

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

Fernando Serrano Antón

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Catedrático Acreditado.
Universidad Complutense de Madrid*

EXTRACTO

El Plan de Acción de BEPS ha adquirido un cierto grado de urgencia dada la visibilidad política alcanzada por las ineficiencias de las normas de fiscalidad internacional y su falta de respuesta a las formas de hacer negocio y de las finanzas internacionales. La evasión fiscal de las multinacionales, aireada por los medios de comunicación, intervenciones parlamentarias e informes de organizaciones no gubernamentales, ha supuesto el elemento catalizador para que este ambicioso plan vaya cumpliendo plazos y entregas de informes de las distintas acciones según lo previsto. Así pues, para un mejor entendimiento del significado de BEPS este estudio trata de responder a una serie de interrogantes como, por ejemplo, si es realmente la primera iniciativa multilateral de lucha contra la evasión y el fraude fiscal internacional; qué supone BEPS desde el punto de vista legal; dónde debemos colocar al Plan de Acción BEPS en el sistema legal de fuentes; qué influencia tiene en los ordenamientos jurídico-tributarios y, en particular, en España; qué impacto tiene en los jueces y tribunales; y qué consecuencias reales se están ya produciendo en términos de litigiosidad. A estas y otras cuestiones que puedan surgir dedicaremos los siguientes epígrafes.

Palabras claves: Plan de Acción BEPS, litigiosidad, Impuesto sobre Sociedades, antiabuso, Ley General Tributaria y *soft law*.

Fecha de entrada: 01-06-2015 / Fecha de aceptación: 30-06-2015 / Fecha de revisión: 24-07-2015

THE INFLUENCE OF BEPS ACTION PLAN IN THE SPANISH TAXATION: IMPACT ON LEGISLATION, TAX LITIGATION AND THE ROLE OF COURTS

Fernando Serrano Antón

ABSTRACT

The BEPS Action Plan has got a degree of urgency given the political visibility reached by the inefficiencies of the rules of international taxation and lack of response to the ways of doing business and international financing. Tax evasion by multinational, published by the media, parliamentary interventions and reports of non-governmental organizations, has led for this ambitious plan, meeting deadlines and delivery reports of the various actions on schedule. Therefore, for a better understanding of the meaning of BEPS on International Taxation, this study seeks to answer a series of questions, such as, if it is really the first multilateral initiative to combat international tax evasion and fraud; what BEPS means from a legal point of view; Where we should insert the BEPS Action Plan in the legal sources' system, How BEPS influences in the legal and tax systems and, in particular, in Spain; Which the impact is on judges and courts; and, What current consequences are being produced in terms of tax controversies. These and other issues that may arise dedicate the following headings.

Keywords: BEPS Action Plan, Tax Litigation, Corporate Income Tax, Anti-abuse Clauses, General Tax Code and Soft Law.

Sumario

- I. Introducción
- II. Unilateralismo versus multilateralismo como respuesta a los dilemas de la tributación internacional
- III. ¿BEPS es realmente novedoso?
- IV. ¿Y si BEPS no conllevara el desarrollo de un tratado multilateral? ¿Podría considerarse BEPS como *soft law*?
- V. Impacto en la normativa española del IS del Plan de Acción BEPS
 - V.1. Instrumentos híbridos
 - V.2. Gastos financieros
 - V.3. Precios de transferencia
 - V.4. Transparencia fiscal internacional
 - V.5. La lucha contra el fraude fiscal en el proyecto de modificación parcial de la LGT
- VI. La litigiosidad tributaria en el marco de la filosofía BEPS
- VII. El papel de los tribunales de justicia en la aplicación del Plan de Acción BEPS

I. INTRODUCCIÓN

La globalización ha dado como resultado un cambio de paradigma empresarial, partiendo de modelos operativos para cada país se ha pasado a modelos globales basados en organizaciones de gestión matricial y cadenas de suministro integradas, que centralizan varias funciones a nivel regional o global. Además, la importancia creciente del sector servicios dentro de la economía y de la economía digital ha facilitado que las empresas localicen muchas actividades productivas en ubicaciones geográficas distantes de la ubicación física de sus clientes. Estas circunstancias han creado oportunidades para que las multinacionales minimicen su carga tributaria; y ha motivado una cierta preocupación entre los ciudadanos, alentada por los medios de comunicación, que han visto como estas empresas pagan menos impuestos comparativamente que los contribuyentes personas físicas. Esta situación se ha intensificado en los momentos de crisis económica, dando lugar a la movilización de los gobiernos de los distintos países para dar respuesta a menores ingresos y a mayores costes de cumplimiento.

En la base de este estudio se encuentra la tributación como atributo de la soberanía de los países, lo que provoca y produce una cierta interacción de las normas tributarias internas que en algunos casos puede dar lugar a lagunas, solapamientos y fricciones. Cuando los Estados diseñan sus normas tributarias normalmente no tienen en cuenta los efectos de las normas de otros países, sencillamente por la soberanía a la que nos referíamos. Dentro de un sistema nacional, se alcanza la coherencia del sistema tributario mediante un principio de correspondencia: un pago deducible por el deudor suele ser gravable en manos del beneficiario. No existe un principio de coherencia similar a nivel internacional, y esto deja mucho espacio para planificar fiscalmente, aunque es cierto que los Estados han venido cooperando para garantizar la coherencia en un ámbito muy limitado, esto es, para evitar la doble imposición o para luchar contra planificaciones fiscales agresivas.

Los resultados de la globalización sobre el Derecho tributario son visibles en buena parte de los elementos esenciales de los principales impuestos de nuestro sistema tributario [en especial, Impuesto sobre Sociedades (IS), Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) e Impuesto sobre la Renta de no Residentes]. Dichos efectos proceden fundamentalmente del entorno descrito, junto con el «efecto simpatía», que se produce al replicar regímenes fiscales de otras jurisdicciones fiscales y de la aplicación de todo tipo de directrices que, en el mejor de los casos, reciben el nombre de *pseudo-Derecho*. Se produce así una situación de «policentrismo de fuentes», entre las que hay que incluir tanto las tradicionales (*Hard Law*), como una serie de informes y directrices, que conforman lo que se denomina *Soft Law* (o «derecho blando»)¹, y que dada su generalizada aceptación y adopción por los Estados, ha ido paulatinamente adquiriendo el estatus

¹ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community*, Kluwer, London, Series on International Taxation n.º 22, 1999. ANEIRO PEREIRA, J.: «Soft law e interpretación: las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia», *Crónica Tributaria*, núm. 6, 2011, pág. 10.

de *Semi-Hard Law* o Derecho impropio. Y lo relevante es que esto se produce en muchos aspectos por una curiosa interacción entre el Derecho tributario internacional y el Derecho comunitario.

Así pues, la tributación se encuentra inmersa en un contexto de cambios especialmente intensos en los últimos años. El ejemplo más evidente de esa voluntad de cambio en el marco internacional es el Informe de la OCDE/G-20 denominado *Base Erosion and Profit Shifting* (en adelante, BEPS), haciendo hincapié en el multilateralismo como método para resolver los problemas planteados, superando la interacción bilateral tradicional. A ese Informe le ha seguido el Plan de Acción (Informe Plan de Acción *contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios* (OCDE, 2014) que²:

- Identifica las acciones necesarias para paliar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios.
- Establece plazos para poner en marcha estas acciones.
- Identifica los recursos necesarios y la metodología para poner en marcha estas acciones.

Como se señala en el Plan de Acción, este proyecto nace con la vocación de ser «un punto de inflexión en la historia de la cooperación internacional en materia de tributación»³, una vez que se hace evidente el fracaso de la lucha de carácter nacional o unilateral contra las jurisdicciones de baja o nula imposición⁴, junto con la concurrencia de una campaña de los medios de comunicación contra las multinacionales que utilizaban determinadas estructuras de planificación⁵. Con BEPS y otras iniciativas internacionales⁶, la OCDE trata de rediseñar una solución que cambie las deficiencias, las lagunas y las incoherencias del marco fiscal global, lo que podría suponer la

² La OCDE ha elaborado el Plan de Acción publicado el 19 de julio de 2013, que fija el programa de trabajo para los siguientes tres años, en colaboración con las Administraciones fiscales de los países miembros. El Plan se estructura en tres fases; la primera se ha puesto de manifiesto en la formulación de las acciones que integran el Plan. Así, BEPS contiene 15 acciones, que deben desarrollarse en otros tantos informes. La elaboración de estos informes sería la segunda fase del proyecto, para lo que BEPS fija unos plazos específicos. La mayoría de los informes de desarrollo de las acciones tenían como plazo el mes de septiembre de 2014. Todos los demás informes deberán ser ultimados en septiembre de 2015, aunque para los relacionados con los precios de transferencia se prevé un plazo mayor. De manera que el Plan BEPS tiene una fase de concreción de objetivos y otra, ulterior, de incorporación de sus resultados a los ordenamientos domésticos de los distintos Estados.

³ OECD, *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OECD, París, 2013, pág. 31.

⁴ Cfr. OECD, «Harmful Tax Competition», OECD, París, 1988. Este informe trataba de dar respuesta al uso indebido de paraísos fiscales, pero pronto se vio superado por la falta de cooperación internacional.

⁵ VAN DEN HURK, H.: «Starbucks contra el pueblo», *Nueva Fiscalidad*, marzo-abril, 2014, pág. 34.

⁶ Plan de la Unión Europea para reforzar la lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacionales [COM(2012) 722/2 y C(2012) 8806 final] de fecha 6 de diciembre de 2012; y el *Transparency Tax Package* de la Comisión Europea de fecha 18 de marzo de 2015. En particular, la Unión Europea pretende aprobar normas dirigidas a mejorar el intercambio automático de información en materia de *Tax Rulings*.

de *Semi-Hard Law* o Derecho impropio. Y lo relevante es que esto se produce en muchos aspectos por una curiosa interacción entre el Derecho tributario internacional y el Derecho comunitario.

Así pues, la tributación se encuentra inmersa en un contexto de cambios especialmente intensos en los últimos años. El ejemplo más evidente de esa voluntad de cambio en el marco internacional es el Informe de la OCDE/G-20 denominado *Base Erosion and Profit Shifting* (en adelante, BEPS), haciendo hincapié en el multilateralismo como método para resolver los problemas planteados, superando la interacción bilateral tradicional. A ese Informe le ha seguido el Plan de Acción (Informe Plan de Acción *contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios* (OCDE, 2014) que²:

- Identifica las acciones necesarias para paliar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios.
- Establece plazos para poner en marcha estas acciones.
- Identifica los recursos necesarios y la metodología para poner en marcha estas acciones.

Como se señala en el Plan de Acción, este proyecto nace con la vocación de ser «un punto de inflexión en la historia de la cooperación internacional en materia de tributación»³, una vez que se hace evidente el fracaso de la lucha de carácter nacional o unilateral contra las jurisdicciones de baja o nula imposición⁴, junto con la concurrencia de una campaña de los medios de comunicación contra las multinacionales que utilizaban determinadas estructuras de planificación⁵. Con BEPS y otras iniciativas internacionales⁶, la OCDE trata de rediseñar una solución que cambie las deficiencias, las lagunas y las incoherencias del marco fiscal global, lo que podría suponer la

² La OCDE ha elaborado el Plan de Acción publicado el 19 de julio de 2013, que fija el programa de trabajo para los siguientes tres años, en colaboración con las Administraciones fiscales de los países miembros. El Plan se estructura en tres fases; la primera se ha puesto de manifiesto en la formulación de las acciones que integran el Plan. Así, BEPS contiene 15 acciones, que deben desarrollarse en otros tantos informes. La elaboración de estos informes sería la segunda fase del proyecto, para lo que BEPS fija unos plazos específicos. La mayoría de los informes de desarrollo de las acciones tenían como plazo el mes de septiembre de 2014. Todos los demás informes deberán ser ultimados en septiembre de 2015, aunque para los relacionados con los precios de transferencia se prevé un plazo mayor. De manera que el Plan BEPS tiene una fase de concreción de objetivos y otra, ulterior, de incorporación de sus resultados a los ordenamientos domésticos de los distintos Estados.

³ OECD, *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OECD, París, 2013, pág. 31.

⁴ Cfr. OECD, «Harmful Tax Competition», OECD, París, 1988. Este informe trataba de dar respuesta al uso indebido de paraísos fiscales, pero pronto se vio superado por la falta de cooperación internacional.

⁵ VAN DEN HURK, H.: «Starbucks contra el pueblo», *Nueva Fiscalidad*, marzo-abril, 2014, pág. 34.

⁶ Plan de la Unión Europea para reforzar la lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacionales [COM(2012) 722/2 y C(2012) 8806 final] de fecha 6 de diciembre de 2012; y el *Transparency Tax Package* de la Comisión Europea de fecha 18 de marzo de 2015. En particular, la Unión Europea pretende aprobar normas dirigidas a mejorar el intercambio automático de información en materia de *Tax Rulings*.

mayor revolución en el panorama fiscal global de los últimos años o por lo menos un rediseño de la fiscalidad internacional, tal y como se ha conocido hasta ahora, y advierte de que «las normas tributarias nacionales e internacionales deberían ser modificadas para alinear con mayor detalle el destino de las ganancias con la actividad económica que genera esa renta», instando a los Estados a que acuerden cambios específicos en las reglas tributarias internacionales en los próximos años⁷.

Los informes BEPS «entregados», hasta la fecha, fundamentalmente en septiembre 2014 son: acción 1 (abordar los retos de la economía digital para la imposición), 2 (neutralizar los efectos de los instrumentos híbridos), 5 (combatir las prácticas tributarias perniciosas teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia en lo que concierne al análisis de los regímenes de los países miembros), 6 [impedir la utilización abusiva de los Convenios de Doble Imposición (CDI)], 8 (asegurar que los resultados de los precios de transferencia sean acordes con la creación de valor de intangibles, en lo relativo a la modificación de las Directrices de los precios de transferencia y del Modelo OCDE), 13 (reexaminar la documentación sobre precios de transferencia) y 15 (Desarrollo de un instrumento multilateral)⁸.

Quedan pendientes las «entregas» previstas para octubre de 2015 de la acción 3 (refuerzo de la normativa sobre transparencia fiscal internacional), 4 (limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros gastos financieros), 5 (combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia), 7 (impedir la elusión artificiosa del estatuto del establecimiento permanente), 9 y 10 (asegurar la cadena de creación de valor en riesgos/capital y en otras transacciones de alto riesgo), 11 (establecer metodologías para la recopilación y el análisis de datos sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, y sobre las acciones para enfrentarse a ella), 12 (exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva) y 14 (hacer más efectivos los mecanismos de resolución de litigios).

La última fase consistiría en la incorporación de los resultados a los ordenamientos internos de los distintos países, en la medida en que BEPS condiciona el poder legislativo de los Estados que se adhieran al plan. En algunos casos, el resultado esperado se limita a elaborar un informe de identificación de problemas. En otros, se van a formular recomendaciones para el diseño de normas internas (singularmente en la elaboración de cláusulas generales antiabuso o *General Anti-Abuse Rules* –GAAR–). En tal caso, estas recomendaciones serán disposiciones que limiten o condicionen el poder legislativo, erosionando la centralidad de la ley como expresión de soberanía en el diseño del sistema tributario. En otros casos, las medidas condicionarán la nueva

⁷ Cuando nace BEPS, en Europa ya se habían producido distintas iniciativas en el mismo sentido, como por ejemplo, el Código de Conducta de Fiscalidad de las empresas o la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, que recoge el Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal [COM(2012) 722/2], por poner algunos ejemplos. Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas, adoptado en forma de resolución del Consejo en 1998. El Consejo también creó un Grupo del Código de Conducta (conocido como el «Grupo Primarolo») que se encargaría de examinar los casos notificados de imposición societaria injustificada. Este Grupo presentó su informe en 1999, identificando 66 prácticas impositivas que dejarían de aplicarse en un plazo de cinco años. Este Código llevaba implícita una cláusula *stanstill* que debería haber supuesto su aplicación permanente hasta hoy.

⁸ Informes aprobados el 16 de septiembre de 2014.

versión del Modelo de CDI de la OCDE. Y, finalmente, los resultados del Plan de Acción BEPS serán reflejados en el instrumento multilateral.

Todo este conjunto de medidas tiene, como nota definitoria, el erigirse en reglas que intentan corregir las definiciones de la fiscalidad internacional actual a través de un enfoque «holístico», que condiciona los ordenamientos jurídico-tributarios de una u otra manera sin necesidad de esperar al desarrollo del Tratado Multilateral. En algún caso, y con evidente exageración, se ha llegado a decir que BEPS supone la «refundación» del Derecho internacional tributario o la inauguración de una «nueva era»⁹. Lo cierto es que BEPS ya tiene una gran importancia en lo concerniente al diseño de los sistemas fiscales y, en particular, del español. El propósito de este trabajo precisamente consiste en identificar prácticas y normas que suponen un impacto real en la fiscalidad española. En otros casos, trataremos de intuir materias que se verán afectadas, como la propia definición de la cláusula general antiabuso, la lucha contra los híbridos, el reforzamiento de la transparencia fiscal internacional, la introducción de medidas antiabuso específicas en los CDI y en la normativa interna, el *Country by Country Report*, y otras técnicas que después se verán. Todo ello en un momento en el que todavía no tenemos aprobados muchos de los informes y, por supuesto, en el que el convenio multilateral es simplemente una posibilidad con muchos aspectos abiertos.

En la actualidad, Estados que, hasta ahora, han venido diseñando y decidiendo su política tributaria con relativa independencia, se encuentran con un gran dilema. BEPS es un punto de inflexión para todos ellos y, en especial, para España, miembro de la OCDE y de la Unión Europea y con una amplia red de CDI. También para los países no miembros de la OCDE y los cooperantes con dicha organización supone un gran impacto, si bien su posible aplicación suscita muchas críticas en dichos países y dista mucho de ser pacífica la aceptación de todo cuanto se plantea en BEPS. Por eso mismo, y por la falta de legitimidad del proyecto en los países citados, la OCDE pretende dar un mayor protagonismo a los países en vía de desarrollo, a través del denominado *principio de inclusión*, que intenta la participación de países que no forman parte de la OCDE, así como de otras organizaciones internacionales como la ONU, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional¹⁰. Así, se ha invitado a varios países no miembros de la OCDE en condición de asociados, como es el caso de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica y Perú; y se han organizado reuniones internacionales en distintas regiones para la inclusión de países cooperantes¹¹.

⁹ AVI-YONAH, R. S.: «A Model Treaty for the Age of BEPS», *University of Michigan Public Law Research Paper*, n.º 411, donde se señala que BEPS va a suponer el mayor cambio en la fiscalidad internacional desde los años 20.

¹⁰ En septiembre de 2014, los ministros de Finanzas del G-20 pidieron a la OCDE que ampliase su compromiso con los países en desarrollo e impulsase un proceso de diálogo con dichos países a través de la participación directa en el CAF de las redes regionales que reúnen a los responsables de la política y Administración tributaria y el apoyo en el desarrollo de la formación y capacitación. Son cinco grupos regionales los que constituyen las redes en cooperación con otras organizaciones internacionales tributarias regionales: ATAF (Foro Africano de Administración Tributaria), CIAT (Centro Interamericano de Administraciones Tributarias), SGATAR (Grupo de Estudio sobre la Investigación en la Administración Tributaria de Asia), CREDAF (Centro de Encuentro de las Administraciones Fiscales), e IOTA (Organización Intra-Europea de Administraciones Tributarias).

¹¹ En el caso BEPS se pretende un proceso inclusivo bajo el liderazgo de la OCDE/G-20 y la participación de los países en desarrollo. Es decir, el Plan de Acción si se quiere que sea operativo requiere un proceso global que incluya todas las partes

II. UNILATERALISMO VERSUS MULTILATERALISMO COMO RESPUESTA A LOS DILEMAS DE LA TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL

El marco internacional de la fiscalidad imperante hoy requiere de soluciones que van más allá de la acción individual de los Estados, que es uno de los causantes de estar donde nos encontramos. En el mundo actual, ni siquiera Estados grandes pueden establecer marcos internacionales ni imponer su cumplimiento por sí solos, aunque existan normas adoptadas unilateralmente como FATCA, de pretendido alcance internacional. Por otro lado, las soluciones que se manejen, como se ha indicado anteriormente, no pueden desconocer el papel central de los Estados, titulares del poder tributario y protagonistas de la política fiscal, en tanto a ellos les corresponde la distribución de la carga tributaria entre sus contribuyentes de acuerdo a criterios de justicia y de la toma de decisiones fiscales que impactan en el crecimiento de la economía de esos países.

No debe extrañarnos que se sigan produciendo tensiones entre la soberanía fiscal nacional y el ámbito transfronterizo de los negocios actuales, con el consiguiente incremento de la litigiosidad. Estas tensiones derivadas de la soberanía tributaria de cada uno de los Estados y de la voracidad fiscal de algunos países no desaparecerán en el futuro, sino todo lo contrario como tendremos ocasionar de ver. No obstante, la mencionada soberanía fiscal que ha permitido una cierta competencia fiscal, en ocasiones lesiva, parece que toca su fin al menos en lo que se refiere a su carácter lesivo¹². Asimismo, debe advertirse de que la competencia a la que aludimos también ha producido sus efectos positivos, como la aproximación de las legislaciones de los Estados y una mayor eficacia en los Estados.

Volviendo a las tensiones, no han faltado voces que han manifestado la potencialidad del diálogo internacional y de unas normas mundiales uniformes, a través del denominado *International Tax Regime o estándares fiscales internacionales*, para alcanzar un sistema fiscal pacífico en su interpretación y aplicación y un sistema más colaborativo en lo fiscal entre los países¹³. Sin embargo, esta situación está lejos de poderse conseguir, ya que no existe una organización internacional, ni la OCDE, ni ONU, con la legitimidad y ascendencia como para poder establecerla o convencer internacionalmente a los Estados para su aplicación¹⁴. Así las cosas, los derroteros de la tributación in-

interesadas de cierta importancia. Para ello, y con el fin de facilitar una mayor participación de las principales economías no miembros de la OCDE, se ha invitado a los países del G-20 interesados que no sean miembros de la OCDE a formar parte del proyecto como asociados, es decir, en pie de igualdad con los miembros de la OCDE (incluso a nivel de los órganos auxiliares que participan en los trabajos de BEPS). Los países en desarrollo también se enfrentan a problemas relacionados con BEPS, aunque los problemas pueden manifestarse de manera diferente dada la especificidad de sus marcos legales y administrativos. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) participa en el trabajo tributario de la OCDE.

¹² DEVEREUX, M. P. y VELLA, J.: «Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?», *Oxford University Centre for Business Taxation*, julio 2014, pág. 3.

¹³ BRAUNER, Y.: «BEPS: An Interim Evaluation», *World Tax Journal*, febrero, 2014, pág. 12.

¹⁴ CARBAJO VASCO, a tal efecto, señala que «sin embargo, las limitaciones que el concepto de la soberanía nacional impone a las AATT hacen que, aun existiendo incipientes formulaciones de un Derecho Internacional Tributario y de

ternacional para su concepción equilibrada y balanceada entre los países aplicadores del *Worldwide Income*, cada vez más se dirigen hacia el multilateralismo, la cooperación entre los Estados, junto a una buena gobernanza fiscal y transparencia, completada con un intercambio de información automático¹⁵. No caminar en esta dirección nos puede llevar a sistemas fiscales inestables e ineficientes¹⁶.

La tendencia hacia el multilateralismo y la gobernanza fiscal ha tenido recientemente otro impulso a través de la propuesta de la Comisión Europea en materia de lucha contra el fraude y abuso en el IS de fecha 18 de marzo de 2015, de un conjunto de medidas para combatir el fraude y la evasión fiscal así como la competencia fiscal lesiva en materia de IS. El elemento clave del paquete de medidas planteadas es la propuesta de reforma de la Directiva sobre Cooperación Administrativa (Directiva 2011/16/UE) de manera que se incluya en ella un sistema de intercambio automático de decisiones administrativas y acuerdos sobre precios de transferencia (*rulings* y *APAs*) que afecten al IS y contengan elementos transfronterizos, de manera que sea posible con este intercambio detectar operaciones abusivas o fraudulentas para las Administraciones que no son parte en el citado acuerdo. Tal propuesta se pretende que entre en vigor el 1 de enero de 2016, aunque, en ciertos casos, puede producir efectos retroactivos. Como puede intuirse, la propuesta pretende salir al paso de comportamientos hasta el momento atacados con la apertura de procedimientos en materia de ayudas de Estado contra ciertos Estados miembros.

Junto a la citada propuesta, la Comisión ha presentado una Comunicación [COM(2015) 136 final] y un Memorando (MEMO/15/4609) en el que se anuncia otra serie de iniciativas, en concreto y a lo que aquí interesa:

1. La Comisión Europea valorará la conveniencia de establecer nuevos requisitos de transparencia para multinacionales, obligando a desvelar públicamente datos fiscales (el conocido como *Country by Country Reporting* de acuerdo a la denomina-

una buena gobernanza fiscal, la ausencia de una Autoridad Tributaria Internacional con competencias, en particular, sobre determinadas bases imponibles conlleva que la única fórmula pragmática para hacer frente a la internacionalización de los obligados tributarios y las bases imponibles con la que cuentan las AATT, sea fomentando los Convenios y Acuerdos Internacionales de asistencia mutua entre las mismas»; «Novedades en el intercambio internacional de información con fines fiscales», *El Derecho*, Francis Lefebvre, 1 de febrero de 2013.

¹⁵ El fracaso del intercambio de información basado en mecanismos bilaterales *on request* ha llevado a los Estados a adoptar mecanismos de carácter unilateral, como se ha indicado previamente. En el caso de Estados Unidos, es de destacar la adopción el 18 de marzo de 2010 de la FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*), incluida en las secciones 1471 a 1475 del *U.S. Treasury Code*. La misma entró en vigor el 1 de enero de 2013, e incluye un sistema de intercambio automático de información a través de los intermediarios financieros, además de una retención del 30% sobre pagos de fuente de los Estados Unidos, haya o no ganancia, a ciertas entidades extranjeras, si las mismas no certifican la identidad de sus dueños beneficiarios últimos. HEY, J.: «Base Erosion and Profit Shifting and Interest Expenditure», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, núm. 6/7, pág. 332.

¹⁶ DEVEREUX, M. P. y VELLA, J.: «Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?» *Oxford University Centre for Business Taxation*, julio 2014, pág. 4. BRAUNER, Y.: «BEPS: An Interim Evaluation», *World Tax Journal*, febrero, 2014, pág. 39.

ción del Plan BEPS) y que en el ámbito de la Unión Europea ya afecta a los bancos y otros operadores financieros y a las industrias extractivas.

2. Se revisará el Código de Conducta en materia de fiscalidad empresarial de manera que se establezcan nuevos criterios para calificar un régimen como dañino que tengan en cuenta la sofisticación de las legislaciones y de los comportamientos de las multinacionales (ej. *Patent Boxes Regimes*).
3. Se derogará la Directiva de fiscalidad del ahorro con el fin de armonizar completamente el estándar de intercambio de información de la Unión Europea y el de la OCDE (se prevé que en fechas próximas estén listos los acuerdos de medidas equivalentes que garanticen un intercambio automático de información tributaria conforme con el estándar de la OCDE/G-20, que incluye a personas físicas y ciertas sociedades, con los países de fuera de la Unión Europea a los que afectaba la citada Directiva: Andorra, Liechtenstein, San Marino, Mónaco y Suiza)¹⁷.

En este marco internacional tan reactivo, surge el Plan de Acción BEPS dirigido, en primer lugar, contra las operaciones de planificación fiscal agresiva de ciertas multinacionales en Europa a través de los conocidos esquemas *Double Irish*, *Dutch Sandwich* o la deducibilidad ilimitada de gastos financieros que provocaron un artificial traslado de beneficios a jurisdicciones de menor tributación, con la consiguiente erosión de bases imponibles; y, en segundo lugar, porque el multilateralismo tal y como se entendía en el pasado reciente se mostraba insuficiente para luchar eficazmente contra las operaciones de planificación fiscal agresiva.

III. ¿BEPS ES REALMENTE NOVEDOSO?

La preocupación de los Estados por la evasión y el fraude fiscal internacional no es nueva. Desde hace varias décadas, la OCDE viene estudiando y publicando informes sobre el uso indebido de los CDI. Ya en 1977, el Comité de Asuntos Fiscales decidió comenzar un análisis sistemático de esta cuestión, constituyendo para ello el Grupo de Trabajo número 8 de dicho Comité.

¹⁷ Además, la Comisión comunica que presentará un Plan de Acción en materia del IS en pocos meses, que incluirá el relanzamiento de la iniciativa sobre base imponible común consolidada en el IS e ideas para integrar las propuestas del Plan BEPS de la OCDE y el G-20 en la Unión Europea. En el imparable proceso de la importancia del intercambio de información automático debe reseñarse la progresiva implantación de mecanismos multilaterales. Como muestra de la implantación de acuerdos multilaterales, puede mencionarse el modelo OCDE-Consejo de Europa sobre asistencia mutua e intercambio de información que, a partir del 2010, se abre a países no miembros; o, la Directiva 2014/107/UE de 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, teniendo un ámbito de aplicación extendido a países terceros mediante acuerdos con otros Estados y territorios, caso de San Marino, Andorra, Mónaco; o los Acuerdos para la aplicación de FATCA firmados con ciertos Estados (así el concertado por Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y España, rubricado el 7 de febrero de 2012); o los *Tax Information Exchange Agreements*, firmados con jurisdicciones opacas en la generalidad de los casos.

Posteriormente, el Modelo de Convenio para evitar la doble imposición internacional (en adelante, MC OCDE), versión de 1992, modificó los apartados 11 a 26 de los Comentarios al artículo 1 de dicho MC, dedicados al *Improper Use of Tax Treaties*, basándose en dos Informes de 1987, denominados *Base Companies Report y Conduit Companies Report*¹⁸, incluyendo una recomendación general para la inclusión en los CDI de medidas antiabuso específicas. Más tarde, en 2001, la OCDE publicó un nuevo documento denominado *Draft Contents of the 2002 Update to the Model Tax Convention*, cuyas conclusiones fueron incorporadas a la versión del año 2003 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE, en donde se contienen innovadoras propuestas relacionadas con el uso indebido de los CDI que propiciaron un intenso debate tanto en el ámbito académico como profesional.

A lo largo de este periodo, es posible identificar una clara evolución en la postura de la OCDE, abandonándose la visión formalista inicial respecto a la posibilidad de reaccionar contra esquemas elusivos a través de cláusulas antiabuso aprobadas de forma unilateral por los Estados contratantes¹⁹. Este hecho goza de especial relevancia, ya que, en un primer momento, la posición de la OCDE daba lugar a posiciones divergentes sobre la interpretación, aplicación y alcance de las medidas antiabuso²⁰. En todo caso, sí es importante recalcar que la iniciativa BEPS no supone un trabajo radicalmente novedoso, sino que se trata de ideas e informes ya existentes en el marco de la organización internacional aunque han sido relanzados y cargados de razón por el contexto económico en el que nos hallamos, siendo lo más relevante de la iniciativa el impulso político y el multilateralismo como fórmula de lucha contra la erosión de bases imponibles y la traslación de beneficios.

Pese a la evolución de la postura de la OCDE en este ámbito, los vigentes párrafos 9.5 y 9.6 de los comentarios al artículo 1 continúan poniendo de manifiesto los problemas que puede plantear, de cara a la aplicación de un CDI, una diferente concepción del término fraude o abuso por los Estados contratantes. Por ello, se advierte de que la potencial aplicación de la cláusula genérica antiabuso, no implica que no resulte necesario incluir en los propios CDI cláusulas de «beneficiario efectivo» como las habitualmente incluidas en los artículos 10, 11 y 12 o las previsiones antiabuso

¹⁸ Cfr. OECD, *Model Tax Convention*, París. 2002, vol. II, págs. I-(5) e I-(6).

¹⁹ Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «Las medidas antielusivas/antiabuso internas y los convenios para la eliminación de la doble imposición», en SOLER ROCH y SERRANO ANTÓN (dirs.), *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional*, IEF, Madrid, 2002, pág. 158.

²⁰ Con ello no quiere decirse que, una vez incorporada la posición de la OCDE a los Comentarios al Modelo, desaparezcan instantáneamente todo tipo de dudas respecto a la compatibilidad de las cláusulas antiabuso internas y los CDI que no contemplan su aplicación. A nuestro juicio, es posible identificar una incongruencia en la postura de la OCDE, al mantener un enfoque formalista para las cláusulas antiabuso que tradicionalmente se han venido incluyendo en los CDI (beneficiario efectivo, LOB, etc.), abandonando dicha posición cuando se refiere a las cláusulas antiabuso, ya sean estas de carácter general o específico, aprobadas por los Estados miembros. Dicho en otros términos, tras los nuevos comentarios al artículo 1 del MC OCDE, continúan existiendo las mismas dudas con respecto a la posibilidad de aplicar las cláusulas antiabuso de carácter interno a una situación regulada por un CDI, dado que una diferente concepción del término «abuso» podrá dar lugar a una desigual aplicación del tratado por los Estados contratantes, circunstancia que, desde nuestro punto de vista, atendería contra los principios y fines que lo inspiran. En este sentido, cfr. ALMUDÍ CID, J. M.: *El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*, IEF, Madrid, 2005, pág. 167 y ss.

que contemplan los artículos 13.4 y 17.2 del MC OCDE. Como cabe observar, bajo esta previsión subyace el planteamiento inicial de la OCDE de fijar normas antiabuso armonizadas que impidan a los Estados alterar el reparto de la potestad tributaria inicial a través de la aplicación de normas antiabuso internas. Aspectos que se contienen en el contenido de distintas acciones del Plan BEPS.

Como reconoce la OCDE, los contribuyentes tienen la posibilidad de aprovechar, al margen de los CDI, las diferencias entre los niveles impositivos existentes en los Estados y los beneficios fiscales reconocidos en las legislaciones fiscales de los diferentes países, correspondiendo a los Estados en cuestión adoptar las disposiciones adecuadas en su legislación interna para evitar tales maniobras²¹. Ahora bien, la validez de dichas disposiciones internas estará condicionada a que estas resulten respetuosas con el texto de los CDI celebrados hasta la fecha y su contexto, sin que puedan dar lugar a que la distribución del poder tributario pactado en una norma internacional se vea alterado por mor de la aplicación de normas antiabuso internas, que pueden haber sido potenciadas por la filosofía BEPS.

En todo caso, no es exagerado afirmar que el Informe BEPS puede constituir el estudio internacional sobre medidas antiabuso más completo y exhaustivo realizado hasta la fecha, y que ha creado una suerte de optimismo inusitado, un caldo de cultivo único contra la planificación fiscal agresiva, y la creencia en algunas Administraciones tributarias de que conseguirá una homogeneización internacional de la legislación y el presumible consenso de los regímenes fiscales de un amplio espectro de países. A nuestro entender, la iniciativa BEPS busca fundamentalmente cerrar lagunas e incongruencias fiscales y someter a gravamen las rentas donde verdaderamente se han producido, más que rediseñar la estructura básica de los sistemas fiscales. A día de hoy es imposible conocer el resultado final del Plan de Acción BEPS, y ello porque parece poco probable poder controlar la competencia fiscal y la reticencia de algunos países a ejecutar las medidas resultantes de BEPS²².

IV. ¿Y SI BEPS NO CONLLEVASE EL DESARROLLO DE UN TRATADO MULTILATERAL? ¿PODRÍA CONSIDERARSE BEPS COMO *SOFT LAW*?

Mucho se ha debatido por parte de la doctrina sobre el origen y noción del *Soft Law*. En principio, este no se refería expresamente al ordenamiento jurídico internacional, sin embargo, ha sido en esta disciplina donde el término fue acogido doctrinalmente y en el que ha dado lugar a amplios debates y una gran influencia en particular en el área de la OCDE²³.

²¹ Cfr. Parágrafos 7 y 8 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

²² DEVEREUX, M. P y VELLA, J. «Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?» *Oxford University Centre for Business Taxation*, julio 2014, pág. 4.

²³ MAZUELOS BELLIDO, A.: «*Soft law*, ¿mucho ruido y pocas nueces?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, 2004. ANEIRO PEREIRA, J.: «*Soft law* e interpretación: las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia», *Crónica Tributaria*, núm. 6, 2011, pág. 10.

Debe partirse de la premisa de que no tiene un significado unívoco²⁴, y de que su naturaleza heterodoxa ha conllevado a ser definido de manera muy diversa: puede ser considerado como una serie de actos, que no son legalmente vinculantes, pero a los que la práctica les atribuye una fuerza moral importante para representar la voluntad política de los Estados, produciendo una expectativa de que los Estados harán el máximo posible por cumplirlo²⁵. Otros entienden²⁶ que el *Soft Law* es una heterodoxa serie de instrumentos que no son fuente del Derecho, pero que tienen relevancia en la formación de las normas futuras o en la interpretación de las vigentes²⁷.

Precisamente, uno de los ámbitos donde se aprecia una mayor influencia de las recomendaciones de las organizaciones internacionales es el de las medidas antiabuso y las operaciones entre empresas participadas o, más propiamente, las operaciones vinculadas o precios de transferencia. En este sentido, debe mencionarse el MC OCDE en su última versión de julio de 2014 y las *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Authorities* de 2010, como prototipos de *Soft Law*, que han influido en las distintas legislaciones nacionales²⁸. No debemos ni podemos dejar de nombrar en este ámbito lo que constituye el núcleo del presente trabajo: el *Informe BEPS y su Plan de Acción* previamente referidos²⁹.

Como paso previo al estudio de los efectos que tienen las ideas, técnicas y recomendaciones del Informe BEPS, debemos realizar algunas consideraciones sobre el lugar y función que ocupan en las fuentes del Derecho. Para ello debemos analizar, en primer lugar, su origen, que consiste en recomendaciones que emanan de determinadas instituciones supranacionales, en este caso, de la OCDE. Y, en segundo lugar, su posible definición como fuente legal, siendo actos

²⁴ CHINKIN, C.: «The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law», *INTL & COMP*, 1989.

²⁵ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «Los comentarios al MC OCDE: su incidencia en el sistema de fuentes del derecho tributario sobre los derechos de los contribuyentes», *Carta Tributaria*, núm. 20, 2003; LAMPREAVE MÁRQUEZ, P.: «El *Soft Law* y sus implicaciones en la política fiscal de la UE», *Crónica Tributaria*, núm. 5/2011, pág. 3.

²⁶ FALCÓN Y TELLA, R.: «El papel de la jurisprudencia en la armonización fiscal europea», en YEBRA MARTUL-ORTEGA, P. (coord.), *VV. AA., Sistema fiscal español y armonización europea*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 33-54.

²⁷ SACCHETTO, C.: «Le fonti del Diritto Internazionali Tributario», en UCKMAR, V. (coord.): *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, 3.ª edic. CEDAM, Padova, 2005. NÓCETE CORREA: «El diverso alcance del *soft law* como instrumento interpretativo en la fiscalidad internacional y europea», *Crónica Tributaria*, núm. 1, 2011, pág. 52.

²⁸ OECD, «OECD Model Tax Convention. 2014 Update». OECD, París, 2014. *Transfer Pricing Guidelines for Multinationals Enterprises and Tax Administrations*, OECD, París, 2010.

²⁹ También en la Unión Europea se han aprobado modelos de seguimiento y examen de las políticas normativas en materia de precios de transferencia, por la Resolución del Consejo de 27 de junio de 2006 relativa a un Código de Conducta sobre la documentación relacionada con los precios de transferencia exigida a las empresas asociadas en la Unión Europea (DPT UE). DOCE de 28 de julio de 2006. «La fiscalidad de las empresas en el mercado interior» [SEC (2001) 1681 de 23 de octubre de 2001] y «Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria» [COM (2001) 582 final de 23 de octubre de 2001]. RUIBAL PEREIRA, L.: «Código de Conducta para la fiscalidad de las empresas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 179, 1999, pág. 109. CALDERÓN CARRERO, J. M.: *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades (un análisis de la normativa española desde una perspectiva internacional, comunitaria y constitucional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 41 a 43.

que carecen de eficacia normativa y que son dictados por organismos internacionales, ya tengan estos poder normativo o no³⁰.

Ambos rasgos –el origen y su posición en el sistema de fuentes– son los característicos de este tipo de disposiciones e informes pues, por un lado, carecen de efecto directo y, por otro, tienen su medio ambiente en el ámbito de las organizaciones internacionales. Las denominaciones con las que nos podemos encontrar para referirse a este conjunto de instrumentos son variadas pues, entre otros, se incluyen las recomendaciones, las decisiones, las comunicaciones, las directrices, los códigos de conducta y otras figuras³¹.

La exclusión del sistema de fuentes resulta de las propias normas que regulan esta cuestión, pues ni las normas internacionales, ni las comunitarias, ni las propias normas españolas incluyen a alguno de estos instrumentos entre aquellos que gozan de los efectos jurídicos propios de una norma de tal carácter. Es decir, carecen de la eficacia directa y *erga omnes*, así como de la oponibilidad propia de las leyes y de las demás normas jurídicas³².

Sin embargo, se trata de herramientas técnicas con las que se pretende influir indirectamente en el Derecho positivo de los distintos Estados estableciendo los principios informadores de las distintas reglamentaciones nacionales, detallando el tratamiento posible de los diversos aspectos del tema o realizando otra serie de consideraciones³³. En efecto, se trata de establecer el marco conceptual de una determinada materia así como las líneas maestras de una eventual regulación. Por lo tanto, su relevancia se encuentra en el plano del entendimiento general de una materia, o bien de denominación o de tendencia³⁴.

Así pues, los principales problemas que suscita el uso de este tipo de *pseudonormas* derivan de la forma en que son producidas y de los medios con los que se han dotado de coercibilidad, al ser aprobadas por un organismo que trata de producir normas exógenas al sistema de fuentes normativo. Además, la falta de sanción por incumplimiento puede revelar su ausencia de fuerza vinculante, lo cual no compartimos, al menos en relación con todos los instrumentos de *Soft Law*, dado que la falta de cumplimiento puede conllevar una suerte de contramedidas políticas o económicas. El ejemplo más claro en el ámbito de la Unión Europea es el Código de Conducta para

³⁰ ALARCÓN GARCÍA, G.: «El *Soft Law* y nuestro sistema de fuentes», *Libro Homenaje al prof. Rodríguez Bereijo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

³¹ SARMIENTO, D.: «La autoridad del Derecho y la naturaleza del *Soft Law*», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28/2006.

³² ANEIRO PEREIRA, J.: «*Soft law* e interpretación: las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia», *Crónica Tributaria*, núm. 6, 2011, pág. 10.

³³ Véase el apartado 3.º del preámbulo del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

³⁴ NOCETE CORREA, F. J.: «El diverso alcance del *soft law* como instrumento interpretativo en la fiscalidad internacional y europea», *Crónica Tributaria*, núm. 1, 2011, pág. 52.

paliar la competencia desleal entre los Estados miembros de la misma³⁵. Muchas son las críticas que ha recibido el Código citado, debido a que no puede ser objeto de un control de legalidad, de una interpretación prejudicial (puesto que no existe disposición alguna especial a tal fin), ni puede ser objeto de sanción directa por falta de cumplimiento.

El uso intensivo y, en ocasiones, desviado de este tipo de actos por ciertas instituciones internacionales puede conducir al error de transformar actos *Soft Law* en *Hard Law* sin pasar por la necesaria legitimidad democrática de los Parlamentos. En otros casos, siguiendo el Plan de Acción de BEPS, España y otros muchos países están acometiendo la tarea de introducir en el ordenamiento tributario medidas sin esperar al desarrollo del convenio multilateral, eso sí, canalizando las iniciativas como normas legislativas de distinto rango y haciendo uso de su potestad legislativa de carácter tributario. Obviamente, en estos casos, ya no estaríamos hablando de instrumentos normativos de *Soft Law*, sino del uso de las facultades normativas de cada Estado como reflejo de su soberanía.

Una de las finalidades del *Soft Law* es precisamente lograr la aproximación de legislaciones y es por ello que su utilización es frecuente en organizaciones supranacionales³⁶. Su uso responde, en algunos casos, a la falta de poder legislativo –v. gr. OCDE– y, en otros, a la dificultad de aprobar una determinada normativa, o a la existencia de peculiaridades nacionales que hacen difícil el éxito de un régimen jurídico –en muchos casos, la propia Unión Europea–³⁷.

El *Soft Law* termina siendo la base inspiradora de la regulación de una determinada materia como ha sucedido con la regulación en España del *Country by Country Report* en el artículo 14 del Reglamento del IS³⁸. La forma en la que termina convirtiéndose en Derecho obliga a su aná-

³⁵ Código de conducta de 1999. SN 4901/99. RUIBAL PEREIRA, L.: «Código de Conducta para la fiscalidad de las empresas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 179, 1999, pág. 109.

³⁶ AUJEAN, M.: «European Commission launches comprehensive strategy to promote tax coordination in the EU», *EC Tax Review*, n.º 2, 2007, pág. 63.

³⁷ GRIBNAU, H.: «Improving the legitimacy of soft law in EU Tax Law», *Intertax*, vol. 35, n.º 1, págs. 30 y ss.

³⁸ El apartado 3.º del preámbulo del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades señala a tal efecto que «en el momento actual, resulta absolutamente esencial hacerse eco de las conclusiones que se vienen adoptando en el denominado Plan de acción "BEPS", esto es, el Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, que se elabora en el ámbito de la OCDE, y en concreto en relación con la acción 13 relativa a la información y documentación de las entidades y operaciones vinculadas. Precisamente, en base a ello, se introduce como novedad la información país por país, encontrando cobertura legal en la disposición final décima de la Ley del Impuesto y en el artículo 93 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, como instrumento que permita evaluar los riesgos en la política de precios de transferencia de un grupo mercantil, sin que en ningún caso dicho instrumento pueda servir de base a la Administración tributaria para realizar ajustes de precios. Esta información será exigible a partir de 2016, en los términos y condiciones que se han fijado en la OCDE. Por otra parte, se modifica la documentación específica de operaciones vinculadas a la que hace referencia la Ley del Impuesto, completando, por un lado, la necesaria simplificación de este tipo de documentación para entidades con un importe neto de la cifra de negocios inferior a 45 millones de euros y adaptándose, por otro lado, al contenido de la documentación que se establece en la OCDE. En este punto, resulta destacable que mientras se reduce

lisis desde una doble perspectiva: desde el principio de legalidad y desde el de seguridad jurídica. Desde el primer enfoque, debe insistirse en la idea del déficit democrático que se pone de manifiesto en el seno de las organizaciones en las que se toman recomendaciones que después pueden ser trasladadas a normas. La composición gubernamental-administrativa, por técnicos o representantes de distintos países, y a veces de los sectores económicos implicados en los actos de *Public Consultations* convocados por la propia OCDE, hace que no haya ocasión de plantear un debate en los órganos depositarios de la soberanía nacional sobre las distintas alternativas y soluciones³⁹ y, por tanto, estas *pseudonormas* no gozan de la legitimidad democrática, de las posibilidades de debate, de la publicidad y transparencia que ostentan las fuentes normativas clásicas. En otros casos, se puede dar la paradoja de convertir en vinculante una determinada medida que no ha sido tramitada como norma a través de los procedimientos correspondientes, convirtiéndose en una especie de *backdoor legislation*⁴⁰. Ahora bien, si como ha sido el caso, el Estado en cuestión ha asumido la normativa por los cauces legales establecidos, ninguna objeción cabe realizarse, salvo insistir en la necesidad del público debate antes de adoptar en la normativa este tipo de medidas.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, la ausencia de una norma jurídica hace que se afecte de pleno a uno de los contenidos fundamentales de este principio como es que exista una norma pública, clara y precisa⁴¹. Por ello, países miembros como España han optado por su respaldo legislativo bien en la Reforma Fiscal de 2015 efectuada por las distintas leyes aprobadas en 2014, como en los proyectos de reglamentos que se encuentran en tramitación en la actualidad.

En la práctica, este sistema impulsado por las organizaciones internacionales implica indirectamente la homogeneización internacional de la legislación y ello supone, al mismo tiempo, un apoyo a la internacionalización de las actividades económicas. Es por ello que se ha llegado a decir que el Informe BEPS es el régimen internacional, por antonomasia, sobre medidas antiabuso, en la medida en que presumiblemente conseguirá un amplio consenso de los regímenes fiscales representados. Esta idea subyace en distintos informes de la OCDE en los que se mantiene que sus recomendaciones

considerablemente la documentación a exigir a las entidades medianas y pequeñas, simplificando significativamente sus cargas administrativas, se incrementa la exigencia de transparencia que el buen gobierno actual requiere respecto a las multinacionales». Como se puede observar, la influencia de BEPS en el legislador español es mayúscula.

- ³⁹ El Foro conjunto UE-OCDE sobre precios de transferencia, por ejemplo, está compuesto por un experto de la Administración tributaria de cada Estado miembro y diez expertos del sector empresarial. Asisten a las reuniones, en calidad de observadores, representantes de los países candidatos a la adhesión y de la Secretaría de la OCDE.
- ⁴⁰ SHELTON, D.: «Law and not law and the problem of soft law», en VV. AA.: *Commitment and Compliance: the role of nonbinding norms in the International legal system*, Oxford University Press, Londres, 2003, págs. 1-21. COLLADO Y URRITA, M. A. et ál.: «Las fuentes del derecho tributario internacional», en CORDÓN EZQUERRO (coord.), VV. AA.: *Manual de fiscalidad internacional*, vol. I, IEF, Madrid, 2007. MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community*, op. cit., pág. 243. NOCETE CORREA, F. J.: «El diverso alcance del *soft law* como instrumento interpretativo en la fiscalidad internacional y europea», *Crónica Tributaria*, núm. 1, 2011, pág. 52.
- ⁴¹ GARCÍA NOVOA, C.: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 127 y ss. ANEIRO PEREIRA, J.: «*Soft law* e interpretación: las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia», *Crónica Tributaria*, núm. 6, 2011, pág. 8.

representan principios internacionalmente aceptados para luchar contra la erosión de bases imponibles y traslado de beneficios, lo que produce un ambiente propicio para la difusión de los mismos.

La adopción de un régimen de marcado carácter internacional favorece a las empresas multinacionales al reducir los costes administrativos y de negociación pero también debería evitar conflictos entre Administraciones tributarias, así como situaciones de abuso de Derecho. Ello siempre que la interpretación del *soft law* sea uniforme en todos los países. En este sentido, el Consejo de la OCDE y los ministros del G-20 han recomendado a los gobiernos de los Estados miembros su aplicación con el objeto de que sea uniforme y se evite la interpretación unilateral del mismo, por lo que de nuevo se avanza en el multilateralismo como fórmula de resolución de estructuras y esquemas de planificación fiscal agresiva. Ahora bien, esta situación legal puede ubicarse en el plano de los deseos, porque la realidad nos podría mostrar las debilidades del sistema fiscal al toparse con países *Free Riders* que no aceptan las recomendaciones de la OCDE en esta materia.

Los Estados tienen varias vías para adoptar este enfoque y una de ellas es aceptar las *Recomendaciones de la OCDE* como información, base, modelo o antecedente⁴². Es aquí donde entendemos que se encuentra otra posible perspectiva de su verdadera importancia. Se trata de elementos informativos a tener en cuenta en la interpretación de las distintas disposiciones nacionales pues constituyen el antecedente histórico de los preceptos que integran el Derecho positivo. Por lo tanto, si las normas tienen que interpretarse de acuerdo con los criterios del artículo 3 del Código Civil, como nos recuerda el artículo 12 de la Ley General Tributaria (LGT), resulta inevitable tener en cuenta que la regulación española tiene su origen en las propuestas y recomendaciones realizadas desde las organizaciones internacionales que venimos señalando. Ahora bien, esas propuestas tienen una influencia informativa, pero desde nuestro punto de vista, no puede ser considerada una fuente del Derecho como venimos exponiendo. Además en la interpretación de las normas internas o de CDI prima la literalidad de los términos, la buena fe y el contexto. En este sentido debe ponerse de relieve la estrategia seguida por los Tribunales Supremos alemán –*Bundesgerichtshof*– y holandés –*Hooggerichtshof*–, según la cual en la resolución de conflictos fiscales con un componente internacional –expatriados, impatriados, *partnerships*, doble imposición internacional, residencia, etc.– han dejado de mencionar los Comentarios del MC OCDE, quizás debido a su papel marginal en la interpretación para estos Tribunales, porque naturalmente son concededores de su existencia⁴³.

A ello hay que añadir el valor que puede concederse al *Soft Law* en la interpretación teleológica de los preceptos vigentes pues, en muchos casos, la finalidad de la norma encontrará su explicación en estos textos. En todo caso, su valor interpretativo estará condicionado a que el Derecho positivo no contradiga expresamente su literalidad y su sentido. Sobre el particular volveremos más adelante en el análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que se refiere al Plan de Acción BEPS.

⁴² CALDERÓN CARRERO, J. M.: «The OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law: Is Globalization Reaching the Tax Law?», *Intertax*, vol. 35, 2007, n.º 6, pág. 16.

⁴³ Esta opinión implícita de los Tribunales Supremos alemán y holandés contrasta con la sacralización de los Comentarios del MC OCDE por parte de la Administración tributaria y los Tribunales españoles.

Las conclusiones alcanzadas, estamos seguros, se verán materializadas en las distintas normas que el legislador español incorpore a nuestro ordenamiento. Es así que a la hora de plantearse distintos supuestos jurídicos, esto es, a la hora de interpretar la normativa, deben tenerse en cuenta los criterios, principios y soluciones planteados en dichos textos internacionales, pero plasmados como *Hard Law* en el ordenamiento español⁴⁴.

En relación con el estatus jurídico de los instrumentos aprobados por la OCDE, de acuerdo con el artículo 5 de su Tratado constitutivo, la OCDE puede dictar decisiones, que serán vinculantes para todos los Estados miembros excepto si se acuerda lo contrario, efectuar recomendaciones y celebrar acuerdos con Estados miembros, con Estados no miembros y con organizaciones internacionales. Así pues, puede observarse que no existe ningún inconveniente para que la OCDE dicte normas jurídicas que creen obligaciones para sus Estados miembros. Sin embargo, en el ámbito de la fiscalidad internacional, la OCDE ha preferido actuar mediante recomendaciones, lógicamente con un efecto meramente informativo y nada comprometededor para los Estados.

Dado que las recomendaciones de la OCDE no generan obligaciones jurídicas para los Estados miembros, puede afirmarse que las directrices emanadas hasta el momento en los distintos informes BEPS no son jurídicamente vinculantes y, por lo tanto, los Estados no están obligados a seguirlas⁴⁵. Sin embargo, y como ha sido advertido previamente, el hecho de que en principio las recomendaciones de las organizaciones internacionales no sean jurídicamente vinculantes no quiere decir necesariamente que no puedan tener ningún efecto con relevancia jurídica⁴⁶. Así ocurre, por ejemplo, en la influencia de las recomendaciones en las normas consuetudinarias de Derecho internacional. En efecto, como es sabido, para que surja una norma de este tipo la doctrina suele requerir la concurrencia de un elemento objetivo (la práctica estatal) y de un elemento subjetivo (*opinio iuris* o convicción sobre su carácter obligatorio). En este sentido, HILLGENBERG considera que, a pesar de que una recomendación no pueda crear directamente una norma consuetudinaria, sí que puede contribuir al surgimiento de la *opinio iuris*. Más aún, una recomendación también puede promover el surgimiento de una práctica estatal uniforme ya que, como recuerda SCHREUER, las recomendaciones permiten coordinar las prácticas desorganizadas de los Estados⁴⁷. En este orden, THOMAS considera que pueden darse todos los requisitos para entender

⁴⁴ HALLIVIS PELAYO, M.: *Interpretación de tratados internacionales tributarios*, Porrúa, México, 2011, pág. 348. ANEIRÓS PEREIRA, J.: «Soft law e interpretación: las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia», *Crónica Tributaria*, núm. 6, 2011, pág. 10.

⁴⁵ BLOKKER, N.: «Skating on thin ice? On the law of international organizations and the legal nature of the Commentaries on the OECD Model Tax Convention», en DOUMA, S. y ENGELEN, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, págs. 17-22. VEGA GARCÍA: «¿Es obligatorio interpretar la normativa española de origen interno sobre precios de transferencia según las directrices de la OCDE?», *Crónica Tributaria*, núm. 4, 2011, pág. 49.

⁴⁶ SCHACHTER, O.: «The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements», *The American Journal of International Law*, vol. 71, núm. 2, 1977, pág. 301.

⁴⁷ HILLGENBERG, H.: «A Fresh Look at Soft Law», *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 3, 1999, pág. 514. SCHREUER, C.: «Recommendations and Traditional Sources of International Law», *German Yearbook of International Law*, 1970, pág. 108.

que los principios allí contenidos –los estándares internacionales– constituyen una norma consuetudinaria de Derecho internacional. En concreto, el citado autor entiende que existe una práctica estatal suficientemente coherente, continuada y general⁴⁸.

Asimismo, en relación con los efectos jurídicos de las recomendaciones de las organizaciones internacionales, debe traerse a colación que estas últimas, a pesar de no ser jurídicamente vinculantes, pueden comportar efectos jurídicos como consecuencia de la aplicación de la doctrina del *estoppel* o de la noción de aquiescencia. Según esta doctrina, ligada frecuentemente a consideraciones de buena fe, el comportamiento de los Estados debe ser coherente. Por lo tanto, incluso si se aceptara que las operaciones de erosión de bases imponibles o de traslado de beneficios son normas antiabuso, ello no implica que el Plan de Acción de la OCDE que regula esta materia de forma detallada tengan también la condición de norma consuetudinaria⁴⁹.

En el caso de las operaciones entre sociedades o entidades de diferentes Estados, especialmente si ambos son Estados miembros de la OCDE, la aplicación de tales principios de Derecho internacional tiene sentido en sus relaciones de carácter fiscal. La razón es que, por consideraciones de buena fe, el hecho de haber votado a favor de la recomendación de seguir las pautas de BEPS puede comportar la necesidad de seguirlas para no perjudicar las expectativas que los otros Estados se hayan podido formar. De todos modos, entendemos que en los supuestos con elementos internacionales es necesario distinguir entre dos tipos de casos: aquellos en que resulta aplicable un CDI y aquellos en los que no. En el primer tipo de casos, la existencia de un CDI incluyendo normas claras sobre el abuso de un CDI comporta que las recomendaciones de BEPS no interpreten la normativa interna (o por lo menos no únicamente), sino fundamentalmente el artículo o artículos donde se contengan cláusulas específicas antiabuso, por lo que habría que esperar unos años para conocer el verdadero impacto de BEPS en la política negociadora de los Estados. Otra sería pensar en que el Convenio Multilateral de ejecución y aplicación de BEPS salga adelante –acción 15–, si bien estará condicionado a la forma y modo en que los estados asuman sus obligaciones fiscales internacionales.

En el segundo tipo de casos no hay que descartar la posibilidad de aplicar las nociones de aquiescencia y *estoppel*. Siguiendo el razonamiento de ENGELEN, descrito más arriba, podría considerarse que aquellos Estados que votaron a favor de la recomendación de seguir las recomendaciones de BEPS en la OCDE (a pesar de poderse haber abstenido) posteriormente pueden verse obligados a seguir tales Directrices para no perjudicar las expectativas legítimas

⁴⁸ THOMAS, C.: «Customary International Law and State Taxation of Corporate Income: The Case for the Separate Accounting Method», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 14, núm. 1, 1996, pág. 130. VEGA GARCÍA: «¿Es obligatorio interpretar la normativa española de origen interno sobre precios de transferencia según las directrices de la OCDE?», *Crónica Tributaria*, núm. 4, 2011, pág. 49.

⁴⁹ ENGELEN, F.: «How "acquiescence" and "estoppel" can operate to the effect that the States parties to a tax treaty are legally bound to interpret the treaty in accordance with the commentaries on the OECD Model Tax Convention», en DOUMA, S. y ENGELEN, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, págs. 53-57.

de otros Estados. Sin embargo, entendemos que, como sostiene la mayoría de la doctrina en relación al uso de los Comentarios a la hora de interpretar los CDI en vigor, el hecho de que en principio deba entenderse que las recomendaciones de la OCDE no son vinculantes comporta que si no se indica lo contrario deba continuarse presumiendo tal carácter. En consecuencia, no hay que presuponer que por el mero hecho de que un Estado haya votado a favor de la recomendación de emplear las recomendaciones BEPS las vaya a seguir en todos sus aspectos ya que, al fin y al cabo, se trata de una mera recomendación. Por lo tanto, entendemos que sería muy improbable que un Tribunal, si se planteara el caso y en el estado actual de las condiciones, llegara a considerar que un Estado puede tener la legítima expectativa de que los Estados que han votado a favor de la recomendación de seguir BEPS las aplicarán a la hora de configurar o interpretar su normativa interna sobre la materia, de forma que para evitar un perjuicio al Estado con tal expectativa, el otro deba seguir BEPS a pesar de que en principio no sea jurídicamente vinculante.

En este punto, podemos tener dudas fundadas sobre la eficacia del Plan de Acción BEPS, salvo que la acción 15 sea todo un éxito, nos referimos a la utilización de un instrumento o convenio multilateral para la aplicación de BEPS, a falta del mismo, debemos analizar la permeabilidad del legislador, juez o magistrado y funcionarios de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en el ejercicio de sus funciones. A dicho análisis dedicaremos los próximos epígrafes.

V. IMPACTO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA DEL IS DEL PLAN DE ACCIÓN BEPS

Como se ha advertido más arriba nos toca en los próximos apartados analizar como el legislador español ha incorporado en leyes o reglamentos las indicaciones, recomendaciones e informaciones generadas en el entorno actual de BEPS.

El contexto de este trabajo debemos centrarlo en las medidas adoptadas por el legislador español en coherencia con el Plan BEPS, cuya actividad permite calificar que su postura al respecto ha sido bastante permeable y proactiva a la aparición de los informes por acción.

Asimismo, ante la falta de definición de conceptos, concreción de planteamientos y comienzo temporal de implementación del nuevo modelo por el que aboga BEPS⁵⁰, constituye un elemento fundamental la jurisprudencia que los tribunales nacionales adopten en relación con temas como la aplicación de las cláusulas antiabuso o los límites a la planificación fiscal y los contornos jurídicos de la figura del fraude de ley, así como la práctica de la Agencia Tributaria. Haremos pues también referencia a los últimos pronunciamientos de los tribunales españoles en esta materia y al parecer de la Administración tributaria española.

⁵⁰ MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M.: «El Plan de Acción de la OCDE...», *op. cit.*, págs. 17-18.

V.1. INSTRUMENTOS HÍBRIDOS

El Informe de la OCDE *Hybrid Mismatch Arrangements-Tax policy and Compliance Issues* de marzo de 2012⁵¹ supone un avance en la lucha contra las operaciones planificadas con el objetivo de lograr la doble no imposición o la doble deducción fiscal como efecto de aprovechar las diferencias de tratamiento fiscal otorgado a los instrumentos y entidades híbridas entre dos o más Estados.

Los principales aspectos abordados por el citado informe se plasman en la acción 2 del Plan BEPS, insistiendo en la importancia de desarrollar cláusulas en el MC OCDE y diseñar normas en las legislaciones de los distintos Estados que consigan neutralizar el uso y los efectos derivados de estos instrumentos y entidades híbridas⁵².

El Informe *Recommendations for Domestic Laws* trata de la necesidad de implementar normas que tengan como fin: a) Prevenir la exención o no reconocimiento de los pagos que son deducibles en la jurisdicción del pagador; b) Denegar los pagos que no se incluyen en los ingresos del perceptor (y no son sujetos a imposición bajo las normas de la transparencia fiscal internacional); y, c) Denegar la deducción de pagos que también son deducibles en otra jurisdicción.

Como señala la OCDE la intención es neutralizar los efectos que derivan de los desajustes asimétricos que son provocados por los instrumentos financieros híbridos a través de la adopción de reglas conectadas *linking rules* que buscan alinear los resultados. Así, es posible prever una influencia de las recomendaciones de la OCDE con el tratamiento fiscal interno en relación con los instrumentos financieros híbridos y los pagos realizados por las entidades híbridas con las cláusulas de los CDI⁵³. Por otro lado, también cabe esperar una interacción importante en este tema, fruto del papel que los acuerdos FATCA pueden desempeñar en la lucha contra los instrumentos híbridos, en tanto que al obligar a las instituciones financieras a facilitar la información sobre los mismos, se consigue restringir el uso de tales instrumentos⁵⁴.

⁵¹ http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf

⁵² Public Discussion Draft, BEPS ACTION 2: NEUTRALISE THE EFFECTS OF HYBRID MISMATCH ARRANGEMENTS (Recommendations for Domestic Laws) 19 marzo 2014-2 mayo 2014, <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/hybrid-mismatch-arrangements-discussion-draft-domestic-laws-recommendations-march-2014.pdf>

⁵³ PEDROSA LÓPEZ, J. C.: «El tratamiento tributario de los "Juros sobre o capital propio" como instrumento financiero híbrido. Remisión a la Sentencia 712/2014 de la Audiencia Nacional», *Quincena Fiscal*, 1-2/2015, pág. 70.

⁵⁴ PEDROSA LÓPEZ, J. C.: «FATCA como límite a las planificaciones fiscales "agresivas". Especial referencia a los instrumentos híbridos», *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal* (dir. GARCÍA PRATS, F. A.), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, pág. 375. Debe destacarse que España ha introducido en su ordenamiento jurídico el FATCA, llamado a ser un nuevo hito en materia de intercambio automático de información tributaria entre Estados, mediante el 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 de 1 de julio de 2014, seguido de la Orden HAP/1136/2014, de 30 de junio, por la que se regulan determinadas cuestiones relacionadas con

Lo normal es que este tratamiento fiscal sea consecuencia de que una de las partes está sujeta a una regulación fiscal distinta de la otra con criterios y reglas de calificación diferentes, siendo frecuente que estas diferencias surjan en los instrumentos financieros, donde en una de las partes se califica como deuda siendo la contraprestación de la utilización de estos recursos financieros un interés que se considera gasto a efectos fiscales cuando, por el contrario, en el otro Estado los recursos cedidos se califican como aportación a los fondos propios, por lo que la contraprestación se califica como dividendos que pueden no tener efectos fiscales si se consideran exentos, es decir, en el conjunto de las dos partes se produce un defecto de imposición al no ser equivalente la calificación fiscal en ambas partes.

La LIS, tras la reforma 2015 operada, reacciona negando la deducción de los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10%. En concreto, el artículo 15 j) de la LIS incorpora un precepto antiabuso dirigido a aquellas operaciones en las que en una de las entidades que intervienen se genera un gasto fiscalmente deducible en la base imponible, mientras que, por el contrario, en la otra parte el ingreso generado no se computa a efectos fiscales, bien porque no se genera tal ingreso o el mismo está exento o sometido a un régimen fiscal privilegiado. Es decir, se persiguen las operaciones que permiten que mientras en unas jurisdicciones el híbrido se califica como un instrumento de capital (dividendo), la otra puede hacerlo como un instrumento de deuda (interés) derivándose en consecuencia efectos jurídicos distintos.

El caso más frecuente en el que se aplicará este precepto será en las operaciones financieras donde una entidad residente en territorio español recibe recursos a través de operaciones financieras calificadas como deuda y que generan un gasto contable y fiscal en esa entidad correspondiente al interés satisfecho cuando, por el contrario, en la otra jurisdicción fiscal de la entidad que cede dichos recursos la operación se califica como aportación a los fondos propios y, por tanto, la cantidad recibida se considera como dividendo exento a efectos fiscales. Adicionalmente, el indudable atractivo de los híbridos se acrecienta en el marco de la planificación fiscal internacional en un escenario de bajos tipos de interés en los que el elemento fiscal pasa a desempeñar un rol fundamental en la determinación de la rentabilidad final del producto⁵⁵.

Así, la norma regula determinados mecanismos para neutralizar el efecto de los denominados mecanismos «híbridos» o se revisa el régimen de transparencia fiscal internacional. Por ejemplo, no serán deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entida-

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.

⁵⁵ Como lo ha destacado JIMÉNEZ BLANCO, J. I.: «El uso de los instrumentos financieros híbridos en la planificación fiscal internacional» en *Fiscalidad internacional*, Tomo II, 6.ª edic., CEF, 2015, pág. 1.761.

des vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10%. Y en análogo sentido, no se aplicará la exención del artículo 21 de la LIS, respecto de aquellos dividendos cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora⁵⁶.

La norma que se examina se enmarca en la tendencia BEPS de evitar tanto supuestos de doble tributación internacional como de una doble no imposición⁵⁷, impidiendo el aprovechamiento de lagunas jurídicas o que generen cierta inseguridad jurídica que puede afectar no solo al contribuyente sino a terceros que eventualmente puedan convertirse en inversores futuros. Igualmente desde el punto de vista de la planificación fiscal del inversor español conviene obtener una opinión jurídica certera ante el riesgo en la interpretación del instrumento híbrido financiero⁵⁸.

En este sentido, un alineamiento de la acción comunitaria con el proyecto BEPS ha sido la reciente aprobación en el Consejo Ecofin de 9 de diciembre de 2014, la norma antiabuso relativa a la Directiva matriz-filial 2011/96/UE, que expresa la honda preocupación de la Comisión por la baja tributación que en teoría les corresponde a los grupos multinacionales. De acuerdo con esta cláusula, los Estados miembros se abstendrán de otorgar los beneficios fiscales de la directiva en relación con las rentas inherentes a acuerdos o estructuras jurídicas cuya finalidad única o principal es la consecución de una ventaja fiscal contraria al objeto de la propia directiva, no habiéndose adoptado por motivos económicos válidos basados en una realidad económica. Así pues, tres son los elementos que deben concurrir para que opere la norma antiabuso: ausencia de una realidad económica, finalidad básicamente fiscal y contravención del propio objeto de la directiva, lo cual concuerda con la norma antiabuso contenida en el artículo 15 de la LGT española y otras normas del entorno como la *Sham Transaction* en Reino Unido. Asimismo, la necesidad de aprobación de esta disposición en la directiva no disimula la persecución de aquellos Estados miembros que pudieran estar cobijando

⁵⁶ Existe ya jurisprudencia sobre la incoherencia en las calificaciones en materia de híbridos. Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de febrero de 2011 [rec. núm. 29/2008 (NFJ041715)] declara la no deducibilidad de los intereses derivados de un préstamo participativo, que no contemplaba fecha de devolución y cuyo importe estaba condicionado a los beneficios del prestatario, resultando susceptible de convertirse en acciones y estando obligado el prestamista a permanecer como socio. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2013 [rec. núm. 180/2010 (NFJ051030)] sostiene que las rentas derivadas de unos títulos emitidos por una entidad residente en Australia debían, a pesar de su denominación como dividendos, ser calificadas como intereses, con la consecuencia de no poder disfrutar de la exención prevista en el antiguo artículo 21 del TRLIS. Para terminar, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2014 [rec. núm. 232/2011 (NFJ053848)], sobre los «juros sobre el capital propio» brasileños en la que se señalan las dificultades de calificación de los instrumentos híbridos y de encuadramiento dentro de un régimen jurídico en el ordenamiento, situación ante la que algunos países han respondido introduciendo cláusulas específicas en sus CDI con Brasil considerando a los juros brasileños como intereses.

⁵⁷ Vid. GARCÍA PRATS, F. A.: «Qualification of hybrid financial instruments in Tax Treaties», *Diritto e Pratica Tributaria internazionale*, n.º 3/2011, pág. 986.

⁵⁸ En tal sentido, señala JIMÉNEZ BLANCO, J. I., que queda por desarrollar la planificación fiscal del inversor español basada en instrumentos financieros híbridos que deben tener presente «el elemento de riesgo interpretativo que muy posiblemente conlleven, y que solo podrá atajarse con una consulta vinculante de sentido positivo, lo que a fecha de hoy parece un escenario poco probable», «El uso de los instrumentos financieros híbridos...», *op. cit.*, pág. 1.777.

a entidades puramente instrumentales cuyo beneficiario efectivo de los dividendos estaría disfrutando indebidamente de los beneficios fiscales de la directiva.

No obstante, este enfoque de la Unión Europea que también está presente en BEPS, nos lleva a incorporar en el debate cuestiones de transparencia y buen gobierno fiscal por parte de los distintos Estados, pues debe repararse en que el comportamiento tachado de alarmante de las multinacionales se alberga dentro de las normas diseñadas por los Estados⁵⁹. Prueba de ello es que la norma antiabuso hace hincapié en que deben ser rechazados los acuerdos *not genuine* lo que entendemos como aquellos que no son sinceros y honestos, pero que apuntan a los que carecen de sustancia económica, lo cual equivale a entrar a valorar el comportamiento fiscal de los contribuyentes.

V.2. GASTOS FINANCIEROS

Las estrategias de planificación fiscal en torno a la deducción fiscal de los gastos financieros ha sido una práctica generalizada sufrida en España y en otros Estados del entorno en numerosos casos⁶⁰. Así, la generalización de estos esquemas ha convertido a la deducción de los gastos financieros correspondientes a la inversión financiera en un aspecto muy relevante de la fiscalidad de los dividendos y plusvalías de fuente extranjera determinando la reacción legislativa de las distintas jurisdicciones afectadas e incluso de los organismos internacionales⁶¹.

En esta perspectiva incide la Acción 4.^a del Plan que trata sobre acciones relacionadas con la prevención de BEPS a través de pagos de intereses y otros gastos financieros excesivos prevista para septiembre 2015. En el IS español ya se ha avanzado en esta materia eliminando la posible doble deducibilidad de los gastos o bien excesiva a través del Real Decreto-Ley 12/2012, que incorporaba una norma limitativa de la deducción de intereses. Posteriormente, la nueva LIS añade restricciones a la deducción de gastos financieros, en relación con la denominada financiación híbrida y las operaciones de adquisición apalancadas de participaciones.

Alguna cuestión que plantea la Acción 4.^a es la indefinición de aquello que se considera «gasto excesivo» e incluso la falta de definición de los objetivos perseguidos, aspecto que apor-

⁵⁹ En este sentido, señalan MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., que «en el plano político, no conceptual, da la impresión de que la principal idea-fuerza detrás del Plan de Acción es que las multinacionales incurren en comportamientos no jurídicamente reprochables pero sí moralmente reprobables, un punto de arranque cuestionable por confundir dos planos que deberían quedar separados, la realidad jurídica y los reproches morales, y que solo puede conducir a conflictos entre la Administración y los contribuyentes», «El Plan de Acción de la OCDE...», *op. cit.*, pág. 17.

⁶⁰ Una descripción muy gráfica del procedimiento seguido por los grupos multinacionales en las operaciones de erosión de la base imponible en estos casos puede encontrarse en SERRANO GUTIÉRREZ, A.: *Planificación fiscal en el Impuesto sobre Sociedades*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014, págs. 24-25.

⁶¹ Comisión de la Unión Europea (Recomendación 772/2012, 6 de diciembre de 2012) y OCDE (Nota 15 de marzo de 2013, Issues on Counteracting Base Erosion).

ta inseguridad sobre la efectividad de las normas de este tipo en relación con las acciones sobre híbridos o en materia de precios de transferencia⁶².

Pues bien, tras la reforma operada por la nueva Ley 27/2014, a tenor del artículo 16.1 de la LIS se mantiene la no deducibilidad de aquellos gastos financieros generados en el seno de un grupo mercantil: gastos financieros derivados de deudas con entidades del grupo destinados a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital social o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el contribuyente acredite la existencia de motivos económicos válidos que fundamenten estas operaciones.

Asimismo se mantiene la deducibilidad de los gastos financieros netos con el límite del 30% del beneficio operativo, siendo deducibles en todo caso los que no superen la cuantía de 1 millón de euros. No obstante, para el cálculo del beneficio operativo y con respecto a los dividendos a incluir, se exige una inversión mínima de 20 millones de euros, en lugar de los 6 millones de euros exigidos en la actualidad cuando la participación sea inferior al 5%⁶³.

Debe además tenerse presente que para la limitación a la deducción de los gastos financieros solo se tienen en cuenta los considerados gastos fiscalmente deducibles, por lo que el gasto contable correspondiente a un préstamo participativo cuya prestataria sea residente en territorio español y la entidad prestamista, residente en territorio español o en el extranjero, forme parte del mismo grupo mercantil (art. 42 CCom.), no se tiene en consideración ya que dicho gasto no es deducible en sede de la entidad prestataria.

⁶² Así comentan MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M. que «si el objetivo es eliminar el desplazamiento artificial de bases imponibles y prevenir el abuso, no tiene sentido la limitación en la deducción de intereses si se cumple con el estándar de imposición a precios de mercado o los mismos tributan a tipos razonables o no se benefician de exenciones para dividendos en el Estado del receptor por no ser instrumentos híbridos» por lo que concluyen que «la definición de "excesivo o inapropiado" depende del objetivo que se persiga y, en la medida en que este no esté claro, tampoco se sabe qué esperar de esta acción, lo cual puede derivar en enfoques no siempre coherentes o armonizados entre los distintos sistemas», en «El Plan de Acción de la OCDE...», *op. cit.*, págs. 5-6.

⁶³ A estos efectos, es importante concretar la operatividad de los conceptos de gasto financiero neto y beneficio operativo. Así pues, se considera como gasto financiero neto el exceso de los gastos financieros respecto de los ingresos financieros derivados de la cesión a terceros de capitales propios, devengados ambos en el periodo impositivo. A efectos de calcular el importe del gasto financiero neto no se computan dentro de los gastos financieros:

- Los gastos correspondiente a operaciones realizadas, directa o indirectamente, con persona o entidades residentes en paraísos fiscales o que se paguen a través de personas o entidades residentes en estos territorios.
- Aquellos gastos que no tienen la consideración de fiscalmente deducible derivados de deudas contraídas con otras entidades del mismo grupo mercantil cuyo destino es adquirir a otras entidades del grupo participaciones en el capital de otras entidades del grupo participaciones en el capital de otras entidades o bien ser aportado al capital de otras entidades del grupo.
- Los gastos financieros que correspondan a operaciones vinculadas que tengan una calificación fiscal diferente en estas entidades, y en consecuencia de esa diferente calificación no generen un ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10%.

V.3. PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Uno de los asuntos cruciales en que el proyecto BEPS incide de forma muy especial es en lo referente a las obligaciones de documentación de las operaciones vinculadas, cuestión en la que el legislador español también ha actuado en la nueva LIS y en el RIS que la desarrolla.

En concreto, las novedades legislativas se orientan hacia una simplificación del contenido de la documentación para aquellas entidades o grupos de entidades cuyo importe neto de cifra de negocios sea inferior a 45 millones de euros, con algunas excepciones (como las operaciones de riesgo), siendo necesaria en relación con determinadas operaciones, al tiempo que se eliminan determinados supuestos de obligación de documentación, como es el caso de que las operaciones con una misma persona o entidad vinculada, que no supere la cifra anual de 250.000 euros anuales. Este extremo es completado por el RIS que se adapta al contenido de la documentación que se establece en la OCDE y que, en definitiva, mientras reduce las cargas administrativas para las entidades medianas y pequeñas, se incrementa la exigencia de transparencia que el buen gobierno actual requiere respecto a las multinacionales.

En cuanto al perímetro de vinculación, se restringe en los supuestos de vinculación en el ámbito de la relación socio-sociedad, quedando en el 25% de participación (antes era del 5% o del 1% para sociedades cotizadas). Por otro lado, conviene destacar que el proyecto elimina la consideración de vinculación con respecto a la retribución percibida por los consejeros y administradores de sociedades por el ejercicio de sus funciones.

En relación con la metodología de valoración de las operaciones vinculadas se elimina la jerarquía de métodos que venía regulada en la anterior redacción para determinar el valor de mercado de las operaciones vinculadas, en la que primaban los métodos directos o transaccionales sobre los basados en resultados, admitiéndose adicionalmente, con carácter subsidiario otros métodos y técnicas de valoración, siempre que se respete el principio de libre competencia.

Se ha previsto siguiendo a BEPS estándares revisados para la documentación sobre precios de transferencia y una plantilla para el informe país-por-país (*Country-by-Country Report*) de ingresos, beneficios, impuestos pagados y algunas medidas de actividad económica. La orientación sobre la documentación de precios de transferencia exige que las empresas multinacionales provean a las Administraciones tributarias, informaciones agregadas sobre sus operaciones globales de negocio y su política de precios de transferencia en una documentación global (*Master File*) que sería disponible para todas las Administraciones relevantes de los países. La orientación también exige que la documentación sobre precios de transferencia más tradicional sea comunicada en una documentación específica en cada país (*Local File*), identificando las transacciones de partes relacionadas que sean relevantes, las cantidades implicadas en aquellas transacciones y el análisis de la determinación de los precios de transferencia con respecto a aquellas transacciones.

El RIS español introduce en el preámbulo la preocupación del legislador de que «en el momento actual, resulta absolutamente esencial hacerse eco de las conclusiones que se vienen adop-

tando en el denominado Plan de acción "BEPS" (...), y en concreto en relación con la acción 13 relativa a la información y documentación de las entidades y operaciones vinculadas. Precisamente, en base a ello, el artículo 14 del Reglamento introduce como novedad la información país por país, que como vimos tiene su cobertura legal en la disposición final décima de la LIS y en el artículo 93 de la LGT, como instrumento indicador de la política de precios de transferencia de un grupo mercantil, si bien esta información será exigible a partir de 2016, tal y como viene establecido por la propia OCDE».

V.4. TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

La acción 3 del Plan BEPS que incorpora recomendaciones sobre el diseño de normas de transparencia fiscal internacional (TFI/CFC) con la pretensión de evitar los problemas que las normas de TFI plantean no solo desde la óptica del Estado de residencia sino también en relación con terceros Estados donde se obtienen por filiales situadas en territorios de baja tributación. Se prevé su finalización en septiembre de 2015.

En el marco de esta acción, el régimen de transparencia fiscal internacional o imputación de determinadas rentas obtenidas por entidades no residentes en el IS español incorpora una novedad significativa relativa al nuevo supuesto de obligatoriedad de imputación de rentas positivas obtenidas por una filial no residente. En concreto, el artículo 100 de la LIS establece que se imputarán al contribuyente las rentas positivas obtenidas por la entidad no residente, siempre que se cumplan los requisitos de participación y tributación mínima (50% de participación en el capital y tipo de gravamen inferior al 75% del aplicable en territorio español), derivadas de la cesión o transmisión de bienes y derechos, o de la prestación de servicios, siempre que la misma no disponga de medios materiales y personales para su realización, incluso si las operaciones tienen carácter recurrente.

Con respecto a lo anterior, se establece una excepción, no se llevará a cabo la imputación de rentas positivas en aquellos supuestos en los que el contribuyente acredite que dichas operaciones se efectúan con los medios materiales y personales de que dispone otra sociedad no residente en territorio español perteneciente al mismo grupo, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, y con independencia de su residencia así como de la obligación de presentar cuentas anuales consolidadas⁶⁴.

⁶⁴ Como consecuencia de la modificación introducida en IS en este régimen de transparencia fiscal internacional resulta necesario modificar el artículo 91 de la LIRPF (Ley 35/2006, de 28 de noviembre, tras la modificación operada por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre), incorporando así un nuevo supuesto de imputación de renta obtenida por la entidad no residente cuando no disponga de medios materiales y personales. De esta forma, los contribuyentes imputarán la renta total obtenida, incluso si las operaciones tienen carácter recurrente, entendiéndose por renta total el importe de la base imponible que resulte de aplicar los criterios y principios establecidos en el IS. No obstante, como excepción no se aplicará esta disposición cuando el contribuyente acredite que las referidas operaciones se realizan con los medios materiales y personales existentes en una entidad no residente en territorio español perteneciente al mismo grupo, en cuyo caso habrá que imputar las rentas positivas obtenidas en el extranjero procedente de determinadas fuentes, tal y

La regulación española de TFI viene empleando un criterio singular a la hora de delimitar la configuración de la «excepción comunitaria», que opera únicamente allí donde «el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales» (art. 107.15 TRLIS). El artículo 100 de la nueva LIS regula esta materia en los mismos términos, aunque se incluye como novedad una clarificación específica de la exclusión del ámbito de aplicación de la TFI a las instituciones de inversión colectiva reguladas en la Directiva 2009/65/CE (UCITS UE) que estén constituidas y domiciliadas en algún Estado miembro de la Unión Europea. Y la normativa de TFI que contiene la LIRPF ha sido objeto de una modificación a efectos de articular una cláusula simétrica a la recogida en la nueva LIS, de manera que todo lo antedicho es aplicable en este contexto, salvando ciertos matices⁶⁵.

Pues bien, la consecuencia práctica del precepto es que pasan a tributar en nuestro país los beneficios asociados a la explotación de propiedad industrial o intelectual perteneciente a grupos españoles pero ubicados en filiales en países de baja imposición. Por tanto, la aprobación del nuevo régimen de TFI supone un régimen fiscal preferencial diseñado para atraer los centros de investigación y desarrollo de los grupos multinacionales.

En este sentido, se vaticina que el proyecto BEPS puede traer consigo una cierta reformulación de los regímenes de TFI que, si bien se encuentra explícitamente trabajando en la acción 3, también se afecta de forma relevante por varias acciones del referido Plan BEPS. Se advierte así de que la protección de las bases imponibles elevada por el Plan BEPS, particularmente de los países en desarrollo, «puede terminar provocando la articulación de un nuevo modelo estandarizado de TFI/CFC configurado con un papel dominante en el contexto BEPS para evitar tal fenómeno de erosión de bases imponibles por la vía indirecta de reducir las posibilidades de uso de entidades intermedias situadas en jurisdicciones de baja tributación y controladas desde países que bien no han establecido una normativa de TFI o bien tal régimen se ha articulado de forma intencionadamente laxa»⁶⁶.

V.5. LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL EN EL PROYECTO DE MODIFICACIÓN PARCIAL DE LA LGT

El pasado 21 de abril, tras la aprobación en Consejo de Ministros, se remitió para su tramitación por las Cortes Generales, el Proyecto de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, el cual contiene medidas como el reforzamiento de la figura del conflicto en aplicación de la norma, posibilitando el establecimiento de sanciones en supuestos

como hasta ahora se configuraba la transparencia fiscal internacional, aun con algunas novedades pues se incorporan más bienes susceptibles de generar rentas pasivas.

⁶⁵ CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Revisitando la Transparencia Fiscal Internacional al hilo de la sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el caso Olsen», *Quincena Fiscal*, n.º 1/2015, BIB 2014/4494, pág. 26.

⁶⁶ *Ut supra* pág. 30.

iguales a otros ya calificados como abusivos por la Administración, la publicación de la lista de deudores, el reforzamiento del régimen de estimación indirecta o el desarrollo del artículo 305.5 del Código Penal, en el que se establece la posibilidad de que la Administración tributaria practique liquidación cuando haya indicios de haberse cometido delito contra la Hacienda Pública. Todas ellas son normas que inciden en el objetivo de lucha contra el fraude fiscal.

La controvertida sancionabilidad de los supuestos de fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma ha sido objeto de debate desde la publicación de la LGT de 2003 y ahora retorna bajo las recomendaciones BEPS con la configuración flexible de la cláusula antielusiva general⁶⁷. Esta nueva configuración de la cláusula general antiabuso con el fin de profundizar en la lucha contra los comportamientos más sofisticados de fraude fiscal o estructuras artificiosas puede resultar altamente litigiosa si lo que se persigue es la obtención de un ahorro fiscal mediante actos que ya han sido declarados por la Administración como de conflicto en la aplicación de la norma tributaria (art. 206 bis Proyecto LGT)⁶⁸.

⁶⁷ Para un análisis riguroso sobre estas cuestiones *vid.* PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Lex Nova, 2009 y GARCÍA NOVOA, C.: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2004.

⁶⁸ El artículo treinta y cinco del Proyecto de modificación de la LGT introduce el artículo 206 bis que tipifica la infracción en supuestos de conflicto en aplicación de la norma tributaria con la siguiente redacción:

«Artículo 206 bis. Infracción en supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

1. Constituye infracción tributaria el incumplimiento de las obligaciones tributarias mediante la realización de actos o negocios cuya regularización se hubiese efectuado mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 de esta ley y en la que hubiese resultado acreditada cualquiera de las siguientes situaciones:

- a) La falta de ingreso dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo de la totalidad o parte de la deuda tributaria.
- b) La obtención indebida de una devolución derivada de la normativa de cada tributo.
- c) La solicitud indebida de una devolución, beneficio o incentivo fiscal.
- d) La determinación o acreditación improcedente de partidas positivas o negativas o créditos tributarios a compensar o deducir en la base o en la cuota de declaraciones futuras, propias o de terceros.

2. El incumplimiento a que se refiere el apartado anterior constituirá infracción tributaria exclusivamente cuando se acredite la existencia de igualdad sustancial entre el caso objeto de regularización y aquel o aquellos otros supuestos en los que se hubiera establecido criterio administrativo y éste hubiese sido hecho público para general conocimiento antes del inicio del plazo para la presentación de la correspondiente declaración o autoliquidación.

A estos efectos se entenderá por criterio administrativo el establecido por aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 15 de esta ley.

Reglamentariamente se regulará la publicidad del criterio administrativo derivado de los informes establecidos en el apartado 2 del artículo 15 de esta ley.

3. La infracción tributaria prevista en este artículo será grave.

4. La sanción consistirá en:

- a) Multa pecuniaria proporcional del 50% de la cuantía no ingresada en el supuesto del apartado 1 a).
- b) Multa pecuniaria proporcional del 50% la cantidad devuelta indebidamente en el supuesto del apartado 1 b).
- c) Multa pecuniaria proporcional del 15% de la cantidad indebidamente solicitada en el supuesto del apartado 1 c).
- d) Multa pecuniaria proporcional del 15% del importe de las cantidades indebidamente determinadas o acreditadas, si se trata de partidas a compensar o deducir en la base imponible, o del 50% si se trata de partidas a deducir en la cuota o de créditos tributarios aparentes, en el supuesto del apartado 1 d).

VI. LA LITIGIOSIDAD TRIBUTARIA EN EL MARCO DE LA FILOSOFÍA BEPS

Como ya hemos tenido ocasión de analizar, BEPS está diseñado bajo una serie de premisas muy próximas a las cláusulas antiabuso. Es cierto que tradicionalmente las cláusulas genéricas de dicho tipo son poco operativas, y generan una gran litigiosidad, al movernos en conceptos con una alta dosis de subjetividad, pues no resulta fácil la prueba de que una sociedad es instrumental o no tiene sustancia⁶⁹. Y además, las apariencias de licitud y verosimilitud constituyen el objetivo de quien se dedica al diseño de este tipo de planificación.

La autonomía calificadora del Derecho tributario permite a las Agencias Tributarias calificar y recalificar hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito probado de eludir impuestos. La discusión doctrinal acerca de si las cláusulas nacionales antiabuso pueden ser aplicadas a los casos de abuso de los tratados ha sido tratada por la OCDE, que lo acepta con matices, y en ello incide la acción 6 del Plan BEPS. *Substance over form* constituye un principio de Derecho nacional e internacional, que aparece con distinta terminología en las distintas jurisdicciones, imponiendo límites al derecho de los contribuyentes a configurar sus negocios libremente⁷⁰.

Los mecanismos de simulación o fraude de ley (arts. 13, 15 y 16 LGT) se aplican en España, encontrándose presentes en todos los ordenamientos jurídicos como cláusulas generales antiabuso⁷¹. El problema de los mismos es la alta litigiosidad que generan, pues no es fácil operar con

5. Las infracciones y sanciones reguladas en este artículo serán incompatibles con las que corresponderían por las reguladas en los artículos 191, 193, 194 y 195 de esta ley.

6. En los supuestos regulados en este artículo resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 188 de esta ley».

⁶⁹ DÍEZ PICAZO, L.: *Sistema de Derecho Civil, I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 585 y ss., explica que las personas físicas se asocian para conseguir fines muy variados pero el ordenamiento jurídico no le reconoce a toda asociación personalidad jurídica. También cabe avanzar por la vía de la coordinación normativa internacional como propone SANZ GÓMEZ, R.: «Las cláusulas antielusión entre coordinación y armonización fiscal. Influencia de la armonización positiva en el margen de acción de los estados miembros», en la obra colectiva dirigida por ADAME MARTÍNEZ, F.: *Armonización, coordinación fiscal y lucha contra el fraude*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 223 y ss.

⁷⁰ VEGA BORREGO, F. A.: «Las medidas antilusión en la normativa interna española con proyección internacional», en la obra colectiva *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid, 2005, págs. 755 y ss., donde se muestra sin embargo reticente a la adopción de nuevas cláusulas específicas antiabuso para combatir nuevos supuestos de elusión, por la complejidad que añaden al ordenamiento. Serán cláusulas complementarias de las generales que descarguen en buena medida a la Administración de la carga de la prueba que conllevan estas. Su compatibilidad con los CDI habría que verificarlo caso por caso.

⁷¹ Y en la Directiva 2015/121/UE, para neutralizar esquemas de negocio que solo buscan una ventaja fiscal, sin responder a razones comerciales válidas que reflejen una actividad económica legítima. A favor de la compatibilidad de normas genéricas y específicas antiabuso, sean de derecho interno o internacional, CARMONA FERNÁNDEZ, N.: «Medidas antiabuso en los convenios sobre doble imposición», en la obra colectiva *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid, 2005, págs. 781 y ss. A su juicio, la normativa interna española en materia de entidades en régimen de atri-

automatismos en el marco de litigios sobre fiscalidad internacional. Por ello, es preciso avanzar en la implantación de cláusulas antiabuso específicas, claras, contundentes, que produzcan una lucha eficaz contra la planificación fiscal agresiva. Mecanismos en los que hay que seguir profundizando al objeto de mejorar su aplicación efectiva y su adaptación a los nuevos esquemas abusivos que puedan surgir para evitarlos⁷².

Llegados a este punto, lo primero que habría que plantearse es qué es la planificación fiscal agresiva, para saber dónde comienza la legítima planificación tendente a cumplir con las obligaciones tributarias de la manera menos onerosa posible, previendo de antemano la selección de las opciones económicas más convenientes dentro de las legítimas. Es evidente que no es fácil trazar la frontera entre la una y la otra, siendo estas cuestiones de carácter subjetivo y circunstancial⁷³.

Por otra parte, no puede perderse de vista la dificultad de acometer cualquier planificación fiscal, agresiva o no agresiva, a la vista de los cambios constantes que soporta la normativa reguladora de los sistemas tributarios modernos, que ofrecen hoy opciones ayer inexistentes, y viceversa. La falta de estabilidad normativa dificulta cualquier planificación a medio plazo, y hace incierta incluso la planificación a corto, para un periodo impositivo. Más que de planificación fiscal, que en un entorno de normas cambiantes no es fácil de acometer, lo que ha proliferado y se encuentra en la base del Plan de Acción BEPS son los intentos de traslación de beneficios a jurisdicciones fiscales más ventajosas. La llamada planificación fiscal agresiva es una expresión que ha hecho fortuna para describir el catálogo de estrategias de huida al que los ordenamientos tributarios deben responder en la línea de la definición de cláusulas antiabuso genéricas y específicas, que sometan en el estado de residencia la renta que se traslada mediante esas estrategias de planificación fiscal agresiva⁷⁴.

bución de rentas acoge –y muchas facetas amplía– la filosofía OCDE desconocedora del estatus de sociedad para las sociedades de personas –*partnerships*–. Aclara la operatividad de la cláusula de beneficiario efectivo como neutralizadora de la utilización de sujetos interpuestos para la percepción de rentas que pretenden acogerse indebidamente a las ventajas de los CDI.

⁷² Cfr. LUCAS DURÁN, M.: «La planificación fiscal y sus límites jurídicos: cuestiones sustantivas y procedimentales de las cláusulas antielusivas previstas en las LGT», en la obra colectiva dirigida por MERINO JARA, I.: *Procedimientos tributarios: aspectos prácticos*, Bosch, Barcelona, 2014, págs. 35 y ss.

⁷³ El análisis del catálogo de prácticas de planificación fiscal agresiva o ilegítima al que se refiere el Plan de Control Tributario 2015 de la Agencia Tributaria Española es inabordable en estas páginas. Algunas han tenido respuesta normativa: no deducibilidad de gastos financieros derivados de préstamos entre empresas de un mismo grupo para la adquisición de participaciones en entidades del propio grupo, cuestión en la que incide la acción 4 del Plan BEPS; no deducción de determinados deterioros de valor de participaciones en el capital social de entidades así como de determinadas pérdidas de establecimientos permanentes.

⁷⁴ La acción 3 del Plan BEPS de reforzamiento de las reglas sobre las entidades financieras controladas quiere transparentar las rentas de sociedades intermediarias, para lo cual puede ser preciso modificar algunos CDI. Y la acción 5 trata de poner coto a los regímenes preferenciales dañinos, que no pueden escudarse en la soberanía fiscal del país para establecer tipos nulos o muy bajas, incluso negociadas con los interesados, con generosas excepciones a su propia aplicación, siempre opaca.

Las cláusulas específicas antiabuso son compatibles con las cláusulas genéricas antiabuso, ya sean unas y otras nacionales o internacionales, pues todas tienen el fin de combatir el fraude de ley/conflicto en la aplicación de la norma y la simulación⁷⁵. Cláusulas específicas antibuso que tienen historia y recorrido en materia de precios de transferencia, a los que se refiere las acciones 8 a 13 del Plan BEPS⁷⁶: siguiendo la técnica americana de obligar a los contribuyentes a declarar los esquemas de planificación fiscal agresiva que están utilizando, se trata «de emprender acciones antes de haber reunido los datos relativos a su eventual necesidad»⁷⁷.

La preocupación por el incremento de litigiosidad que puede generar conferir a las Administraciones tributarias nuevos y potenciados poderes de calificación trae un riesgo innegable de litigiosidad. Asimismo, este aumento de conflictividad fiscal se observa por la propia influencia indirecta que el Plan de Acción BEPS ejerce sobre la Administración tributaria, argumentos de dicho plan que son utilizados en los procedimientos inspectores que se inician en la actualidad aunque respondan a ejercicios fiscales previos a BEPS. Es cierto que se trata de un riesgo que hay que correr al adoptar nuevas normas para perseguir distintas modalidades de fraude. La propia OCDE es consciente de ello y propone el arbitraje en la acción 14 del Plan BEPS, y entretanto, que se mejore el procedimiento amistoso de resolución de conflictos habitualmente previsto en los CDI⁷⁸.

⁷⁵ La acción 7 del Plan BEPS incide en la práctica reciente de reemplazar el papel de distribuidor por el papel de comisionista que no revela la identidad ni la sede del comitente evitando el estatus de establecimiento permanente. Y en la práctica de fragmentar actividades en el interior de una empresa y entre empresas del grupo para minimizar su duración. La acción 7 quiere reconducir el uso de intangibles para deslocalizar beneficios, y que estos sean gravados en el lugar en el que se producen. GARCÍA BERRO, F.: «Anotaciones sobre el principio de prohibición de abuso en la jurisprudencia reciente del TJUE», en la obra colectiva dirigida por ADAME MARTÍNEZ, F.: *Armonización, coordinación fiscal y lucha contra el fraude*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 205 y ss., sostiene que pueden sancionarse las prácticas abusivas cuando pueda llegarse a la conclusión de que integran el tipo objetivo de infracción, posición que compartimos.

⁷⁶ El Plan de Control Tributario 2015 de la Agencia Tributaria Española anuncia que vigilará, en materia de precios de transferencia, las operaciones de reestructuración empresarial complejas, los servicios intragrupo prestados o recibidos y operaciones sobre intangibles relevantes. Se analizará especialmente la correcta aplicación del método del margen neto transaccional en determinados sectores. Continuarán desarrollándose actuaciones de instrucción y resolución de acuerdos previos de valoración de operaciones entre personas y entidades vinculadas, como instrumento de prevención del fraude, aumento de la seguridad jurídica y reducción de la litigiosidad futura. Cfr. RAVENTÓS CALVO, S.: «La reestructuración empresarial como instrumento de planificación fiscal internacional», en la obra colectiva *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid, 2005, págs. 1.171 y ss.

⁷⁷ Así MALHERBE, J.; TELLO, C. P. y GRAU RUIZ, A.: *La revolución fiscal de 2014, FATCA, BEPS y OVDP*, Serie Monografías Tributarias, Centro de Investigaciones en Tributación, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2015, pág. 179. Las acciones 8 a 13 del Plan BEPS se detienen en las diversas modalidades de toro que practican las multinacionales, encuadrables en el mundo de los precios de transferencia, a las que la OCDE quiere poner coto: informes país por país junto al informe global del grupo, todos ellos en inglés, lo que provoca las ironías de los autores citados –pág. 182–. Todas las medidas del plan BEPS van a incrementar la litigiosidad, según acerva crítica que enarbolan sin piedad en las págs. 182-9, con planteamientos asumibles por abogados defensores de las multinacionales.

⁷⁸ Cfr. SERRANO ANTÓN, F.: «La cláusula de procedimiento amistoso de los convenios para evitar la doble imposición internacional», en la obra colectiva por él dirigida *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid, 2005, págs. 949 y ss.,

VII. EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN LA APLICACIÓN DEL PLAN DE ACCIÓN BEPS

El Tribunal Supremo (TS) ha tenido ya oportunidad de referirse al Plan de Acción BEPS en tres recientes sentencias, demostrando así su porosidad a la aceptación de los postulados asumidos por BEPS en la lucha contra el fraude fiscal. Las Sentencias son dos de la misma fecha 9 de febrero de 2015 [rec. núm. 3971/2013 (NFJ057489) y núm. 188/2014 (NFJ057488)] y la tercera del día 12 de febrero de 2015 (rec. núm. 184/2014).

Las dos primeras se refieren a una operación de *Leverage Buy Out* consistente, a juicio del TS, en una matriz holandesa que a través de un préstamo concedido a la filial española para financiar la compra de participaciones, erosionó su base imponible, incrementando su pasivo, al mismo tiempo que trasladaba los intereses y los beneficios a otro país de baja, o en este caso nula tributación, sin concurrir al parecer otra razón económica o empresarial que lo justificara. Es decir, se trataba de la deducibilidad de los gastos financieros soportados por la mercantil GEPESA en 2001 y 2002 –asuntos separados–, como consecuencia de la financiación de la adquisición de las acciones representativas del 70% del capital de la entidad vinculada holandesa GE ENERGY EUROPE, a su matriz holandesa GE INTERNACIONAL BENELUX BV. El TS considera que esta operación se realiza en abuso de derecho, ya que detrás de la operación de financiación y compraventa de las acciones de GEEE no existe ningún motivo económico válido que justifique el préstamo y la adquisición de las acciones por parte de GEPESA. En este punto, es cuando nuestro Alto Tribunal señala que «bajo el prisma de la existencia de una razón imperiosa de interés general, la práctica que detecta y corrige la Administración tributaria constituye en la actualidad una de las mayores preocupaciones en el seno de la OCDE, reflejada en el BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) *Action Plan*, Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, habiéndolo reconocido también el legislador español ante el nuevo tratamiento de la deducción de los gastos financieros en los grupos de sociedades dado por el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo»⁷⁹.

La tercera Sentencia del TS fue dictada con fecha 12 de febrero de 2015 (rec. núm. 184/2014) en una operación muy similar a las anteriores. La operación consistió en la concesión de un préstamo por la entidad MANN HUMMEL FINANCE UK Ltd., residente en el Reino Unido a MANN HUMMEL IBÉRICA, SA para la adquisición del 99,9% del capital de la sociedad MANN HUMMEL BRASIL y del 97,4% del capital de la sociedad MANN HUMMEL ARGENTINA. El TS consideró no deducibles los gastos financieros derivados de los pasivos contraídos por MH Ibérica, ya que se trataba de una operación de financiación y compraventa de las acciones de MHBR y

propone que se corrijan las deficiencias del procedimiento amistoso, en el que no existe obligación de alcanzar una solución, no queda garantizada la eliminación de la doble imposición, dura excesivamente el procedimiento, el contribuyente no es parte, no se publican los criterios y hay problemas de ejecución de los acuerdos, razones todas por las que buena parte de la doctrina se inclina por el arbitraje obligatorio.

⁷⁹ Fundamento jurídico séptimo de la STS de 9 de febrero de 2015, rec. núm. 3971/2013 (NFJ057489) y fundamento jurídico sexto de la STS de 9 de febrero de 2015, rec. núm. 188/2014 (NFJ057488).

MHAR en la que no existía ningún motivo económico válido que justificase el préstamo y la adquisición de las acciones por parte de MHES. Además el TS indicaba que de acuerdo a la legislación fiscal del Reino Unido, existía un incentivo fiscal denominado *group relief*, por lo que no se tributó efectivamente por dichos ingresos, al compensarse los resultados positivos de la prestamista con los negativos de otra sociedad. Aparte del ahorro fiscal puesto de manifiesto, el TS insistió en la propia deducción de los gastos financieros que se había generado. Estas razones le llevan al TS de nuevo a manifestarse de idéntica manera a como lo hizo en las sentencias citadas más arriba en relación con BEPS, señalando que lo que buscó y provocó la matriz alemana a través de préstamo concedido a la filial española para financiar la compra de participaciones «fue erosionar su base imponible, incrementando su pasivo, al mismo tiempo que trasladaba los intereses y los beneficios a otro país de baja tributación, sin otra razón económica o empresarial que los justificara».

Las distintas menciones al Plan de Acción BEPS suponen una información suplementaria al *iter* argumental del TS, porque con la aplicación de la normativa vigente relativa al abuso de derecho prevista en la LGT, se llegaba a la misma conclusión, si bien no muy aceptada por un sector doctrinal que defiende la inclusión de las normas antiabuso generales internas en un CDI, si quiere aplicarse en un contexto internacional, en ausencia de norma internacional antiabuso.

Debe tenerse en cuenta además que los asuntos que se analizaban en las sentencias expuestas datan de los ejercicios 2001, 2002 para GEPESA y 2004 para MANN HUMMEL, periodos en los que el Plan de Acción BEPS ni siquiera estaba previsto por la OCDE, por lo que no era posible exigir una conducta acorde al mismo a las mercantiles involucradas. Asimismo, siguiendo las consideraciones expuestas en otro apartado de este trabajo, el Plan de Acción BEPS en tanto en cuanto no esté concluido su convenio o instrumento multilateral para la aplicación, su impacto es meramente informativo, salvo que nuestro legislador demuestre una vez más su permeabilidad hacia BEPS, en su tarea normativa.

En conclusión, aunque las operaciones objeto de las sentencias mencionadas son examinadas bajo el prisma de la existencia de una razón imperiosa de interés general y bajo el prisma del abuso del derecho separadamente, se enfatiza, en cuanto a la razón imperiosa de interés general, que «lo que buscó y provocó la matriz holandesa [alemana] a través del préstamo concedido a la filial española para financiar la compra de participaciones fue erosionar su base imponible, incrementando su pasivo, al mismo tiempo que trasladaba los intereses y los beneficios a otro país de [baja], o en este caso nula tributación, sin otra razón económica o empresarial que lo justificara», y en las tres se sostiene, en cuanto al abuso del derecho, que «por todas las razones apuntadas por la Sala de instancia en la sentencia recurrida», que «la operación enjuiciada [...] carecía de una auténtica sustancia económica, siendo la finalidad fiscal la única destacable».

Las alusiones al proyecto BEPS, a la deducción de los gastos financieros en los grupos de sociedades, conforme al Real Decreto-Ley 12/2012, y a la recomendación emitida por la Comisión Europea sobre planificación fiscal agresiva parece que son argumentos de apoyo del fallo de las sentencias, pero sin duda demuestran una porosidad del Alto Tribunal por la filosofía inherente en el Plan de Acción BEPS.

mayor revolución en el panorama fiscal global de los últimos años o por lo menos un rediseño de la fiscalidad internacional, tal y como se ha conocido hasta ahora, y advierte de que «las normas tributarias nacionales e internacionales deberían ser modificadas para alinear con mayor detalle el destino de las ganancias con la actividad económica que genera esa renta», instando a los Estados a que acuerden cambios específicos en las reglas tributarias internacionales en los próximos años⁷.

Los informes BEPS «entregados», hasta la fecha, fundamentalmente en septiembre 2014 son: acción 1 (abordar los retos de la economía digital para la imposición), 2 (neutralizar los efectos de los instrumentos híbridos), 5 (combatir las prácticas tributarias perniciosas teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia en lo que concierne al análisis de los regímenes de los países miembros), 6 [impedir la utilización abusiva de los Convenios de Doble Imposición (CDI)], 8 (asegurar que los resultados de los precios de transferencia sean acordes con la creación de valor de intangibles, en lo relativo a la modificación de las Directrices de los precios de transferencia y del Modelo OCDE), 13 (reexaminar la documentación sobre precios de transferencia) y 15 (Desarrollo de un instrumento multilateral)⁸.

Quedan pendientes las «entregas» previstas para octubre de 2015 de la acción 3 (refuerzo de la normativa sobre transparencia fiscal internacional), 4 (limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros gastos financieros), 5 (combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia), 7 (impedir la elusión artificiosa del estatuto del establecimiento permanente), 9 y 10 (asegurar la cadena de creación de valor en riesgos/capital y en otras transacciones de alto riesgo), 11 (establecer metodologías para la recopilación y el análisis de datos sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, y sobre las acciones para enfrentarse a ella), 12 (exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva) y 14 (hacer más efectivos los mecanismos de resolución de litigios).

La última fase consistiría en la incorporación de los resultados a los ordenamientos internos de los distintos países, en la medida en que BEPS condiciona el poder legislativo de los Estados que se adhieran al plan. En algunos casos, el resultado esperado se limita a elaborar un informe de identificación de problemas. En otros, se van a formular recomendaciones para el diseño de normas internas (singularmente en la elaboración de cláusulas generales antiabuso o *General Anti-Abuse Rules* –GAAR–). En tal caso, estas recomendaciones serán disposiciones que limiten o condicionen el poder legislativo, erosionando la centralidad de la ley como expresión de soberanía en el diseño del sistema tributario. En otros casos, las medidas condicionarán la nueva

⁷ Cuando nace BEPS, en Europa ya se habían producido distintas iniciativas en el mismo sentido, como por ejemplo, el Código de Conducta de Fiscalidad de las empresas o la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, que recoge el Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal [COM(2012) 722/2], por poner algunos ejemplos. Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas, adoptado en forma de resolución del Consejo en 1998. El Consejo también creó un Grupo del Código de Conducta (conocido como el «Grupo Primavera») que se encargaría de examinar los casos notificados de imposición societaria injustificada. Este Grupo presentó su informe en 1999, identificando 66 prácticas impositivas que dejarían de aplicarse en un plazo de cinco años. Este Código llevaba implícita una cláusula *stanstill* que debería haber supuesto su aplicación permanente hasta hoy.

⁸ Informes aprobados el 16 de septiembre de 2014.

versión del Modelo de CDI de la OCDE. Y, finalmente, los resultados del Plan de Acción BEPS serán reflejados en el instrumento multilateral.

Todo este conjunto de medidas tiene, como nota definitoria, el erigirse en reglas que intentan corregir las definiciones de la fiscalidad internacional actual a través de un enfoque «holístico», que condiciona los ordenamientos jurídico-tributarios de una u otra manera sin necesidad de esperar al desarrollo del Tratado Multilateral. En algún caso, y con evidente exageración, se ha llegado a decir que BEPS supone la «refundación» del Derecho internacional tributario o la inauguración de una «nueva era»⁹. Lo cierto es que BEPS ya tiene una gran importancia en lo concerniente al diseño de los sistemas fiscales y, en particular, del español. El propósito de este trabajo precisamente consiste en identificar prácticas y normas que suponen un impacto real en la fiscalidad española. En otros casos, trataremos de intuir materias que se verán afectadas, como la propia definición de la cláusula general antiabuso, la lucha contra los híbridos, el reforzamiento de la transparencia fiscal internacional, la introducción de medidas antiabuso específicas en los CDI y en la normativa interna, el *Country by Country Report*, y otras técnicas que después se verán. Todo ello en un momento en el que todavía no tenemos aprobados muchos de los informes y, por supuesto, en el que el convenio multilateral es simplemente una posibilidad con muchos aspectos abiertos.

En la actualidad, Estados que, hasta ahora, han venido diseñando y decidiendo su política tributaria con relativa independencia, se encuentran con un gran dilema. BEPS es un punto de inflexión para todos ellos y, en especial, para España, miembro de la OCDE y de la Unión Europea y con una amplia red de CDI. También para los países no miembros de la OCDE y los cooperantes con dicha organización supone un gran impacto, si bien su posible aplicación suscita muchas críticas en dichos países y dista mucho de ser pacífica la aceptación de todo cuanto se plantea en BEPS. Por eso mismo, y por la falta de legitimidad del proyecto en los países citados, la OCDE pretende dar un mayor protagonismo a los países en vía de desarrollo, a través del denominado *principio de inclusión*, que intenta la participación de países que no forman parte de la OCDE, así como de otras organizaciones internacionales como la ONU, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional¹⁰. Así, se ha invitado a varios países no miembros de la OCDE en condición de asociados, como es el caso de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica y Perú; y se han organizado reuniones internacionales en distintas regiones para la inclusión de países cooperantes¹¹.

⁹ AVI-YONAH, R. S.: «A Model Treaty for the Age of BEPS», *University of Michigan Public Law Research Paper*, n.º 411, donde se señala que BEPS va a suponer el mayor cambio en la fiscalidad internacional desde los años 20.

¹⁰ En septiembre de 2014, los ministros de Finanzas del G-20 pidieron a la OCDE que ampliase su compromiso con los países en desarrollo e impulsase un proceso de diálogo con dichos países a través de la participación directa en el CAF de las redes regionales que reúnen a los responsables de la política y Administración tributaria y el apoyo en el desarrollo de la formación y capacitación. Son cinco grupos regionales los que constituyen las redes en cooperación con otras organizaciones internacionales tributarias regionales: ATAF (Foro Africano de Administración Tributaria), CIAT (Centro Interamericano de Administraciones Tributarias), SGATAR (Grupo de Estudio sobre la Investigación en la Administración Tributaria de Asia), CREDAF (Centro de Encuentro de las Administraciones Fiscales), e IOTA (Organización Intra-Europea de Administraciones Tributarias).

¹¹ En el caso BEPS se pretende un proceso inclusivo bajo el liderazgo de la OCDE/G-20 y la participación de los países en desarrollo. Es decir, el Plan de Acción si se quiere que sea operativo requiere un proceso global que incluya todas las partes

II. UNILATERALISMO VERSUS MULTILATERALISMO COMO RESPUESTA A LOS DILEMAS DE LA TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL

El marco internacional de la fiscalidad imperante hoy requiere de soluciones que van más allá de la acción individual de los Estados, que es uno de los causantes de estar donde nos encontramos. En el mundo actual, ni siquiera Estados grandes pueden establecer marcos internacionales ni imponer su cumplimiento por sí solos, aunque existan normas adoptadas unilateralmente como FATCA, de pretendido alcance internacional. Por otro lado, las soluciones que se manejen, como se ha indicado anteriormente, no pueden desconocer el papel central de los Estados, titulares del poder tributario y protagonistas de la política fiscal, en tanto a ellos les corresponde la distribución de la carga tributaria entre sus contribuyentes de acuerdo a criterios de justicia y de la toma de decisiones fiscales que impactan en el crecimiento de la economía de esos países.

No debe extrañarnos que se sigan produciendo tensiones entre la soberanía fiscal nacional y el ámbito transfronterizo de los negocios actuales, con el consiguiente incremento de la litigiosidad. Estas tensiones derivadas de la soberanía tributaria de cada uno de los Estados y de la voracidad fiscal de algunos países no desaparecerán en el futuro, sino todo lo contrario como tendremos ocasionar de ver. No obstante, la mencionada soberanía fiscal que ha permitido una cierta competencia fiscal, en ocasiones lesiva, parece que toca su fin al menos en lo que se refiere a su carácter lesivo¹². Asimismo, debe advertirse de que la competencia a la que aludimos también ha producido sus efectos positivos, como la aproximación de las legislaciones de los Estados y una mayor eficacia en los Estados.

Volviendo a las tensiones, no han faltado voces que han manifestado la potencialidad del diálogo internacional y de unas normas mundiales uniformes, a través del denominado *International Tax Regime o estándares fiscales internacionales*, para alcanzar un sistema fiscal pacífico en su interpretación y aplicación y un sistema más colaborativo en lo fiscal entre los países¹³. Sin embargo, esta situación está lejos de poderse conseguir, ya que no existe una organización internacional, ni la OCDE, ni ONU, con la legitimidad y ascendencia como para poder establecerla o convencer internacionalmente a los Estados para su aplicación¹⁴. Así las cosas, los derroteros de la tributación in-

interesadas de cierta importancia. Para ello, y con el fin de facilitar una mayor participación de las principales economías no miembros de la OCDE, se ha invitado a los países del G-20 interesados que no sean miembros de la OCDE a formar parte del proyecto como asociados, es decir, en pie de igualdad con los miembros de la OCDE (incluso a nivel de los órganos auxiliares que participan en los trabajos de BEPS). Los países en desarrollo también se enfrentan a problemas relacionados con BEPS, aunque los problemas pueden manifestarse de manera diferente dada la especificidad de sus marcos legales y administrativos. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) participa en el trabajo tributario de la OCDE.

¹² DEVEREUX, M. P. y VELLA, J.: «Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?», *Oxford University Centre for Business Taxation*, julio 2014, pág. 3.

¹³ BRAUNER, Y.: «BEPS: An Interim Evaluation», *World Tax Journal*, febrero, 2014, pág. 12.

¹⁴ CARBAJO VASCO, a tal efecto, señala que «sin embargo, las limitaciones que el concepto de la soberanía nacional impone a las AATT hacen que, aun existiendo incipientes formulaciones de un Derecho Internacional Tributario y de

ternacional para su concepción equilibrada y balanceada entre los países aplicadores del *Worldwide Income*, cada vez más se dirigen hacia el multilateralismo, la cooperación entre los Estados, junto a una buena gobernanza fiscal y transparencia, completada con un intercambio de información automático¹⁵. No caminar en esta dirección nos puede llevar a sistemas fiscales inestables e ineficientes¹⁶.

La tendencia hacia el multilateralismo y la gobernanza fiscal ha tenido recientemente otro impulso a través de la propuesta de la Comisión Europea en materia de lucha contra el fraude y abuso en el IS de fecha 18 de marzo de 2015, de un conjunto de medidas para combatir el fraude y la evasión fiscal así como la competencia fiscal lesiva en materia de IS. El elemento clave del paquete de medidas planteadas es la propuesta de reforma de la Directiva sobre Cooperación Administrativa (Directiva 2011/16/UE) de manera que se incluya en ella un sistema de intercambio automático de decisiones administrativas y acuerdos sobre precios de transferencia (*rulings* y *APAs*) que afecten al IS y contengan elementos transfronterizos, de manera que sea posible con este intercambio detectar operaciones abusivas o fraudulentas para las Administraciones que no son parte en el citado acuerdo. Tal propuesta se pretende que entre en vigor el 1 de enero de 2016, aunque, en ciertos casos, puede producir efectos retroactivos. Como puede intuirse, la propuesta pretende salir al paso de comportamientos hasta el momento atacados con la apertura de procedimientos en materia de ayudas de Estado contra ciertos Estados miembros.

Junto a la citada propuesta, la Comisión ha presentado una Comunicación [COM(2015) 136 final] y un Memorando (MEMO/15/4609) en el que se anuncia otra serie de iniciativas, en concreto y a lo que aquí interesa:

1. La Comisión Europea valorará la conveniencia de establecer nuevos requisitos de transparencia para multinacionales, obligando a desvelar públicamente datos fiscales (el conocido como *Country by Country Reporting* de acuerdo a la denomina-

una buena gobernanza fiscal, la ausencia de una Autoridad Tributaria Internacional con competencias, en particular, sobre determinadas bases imponibles conlleva que la única fórmula pragmática para hacer frente a la internacionalización de los obligados tributarios y las bases imponibles con la que cuentan las AATT, sea fomentando los Convenios y Acuerdos Internacionales de asistencia mutua entre las mismas»; «Novedades en el intercambio internacional de información con fines fiscales», *El Derecho*, Francis Lefebvre, 1 de febrero de 2013.

¹⁵ El fracaso del intercambio de información basado en mecanismos bilaterales *on request* ha llevado a los Estados a adoptar mecanismos de carácter unilateral, como se ha indicado previamente. En el caso de Estados Unidos, es de destacar la adopción el 18 de marzo de 2010 de la FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*), incluida en las secciones 1471 a 1475 del *U.S. Treasury Code*. La misma entró en vigor el 1 de enero de 2013, e incluye un sistema de intercambio automático de información a través de los intermediarios financieros, además de una retención del 30% sobre pagos de fuente de los Estados Unidos, haya o no ganancia, a ciertas entidades extranjeras, si las mismas no certifican la identidad de sus dueños beneficiarios últimos. HEY, J.: «Base Erosion and Profit Shifting and Interest Expenditure», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, núm. 6/7, pág. 332.

¹⁶ DEVEREUX, M. P. y VELLA, J.: «Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?» *Oxford University Centre for Business Taxation*, julio 2014, pág. 4. BRAUNER, Y.: «BEPS: An Interim Evaluation», *World Tax Journal*, febrero, 2014, pág. 39.

- ción del Plan BEPS) y que en el ámbito de la Unión Europea ya afecta a los bancos y otros operadores financieros y a las industrias extractivas.
2. Se revisará el Código de Conducta en materia de fiscalidad empresarial de manera que se establezcan nuevos criterios para calificar un régimen como dañino que tengan en cuenta la sofisticación de las legislaciones y de los comportamientos de las multinacionales (ej. *Patent Boxes Regimes*).
 3. Se deroga la Directiva de fiscalidad del ahorro con el fin de armonizar completamente el estándar de intercambio de información de la Unión Europea y el de la OCDE (se prevé que en fechas próximas estén listos los acuerdos de medidas equivalentes que garanticen un intercambio automático de información tributaria conforme con el estándar de la OCDE/G-20, que incluye a personas físicas y ciertas sociedades, con los países de fuera de la Unión Europea a los que afectaba la citada Directiva: Andorra, Liechtenstein, San Marino, Mónaco y Suiza)¹⁷.

En este marco internacional tan reactivo, surge el Plan de Acción BEPS dirigido, en primer lugar, contra las operaciones de planificación fiscal agresiva de ciertas multinacionales en Europa a través de los conocidos esquemas *Double Irish*, *Dutch Sandwich* o la deducibilidad ilimitada de gastos financieros que provocaron un artificial traslado de beneficios a jurisdicciones de menor tributación, con la consiguiente erosión de bases imponibles; y, en segundo lugar, porque el multilateralismo tal y como se entendía en el pasado reciente se mostraba insuficiente para luchar eficazmente contra las operaciones de planificación fiscal agresiva.

III. ¿BEPS ES REALMENTE NOVEDOSO?

La preocupación de los Estados por la evasión y el fraude fiscal internacional no es nueva. Desde hace varias décadas, la OCDE viene estudiando y publicando informes sobre el uso indebido de los CDI. Ya en 1977, el Comité de Asuntos Fiscales decidió comenzar un análisis sistemático de esta cuestión, constituyendo para ello el Grupo de Trabajo número 8 de dicho Comité.

¹⁷ Además, la Comisión comunica que presentará un Plan de Acción en materia del IS en pocos meses, que incluirá el relanzamiento de la iniciativa sobre base imponible común consolidada en el IS e ideas para integrar las propuestas del Plan BEPS de la OCDE y el G-20 en la Unión Europea. En el imparable proceso de la importancia del intercambio de información automático debe reseñarse la progresiva implantación de mecanismos multilaterales. Como muestra de la implantación de acuerdos multilaterales, puede mencionarse el modelo OCDE-Consejo de Europa sobre asistencia mutua e intercambio de información que, a partir del 2010, se abre a países no miembros; o, la Directiva 2014/107/UE de 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, teniendo un ámbito de aplicación extendido a países terceros mediante acuerdos con otros Estados y territorios, caso de San Marino, Andorra, Mónaco; o los Acuerdos para la aplicación de FATCA firmados con ciertos Estados (así el concertado por Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y España, rubricado el 7 de febrero de 2012); o los *Tax Information Exchange Agreements*, firmados con jurisdicciones opacas en la generalidad de los casos.

Posteriormente, el Modelo de Convenio para evitar la doble imposición internacional (en adelante, MC OCDE), versión de 1992, modificó los apartados 11 a 26 de los Comentarios al artículo 1 de dicho MC, dedicados al *Improper Use of Tax Treaties*, basándose en dos Informes de 1987, denominados *Base Companies Report y Conduit Companies Report*¹⁸, incluyendo una recomendación general para la inclusión en los CDI de medidas antiabuso específicas. Más tarde, en 2001, la OCDE publicó un nuevo documento denominado *Draft Contents of the 2002 Update to the Model Tax Convention*, cuyas conclusiones fueron incorporadas a la versión del año 2003 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE, en donde se contienen innovadoras propuestas relacionadas con el uso indebido de los CDI que propiciaron un intenso debate tanto en el ámbito académico como profesional.

A lo largo de este periodo, es posible identificar una clara evolución en la postura de la OCDE, abandonándose la visión formalista inicial respecto a la posibilidad de reaccionar contra esquemas elusivos a través de cláusulas antiabuso aprobadas de forma unilateral por los Estados contratantes¹⁹. Este hecho goza de especial relevancia, ya que, en un primer momento, la posición de la OCDE daba lugar a posiciones divergentes sobre la interpretación, aplicación y alcance de las medidas antiabuso²⁰. En todo caso, sí es importante recalcar que la iniciativa BEPS no supone un trabajo radicalmente novedoso, sino que se trata de ideas e informes ya existentes en el marco de la organización internacional aunque han sido relanzados y cargados de razón por el contexto económico en el que nos hallamos, siendo lo más relevante de la iniciativa el impulso político y el multilateralismo como fórmula de lucha contra la erosión de bases imponibles y la traslación de beneficios.

Pese a la evolución de la postura de la OCDE en este ámbito, los vigentes párrafos 9.5 y 9.6 de los comentarios al artículo 1 continúan poniendo de manifiesto los problemas que puede plantear, de cara a la aplicación de un CDI, una diferente concepción del término fraude o abuso por los Estados contratantes. Por ello, se advierte de que la potencial aplicación de la cláusula genérica antiabuso, no implica que no resulte necesario incluir en los propios CDI cláusulas de «beneficiario efectivo» como las habitualmente incluidas en los artículos 10, 11 y 12 o las previsiones antiabuso

¹⁸ Cfr. OECD, *Model Tax Convention*, París. 2002, vol. II, págs. I-(5) e I-(6).

¹⁹ Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «Las medidas antielusivas/antiabuso internas y los convenios para la eliminación de la doble imposición», en SOLER ROCH y SERRANO ANTÓN (dirs.), *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional*, IEF, Madrid, 2002, pág. 158.

²⁰ Con ello no quiere decirse que, una vez incorporada la posición de la OCDE a los Comentarios al Modelo, desaparezcan instantáneamente todo tipo de dudas respecto a la compatibilidad de las cláusulas antiabuso internas y los CDI que no contemplan su aplicación. A nuestro juicio, es posible identificar una incongruencia en la postura de la OCDE, al mantener un enfoque formalista para las cláusulas antiabuso que tradicionalmente se han venido incluyendo en los CDI (beneficiario efectivo, LOB, etc.), abandonando dicha posición cuando se refiere a las cláusulas antiabuso, ya sean estas de carácter general o específico, aprobadas por los Estados miembros. Dicho en otros términos, tras los nuevos comentarios al artículo 1 del MC OCDE, continúan existiendo las mismas dudas con respecto a la posibilidad de aplicar las cláusulas antiabuso de carácter interno a una situación regulada por un CDI, dado que una diferente concepción del término «abuso» podrá dar lugar a una desigual aplicación del tratado por los Estados contratantes, circunstancia que, desde nuestro punto de vista, atendería contra los principios y fines que lo inspiran. En este sentido, cfr. ALMUDÍ CID, J. M.: *El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*, IEF, Madrid, 2005, pág. 167 y ss.

que contemplan los artículos 13.4 y 17.2 del MC OCDE. Como cabe observar, bajo esta previsión subyace el planteamiento inicial de la OCDE de fijar normas antiabuso armonizadas que impidan a los Estados alterar el reparto de la potestad tributaria inicial a través de la aplicación de normas antiabuso internas. Aspectos que se contienen en el contenido de distintas acciones del Plan BEPS.

Como reconoce la OCDE, los contribuyentes tienen la posibilidad de aprovechar, al margen de los CDI, las diferencias entre los niveles impositivos existentes en los Estados y los beneficios fiscales reconocidos en las legislaciones fiscales de los diferentes países, correspondiendo a los Estados en cuestión adoptar las disposiciones adecuadas en su legislación interna para evitar tales maniobras²¹. Ahora bien, la validez de dichas disposiciones internas estará condicionada a que estas resulten respetuosas con el texto de los CDI celebrados hasta la fecha y su contexto, sin que puedan dar lugar a que la distribución del poder tributario pactado en una norma internacional se vea alterado por mor de la aplicación de normas antiabuso internas, que pueden haber sido potenciadas por la filosofía BEPS.

En todo caso, no es exagerado afirmar que el Informe BEPS puede constituir el estudio internacional sobre medidas antiabuso más completo y exhaustivo realizado hasta la fecha, y que ha creado una suerte de optimismo inusitado, un caldo de cultivo único contra la planificación fiscal agresiva, y la creencia en algunas Administraciones tributarias de que conseguirá una homogeneización internacional de la legislación y el presumible consenso de los regímenes fiscales de un amplio espectro de países. A nuestro entender, la iniciativa BEPS busca fundamentalmente cerrar lagunas e incongruencias fiscales y someter a gravamen las rentas donde verdaderamente se han producido, más que rediseñar la estructura básica de los sistemas fiscales. A día de hoy es imposible conocer el resultado final del Plan de Acción BEPS, y ello porque parece poco probable poder controlar la competencia fiscal y la reticencia de algunos países a ejecutar las medidas resultantes de BEPS²².

IV. ¿Y SI BEPS NO CONLLEVASE EL DESARROLLO DE UN TRATADO MULTILATERAL? ¿PODRÍA CONSIDERARSE BEPS COMO *SOFT LAW*?

Mucho se ha debatido por parte de la doctrina sobre el origen y noción del *Soft Law*. En principio, este no se refería expresamente al ordenamiento jurídico internacional, sin embargo, ha sido en esta disciplina donde el término fue acogido doctrinalmente y en el que ha dado lugar a amplios debates y una gran influencia en particular en el área de la OCDE²³.

²¹ Cfr. Parágrafos 7 y 8 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

²² DEVEREUX, M. P y VELLA, J. «Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?» *Oxford University Centre for Business Taxation*, julio 2014, pág. 4.

²³ MAZUELOS BELLIDO, A.: «*Soft law*, ¿mucho ruido y pocas nueces?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, 2004. ANEIRO PEREIRA, J.: «*Soft law* e interpretación: las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia», *Crónica Tributaria*, núm. 6, 2011, pág. 10.

Debe partirse de la premisa de que no tiene un significado unívoco²⁴, y de que su naturaleza heterodoxa ha conllevado a ser definido de manera muy diversa: puede ser considerado como una serie de actos, que no son legalmente vinculantes, pero a los que la práctica les atribuye una fuerza moral importante para representar la voluntad política de los Estados, produciendo una expectativa de que los Estados harán el máximo posible por cumplirlo²⁵. Otros entienden²⁶ que el *Soft Law* es una heterodoxa serie de instrumentos que no son fuente del Derecho, pero que tienen relevancia en la formación de las normas futuras o en la interpretación de las vigentes²⁷.

Precisamente, uno de los ámbitos donde se aprecia una mayor influencia de las recomendaciones de las organizaciones internacionales es el de las medidas antiabuso y las operaciones entre empresas participadas o, más propiamente, las operaciones vinculadas o precios de transferencia. En este sentido, debe mencionarse el MC OCDE en su última versión de julio de 2014 y las *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Authorities* de 2010, como prototipos de *Soft Law*, que han influido en las distintas legislaciones nacionales²⁸. No debemos ni podemos dejar de nombrar en este ámbito lo que constituye el núcleo del presente trabajo: el *Informe BEPS y su Plan de Acción* previamente referidos²⁹.

Como paso previo al estudio de los efectos que tienen las ideas, técnicas y recomendaciones del Informe BEPS, debemos realizar algunas consideraciones sobre el lugar y función que ocupan en las fuentes del Derecho. Para ello debemos analizar, en primer lugar, su origen, que consiste en recomendaciones que emanan de determinadas instituciones supranacionales, en este caso, de la OCDE. Y, en segundo lugar, su posible definición como fuente legal, siendo actos

²⁴ CHINKIN, C.: «The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law», *INTL & COMP*, 1989.

²⁵ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «Los comentarios al MC OCDE: su incidencia en el sistema de fuentes del derecho tributario sobre los derechos de los contribuyentes», *Carta Tributaria*, núm. 20, 2003; LAMPREAVE MÁRQUEZ, P.: «El *Soft Law* y sus implicaciones en la política fiscal de la UE», *Crónica Tributaria*, núm. 5/2011, pág. 3.

²⁶ FALCÓN Y TELLA, R.: «El papel de la jurisprudencia en la armonización fiscal europea», en YEBRA MARTUL-ORTEGA, P. (coord.), *VV. AA., Sistema fiscal español y armonización europea*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 33-54.

²⁷ SACCHETTO, C.: «Le fonti del Diritto Internazionali Tributario», en UCKMAR, V. (coord.): *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, 3.ª edic. CEDAM, Pavoda, 2005. NÓCETE CORREA: «El diverso alcance del *soft law* como instrumento interpretativo en la fiscalidad internacional y europea», *Crónica Tributaria*, núm. 1, 2011, pág. 52.

²⁸ OECD, «OECD Model Tax Convention. 2014 Update». OECD, París, 2014. *Transfer Pricing Guidelines for Multinationals Enterprises and Tax Administrations*, OECD, París, 2010.

²⁹ También en la Unión Europea se han aprobado modelos de seguimiento y examen de las políticas normativas en materia de precios de transferencia, por la Resolución del Consejo de 27 de junio de 2006 relativa a un Código de Conducta sobre la documentación relacionada con los precios de transferencia exigida a las empresas asociadas en la Unión Europea (DPT UE). DOCE de 28 de julio de 2006. «La fiscalidad de las empresas en el mercado interior» [SEC (2001) 1681 de 23 de octubre de 2001] y «Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria» [COM (2001) 582 final de 23 de octubre de 2001]. RUIBAL PEREIRA, L.: «Código de Conducta para la fiscalidad de las empresas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 179, 1999, pág. 109. CALDERÓN CARRERO, J. M.: *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades (un análisis de la normativa española desde una perspectiva internacional, comunitaria y constitucional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 41 a 43.

que carecen de eficacia normativa y que son dictados por organismos internacionales, ya tengan estos poder normativo o no³⁰.

Ambos rasgos –el origen y su posición en el sistema de fuentes– son los característicos de este tipo de disposiciones e informes pues, por un lado, carecen de efecto directo y, por otro, tienen su medio ambiente en el ámbito de las organizaciones internacionales. Las denominaciones con las que nos podemos encontrar para referirse a este conjunto de instrumentos son variadas pues, entre otros, se incluyen las recomendaciones, las decisiones, las comunicaciones, las directrices, los códigos de conducta y otras figuras³¹.

La exclusión del sistema de fuentes resulta de las propias normas que regulan esta cuestión, pues ni las normas internacionales, ni las comunitarias, ni las propias normas españolas incluyen a alguno de estos instrumentos entre aquellos que gozan de los efectos jurídicos propios de una norma de tal carácter. Es decir, carecen de la eficacia directa y *erga omnes*, así como de la oponibilidad propia de las leyes y de las demás normas jurídicas³².

Sin embargo, se trata de herramientas técnicas con las que se pretende influir indirectamente en el Derecho positivo de los distintos Estados estableciendo los principios informadores de las distintas reglamentaciones nacionales, detallando el tratamiento posible de los diversos aspectos del tema o realizando otra serie de consideraciones³³. En efecto, se trata de establecer el marco conceptual de una determinada materia así como las líneas maestras de una eventual regulación. Por lo tanto, su relevancia se encuentra en el plano del entendimiento general de una materia, o bien de denominación o de tendencia³⁴.

Así pues, los principales problemas que suscita el uso de este tipo de *pseudonormas* derivan de la forma en que son producidas y de los medios con los que se han dotado de coercibilidad, al ser aprobadas por un organismo que trata de producir normas exógenas al sistema de fuentes normativo. Además, la falta de sanción por incumplimiento puede revelar su ausencia de fuerza vinculante, lo cual no compartimos, al menos en relación con todos los instrumentos de *Soft Law*, dado que la falta de cumplimiento puede conllevar una suerte de contramedidas políticas o económicas. El ejemplo más claro en el ámbito de la Unión Europea es el Código de Conducta para

³⁰ ALARCÓN GARCÍA, G.: «El *Soft Law* y nuestro sistema de fuentes», *Libro Homenaje al prof. Rodríguez Bereijo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

³¹ SARMIENTO, D.: «La autoridad del Derecho y la naturaleza del *Soft Law*», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28/2006.

³² ANEIRO PEREIRA, J.: «*Soft law* e interpretación: las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia», *Crónica Tributaria*, núm. 6, 2011, pág. 10.

³³ Véase el apartado 3.º del preámbulo del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

³⁴ NOCETE CORREA, F. J.: «El diverso alcance del *soft law* como instrumento interpretativo en la fiscalidad internacional y europea», *Crónica Tributaria*, núm. 1, 2011, pág. 52.

paliar la competencia desleal entre los Estados miembros de la misma³⁵. Muchas son las críticas que ha recibido el Código citado, debido a que no puede ser objeto de un control de legalidad, de una interpretación prejudicial (puesto que no existe disposición alguna especial a tal fin), ni puede ser objeto de sanción directa por falta de cumplimiento.

El uso intensivo y, en ocasiones, desviado de este tipo de actos por ciertas instituciones internacionales puede conducir al error de transformar actos *Soft Law* en *Hard Law* sin pasar por la necesaria legitimidad democrática de los Parlamentos. En otros casos, siguiendo el Plan de Acción de BEPS, España y otros muchos países están acometiendo la tarea de introducir en el ordenamiento tributario medidas sin esperar al desarrollo del convenio multilateral, eso sí, canalizando las iniciativas como normas legislativas de distinto rango y haciendo uso de su potestad legislativa de carácter tributario. Obviamente, en estos casos, ya no estaríamos hablando de instrumentos normativos de *Soft Law*, sino del uso de las facultades normativas de cada Estado como reflejo de su soberanía.

Una de las finalidades del *Soft Law* es precisamente lograr la aproximación de legislaciones y es por ello que su utilización es frecuente en organizaciones supranacionales³⁶. Su uso responde, en algunos casos, a la falta de poder legislativo –v. gr. OCDE– y, en otros, a la dificultad de aprobar una determinada normativa, o a la existencia de peculiaridades nacionales que hacen difícil el éxito de un régimen jurídico –en muchos casos, la propia Unión Europea–³⁷.

El *Soft Law* termina siendo la base inspiradora de la regulación de una determinada materia como ha sucedido con la regulación en España del *Country by Country Report* en el artículo 14 del Reglamento del IS³⁸. La forma en la que termina convirtiéndose en Derecho obliga a su aná-

³⁵ Código de conducta de 1999. SN 4901/99. RUIBAL PEREIRA, L.: «Código de Conducta para la fiscalidad de las empresas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 179, 1999, pág. 109.

³⁶ AUJEAN, M.: «European Commission launches comprehensive strategy to promote tax coordination in the EU», *EC Tax Review*, n.º 2, 2007, pág. 63.

³⁷ GRIBNAU, H.: «Improving the legitimacy of soft law in EU Tax Law», *Intertax*, vol. 35, n.º 1, págs. 30 y ss.

³⁸ El apartado 3.º del preámbulo del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades señala a tal efecto que «en el momento actual, resulta absolutamente esencial hacerse eco de las conclusiones que se vienen adoptando en el denominado Plan de acción "BEPS", esto es, el Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, que se elabora en el ámbito de la OCDE, y en concreto en relación con la acción 13 relativa a la información y documentación de las entidades y operaciones vinculadas. Precisamente, en base a ello, se introduce como novedad la información país por país, encontrando cobertura legal en la disposición final décima de la Ley del Impuesto y en el artículo 93 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, como instrumento que permita evaluar los riesgos en la política de precios de transferencia de un grupo mercantil, sin que en ningún caso dicho instrumento pueda servir de base a la Administración tributaria para realizar ajustes de precios. Esta información será exigible a partir de 2016, en los términos y condiciones que se han fijado en la OCDE. Por otra parte, se modifica la documentación específica de operaciones vinculadas a la que hace referencia la Ley del Impuesto, completando, por un lado, la necesaria simplificación de este tipo de documentación para entidades con un importe neto de la cifra de negocios inferior a 45 millones de euros y adaptándose, por otro lado, al contenido de la documentación que se establece en la OCDE. En este punto, resulta destacable que mientras se reduce

lisis desde una doble perspectiva: desde el principio de legalidad y desde el de seguridad jurídica. Desde el primer enfoque, debe insistirse en la idea del déficit democrático que se pone de manifiesto en el seno de las organizaciones en las que se toman recomendaciones que después pueden ser trasladadas a normas. La composición gubernamental-administrativa, por técnicos o representantes de distintos países, y a veces de los sectores económicos implicados en los actos de *Public Consultations* convocados por la propia OCDE, hace que no haya ocasión de plantear un debate en los órganos depositarios de la soberanía nacional sobre las distintas alternativas y soluciones³⁹ y, por tanto, estas *pseudonormas* no gozan de la legitimidad democrática, de las posibilidades de debate, de la publicidad y transparencia que ostentan las fuentes normativas clásicas. En otros casos, se puede dar la paradoja de convertir en vinculante una determinada medida que no ha sido tramitada como norma a través de los procedimientos correspondientes, convirtiéndose en una especie de *backdoor legislation*⁴⁰. Ahora bien, si como ha sido el caso, el Estado en cuestión ha asumido la normativa por los cauces legales establecidos, ninguna objeción cabe realizarse, salvo insistir en la necesidad del público debate antes de adoptar en la normativa este tipo de medidas.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, la ausencia de una norma jurídica hace que se afecte de pleno a uno de los contenidos fundamentales de este principio como es que exista una norma pública, clara y precisa⁴¹. Por ello, países miembros como España han optado por su respaldo legislativo bien en la Reforma Fiscal de 2015 efectuada por las distintas leyes aprobadas en 2014, como en los proyectos de reglamentos que se encuentran en tramitación en la actualidad.

En la práctica, este sistema impulsado por las organizaciones internacionales implica indirectamente la homogeneización internacional de la legislación y ello supone, al mismo tiempo, un apoyo a la internacionalización de las actividades económicas. Es por ello que se ha llegado a decir que el Informe BEPS es el régimen internacional, por antonomasia, sobre medidas antiabuso, en la medida en que presumiblemente conseguirá un amplio consenso de los regímenes fiscales representados. Esta idea subyace en distintos informes de la OCDE en los que se mantiene que sus recomendaciones

considerablemente la documentación a exigir a las entidades medianas y pequeñas, simplificando significativamente sus cargas administrativas, se incrementa la exigencia de transparencia que el buen gobierno actual requiere respecto a las multinacionales». Como se puede observar, la influencia de BEPS en el legislador español es mayúscula.

- ³⁹ El Foro conjunto UE-OCDE sobre precios de transferencia, por ejemplo, está compuesto por un experto de la Administración tributaria de cada Estado miembro y diez expertos del sector empresarial. Asisten a las reuniones, en calidad de observadores, representantes de los países candidatos a la adhesión y de la Secretaría de la OCDE.
- ⁴⁰ SHELTON, D.: «Law and not law and the problem of soft law», en VV. AA.: *Commitment and Compliance: the role of nonbinding norms in the International legal system*, Oxford University Press, Londres, 2003, págs. 1-21. COLLADO Y URRITA, M. A. et ál.: «Las fuentes del derecho tributario internacional», en CORDÓN EZQUERRO (coord.), VV. AA.: *Manual de fiscalidad internacional*, vol. I, IEF, Madrid, 2007. MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community*, *op. cit.*, pág. 243. NOCETE CORREA, F. J.: «El diverso alcance del *soft law* como instrumento interpretativo en la fiscalidad internacional y europea», *Crónica Tributaria*, núm. 1, 2011, pág. 52.
- ⁴¹ GARCÍA NOVOA, C.: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 127 y ss. ANEIRO PEREIRA, J.: «*Soft law* e interpretación: las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia», *Crónica Tributaria*, núm. 6, 2011, pág. 8.

representan principios internacionalmente aceptados para luchar contra la erosión de bases imponibles y traslado de beneficios, lo que produce un ambiente propicio para la difusión de los mismos.

La adopción de un régimen de marcado carácter internacional favorece a las empresas multinacionales al reducir los costes administrativos y de negociación pero también debería evitar conflictos entre Administraciones tributarias, así como situaciones de abuso de Derecho. Ello siempre que la interpretación del *soft law* sea uniforme en todos los países. En este sentido, el Consejo de la OCDE y los ministros del G-20 han recomendado a los gobiernos de los Estados miembros su aplicación con el objeto de que sea uniforme y se evite la interpretación unilateral del mismo, por lo que de nuevo se avanza en el multilateralismo como fórmula de resolución de estructuras y esquemas de planificación fiscal agresiva. Ahora bien, esta situación legal puede ubicarse en el plano de los deseos, porque la realidad nos podría mostrar las debilidades del sistema fiscal al toparse con países *Free Riders* que no aceptan las recomendaciones de la OCDE en esta materia.

Los Estados tienen varias vías para adoptar este enfoque y una de ellas es aceptar las *Recomendaciones de la OCDE* como información, base, modelo o antecedente⁴². Es aquí donde entendemos que se encuentra otra posible perspectiva de su verdadera importancia. Se trata de elementos informativos a tener en cuenta en la interpretación de las distintas disposiciones nacionales pues constituyen el antecedente histórico de los preceptos que integran el Derecho positivo. Por lo tanto, si las normas tienen que interpretarse de acuerdo con los criterios del artículo 3 del Código Civil, como nos recuerda el artículo 12 de la Ley General Tributaria (LGT), resulta inevitable tener en cuenta que la regulación española tiene su origen en las propuestas y recomendaciones realizadas desde las organizaciones internacionales que venimos señalando. Ahora bien, esas propuestas tienen una influencia informativa, pero desde nuestro punto de vista, no puede ser considerada una fuente del Derecho como venimos exponiendo. Además en la interpretación de las normas internas o de CDI prima la literalidad de los términos, la buena fe y el contexto. En este sentido debe ponerse de relieve la estrategia seguida por los Tribunales Supremos alemán –*Bundesgerichtshof*– y holandés –*Hooggerichtshof*–, según la cual en la resolución de conflictos fiscales con un componente internacional –expatriados, impatriados, *partnerships*, doble imposición internacional, residencia, etc.– han dejado de mencionar los Comentarios del MC OCDE, quizás debido a su papel marginal en la interpretación para estos Tribunales, porque naturalmente son concededores de su existencia⁴³.

A ello hay que añadir el valor que puede concederse al *Soft Law* en la interpretación teleológica de los preceptos vigentes pues, en muchos casos, la finalidad de la norma encontrará su explicación en estos textos. En todo caso, su valor interpretativo estará condicionado a que el Derecho positivo no contradiga expresamente su literalidad y su sentido. Sobre el particular volveremos más adelante en el análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que se refiere al Plan de Acción BEPS.

⁴² CALDERÓN CARRERO, J. M.: «The OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law: Is Globalization Reaching the Tax Law?», *Intertax*, vol. 35, 2007, n.º 6, pág. 16.

⁴³ Esta opinión implícita de los Tribunales Supremos alemán y holandés contrasta con la sacralización de los Comentarios del MC OCDE por parte de la Administración tributaria y los Tribunales españoles.

Las conclusiones alcanzadas, estamos seguros, se verán materializadas en las distintas normas que el legislador español incorpore a nuestro ordenamiento. Es así que a la hora de plantearse distintos supuestos jurídicos, esto es, a la hora de interpretar la normativa, deben tenerse en cuenta los criterios, principios y soluciones planteados en dichos textos internacionales, pero plasmados como *Hard Law* en el ordenamiento español⁴⁴.

En relación con el estatus jurídico de los instrumentos aprobados por la OCDE, de acuerdo con el artículo 5 de su Tratado constitutivo, la OCDE puede dictar decisiones, que serán vinculantes para todos los Estados miembros excepto si se acuerda lo contrario, efectuar recomendaciones y celebrar acuerdos con Estados miembros, con Estados no miembros y con organizaciones internacionales. Así pues, puede observarse que no existe ningún inconveniente para que la OCDE dicte normas jurídicas que creen obligaciones para sus Estados miembros. Sin embargo, en el ámbito de la fiscalidad internacional, la OCDE ha preferido actuar mediante recomendaciones, lógicamente con un efecto meramente informativo y nada comprometededor para los Estados.

Dado que las recomendaciones de la OCDE no generan obligaciones jurídicas para los Estados miembros, puede afirmarse que las directrices emanadas hasta el momento en los distintos informes BEPS no son jurídicamente vinculantes y, por lo tanto, los Estados no están obligados a seguirlas⁴⁵. Sin embargo, y como ha sido advertido previamente, el hecho de que en principio las recomendaciones de las organizaciones internacionales no sean jurídicamente vinculantes no quiere decir necesariamente que no puedan tener ningún efecto con relevancia jurídica⁴⁶. Así ocurre, por ejemplo, en la influencia de las recomendaciones en las normas consuetudinarias de Derecho internacional. En efecto, como es sabido, para que surja una norma de este tipo la doctrina suele requerir la concurrencia de un elemento objetivo (la práctica estatal) y de un elemento subjetivo (*opinio iuris* o convicción sobre su carácter obligatorio). En este sentido, HILLGENBERG considera que, a pesar de que una recomendación no pueda crear directamente una norma consuetudinaria, sí que puede contribuir al surgimiento de la *opinio iuris*. Más aún, una recomendación también puede promover el surgimiento de una práctica estatal uniforme ya que, como recuerda SCHREUER, las recomendaciones permiten coordinar las prácticas desorganizadas de los Estados⁴⁷. En este orden, THOMAS considera que pueden darse todos los requisitos para entender

⁴⁴ HALLIVIS PELAYO, M.: *Interpretación de tratados internacionales tributarios*, Porrúa, México, 2011, pág. 348. ANEIRÓS PEREIRA, J.: «Soft law e interpretación: las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia», *Crónica Tributaria*, núm. 6, 2011, pág. 10.

⁴⁵ BLOKKER, N.: «Skating on thin ice? On the law of international organizations and the legal nature of the Commentaries on the OECD Model Tax Convention», en DOUMA, S. y ENGELEN, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, págs. 17-22. VEGA GARCÍA: «¿Es obligatorio interpretar la normativa española de origen interno sobre precios de transferencia según las directrices de la OCDE?», *Crónica Tributaria*, núm. 4, 2011, pág. 49.

⁴⁶ SCHACHTER, O.: «The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements», *The American Journal of International Law*, vol. 71, núm. 2, 1977, pág. 301.

⁴⁷ HILLGENBERG, H.: «A Fresh Look at Soft Law», *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 3, 1999, pág. 514. SCHREUER, C.: «Recommendations and Traditional Sources of International Law», *German Yearbook of International Law*, 1970, pág. 108.

que los principios allí contenidos –los estándares internacionales– constituyen una norma consuetudinaria de Derecho internacional. En concreto, el citado autor entiende que existe una práctica estatal suficientemente coherente, continuada y general⁴⁸.

Asimismo, en relación con los efectos jurídicos de las recomendaciones de las organizaciones internacionales, debe traerse a colación que estas últimas, a pesar de no ser jurídicamente vinculantes, pueden comportar efectos jurídicos como consecuencia de la aplicación de la doctrina del *estoppel* o de la noción de aquiescencia. Según esta doctrina, ligada frecuentemente a consideraciones de buena fe, el comportamiento de los Estados debe ser coherente. Por lo tanto, incluso si se aceptara que las operaciones de erosión de bases imponibles o de traslado de beneficios son normas antiabuso, ello no implica que el Plan de Acción de la OCDE que regula esta materia de forma detallada tengan también la condición de norma consuetudinaria⁴⁹.

En el caso de las operaciones entre sociedades o entidades de diferentes Estados, especialmente si ambos son Estados miembros de la OCDE, la aplicación de tales principios de Derecho internacional tiene sentido en sus relaciones de carácter fiscal. La razón es que, por consideraciones de buena fe, el hecho de haber votado a favor de la recomendación de seguir las pautas de BEPS puede comportar la necesidad de seguirlas para no perjudicar las expectativas que los otros Estados se hayan podido formar. De todos modos, entendemos que en los supuestos con elementos internacionales es necesario distinguir entre dos tipos de casos: aquellos en que resulta aplicable un CDI y aquellos en los que no. En el primer tipo de casos, la existencia de un CDI incluyendo normas claras sobre el abuso de un CDI comporta que las recomendaciones de BEPS no interpreten la normativa interna (o por lo menos no únicamente), sino fundamentalmente el artículo o artículos donde se contengan cláusulas específicas antiabuso, por lo que habría que esperar unos años para conocer el verdadero impacto de BEPS en la política negociadora de los Estados. Otra sería pensar en que el Convenio Multilateral de ejecución y aplicación de BEPS salga adelante –acción 15–, si bien estará condicionado a la forma y modo en que los estados asuman sus obligaciones fiscales internacionales.

En el segundo tipo de casos no hay que descartar la posibilidad de aplicar las nociones de aquiescencia y *estoppel*. Siguiendo el razonamiento de ENGELEN, descrito más arriba, podría considerarse que aquellos Estados que votaron a favor de la recomendación de seguir las recomendaciones de BEPS en la OCDE (a pesar de poderse haber abstenido) posteriormente pueden verse obligados a seguir tales Directrices para no perjudicar las expectativas legítimas

⁴⁸ THOMAS, C.: «Customary International Law and State Taxation of Corporate Income: The Case for the Separate Accounting Method», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 14, núm. 1, 1996, pág. 130. VEGA GARCÍA: «¿Es obligatorio interpretar la normativa española de origen interno sobre precios de transferencia según las directrices de la OCDE?», *Crónica Tributaria*, núm. 4, 2011, pág. 49.

⁴⁹ ENGELEN, F.: «How "acquiescence" and "estoppel" can operate to the effect that the States parties to a tax treaty are legally bound to interpret the treaty in accordance with the commentaries on the OECD Model Tax Convention», en DOUMA, S. y ENGELEN, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, págs. 53-57.

de otros Estados. Sin embargo, entendemos que, como sostiene la mayoría de la doctrina en relación al uso de los Comentarios a la hora de interpretar los CDI en vigor, el hecho de que en principio deba entenderse que las recomendaciones de la OCDE no son vinculantes comporta que si no se indica lo contrario deba continuarse presumiendo tal carácter. En consecuencia, no hay que presuponer que por el mero hecho de que un Estado haya votado a favor de la recomendación de emplear las recomendaciones BEPS las vaya a seguir en todos sus aspectos ya que, al fin y al cabo, se trata de una mera recomendación. Por lo tanto, entendemos que sería muy improbable que un Tribunal, si se planteara el caso y en el estado actual de las condiciones, llegara a considerar que un Estado puede tener la legítima expectativa de que los Estados que han votado a favor de la recomendación de seguir BEPS las aplicarán a la hora de configurar o interpretar su normativa interna sobre la materia, de forma que para evitar un perjuicio al Estado con tal expectativa, el otro deba seguir BEPS a pesar de que en principio no sea jurídicamente vinculante.

En este punto, podemos tener dudas fundadas sobre la eficacia del Plan de Acción BEPS, salvo que la acción 15 sea todo un éxito, nos referimos a la utilización de un instrumento o convenio multilateral para la aplicación de BEPS, a falta del mismo, debemos analizar la permeabilidad del legislador, juez o magistrado y funcionarios de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en el ejercicio de sus funciones. A dicho análisis dedicaremos los próximos epígrafes.

V. IMPACTO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA DEL IS DEL PLAN DE ACCIÓN BEPS

Como se ha advertido más arriba nos toca en los próximos apartados analizar como el legislador español ha incorporado en leyes o reglamentos las indicaciones, recomendaciones e informaciones generadas en el entorno actual de BEPS.

El contexto de este trabajo debemos centrarlo en las medidas adoptadas por el legislador español en coherencia con el Plan BEPS, cuya actividad permite calificar que su postura al respecto ha sido bastante permeable y proactiva a la aparición de los informes por acción.

Asimismo, ante la falta de definición de conceptos, concreción de planteamientos y comienzo temporal de implementación del nuevo modelo por el que aboga BEPS⁵⁰, constituye un elemento fundamental la jurisprudencia que los tribunales nacionales adopten en relación con temas como la aplicación de las cláusulas antiabuso o los límites a la planificación fiscal y los contornos jurídicos de la figura del fraude de ley, así como la práctica de la Agencia Tributaria. Haremos pues también referencia a los últimos pronunciamientos de los tribunales españoles en esta materia y al parecer de la Administración tributaria española.

⁵⁰ MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M.: «El Plan de Acción de la OCDE...», *op. cit.*, págs. 17-18.

V.1. INSTRUMENTOS HÍBRIDOS

El Informe de la OCDE *Hybrid Mismatch Arrangements-Tax policy and Compliance Issues* de marzo de 2012⁵¹ supone un avance en la lucha contra las operaciones planificadas con el objetivo de lograr la doble no imposición o la doble deducción fiscal como efecto de aprovechar las diferencias de tratamiento fiscal otorgado a los instrumentos y entidades híbridas entre dos o más Estados.

Los principales aspectos abordados por el citado informe se plasman en la acción 2 del Plan BEPS, insistiendo en la importancia de desarrollar cláusulas en el MC OCDE y diseñar normas en las legislaciones de los distintos Estados que consigan neutralizar el uso y los efectos derivados de estos instrumentos y entidades híbridas⁵².

El Informe *Recommendations for Domestic Laws* trata de la necesidad de implementar normas que tengan como fin: a) Prevenir la exención o no reconocimiento de los pagos que son deducibles en la jurisdicción del pagador; b) Denegar los pagos que no se incluyen en los ingresos del perceptor (y no son sujetos a imposición bajo las normas de la transparencia fiscal internacional); y, c) Denegar la deducción de pagos que también son deducibles en otra jurisdicción.

Como señala la OCDE la intención es neutralizar los efectos que derivan de los desajustes asimétricos que son provocados por los instrumentos financieros híbridos a través de la adopción de reglas conectadas *linking rules* que buscan alinear los resultados. Así, es posible prever una influencia de las recomendaciones de la OCDE con el tratamiento fiscal interno en relación con los instrumentos financieros híbridos y los pagos realizados por las entidades híbridas con las cláusulas de los CDI⁵³. Por otro lado, también cabe esperar una interacción importante en este tema, fruto del papel que los acuerdos FATCA pueden desempeñar en la lucha contra los instrumentos híbridos, en tanto que al obligar a las instituciones financieras a facilitar la información sobre los mismos, se consigue restringir el uso de tales instrumentos⁵⁴.

⁵¹ http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf

⁵² Public Discussion Draft, BEPS ACTION 2: NEUTRALISE THE EFFECTS OF HYBRID MISMATCH ARRANGEMENTS (Recommendations for Domestic Laws) 19 marzo 2014-2 mayo 2014, <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/hybrid-mismatch-arrangements-discussion-draft-domestic-laws-recommendations-march-2014.pdf>

⁵³ PEDROSA LÓPEZ, J. C.: «El tratamiento tributario de los "Juros sobre o capital propio" como instrumento financiero híbrido. Remisión a la Sentencia 712/2014 de la Audiencia Nacional», *Quincena Fiscal*, 1-2/2015, pág. 70.

⁵⁴ PEDROSA LÓPEZ, J. C.: «FATCA como límite a las planificaciones fiscales "agresivas". Especial referencia a los instrumentos híbridos», *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal* (dir. GARCÍA PRATS, F. A.), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, pág. 375. Debe destacarse que España ha introducido en su ordenamiento jurídico el FATCA, llamado a ser un nuevo hito en materia de intercambio automático de información tributaria entre Estados, mediante el 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 de 1 de julio de 2014, seguido de la Orden HAP/1136/2014, de 30 de junio, por la que se regulan determinadas cuestiones relacionadas con

Lo normal es que este tratamiento fiscal sea consecuencia de que una de las partes está sujeta a una regulación fiscal distinta de la otra con criterios y reglas de calificación diferentes, siendo frecuente que estas diferencias surjan en los instrumentos financieros, donde en una de las partes se califica como deuda siendo la contraprestación de la utilización de estos recursos financieros un interés que se considera gasto a efectos fiscales cuando, por el contrario, en el otro Estado los recursos cedidos se califican como aportación a los fondos propios, por lo que la contraprestación se califica como dividendos que pueden no tener efectos fiscales si se consideran exentos, es decir, en el conjunto de las dos partes se produce un defecto de imposición al no ser equivalente la calificación fiscal en ambas partes.

La LIS, tras la reforma 2015 operada, reacciona negando la deducción de los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10%. En concreto, el artículo 15 j) de la LIS incorpora un precepto antiabuso dirigido a aquellas operaciones en las que en una de las entidades que intervienen se genera un gasto fiscalmente deducible en la base imponible, mientras que, por el contrario, en la otra parte el ingreso generado no se computa a efectos fiscales, bien porque no se genera tal ingreso o el mismo está exento o sometido a un régimen fiscal privilegiado. Es decir, se persiguen las operaciones que permiten que mientras en unas jurisdicciones el híbrido se califica como un instrumento de capital (dividendo), la otra puede hacerlo como un instrumento de deuda (interés) derivándose en consecuencia efectos jurídicos distintos.

El caso más frecuente en el que se aplicará este precepto será en las operaciones financieras donde una entidad residente en territorio español recibe recursos a través de operaciones financieras calificadas como deuda y que generan un gasto contable y fiscal en esa entidad correspondiente al interés satisfecho cuando, por el contrario, en la otra jurisdicción fiscal de la entidad que cede dichos recursos la operación se califica como aportación a los fondos propios y, por tanto, la cantidad recibida se considera como dividendo exento a efectos fiscales. Adicionalmente, el indudable atractivo de los híbridos se acrecienta en el marco de la planificación fiscal internacional en un escenario de bajos tipos de interés en los que el elemento fiscal pasa a desempeñar un rol fundamental en la determinación de la rentabilidad final del producto⁵⁵.

Así, la norma regula determinados mecanismos para neutralizar el efecto de los denominados mecanismos «híbridos» o se revisa el régimen de transparencia fiscal internacional. Por ejemplo, no serán deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entida-

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.

⁵⁵ Como lo ha destacado JIMÉNEZ BLANCO, J. I.: «El uso de los instrumentos financieros híbridos en la planificación fiscal internacional» en *Fiscalidad internacional*, Tomo II, 6.ª edic., CEF, 2015, pág. 1.761.

des vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10%. Y en análogo sentido, no se aplicará la exención del artículo 21 de la LIS, respecto de aquellos dividendos cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora⁵⁶.

La norma que se examina se enmarca en la tendencia BEPS de evitar tanto supuestos de doble tributación internacional como de una doble no imposición⁵⁷, impidiendo el aprovechamiento de lagunas jurídicas o que generen cierta inseguridad jurídica que puede afectar no solo al contribuyente sino a terceros que eventualmente puedan convertirse en inversores futuros. Igualmente desde el punto de vista de la planificación fiscal del inversor español conviene obtener una opinión jurídica certera ante el riesgo en la interpretación del instrumento híbrido financiero⁵⁸.

En este sentido, un alineamiento de la acción comunitaria con el proyecto BEPS ha sido la reciente aprobación en el Consejo Ecofin de 9 de diciembre de 2014, la norma antiabuso relativa a la Directiva matriz-filial 2011/96/UE, que expresa la honda preocupación de la Comisión por la baja tributación que en teoría les corresponde a los grupos multinacionales. De acuerdo con esta cláusula, los Estados miembros se abstendrán de otorgar los beneficios fiscales de la directiva en relación con las rentas inherentes a acuerdos o estructuras jurídicas cuya finalidad única o principal es la consecución de una ventaja fiscal contraria al objeto de la propia directiva, no habiéndose adoptado por motivos económicos válidos basados en una realidad económica. Así pues, tres son los elementos que deben concurrir para que opere la norma antiabuso: ausencia de una realidad económica, finalidad básicamente fiscal y contravención del propio objeto de la directiva, lo cual concuerda con la norma antiabuso contenida en el artículo 15 de la LGT española y otras normas del entorno como la *Sham Transaction* en Reino Unido. Asimismo, la necesidad de aprobación de esta disposición en la directiva no disimula la persecución de aquellos Estados miembros que pudieran estar cobijando

⁵⁶ Existe ya jurisprudencia sobre la incoherencia en las calificaciones en materia de híbridos. Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de febrero de 2011 [rec. núm. 29/2008 (NFJ041715)] declara la no deducibilidad de los intereses derivados de un préstamo participativo, que no contemplaba fecha de devolución y cuyo importe estaba condicionado a los beneficios del prestatario, resultando susceptible de convertirse en acciones y estando obligado el prestamista a permanecer como socio. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2013 [rec. núm. 180/2010 (NFJ051030)] sostiene que las rentas derivadas de unos títulos emitidos por una entidad residente en Australia debían, a pesar de su denominación como dividendos, ser calificadas como intereses, con la consecuencia de no poder disfrutar de la exención prevista en el antiguo artículo 21 del TRLIS. Para terminar, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2014 [rec. núm. 232/2011 (NFJ053848)], sobre los «juros sobre el capital propio» brasileños en la que se señalan las dificultades de calificación de los instrumentos híbridos y de encuadramiento dentro de un régimen jurídico en el ordenamiento, situación ante la que algunos países han respondido introduciendo cláusulas específicas en sus CDI con Brasil considerando a los juros brasileños como intereses.

⁵⁷ Vid. GARCÍA PRATS, F. A.: «Qualification of hybrid financial instruments in Tax Treaties», *Diritto e Pratica Tributaria internazionale*, n.º 3/2011, pág. 986.

⁵⁸ En tal sentido, señala JIMÉNEZ BLANCO, J. I., que queda por desarrollar la planificación fiscal del inversor español basada en instrumentos financieros híbridos que deben tener presente «el elemento de riesgo interpretativo que muy posiblemente conlleven, y que solo podrá atajarse con una consulta vinculante de sentido positivo, lo que a fecha de hoy parece un escenario poco probable», «El uso de los instrumentos financieros híbridos...», *op. cit.*, pág. 1.777.

a entidades puramente instrumentales cuyo beneficiario efectivo de los dividendos estaría disfrutando indebidamente de los beneficios fiscales de la directiva.

No obstante, este enfoque de la Unión Europea que también está presente en BEPS, nos lleva a incorporar en el debate cuestiones de transparencia y buen gobierno fiscal por parte de los distintos Estados, pues debe repararse en que el comportamiento tachado de alarmante de las multinacionales se alberga dentro de las normas diseñadas por los Estados⁵⁹. Prueba de ello es que la norma antiabuso hace hincapié en que deben ser rechazados los acuerdos *not genuine* lo que entendemos como aquellos que no son sinceros y honestos, pero que apuntan a los que carecen de sustancia económica, lo cual equivale a entrar a valorar el comportamiento fiscal de los contribuyentes.

V.2. GASTOS FINANCIEROS

Las estrategias de planificación fiscal en torno a la deducción fiscal de los gastos financieros ha sido una práctica generalizada sufrida en España y en otros Estados del entorno en numerosos casos⁶⁰. Así, la generalización de estos esquemas ha convertido a la deducción de los gastos financieros correspondientes a la inversión financiera en un aspecto muy relevante de la fiscalidad de los dividendos y plusvalías de fuente extranjera determinando la reacción legislativa de las distintas jurisdicciones afectadas e incluso de los organismos internacionales⁶¹.

En esta perspectiva incide la Acción 4.^a del Plan que trata sobre acciones relacionadas con la prevención de BEPS a través de pagos de intereses y otros gastos financieros excesivos prevista para septiembre 2015. En el IS español ya se ha avanzado en esta materia eliminando la posible doble deducibilidad de los gastos o bien excesiva a través del Real Decreto-Ley 12/2012, que incorporaba una norma limitativa de la deducción de intereses. Posteriormente, la nueva LIS añade restricciones a la deducción de gastos financieros, en relación con la denominada financiación híbrida y las operaciones de adquisición apalancadas de participaciones.

Alguna cuestión que plantea la Acción 4.^a es la indefinición de aquello que se considera «gasto excesivo» e incluso la falta de definición de los objetivos perseguidos, aspecto que apor-

⁵⁹ En este sentido, señalan MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., que «en el plano político, no conceptual, da la impresión de que la principal idea-fuerza detrás del Plan de Acción es que las multinacionales incurren en comportamientos no jurídicamente reprochables pero sí moralmente reprobables, un punto de arranque cuestionable por confundir dos planos que deberían quedar separados, la realidad jurídica y los reproches morales, y que solo puede conducir a conflictos entre la Administración y los contribuyentes», «El Plan de Acción de la OCDE...», *op. cit.*, pág. 17.

⁶⁰ Una descripción muy gráfica del procedimiento seguido por los grupos multinacionales en las operaciones de erosión de la base imponible en estos casos puede encontrarse en SERRANO GUTIÉRREZ, A.: *Planificación fiscal en el Impuesto sobre Sociedades*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014, págs. 24-25.

⁶¹ Comisión de la Unión Europea (Recomendación 772/2012, 6 de diciembre de 2012) y OCDE (Nota 15 de marzo de 2013, Issues on Counteracting Base Erosion).

ta inseguridad sobre la efectividad de las normas de este tipo en relación con las acciones sobre híbridos o en materia de precios de transferencia⁶².

Pues bien, tras la reforma operada por la nueva Ley 27/2014, a tenor del artículo 16.1 de la LIS se mantiene la no deducibilidad de aquellos gastos financieros generados en el seno de un grupo mercantil: gastos financieros derivados de deudas con entidades del grupo destinados a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital social o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el contribuyente acredite la existencia de motivos económicos válidos que fundamenten estas operaciones.

Asimismo se mantiene la deducibilidad de los gastos financieros netos con el límite del 30% del beneficio operativo, siendo deducibles en todo caso los que no superen la cuantía de 1 millón de euros. No obstante, para el cálculo del beneficio operativo y con respecto a los dividendos a incluir, se exige una inversión mínima de 20 millones de euros, en lugar de los 6 millones de euros exigidos en la actualidad cuando la participación sea inferior al 5%⁶³.

Debe además tenerse presente que para la limitación a la deducción de los gastos financieros solo se tienen en cuenta los considerados gastos fiscalmente deducibles, por lo que el gasto contable correspondiente a un préstamo participativo cuya prestataria sea residente en territorio español y la entidad prestamista, residente en territorio español o en el extranjero, forme parte del mismo grupo mercantil (art. 42 CCom.), no se tiene en consideración ya que dicho gasto no es deducible en sede de la entidad prestataria.

⁶² Así comentan MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M. que «si el objetivo es eliminar el desplazamiento artificial de bases imponibles y prevenir el abuso, no tiene sentido la limitación en la deducción de intereses si se cumple con el estándar de imposición a precios de mercado o los mismos tributan a tipos razonables o no se benefician de exenciones para dividendos en el Estado del receptor por no ser instrumentos híbridos» por lo que concluyen que «la definición de "excesivo o inapropiado" depende del objetivo que se persiga y, en la medida en que este no esté claro, tampoco se sabe qué esperar de esta acción, lo cual puede derivar en enfoques no siempre coherentes o armonizados entre los distintos sistemas», en «El Plan de Acción de la OCDE...», *op. cit.*, págs. 5-6.

⁶³ A estos efectos, es importante concretar la operatividad de los conceptos de gasto financiero neto y beneficio operativo. Así pues, se considera como gasto financiero neto el exceso de los gastos financieros respecto de los ingresos financieros derivados de la cesión a terceros de capitales propios, devengados ambos en el periodo impositivo. A efectos de calcular el importe del gasto financiero neto no se computan dentro de los gastos financieros:

- Los gastos correspondiente a operaciones realizadas, directa o indirectamente, con persona o entidades residentes en paraísos fiscales o que se paguen a través de personas o entidades residentes en estos territorios.
- Aquellos gastos que no tienen la consideración de fiscalmente deducible derivados de deudas contraídas con otras entidades del mismo grupo mercantil cuyo destino es adquirir a otras entidades del grupo participaciones en el capital de otras entidades del grupo participaciones en el capital de otras entidades o bien ser aportado al capital de otras entidades del grupo.
- Los gastos financieros que correspondan a operaciones vinculadas que tengan una calificación fiscal diferente en estas entidades, y en consecuencia de esa diferente calificación no generen un ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10%.

V.3. PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Uno de los asuntos cruciales en que el proyecto BEPS incide de forma muy especial es en lo referente a las obligaciones de documentación de las operaciones vinculadas, cuestión en la que el legislador español también ha actuado en la nueva LIS y en el RIS que la desarrolla.

En concreto, las novedades legislativas se orientan hacia una simplificación del contenido de la documentación para aquellas entidades o grupos de entidades cuyo importe neto de cifra de negocios sea inferior a 45 millones de euros, con algunas excepciones (como las operaciones de riesgo), siendo necesaria en relación con determinadas operaciones, al tiempo que se eliminan determinados supuestos de obligación de documentación, como es el caso de que las operaciones con una misma persona o entidad vinculada, que no supere la cifra anual de 250.000 euros anuales. Este extremo es completado por el RIS que se adapta al contenido de la documentación que se establece en la OCDE y que, en definitiva, mientras reduce las cargas administrativas para las entidades medianas y pequeñas, se incrementa la exigencia de transparencia que el buen gobierno actual requiere respecto a las multinacionales.

En cuanto al perímetro de vinculación, se restringe en los supuestos de vinculación en el ámbito de la relación socio-sociedad, quedando en el 25% de participación (antes era del 5% o del 1% para sociedades cotizadas). Por otro lado, conviene destacar que el proyecto elimina la consideración de vinculación con respecto a la retribución percibida por los consejeros y administradores de sociedades por el ejercicio de sus funciones.

En relación con la metodología de valoración de las operaciones vinculadas se elimina la jerarquía de métodos que venía regulada en la anterior redacción para determinar el valor de mercado de las operaciones vinculadas, en la que primaban los métodos directos o transaccionales sobre los basados en resultados, admitiéndose adicionalmente, con carácter subsidiario otros métodos y técnicas de valoración, siempre que se respete el principio de libre competencia.

Se ha previsto siguiendo a BEPS estándares revisados para la documentación sobre precios de transferencia y una plantilla para el informe país-por-país (*Country-by-Country Report*) de ingresos, beneficios, impuestos pagados y algunas medidas de actividad económica. La orientación sobre la documentación de precios de transferencia exige que las empresas multinacionales provean a las Administraciones tributarias, informaciones agregadas sobre sus operaciones globales de negocio y su política de precios de transferencia en una documentación global (*Master File*) que sería disponible para todas las Administraciones relevantes de los países. La orientación también exige que la documentación sobre precios de transferencia más tradicional sea comunicada en una documentación específica en cada país (*Local File*), identificando las transacciones de partes relacionadas que sean relevantes, las cantidades implicadas en aquellas transacciones y el análisis de la determinación de los precios de transferencia con respecto a aquellas transacciones.

El RIS español introduce en el preámbulo la preocupación del legislador de que «en el momento actual, resulta absolutamente esencial hacerse eco de las conclusiones que se vienen adop-

tando en el denominado Plan de acción "BEPS" (...), y en concreto en relación con la acción 13 relativa a la información y documentación de las entidades y operaciones vinculadas. Precisamente, en base a ello, el artículo 14 del Reglamento introduce como novedad la información país por país, que como vimos tiene su cobertura legal en la disposición final décima de la LIS y en el artículo 93 de la LGT, como instrumento indicador de la política de precios de transferencia de un grupo mercantil, si bien esta información será exigible a partir de 2016, tal y como viene establecido por la propia OCDE».

V.4. TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

La acción 3 del Plan BEPS que incorpora recomendaciones sobre el diseño de normas de transparencia fiscal internacional (TFI/CFC) con la pretensión de evitar los problemas que las normas de TFI plantean no solo desde la óptica del Estado de residencia sino también en relación con terceros Estados donde se obtienen por filiales situadas en territorios de baja tributación. Se prevé su finalización en septiembre de 2015.

En el marco de esta acción, el régimen de transparencia fiscal internacional o imputación de determinadas rentas obtenidas por entidades no residentes en el IS español incorpora una novedad significativa relativa al nuevo supuesto de obligatoriedad de imputación de rentas positivas obtenidas por una filial no residente. En concreto, el artículo 100 de la LIS establece que se imputarán al contribuyente las rentas positivas obtenidas por la entidad no residente, siempre que se cumplan los requisitos de participación y tributación mínima (50% de participación en el capital y tipo de gravamen inferior al 75% del aplicable en territorio español), derivadas de la cesión o transmisión de bienes y derechos, o de la prestación de servicios, siempre que la misma no disponga de medios materiales y personales para su realización, incluso si las operaciones tienen carácter recurrente.

Con respecto a lo anterior, se establece una excepción, no se llevará a cabo la imputación de rentas positivas en aquellos supuestos en los que el contribuyente acredite que dichas operaciones se efectúan con los medios materiales y personales de que dispone otra sociedad no residente en territorio español perteneciente al mismo grupo, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, y con independencia de su residencia así como de la obligación de presentar cuentas anuales consolidadas⁶⁴.

⁶⁴ Como consecuencia de la modificación introducida en IS en este régimen de transparencia fiscal internacional resulta necesario modificar el artículo 91 de la LIRPF (Ley 35/2006, de 28 de noviembre, tras la modificación operada por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre), incorporando así un nuevo supuesto de imputación de renta obtenida por la entidad no residente cuando no disponga de medios materiales y personales. De esta forma, los contribuyentes imputarán la renta total obtenida, incluso si las operaciones tienen carácter recurrente, entendiéndose por renta total el importe de la base imponible que resulte de aplicar los criterios y principios establecidos en el IS. No obstante, como excepción no se aplicará esta disposición cuando el contribuyente acredite que las referidas operaciones se realizan con los medios materiales y personales existentes en una entidad no residente en territorio español perteneciente al mismo grupo, en cuyo caso habrá que imputar las rentas positivas obtenidas en el extranjero procedente de determinadas fuentes, tal y

La regulación española de TFI viene empleando un criterio singular a la hora de delimitar la configuración de la «excepción comunitaria», que opera únicamente allí donde «el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales» (art. 107.15 TRLIS). El artículo 100 de la nueva LIS regula esta materia en los mismos términos, aunque se incluye como novedad una clarificación específica de la exclusión del ámbito de aplicación de la TFI a las instituciones de inversión colectiva reguladas en la Directiva 2009/65/CE (UCITS UE) que estén constituidas y domiciliadas en algún Estado miembro de la Unión Europea. Y la normativa de TFI que contiene la LIRPF ha sido objeto de una modificación a efectos de articular una cláusula simétrica a la recogida en la nueva LIS, de manera que todo lo antedicho es aplicable en este contexto, salvando ciertos matices⁶⁵.

Pues bien, la consecuencia práctica del precepto es que pasan a tributar en nuestro país los beneficios asociados a la explotación de propiedad industrial o intelectual perteneciente a grupos españoles pero ubicados en filiales en países de baja imposición. Por tanto, la aprobación del nuevo régimen de TFI supone un régimen fiscal preferencial diseñado para atraer los centros de investigación y desarrollo de los grupos multinacionales.

En este sentido, se vaticina que el proyecto BEPS puede traer consigo una cierta reformulación de los regímenes de TFI que, si bien se encuentra explícitamente trabajando en la acción 3, también se afecta de forma relevante por varias acciones del referido Plan BEPS. Se advierte así de que la protección de las bases imponibles elevada por el Plan BEPS, particularmente de los países en desarrollo, «puede terminar provocando la articulación de un nuevo modelo estandarizado de TFI/CFC configurado con un papel dominante en el contexto BEPS para evitar tal fenómeno de erosión de bases imponibles por la vía indirecta de reducir las posibilidades de uso de entidades intermedias situadas en jurisdicciones de baja tributación y controladas desde países que bien no han establecido una normativa de TFI o bien tal régimen se ha articulado de forma intencionadamente laxa»⁶⁶.

V.5. LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL EN EL PROYECTO DE MODIFICACIÓN PARCIAL DE LA LGT

El pasado 21 de abril, tras la aprobación en Consejo de Ministros, se remitió para su tramitación por las Cortes Generales, el Proyecto de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, el cual contiene medidas como el reforzamiento de la figura del conflicto en aplicación de la norma, posibilitando el establecimiento de sanciones en supuestos

como hasta ahora se configuraba la transparencia fiscal internacional, aun con algunas novedades pues se incorporan más bienes susceptibles de generar rentas pasivas.

⁶⁵ CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Revisitando la Transparencia Fiscal Internacional al hilo de la sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el caso Olsen», *Quincena Fiscal*, n.º 1/2015, BIB 2014/4494, pág. 26.

⁶⁶ *Ut supra* pág. 30.

iguales a otros ya calificados como abusivos por la Administración, la publicación de la lista de deudores, el reforzamiento del régimen de estimación indirecta o el desarrollo del artículo 305.5 del Código Penal, en el que se establece la posibilidad de que la Administración tributaria practique liquidación cuando haya indicios de haberse cometido delito contra la Hacienda Pública. Todas ellas son normas que inciden en el objetivo de lucha contra el fraude fiscal.

La controvertida sancionabilidad de los supuestos de fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma ha sido objeto de debate desde la publicación de la LGT de 2003 y ahora retorna bajo las recomendaciones BEPS con la configuración flexible de la cláusula antielusiva general⁶⁷. Esta nueva configuración de la cláusula general antiabuso con el fin de profundizar en la lucha contra los comportamientos más sofisticados de fraude fiscal o estructuras artificiosas puede resultar altamente litigiosa si lo que se persigue es la obtención de un ahorro fiscal mediante actos que ya han sido declarados por la Administración como de conflicto en la aplicación de la norma tributaria (art. 206 bis Proyecto LGT)⁶⁸.

⁶⁷ Para un análisis riguroso sobre estas cuestiones *vid.* PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Lex Nova, 2009 y GARCÍA NOVOA, C.: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2004.

⁶⁸ El artículo treinta y cinco del Proyecto de modificación de la LGT introduce el artículo 206 bis que tipifica la infracción en supuestos de conflicto en aplicación de la norma tributaria con la siguiente redacción:

«Artículo 206 bis. Infracción en supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

1. Constituye infracción tributaria el incumplimiento de las obligaciones tributarias mediante la realización de actos o negocios cuya regularización se hubiese efectuado mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 de esta ley y en la que hubiese resultado acreditada cualquiera de las siguientes situaciones:

- a) La falta de ingreso dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo de la totalidad o parte de la deuda tributaria.
- b) La obtención indebida de una devolución derivada de la normativa de cada tributo.
- c) La solicitud indebida de una devolución, beneficio o incentivo fiscal.
- d) La determinación o acreditación improcedente de partidas positivas o negativas o créditos tributarios a compensar o deducir en la base o en la cuota de declaraciones futuras, propias o de terceros.

2. El incumplimiento a que se refiere el apartado anterior constituirá infracción tributaria exclusivamente cuando se acredite la existencia de igualdad sustancial entre el caso objeto de regularización y aquel o aquellos otros supuestos en los que se hubiera establecido criterio administrativo y éste hubiese sido hecho público para general conocimiento antes del inicio del plazo para la presentación de la correspondiente declaración o autoliquidación.

A estos efectos se entenderá por criterio administrativo el establecido por aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 15 de esta ley.

Reglamentariamente se regulará la publicidad del criterio administrativo derivado de los informes establecidos en el apartado 2 del artículo 15 de esta ley.

3. La infracción tributaria prevista en este artículo será grave.

4. La sanción consistirá en:

- a) Multa pecuniaria proporcional del 50% de la cuantía no ingresada en el supuesto del apartado 1 a).
- b) Multa pecuniaria proporcional del 50% la cantidad devuelta indebidamente en el supuesto del apartado 1 b).
- c) Multa pecuniaria proporcional del 15% de la cantidad indebidamente solicitada en el supuesto del apartado 1 c).
- d) Multa pecuniaria proporcional del 15% del importe de las cantidades indebidamente determinadas o acreditadas, si se trata de partidas a compensar o deducir en la base imponible, o del 50% si se trata de partidas a deducir en la cuota o de créditos tributarios aparentes, en el supuesto del apartado 1 d).

VI. LA LITIGIOSIDAD TRIBUTARIA EN EL MARCO DE LA FILOSOFÍA BEPS

Como ya hemos tenido ocasión de analizar, BEPS está diseñado bajo una serie de premisas muy próximas a las cláusulas antiabuso. Es cierto que tradicionalmente las cláusulas genéricas de dicho tipo son poco operativas, y generan una gran litigiosidad, al movernos en conceptos con una alta dosis de subjetividad, pues no resulta fácil la prueba de que una sociedad es instrumental o no tiene sustancia⁶⁹. Y además, las apariencias de licitud y verosimilitud constituyen el objetivo de quien se dedica al diseño de este tipo de planificación.

La autonomía calificadora del Derecho tributario permite a las Agencias Tributarias calificar y recalificar hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito probado de eludir impuestos. La discusión doctrinal acerca de si las cláusulas nacionales antiabuso pueden ser aplicadas a los casos de abuso de los tratados ha sido tratada por la OCDE, que lo acepta con matices, y en ello incide la acción 6 del Plan BEPS. *Substance over form* constituye un principio de Derecho nacional e internacional, que aparece con distinta terminología en las distintas jurisdicciones, imponiendo límites al derecho de los contribuyentes a configurar sus negocios libremente⁷⁰.

Los mecanismos de simulación o fraude de ley (arts. 13, 15 y 16 LGT) se aplican en España, encontrándose presentes en todos los ordenamientos jurídicos como cláusulas generales antiabuso⁷¹. El problema de los mismos es la alta litigiosidad que generan, pues no es fácil operar con

5. Las infracciones y sanciones reguladas en este artículo serán incompatibles con las que corresponderían por las reguladas en los artículos 191, 193, 194 y 195 de esta ley.

6. En los supuestos regulados en este artículo resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 188 de esta ley».

⁶⁹ Díez PICAZO, L.: *Sistema de Derecho Civil, I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 585 y ss., explica que las personas físicas se asocian para conseguir fines muy variados pero el ordenamiento jurídico no le reconoce a toda asociación personalidad jurídica. También cabe avanzar por la vía de la coordinación normativa internacional como propone SANZ GÓMEZ, R.: «Las cláusulas antielusión entre coordinación y armonización fiscal. Influencia de la armonización positiva en el margen de acción de los estados miembros», en la obra colectiva dirigida por ADAME MARTÍNEZ, F.: *Armonización, coordinación fiscal y lucha contra el fraude*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 223 y ss.

⁷⁰ VEGA BORREGO, F. A.: «Las medidas antielusión en la normativa interna española con proyección internacional», en la obra colectiva *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid, 2005, págs. 755 y ss., donde se muestra sin embargo reticente a la adopción de nuevas cláusulas específicas antiabuso para combatir nuevos supuestos de elusión, por la complejidad que añaden al ordenamiento. Serán cláusulas complementarias de las generales que descarguen en buena medida a la Administración de la carga de la prueba que conllevan estas. Su compatibilidad con los CDI habría que verificarlo caso por caso.

⁷¹ Y en la Directiva 2015/121/UE, para neutralizar esquemas de negocio que solo buscan una ventaja fiscal, sin responder a razones comerciales válidas que reflejen una actividad económica legítima. A favor de la compatibilidad de normas genéricas y específicas antiabuso, sean de derecho interno o internacional, CARMONA FERNÁNDEZ, N.: «Medidas antiabuso en los convenios sobre doble imposición», en la obra colectiva *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid, 2005, págs. 781 y ss. A su juicio, la normativa interna española en materia de entidades en régimen de atri-

automatismos en el marco de litigios sobre fiscalidad internacional. Por ello, es preciso avanzar en la implantación de cláusulas antiabuso específicas, claras, contundentes, que produzcan una lucha eficaz contra la planificación fiscal agresiva. Mecanismos en los que hay que seguir profundizando al objeto de mejorar su aplicación efectiva y su adaptación a los nuevos esquemas abusivos que puedan surgir para evitarlos⁷².

Llegados a este punto, lo primero que habría que plantearse es qué es la planificación fiscal agresiva, para saber dónde comienza la legítima planificación tendente a cumplir con las obligaciones tributarias de la manera menos onerosa posible, previendo de antemano la selección de las opciones económicas más convenientes dentro de las legítimas. Es evidente que no es fácil trazar la frontera entre la una y la otra, siendo estas cuestiones de carácter subjetivo y circunstancial⁷³.

Por otra parte, no puede perderse de vista la dificultad de acometer cualquier planificación fiscal, agresiva o no agresiva, a la vista de los cambios constantes que soporta la normativa reguladora de los sistemas tributarios modernos, que ofrecen hoy opciones ayer inexistentes, y viceversa. La falta de estabilidad normativa dificulta cualquier planificación a medio plazo, y hace incierta incluso la planificación a corto, para un periodo impositivo. Más que de planificación fiscal, que en un entorno de normas cambiantes no es fácil de acometer, lo que ha proliferado y se encuentra en la base del Plan de Acción BEPS son los intentos de traslación de beneficios a jurisdicciones fiscales más ventajosas. La llamada planificación fiscal agresiva es una expresión que ha hecho fortuna para describir el catálogo de estrategias de huida al que los ordenamientos tributarios deben responder en la línea de la definición de cláusulas antiabuso genéricas y específicas, que sometan en el estado de residencia la renta que se traslada mediante esas estrategias de planificación fiscal agresiva⁷⁴.

bución de rentas acoge –y muchas facetas amplía– la filosofía OCDE desconocedora del estatus de sociedad para las sociedades de personas –*partnerships*–. Aclara la operatividad de la cláusula de beneficiario efectivo como neutralizadora de la utilización de sujetos interpuestos para la percepción de rentas que pretenden acogerse indebidamente a las ventajas de los CDI.

⁷² Cfr. LUCAS DURÁN, M.: «La planificación fiscal y sus límites jurídicos: cuestiones sustantivas y procedimentales de las cláusulas antielusivas previstas en las LGT», en la obra colectiva dirigida por MERINO JARA, I.: *Procedimientos tributarios: aspectos prácticos*, Bosch, Barcelona, 2014, págs. 35 y ss.

⁷³ El análisis del catálogo de prácticas de planificación fiscal agresiva o ilegítima al que se refiere el Plan de Control Tributario 2015 de la Agencia Tributaria Española es inabordable en estas páginas. Algunas han tenido respuesta normativa: no deducibilidad de gastos financieros derivados de préstamos entre empresas de un mismo grupo para la adquisición de participaciones en entidades del propio grupo, cuestión en la que incide la acción 4 del Plan BEPS; no deducción de determinados deterioros de valor de participaciones en el capital social de entidades así como de determinadas pérdidas de establecimientos permanentes.

⁷⁴ La acción 3 del Plan BEPS de reforzamiento de las reglas sobre las entidades financieras controladas quiere transparentar las rentas de sociedades intermediarias, para lo cual puede ser preciso modificar algunos CDI. Y la acción 5 trata de poner coto a los regímenes preferenciales dañinos, que no pueden escudarse en la soberanía fiscal del país para establecer tipos nulos o muy bajas, incluso negociadas con los interesados, con generosas excepciones a su propia aplicación, siempre opaca.

Las cláusulas específicas antiabuso son compatibles con las cláusulas genéricas antiabuso, ya sean unas y otras nacionales o internacionales, pues todas tienen el fin de combatir el fraude de ley/conflicto en la aplicación de la norma y la simulación⁷⁵. Cláusulas específicas antibuso que tienen historia y recorrido en materia de precios de transferencia, a los que se refiere las acciones 8 a 13 del Plan BEPS⁷⁶: siguiendo la técnica americana de obligar a los contribuyentes a declarar los esquemas de planificación fiscal agresiva que están utilizando, se trata «de emprender acciones antes de haber reunido los datos relativos a su eventual necesidad»⁷⁷.

La preocupación por el incremento de litigiosidad que puede generar conferir a las Administraciones tributarias nuevos y potenciados poderes de calificación trae un riesgo innegable de litigiosidad. Asimismo, este aumento de conflictividad fiscal se observa por la propia influencia indirecta que el Plan de Acción BEPS ejerce sobre la Administración tributaria, argumentos de dicho plan que son utilizados en los procedimientos inspectores que se inician en la actualidad aunque respondan a ejercicios fiscales previos a BEPS. Es cierto que se trata de un riesgo que hay que correr al adoptar nuevas normas para perseguir distintas modalidades de fraude. La propia OCDE es consciente de ello y propone el arbitraje en la acción 14 del Plan BEPS, y entretanto, que se mejore el procedimiento amistoso de resolución de conflictos habitualmente previsto en los CDI⁷⁸.

⁷⁵ La acción 7 del Plan BEPS incide en la práctica reciente de reemplazar el papel de distribuidor por el papel de comisionista que no revela la identidad ni la sede del comitente evitando el estatus de establecimiento permanente. Y en la práctica de fragmentar actividades en el interior de una empresa y entre empresas del grupo para minimizar su duración. La acción 7 quiere reconducir el uso de intangibles para deslocalizar beneficios, y que estos sean gravados en el lugar en el que se producen. GARCÍA BERRO, F.: «Anotaciones sobre el principio de prohibición de abuso en la jurisprudencia reciente del TJUE», en la obra colectiva dirigida por ADAME MARTÍNEZ, F.: *Armonización, coordinación fiscal y lucha contra el fraude*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 205 y ss., sostiene que pueden sancionarse las prácticas abusivas cuando pueda llegarse a la conclusión de que integran el tipo objetivo de infracción, posición que compartimos.

⁷⁶ El Plan de Control Tributario 2015 de la Agencia Tributaria Española anuncia que vigilará, en materia de precios de transferencia, las operaciones de reestructuración empresarial complejas, los servicios intragrupo prestados o recibidos y operaciones sobre intangibles relevantes. Se analizará especialmente la correcta aplicación del método del margen neto transaccional en determinados sectores. Continuarán desarrollándose actuaciones de instrucción y resolución de acuerdos previos de valoración de operaciones entre personas y entidades vinculadas, como instrumento de prevención del fraude, aumento de la seguridad jurídica y reducción de la litigiosidad futura. Cfr. RAVENTÓS CALVO, S.: «La reestructuración empresarial como instrumento de planificación fiscal internacional», en la obra colectiva *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid, 2005, págs. 1.171 y ss.

⁷⁷ Así MALHERBE, J.; TELLO, C. P. y GRAU RUIZ, A.: *La revolución fiscal de 2014, FATCA, BEPS y OVDP*, Serie Monografías Tributarias, Centro de Investigaciones en Tributación, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2015, pág. 179. Las acciones 8 a 13 del Plan BEPS se detienen en las diversas modalidades de toro que practican las multinacionales, encuadrables en el mundo de los precios de transferencia, a las que la OCDE quiere poner coto: informes país por país junto al informe global del grupo, todos ellos en inglés, lo que provoca las ironías de los autores citados –pág. 182–. Todas las medidas del plan BEPS van a incrementar la litigiosidad, según acerva crítica que enarbolan sin piedad en las págs. 182-9, con planteamientos asumibles por abogados defensores de las multinacionales.

⁷⁸ Cfr. SERRANO ANTÓN, F.: «La cláusula de procedimiento amistoso de los convenios para evitar la doble imposición internacional», en la obra colectiva por él dirigida *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid, 2005, págs. 949 y ss.,

VII. EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN LA APLICACIÓN DEL PLAN DE ACCIÓN BEPS

El Tribunal Supremo (TS) ha tenido ya oportunidad de referirse al Plan de Acción BEPS en tres recientes sentencias, demostrando así su porosidad a la aceptación de los postulados asumidos por BEPS en la lucha contra el fraude fiscal. Las Sentencias son dos de la misma fecha 9 de febrero de 2015 [rec. núm. 3971/2013 (NFJ057489) y núm. 188/2014 (NFJ057488)] y la tercera del día 12 de febrero de 2015 (rec. núm. 184/2014).

Las dos primeras se refieren a una operación de *Leverage Buy Out* consistente, a juicio del TS, en una matriz holandesa que a través de un préstamo concedido a la filial española para financiar la compra de participaciones, erosionó su base imponible, incrementando su pasivo, al mismo tiempo que trasladaba los intereses y los beneficios a otro país de baja, o en este caso nula tributación, sin concurrir al parecer otra razón económica o empresarial que lo justificara. Es decir, se trataba de la deducibilidad de los gastos financieros soportados por la mercantil GEPESA en 2001 y 2002 –asuntos separados–, como consecuencia de la financiación de la adquisición de las acciones representativas del 70% del capital de la entidad vinculada holandesa GE ENERGY EUROPE, a su matriz holandesa GE INTERNACIONAL BENELUX BV. El TS considera que esta operación se realiza en abuso de derecho, ya que detrás de la operación de financiación y compraventa de las acciones de GEEE no existe ningún motivo económico válido que justifique el préstamo y la adquisición de las acciones por parte de GEPESA. En este punto, es cuando nuestro Alto Tribunal señala que «bajo el prisma de la existencia de una razón imperiosa de interés general, la práctica que detecta y corrige la Administración tributaria constituye en la actualidad una de las mayores preocupaciones en el seno de la OCDE, reflejada en el BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) *Action Plan*, Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, habiéndolo reconocido también el legislador español ante el nuevo tratamiento de la deducción de los gastos financieros en los grupos de sociedades dado por el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo»⁷⁹.

La tercera Sentencia del TS fue dictada con fecha 12 de febrero de 2015 (rec. núm. 184/2014) en una operación muy similar a las anteriores. La operación consistió en la concesión de un préstamo por la entidad MANN HUMMEL FINANCE UK Ltd., residente en el Reino Unido a MANN HUMMEL IBÉRICA, SA para la adquisición del 99,9% del capital de la sociedad MANN HUMMEL BRASIL y del 97,4% del capital de la sociedad MANN HUMMEL ARGENTINA. El TS consideró no deducibles los gastos financieros derivados de los pasivos contraídos por MH Ibérica, ya que se trataba de una operación de financiación y compraventa de las acciones de MHBR y

propone que se corrijan las deficiencias del procedimiento amistoso, en el que no existe obligación de alcanzar una solución, no queda garantizada la eliminación de la doble imposición, dura excesivamente el procedimiento, el contribuyente no es parte, no se publican los criterios y hay problemas de ejecución de los acuerdos, razones todas por las que buena parte de la doctrina se inclina por el arbitraje obligatorio.

⁷⁹ Fundamento jurídico séptimo de la STS de 9 de febrero de 2015, rec. núm. 3971/2013 (NFJ057489) y fundamento jurídico sexto de la STS de 9 de febrero de 2015, rec. núm. 188/2014 (NFJ057488).

MHAR en la que no existía ningún motivo económico válido que justificase el préstamo y la adquisición de las acciones por parte de MHES. Además el TS indicaba que de acuerdo a la legislación fiscal del Reino Unido, existía un incentivo fiscal denominado *group relief*, por lo que no se tributó efectivamente por dichos ingresos, al compensarse los resultados positivos de la prestamista con los negativos de otra sociedad. Aparte del ahorro fiscal puesto de manifiesto, el TS insistió en la propia deducción de los gastos financieros que se había generado. Estas razones le llevan al TS de nuevo a manifestarse de idéntica manera a como lo hizo en las sentencias citadas más arriba en relación con BEPS, señalando que lo que buscó y provocó la matriz alemana a través de préstamo concedido a la filial española para financiar la compra de participaciones «fue erosionar su base imponible, incrementando su pasivo, al mismo tiempo que trasladaba los intereses y los beneficios a otro país de baja tributación, sin otra razón económica o empresarial que los justificara».

Las distintas menciones al Plan de Acción BEPS suponen una información suplementaria al *iter* argumental del TS, porque con la aplicación de la normativa vigente relativa al abuso de derecho prevista en la LGT, se llegaba a la misma conclusión, si bien no muy aceptada por un sector doctrinal que defiende la inclusión de las normas antiabuso generales internas en un CDI, si quiere aplicarse en un contexto internacional, en ausencia de norma internacional antiabuso.

Debe tenerse en cuenta además que los asuntos que se analizaban en las sentencias expuestas datan de los ejercicios 2001, 2002 para GEPESA y 2004 para MANN HUMMEL, periodos en los que el Plan de Acción BEPS ni siquiera estaba previsto por la OCDE, por lo que no era posible exigir una conducta acorde al mismo a las mercantiles involucradas. Asimismo, siguiendo las consideraciones expuestas en otro apartado de este trabajo, el Plan de Acción BEPS en tanto en cuanto no esté concluido su convenio o instrumento multilateral para la aplicación, su impacto es meramente informativo, salvo que nuestro legislador demuestre una vez más su permeabilidad hacia BEPS, en su tarea normativa.

En conclusión, aunque las operaciones objeto de las sentencias mencionadas son examinadas bajo el prisma de la existencia de una razón imperiosa de interés general y bajo el prisma del abuso del derecho separadamente, se enfatiza, en cuanto a la razón imperiosa de interés general, que «lo que buscó y provocó la matriz holandesa [alemana] a través del préstamo concedido a la filial española para financiar la compra de participaciones fue erosionar su base imponible, incrementando su pasivo, al mismo tiempo que trasladaba los intereses y los beneficios a otro país de [baja], o en este caso nula tributación, sin otra razón económica o empresarial que lo justificara», y en las tres se sostiene, en cuanto al abuso del derecho, que «por todas las razones apuntadas por la Sala de instancia en la sentencia recurrida», que «la operación enjuiciada [...] carecía de una auténtica sustancia económica, siendo la finalidad fiscal la única destacable».

Las alusiones al proyecto BEPS, a la deducción de los gastos financieros en los grupos de sociedades, conforme al Real Decreto-Ley 12/2012, y a la recomendación emitida por la Comisión Europea sobre planificación fiscal agresiva parece que son argumentos de apoyo del fallo de las sentencias, pero sin duda demuestran una porosidad del Alto Tribunal por la filosofía inherente en el Plan de Acción BEPS.