisa jurídicamente.

## Bibliografía

- AMORÓS VIÑALS, A. [2013]: «La planificación fiscal agresiva», *RCyT. CEF*, núm. 362, mayo.
- ARIAS CAÑETE, M. [1979]: «Fraude de ley y economía de opción», *Estudios de Derecho Tributario*, vol. I, Ministerio de Hacienda.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. [2013]: «La estrategia europea de lucha contra el fraude y la evasión fiscal: el plan de acción de la Comisión UE y sus principales implicaciones», *RCyT. CEF*, núm. 363, junio.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. y QUINTAS SEARA, A. [2016]: «Una aproximación al concepto de «planificación fiscal agresiva» utilizado en los trabajos de la OCDE», *RCyT. CEF*, núm. 394, enero.
- CALVO ORTEGA, R. [2009]: «La hora de los paraísos fiscales», *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, marzo-abril.
- CUBERO TRUYO, A. [2014]: «Medidas adoptadas en tiempo de crisis en materia de fiscalidad internacional», *Fiscalidad en tiempos de crisis*, ed. Thomson Reuters.
- DELGADO PACHECO, A. [2004]: *Las normas antiabuso en la jurisprudencia tributaria española*, ed. Aranzadi.
- DÍEZ-PICAZO, J. L.: *Derecho Patrimonial Civil*.
- EY abogados [2015]: *Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuesta para una mayor seguridad jurídica*, Fundación Impuestos y Competitividad, junio.
- FERRET, B.; GRAVINO, D. y MERLER, S.: *European added value of legislative report on bringing Transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the European Union*, Parlamento Europeo.
- FORNS, J. J. [1960]: *La doble imposición internacional*, ed. Cámara de Comercio de Madrid.
- FUSTER GÓMEZ, M.: «La sombra de FATCA es alargada: últimos avances en materia de intercambio automático de información financiera a nivel internacional», *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 167.
- GARCÍA NOVOA, C. [2015]: «Base erosion and profit shifting (BEPS) y sus implicaciones en los ordenamientos domésticos», *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, mayo-junio.
- JIMÉNEZ MARTÍN, F. y RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, L. [2011]: «Cláusulas antielusión y convenios para evitar la doble imposición: cuestiones no resueltas», *RCyT. CEF*, núm. 339, junio.
- LARRAZ, J. [1952]: *Metodología aplicativa del Derecho Tributario*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.<sup>a</sup> y LOMBARDEO EXPÓSITO, L. M. [2010]: «Revisión de la problemática de los paraísos fiscales y su incidencia en el blanqueo de capitales», *RCyT. CEF*, núm. 323, febrero.
- MURPHY, R. [2012]: Informe *Closing the European Tax Gap*, de 10 de febrero.
- PÉREZ DE AYALA, J. L. [2006]: *El régimen fiscal de las «economías de opción» en un contexto globalizado*, Documento de trabajo 22/06, Instituto de Estudios Fiscales.
- RIBES RIBES, A. [2003]: *Convenios para evitar la doble imposición internacional: interpretación, procedimiento amistoso y arbitraje*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

SANTOLAYA BLAY, M. [2010]: «El levantamiento del velo en el ámbito tributario: algo más que dos letras finales en el primer apartado de un precepto de la Ley 58/2003», *RCyT. CEF*, núm. 327, junio.

SERICK, R. [1958]: *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, ed. Ariel, Barcelona, traducción de José Puig Brutau.

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

VEGA BORREGO, F. A. [2005]: «El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición», *Documentos IEF*, n.º 8/2005.