

NUEVO MARCO DEL GOBIERNO FISCAL DE LAS EMPRESAS COTIZADAS

Santiago Barrenechea

Socio responsable Tax Reporting & Strategy.

PwC Tax & Legal Services

Francisco González Fernández-Mellado

Director Tax Reporting & Strategy.

PwC Tax & Legal Services

EXTRACTO

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, ha reconfigurado el estatuto jurídico del administrador y el funcionamiento del consejo de administración estableciendo un listado de facultades indelegables en relación con el ámbito fiscal, lo que ha supuesto la incorporación a la normativa positiva de la mayor parte de los estándares internacionales que en materia de gobierno fiscal estaban recogidos en recomendaciones de buen gobierno corporativo.

Las empresas cotizadas españolas deben adecuarse al nuevo entorno normativo mediante la formalización, revisión y actualización de sus estrategias fiscales y políticas de gestión del riesgo fiscal, así como el marco global de control de riesgos fiscales, a efectos de cumplir con los nuevos requerimientos de la Ley de Sociedades de Capital.

La nueva regulación puede considerarse como marco de referencia por aquellas compañías no cotizadas que quieran ser consideradas como mejores prácticas en lo relativo al gobierno fiscal corporativo, teniendo en cuenta la relevancia en el contexto actual del factor reputacional asociado a los asuntos fiscales.

Palabras claves: fiscal, estrategia, riesgos y gobierno corporativo.

Fecha de entrada: 22-07-2015 / Fecha de aceptación: 14-09-2015 / Fecha de revisión: 29-09-2015

NEW TAX GOVERNANCE FRAMEWORK IN SPAIN

Santiago Barrenechea

Francisco González Fernández-Mellado

ABSTRACT

Law 31/2014, December, 3rd, which modifies the Corporate Act for the improvement of corporate governance, has reshaped the legal status of Directors establishing a list of the non-delegable powers of the Board of Directors of Spanish listed companies regarding tax matters, incorporating to law the majority of international standards on tax governance which were collected on good corporate governance recommendations.

Spanish listed companies must adapt to the new regulatory environment by formalizing, reviewing and updating their tax strategy and tax risk management policies as well as the overall framework of tax risk management, in order to meet the new requirements of Spanish Corporate Act.

The new regulation can be considered as a framework for those unlisted companies that want to be considered as best practices in terms of corporate tax governance, considering the actual relevance of the reputational factor associated with tax matters.

Keywords: tax, strategy, risks and corporate governance.

Sumario

1. Introducción
2. El buen gobierno empresarial como marco de referencia
 - 2.1. Recomendaciones de la OCDE para empresas multinacionales
 - 2.2. Código de buenas prácticas tributarias
 - 2.3. Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas
 - 2.4. Metodología COSO como estándar para la gestión de riesgos
3. El plan BEPS como marco de referencia
4. Estrategia fiscal
5. Políticas de gestión y control de los riesgos fiscales
 - 5.1. Riesgos fiscales genéricos
 - 5.2. Riesgos fiscales específicos
6. Paraísos fiscales y entidades de propósito especial
7. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital (LSC) para la mejora del gobierno corporativo, ha reconfigurado el estatuto jurídico del administrador y el funcionamiento del consejo de administración estableciendo un listado de facultades indelegables que, en el caso de sociedades cotizadas, tiene un contenido propio.

Entre estas facultades indelegables para las sociedades cotizadas se han incluido una serie de obligaciones específicamente asociadas al control y supervisión de la gestión fiscal de la compañía, que son las siguientes:

- La determinación de las políticas de control y gestión de *los riesgos fiscales*.
- La aprobación de inversiones u operaciones de todo tipo que por su elevada cuantía o especiales características tengan *un especial riesgo fiscal*.
- La aprobación de la creación o adquisición de participaciones *en entidades de propósito especial* o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración *de paraísos fiscales*.
- La aprobación de cualquier transacción análoga que por su complejidad pudiera *menoscabar la transparencia de la sociedad y su grupo*.
- La determinación de *la estrategia fiscal* de la compañía.

Se prevé igualmente que será la comisión de auditoría quien tendrá la función de supervisar la eficacia de los sistemas de control de riesgos fiscales.

El propósito del presente trabajo es desarrollar el contenido específico de las obligaciones que esta ley impone a los administradores de empresas cotizadas en relación con la gestión tributaria empresarial o, tal como la hemos denominado, su gobierno fiscal.

El marco jurídico de esta facultad indelegable de control y supervisión se integra dentro del deber de diligencia exigible a los administradores sociales, según el cual han de desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario. La reforma de la ley ha añadido requisitos adicionales respecto a este deber que son los siguientes:

- Deberá tenerse en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de los administradores.
- Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptar las medidas necesarias para la buena dirección y control de la sociedad.
- Tendrán el derecho y el deber de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que les sirva para cumplir con sus obligaciones.

Esta misma ley incorpora, también y por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la llamada regla del juicio empresarial (*business judgement rule*) acuñada por los tribunales norteamericanos. En relación con la responsabilidad de los administradores respecto de las facultades enmarcadas en el ámbito de estrategia y de negocio sujetas a la discrecionalidad empresarial, el nuevo artículo 226 de la LSC establece que «el estándar de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de **buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado**». En definitiva serán estos elementos los que determinarán si ha existido o no la diligencia debida en el control y supervisión del cumplimiento de las obligaciones tributarias en aquellos supuestos en los que se materialice un riesgo de naturaleza tributaria.

Este nuevo marco de obligaciones indelegables en materia de control y supervisión de la gestión fiscal empresarial es distinto, aunque complementario, del marco jurídico que define, en nuestro país, la responsabilidad administrativa o penal de los administradores por los posibles incumplimientos de las obligaciones tributarias de las empresas que administran. El ámbito específico de responsabilidad que la Ley 31/2014 impone a los administradores en relación con las obligaciones tributarias es el que tiene que ver con su función de gestión del interés social de la compañía, siendo los accionistas, y los distintos grupos de interés, quienes pudieran, en su caso, cuestionar su efectiva gestión.

El factor común de esta responsabilidad con la que se deriva de las responsabilidades que las leyes administrativas y penales establecen para los administradores en relación con el incumplimiento de las obligaciones tributarias de las empresas, tiene que ver con la delimitación de la diligencia debida por parte de los administradores, por cuanto el derecho tributario y penal descansan en el derecho societario para examinar la misma. Así, la existencia o no de un adecuado proceso de control y supervisión del cumplimiento de las obligaciones tributarias será el que básicamente determine la responsabilidad de los administradores en los tres ámbitos expuestos.

Definido el marco jurídico que regula el actuar de los administradores en el desarrollo de las obligaciones de supervisión y control de la gestión tributaria de la empresa, conviene precisar cuál es el alcance objetivo de las obligaciones tributarias a las que están sujetas las compañías tanto desde una perspectiva material como desde su perspectiva espacial.

La responsabilidad tributaria que asume cualquier compañía se refiere a los tres siguientes aspectos materiales:

- Deberá tenerse en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de los administradores.
- Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptar las medidas necesarias para la buena dirección y control de la sociedad.
- Tendrán el derecho y el deber de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que les sirva para cumplir con sus obligaciones.

Esta misma ley incorpora, también y por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la llamada regla del juicio empresarial (*business judgement rule*) acuñada por los tribunales norteamericanos. En relación con la responsabilidad de los administradores respecto de las facultades enmarcadas en el ámbito de estrategia y de negocio sujetas a la discrecionalidad empresarial, el nuevo artículo 226 de la LSC establece que «el estándar de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de **buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado**». En definitiva serán estos elementos los que determinarán si ha existido o no la diligencia debida en el control y supervisión del cumplimiento de las obligaciones tributarias en aquellos supuestos en los que se materialice un riesgo de naturaleza tributaria.

Este nuevo marco de obligaciones indelegables en materia de control y supervisión de la gestión fiscal empresarial es distinto, aunque complementario, del marco jurídico que define, en nuestro país, la responsabilidad administrativa o penal de los administradores por los posibles incumplimientos de las obligaciones tributarias de las empresas que administran. El ámbito específico de responsabilidad que la Ley 31/2014 impone a los administradores en relación con las obligaciones tributarias es el que tiene que ver con su función de gestión del interés social de la compañía, siendo los accionistas, y los distintos grupos de interés, quienes pudieran, en su caso, cuestionar su efectiva gestión.

El factor común de esta responsabilidad con la que se deriva de las responsabilidades que las leyes administrativas y penales establecen para los administradores en relación con el incumplimiento de las obligaciones tributarias de las empresas, tiene que ver con la delimitación de la diligencia debida por parte de los administradores, por cuanto el derecho tributario y penal descansan en el derecho societario para examinar la misma. Así, la existencia o no de un adecuado proceso de control y supervisión del cumplimiento de las obligaciones tributarias será el que básicamente determine la responsabilidad de los administradores en los tres ámbitos expuestos.

Definido el marco jurídico que regula el actuar de los administradores en el desarrollo de las obligaciones de supervisión y control de la gestión tributaria de la empresa, conviene precisar cuál es el alcance objetivo de las obligaciones tributarias a las que están sujetas las compañías tanto desde una perspectiva material como desde su perspectiva espacial.

La responsabilidad tributaria que asume cualquier compañía se refiere a los tres siguientes aspectos materiales:

- Satisfacción de los tributos propios y soportados.
- Satisfacción de los tributos retenidos y pagados por cuenta de terceros.
- Cumplimiento de las obligaciones de información tributaria.

Desde su perspectiva espacial las obligaciones tributarias han de cumplirse en todas las jurisdicciones donde la compañía opere.

En definitiva, el marco objetivo de las obligaciones de control y supervisión del cumplimiento de las obligaciones tributarias exigible a los administradores de la sociedad cotizada alcanza a todos los tributos y a todos los territorios donde la sociedad ejerza su actividad.

En cuanto a cómo debe influir la nueva regulación en las compañías no cotizadas, Jesús GASCÓN¹ acertadamente plantea que debería operar como marco de referencia para otras empresas que quieran reforzar su gobierno corporativo y minimizar sus riesgos fiscales, así como las potenciales consecuencias reputacionales asociadas.

Finalmente consideramos relevante señalar que de acuerdo con lo previsto en la ley, los riesgos fiscales han de ser incardinados y gestionados como parte de los riesgos empresariales. Sin perjuicio de lo que más adelante se desarrollará en relación con la definición y clasificación de los riesgos fiscales consideramos que cuando la ley se refiere a este concepto lo está haciendo en el entendimiento de que el cumplimiento de las obligaciones tributarias exige un proceso de gestión de riesgos propio. Los elementos básicos que conforman la naturaleza específica de este riesgo son los siguientes. En primer lugar, las empresas han de estimar y aplicar autónomamente, con base en su mejor juicio, cual es la normativa aplicable. En segundo lugar, esta estimación está sometida a verificaciones posteriores externas que no solo pueden contradecir la estimación hecha por la compañía sino que además pueden dilatarse significativamente en el tiempo. Por tanto, los factores de complejidad asociados a la toma de las decisiones de aplicación de las normas tributarias como la pendencia en la procedencia de dicha decisión, dotan a esta materia de un factor de incertidumbre que dada su relevancia económica justifican plenamente su inclusión dentro de los riesgos económicos empresariales.

2. EL BUEN GOBIERNO EMPRESARIAL COMO MARCO DE REFERENCIA

Tal como señala expresamente la exposición de motivos de la LSC, esta norma se basa en las recomendaciones que, sobre gobierno corporativo, se han venido promoviendo tanto en nuestro país como internacionalmente y supone un tránsito del ámbito de las recomendaciones de carácter no vinculante a medidas de carácter imperativo. Por lo tanto, al objeto de lograr el propósito

¹ http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2014_19.pdf

de descifrar el contenido específico de las obligaciones impuestas por la ley, es necesario tomar en consideración las referencias más pertinentes en materia del llamado buen gobierno empresarial y dentro de estas las que específicamente se refieren a la gestión de los asuntos fiscales.

En este punto nos centraremos por tanto en aquellos códigos de referencia que abordan específicamente el buen gobierno tributario.

2.1. RECOMENDACIONES DE LA OCDE PARA EMPRESAS MULTINACIONALES²

Las recomendaciones realizadas en esta materia a lo largo de los últimos años por diversos organismos internacionales cabe sintetizarlas en los trabajos realizados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Así, en el año 2006 el Foro de la OCDE sobre Administración tributaria aprobó la declaración de Seúl en virtud de la cual se identifican diversos campos de actuación entre los que se encuentran:

«[...] Fomentar, por parte de la alta dirección de grandes empresas (por ejemplo, consejeros delegados y Consejos de Administración) mayor interés y responsabilidad, en sus estrategias fiscales.

[...] (iii) Ampliar las Directrices sobre Buen Gobierno Corporativo para otorgar mayor atención a la relación entre tributos y el concepto de buen gobierno».

En este mismo sentido, la OCDE establece en su Comunicado de Ciudad del Cabo (enero de 2008):

«[...] También hemos analizado el trabajo en curso para explorar las opciones para la aplicación de los principios de gobierno corporativo de la OCDE al área fiscal y continuaremos compartiendo experiencias y manteniendo el diálogo con los Consejos de las compañías cotizadas en relación con el enfoque de gestión de riesgos fiscales».

Asimismo, la OCDE en su nota informativa sobre Gobierno Corporativo y Gestión del Riesgo Fiscal³ (julio 2009) recoge y desarrolla las experiencias de tres países (Australia, Canadá y Chile) en relación con la promoción del buen gobierno corporativo y desarrollando enfoques para la gestión de los riesgos fiscales. La conclusión de dicho análisis sugiere que hay un número de

² OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises* (2011).

³ Information Note General Administrative Principles: Corporate governance and tax risk management (julio 2009) <http://www.oecd.org/tax/administration/43239887.pdf>

beneficios comunes, retos y consideraciones sobre buenas prácticas como denominador común en dichos países a pesar de las diferencias regulatorias entre los mismos.

Finalmente, es en el año 2011 con la publicación del documento *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* donde se entra en cierto detalle en esta materia. El documento de la OCDE dedica su capítulo XI a la tributación (*taxation*) estableciendo los siguientes principios:

2.1.1. Interpretación de las normas tributarias atendiendo a la letra y al espíritu de la norma

«Es importante que las empresas contribuyan a las finanzas públicas pagando en plazo sus obligaciones tributarias. En particular las empresas han de cumplir tanto con la letra como con el espíritu de la normativa tributaria de los países donde opera. Cumplir con el espíritu de las leyes significa descifrar y aplicar la intención de las leyes. Esto no exige que una empresa pague por encima de lo que la ley le exige de acuerdo con estos criterios interpretativos».

En el caso de compañías sujetas a derecho español este principio coincide con lo establecido en nuestro ordenamiento tributario para la aplicación de las normas tributarias [Ley General Tributaria (LGT), Código Civil]. En los comentarios siguientes se destaca que las compañías cumplen con el espíritu de las normas en tanto que adopten todas las medidas razonables para determinar su intención. Asimismo se señala la consistencia de la tributación con los efectos económicos subyacentes (*underlying economic consequences*) de las operaciones como criterio interpretativo de referencia. Es de destacar, también, la mención al exceso de tributación como un resultado no exigible de la aplicación correcta de las leyes tributarias. Esta mención destaca, en definitiva, que el interés social de cualquier compañía asociado a la gestión de lo tributario descansa en el pago preciso de los tributos debidos, pudiendo constituir, en su caso, el defecto o el exceso de la contribución tributaria un incumplimiento de la diligencia debida en esta materia por parte de los responsables de gestionar dicha contribución.

2.1.2. Transparencia y cooperación con las autoridades fiscales

«El cumplimiento de las obligaciones tributarias incluye las medidas destinadas al suministro en plazo a las autoridades tributarias la información que es relevante o requerida con el propósito de la correcta determinación de los impuestos que correspondan a las operaciones realizadas y de acuerdo con el principio de precio de mercado arm's length principle aplicable a los precios de transferencia».

La obligación de información por parte de las empresas sujetas al derecho español se encuentra recogida en nuestro ordenamiento tributario (art. 93 de la LGT).

Por otro lado, los comentarios establecen que la colaboración en el suministro de información por parte de las empresas se encuentra limitada a aquella información que sea relevante para que las autoridades fiscales puedan hacer cumplir las leyes tributarias correspondientes.

Para entender el origen del concepto de relación cooperativa, debemos remontarnos al año 2002 cuando la OCDE creó el Foro de la Administración Tributaria (FTA, por sus iniciales en inglés) cuyos objetivos principales son facilitar la identificación y discusión de tendencias globales así como el desarrollo de nuevas ideas para reforzar la administración de los tributos.

En mayo de 2013, la OCDE sobre la base del informe relativo a la Cooperación Reforzada realizado en 2008, publicó el informe «Cumplimiento Cooperativo: Un marco, desde la Relación Reforzada al Cumplimiento Cooperativo» (el informe de CC).

El informe de CC resume las experiencias de los primeros años de CC en distintos países y está basado en encuestas realizadas a 21 países miembros del FTA. Las conclusiones del informe confirman que los cinco requisitos principales que deben concurrir en el marco del CC son los siguientes:

- Conocimiento empresarial.
- Imparcialidad.
- Proporcionalidad.
- Actitud abierta a la transparencia mediante el desglose de información.
- Capacidad de respuesta.

La imparcialidad y la capacidad de respuesta son identificadas como elementos esenciales para las Administraciones tributarias, y la actitud abierta y transparente son elementos esenciales por parte de los obligados tributarios que en ocasiones implicará ir más allá de lo establecido por la ley.

Aparte de la experiencia española alrededor del CC que comentamos más adelante en el epígrafe 2.2 del presente documento, conviene repasar algunas de las iniciativas más representativas en el entorno de la OCDE⁴:

- **Australia** ha sido siempre un referente en el establecimiento de soluciones innovadoras para el cumplimiento fiscal, la gestión de los riesgos fiscales, la minimización de riesgos para las autoridades fiscales, etc.
- En la actualidad, el CC se centra en el denominado «Annual Compliance Arrangement» (ACA) que fue formalmente introducido en 2008. Si bien el éxito de la medida ha sido limitado hasta la fecha (alrededor de cinco acuerdos concluidos), la

⁴ VAN DER ENDEN, E. y BRONZEWSKA, K.: *The Concept of Cooperative Compliance* (Bulletin for International Taxation, 2014 (volumen 68), n.º 10).

introducción del anexo sobre «posiciones notificables» (*reportable positions*) desde el año 2013 hace prever un incremento de esta iniciativa en los próximos años.

El ACA es un procedimiento administrativo para gestionar las obligaciones de cumplimiento en un entorno abierto y transparente que está disponible para todos aquellos contribuyentes identificados como clave en el proceso de valoración del riesgo por parte de las autoridades fiscales. Su alcance comprende el impuesto sobre sociedades, imposición indirecta, impuestos especiales y asociados al empleo.

- **Países Bajos** fue uno de los primeros países que apostó por el CC a través de la introducción del denominado «Monitorización Horizontal» (*Horizontal Monitoring*) en el año 2005. El sistema se basa en la confianza mutua, la transparencia y el entendimiento en el que los contribuyentes que participan requieren un marco de control fiscal robusto. Actualmente, la gran mayoría de los grandes contribuyentes en los Países Bajos forman parte del programa, así como también muchos otros grupos empresariales.

En cuanto al funcionamiento del programa, el mismo ha sido revisado por la Administración tributaria holandesa, y los principales puntos de atención han sido la medición del desempeño del programa y, por otro lado, la falta de claridad en la definición del concepto de marco de control fiscal.

- **Estados Unidos** adoptó en 2005 el programa piloto «Procedimiento de Validación de Cumplimiento» (CAP, por sus siglas en inglés) que en 2011 fue adoptado como permanente. El proceso se divide en tres fases: Fase Pre-CAP, Fase CAP y Fase de Mantenimiento del Cumplimiento. El proceso orientado a grandes contribuyentes se articula a través de la firma de un Memorando de Entendimiento (MOU, por sus iniciales en inglés) y tiene por fin abandonar el enfoque tradicional de revisión *ex post* a la declaración a un enfoque *ex ante* en el que las cuestiones son resueltas entre ambas partes antes de la presentación de la declaración.

Como en el caso de los Países Bajos, existen dificultades para evaluar la eficiencia del programa, pero las autoridades fiscales en Estados Unidos han informado sobre el hecho de que el proceso de comprobación CAP consume más horas que el proceso de inspección tradicional, si bien se recomienda el diseño e implantación de un modelo de evaluación para medir costes y beneficios.

Procede, por tanto, concluir que hay países relevantes de nuestro entorno que están tomando medidas decididas para avanzar en la implantación de sistemas de CC con distintos enfoques, niveles de intensidad y resultados.

El CC es un planteamiento complejo que requiere no solo cambios importantes en los recursos materiales y humanos por parte de las empresas, las Administraciones públicas y las firmas de servicios profesionales en el ámbito tributario, sino también y sobre todo requiere un cambio cultural en el enfoque de las relaciones entre los distintos agentes involucrados, pasando de la tradicional desconfianza entre los mismos a un entorno de confianza mutua sostenida por un marco de actuación que ofrezca incentivos para todas las partes.

Es preciso apuntar que las obligaciones que introduce la LSC alrededor del gobierno fiscal incumben solo a las empresas, que deben adaptar sus sistemas de control fiscal al estándar que representa el CC en términos de identificación y gestión de riesgos fiscales mediante los adecuados procesos y controles, la adecuada segregación de funciones y toma de decisiones, todo ello de acuerdo con las políticas y la estrategia aprobada por el consejo de administración, como se analiza en el presente documento.

Por tanto, desde la perspectiva del CC estas nuevas obligaciones para las empresas cotizadas no encuentran actualmente una contrapartida que suponga un incentivo para que las mismas aborden esta obligación como una oportunidad para la mejora de las relaciones con la Administración tributaria en nuestro país.

A este respecto, la modificación de la LGT, recientemente aprobada publicada en el Boletín Oficial del Estado y que entrará en vigor el día 12 de octubre⁵, contiene una medida que apunta en la buena dirección. La modificación de la redacción actual del artículo 92.2 introduce una mención específica al cumplimiento cooperativo de las obligaciones tributarias.

Debe precisarse que el artículo 92 se refiere a «colaboración social» y su apartado 1 establece que «los interesados podrán colaborar en la aplicación de los tributos en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen».

Así, la nueva redacción del apartado 2 establece:

«2. En particular, dicha colaboración podrá instrumentarse a través de acuerdos de la Administración tributaria con otras Administraciones públicas, con entidades privadas o con instituciones u organizaciones representativas de sectores o intereses sociales, laborales, empresariales o profesionales, y, específicamente, con el objeto de facilitar el desarrollo de su labor en aras de potenciar el cumplimiento cooperativo de las obligaciones tributarias, con los colegios y asociaciones de profesionales de la asesoría fiscal».

Consideramos que esta medida, recientemente aprobada, coadyuva a posibles desarrollos en el ámbito del cumplimiento cooperativo en el seno del Foro de Grandes Empresas promovido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) y el Código de Buenas Prácticas Tributarias referido en la epígrafe 2.2 del presente documento.

2.1.3. Responsabilidad del consejo de administración sobre la gestión de los riesgos fiscales

«Las empresas deben tratar la gestión fiscal y la aplicación de los tributos como elementos importantes dentro de la gestión y supervisión general de riesgos. En con-

⁵ <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186&tn=1&vd=&p=20150922&acc=Elegir>

creto los consejos de administración deben adoptar estrategias de gestión que permitan identificar y evaluar los aspectos financieros, regulatorios y reputacionales de los riesgos fiscales».

Para dar cumplimiento a este deber por parte de los consejos, los comentarios inciden no solo en la determinación proactiva de los principios orientativos de la política fiscal, sino en el establecimiento de marcos de control interno en la gestión de los asuntos fiscales que aseguren que las decisiones en materia fiscal son consistentes con la visión del consejo de administración.

Establecen los comentarios que el compromiso de las compañías con la cooperación, la transparencia y el cumplimiento tributario deben estar reflejados en políticas y estructuras de gestión de riesgos y esto asume que lo es en tanto que la incorporación de la gestión de los riesgos fiscales en las políticas generales de gestión de riesgos le ha de permitir a la compañía evitar riesgos financieros, regulatorios y reputacionales.

2.1.4. Los precios de transferencia como aspecto relevante en materia de fiscalidad y responsabilidad corporativa

Otra cuestión relevante desde el punto de vista del comportamiento responsable de las empresas en el ámbito fiscal son los precios de transferencia. La espectacular expansión de los intercambios mundiales y de las inversiones directas transnacionales (y el destacado papel que desempeñan las empresas multinacionales en estos intercambios e inversiones) supone que los precios de transferencia tienden a ser actualmente un factor determinante esencial de las obligaciones fiscales de los miembros de un grupo multinacional. Se subraya en el texto de las directrices que suele ser difícil, tanto para las empresas multinacionales como para las administraciones fiscales, establecer si los precios de transferencia respetan el principio de plena competencia.

Ya en 2011 se apuntaba la importancia esencial de los precios de transferencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias en materia del impuesto sobre beneficios de las entidades pertenecientes a grupos multinacionales, principalmente porque la determinación de los precios de transferencia influye de forma sustancial en la división de la base imponible entre los distintos países en los que opera una compañía multinacional.

2.2. CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS TRIBUTARIAS

Con origen en las recomendaciones realizadas por la OCDE en las, ya mencionadas, conferencias de Seúl (2006) y Ciudad el Cabo (2008), la Administración tributaria española promovió en 2009 el llamado Foro de las Grandes empresas con el propósito de impulsar una relación cooperativa entre grandes empresas y la Administración tributaria. Uno de los resultados de este foro es el llamado código de buenas prácticas tributarias (CBPT) de julio 2010 al cual están adheridas 82 empresas españolas.

En la introducción del código se señala que «(...) la adecuada gestión de los riesgos inherentes al cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de las empresas demanda una mayor cooperación recíproca con la administración tributaria». De esta forma el código estructura las buenas prácticas fiscales en tres grupos que son:

- Transparencia, buena fe y cooperación con la Agencia Tributaria en la práctica fiscal empresarial.
- Transparencia y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación de las normas tributarias por parte de la agencia tributaria.
- Reducción de la litigiosidad y evitación de los conflictos.

Dentro de las buenas prácticas que corresponden a las empresas se incluyen las siguientes:

- «La **reducción de riesgos fiscales** significativos y la **prevención** de aquellas conductas que puedan generarlos».
- «La evitación de la utilización de **estructuras de carácter opaco** con finalidades tributarias». En este punto se definen estas estructuras como «aquellas en las que mediante la interposición de sociedades instrumentales a través de paraísos fiscales o territorios no cooperantes con las autoridades fiscales, estén diseñadas con el propósito de impedir el conocimiento por parte de la Agencia Tributaria, del responsable final de las actividades o el titular último de los bienes o derechos implicados».
- La colaboración en la detección y solución de «prácticas fiscales fraudulentas».
- El consejo de administración ha de estar informado de las políticas fiscales aplicadas por la compañía antes de la presentación de las cuentas anuales y de la presentación del impuesto sobre sociedades.
- Las operaciones que deban someterse a aprobación por parte del consejo de administración deberán incluir información sobre las consecuencias fiscales de las mismas.

En este sentido, hasta ahora la suscripción al código de buenas prácticas únicamente suponía un factor a tener en consideración por la Administración en eventuales procedimientos sancionadores futuros, tal y como se refleja en el propio código.

No obstante, según lo indicado por Jesús GASCÓN⁶, no es descartable que, en el futuro, la Administración tributaria española pueda plantearse la supervisión de los sistemas de gestión de riesgos fiscales de las grandes empresas, y si estos son sólidos y efectivos, que ello pueda ser evaluado para calificar internamente la entidad como de bajo riesgo fiscal, liberando así recursos de alto coste dedicados al control de este tipo de entidades para la atención de otras prioridades de control. En

⁶ http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2014_19.pdf

este sentido, el autor entiende como sistemas de gestión fiscales sólidos o efectivos aquellos que permitan prevenir, identificar, corregir y comunicar a la Administración contingencias fiscales.

Asimismo, GASCÓN señala que, para este nuevo enfoque, se requiere ineludiblemente un cambio cultural en la propia Administración que, en cualquier caso, ya cuenta con personal especializado que, con la debida formación, sería capaz de afrontar este tipo de tareas.

Compartimos la visión acerca de la complejidad del cambio cultural que requerirá cualquier avance en este ámbito por las partes involucradas, y consideramos, como se ha indicado, que la referida modificación del artículo 92.2 del proyecto de Ley de la LGT puede ser una buena palanca para impulsar dicho cambio cultural.

2.3. CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS

Aprobado por acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en febrero de 2015 este código supone la actualización del anteriormente vigente que era el Código Unificado de 2006.

Si bien no contiene recomendaciones específicas en materia de gobierno fiscal, consideramos relevante destacar lo previsto en la recomendación 12 en relación con el «interés social» ya que enmarca, desde nuestro punto de vista, algunos aspectos que se relacionarán más adelante al hablar de riesgos fiscales y el concepto de estrategia fiscal.

El consejo de administración señala esta recomendación, se ha de guiar por el interés social «entendido como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa. Y que en la búsqueda del interés social, además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y las buenas prácticas comúnmente aceptadas, procure conciliar el interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente».

No parece difícil entender el engarce de la gestión de los asuntos fiscales asociados al cumplimiento del interés social tal como se encuentra aquí definido. Los aspectos financieros de sostenibilidad y reputacionales en los que se fundamenta esta definición son totalmente predicables de la gestión de los asuntos fiscales.

2.4. METODOLOGÍA COSO COMO ESTÁNDAR PARA LA GESTIÓN DE RIESGOS

El Comité de Organizaciones Patrocinadoras de la Comisión Treadway (COSO, por sus iniciales en inglés) es una iniciativa conjunta de cinco organizaciones del sector privado que ostenta

el liderazgo en la elaboración de marcos y orientación sobre la gestión del riesgo empresarial, el control interno y la prevención del fraude.

Ya en el año 1992 COSO publicó la primera versión de su «Marco Integrado de Control Interno» que ha sido ampliamente aceptado y utilizado en todo el mundo. Dicho marco es reconocido como un estándar para el diseño, la implementación y la gestión del control interno, así como para la valoración de la efectividad del control interno.

Principalmente, el marco permite a las organizaciones desarrollar sistemas efectivos y eficientes de control interno que se adapten a entornos de negocio dinámicos, con el fin de mitigar los riesgos a niveles aceptables y soportar el proceso de toma de decisiones y de gobierno de una organización.

Dicho marco de control –que ha sido revisado y actualizado en el año 2013– considera cinco componentes a la hora de valorar la efectividad de un marco de control interno: (i) marco de control, (ii) valoración del riesgo, (iii) actividades de control, (iv) información y comunicación, (v) actividades de monitorización.

Además del cumplimiento de las políticas y de los procesos, un sistema efectivo de control interno precisa de juicio en la toma de decisiones tanto por parte del consejo como por parte de la dirección.

Entre otras utilidades, la adopción de un marco de control interno es un instrumento para la identificación, análisis y gestión de los riesgos dentro del nivel de tolerancia definido por parte del consejo y la dirección.

Por otro lado, la adopción de dicho marco de control interno incrementa la confianza por parte de los grupos de interés externos en la capacidad de la organización para identificar, analizar y dar respuesta a los riesgos y cambios en el entorno en el negocio.

En el ámbito de la gestión de riesgos corporativos, COSO publicó en el año 2004 el «Marco Integrado de Gestión de Riesgos Corporativos» que desarrolla una visión más detallada y concisa sobre la gestión de los riesgos corporativos. Específicamente, considera los siguientes aspectos:

- Alineamiento entre el apetito por el riesgo y la estrategia.
- Mejora en las decisiones de respuesta al riesgo.
- Reducción de perjuicios y sorpresas imprevistas.
- Identificación y gestión de múltiples riesgos interrelacionados en la organización.
- El aprovechamiento de oportunidades.

Dicho marco ha sido empleado de forma regular por organizaciones privadas en todo el mundo en el ámbito del control interno y la gestión de los riesgos corporativos.

En lo que respecta a la gestión de los asuntos fiscales, ambos marcos de referencia han sido tomados por parte de la OCDE en los años 2013⁷ y 2014⁸— como el punto de partida para la elaboración de un marco de control fiscal (*Tax Control Framework*) si bien se reconoce que el mismo requerirá una adaptación específica a la práctica tributaria tal y como se indica en el epígrafe 5 del documento.

3. EL PLAN BEPS COMO MARCO DE REFERENCIA

Uno de los asuntos que recurrentemente ha sido objeto de los debates tributarios de los últimos tiempos es el referido a la erosión de las bases imponibles del impuesto sobre sociedades. Este asunto finalmente se ha consolidado en el acrónimo BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) debido a que esta ha sido la denominación dada por la OCDE en su documento de referencia y al plan de acción diseñado de acuerdo con el G20. (Desde un punto de vista formal el plan responde al encargo hecho por el G20 a la OCDE y fue asumido como propio por ambos organismos en la reunión del 5/6 de septiembre de 2013).

El problema de base cabe formularlo de la siguiente manera. Dada la actual facilidad para desplazar actividades empresariales de unos países a otros, un importante riesgo de sostenibilidad de los sistemas tributarios nacionales deriva de la capacidad que tienen los grupos empresariales multinacionales para trasladar bases imponibles del impuesto sobre sociedades a los países con un impuesto más bajo (*profit shifting*). La falta de adecuación de la fiscalidad, nacional e internacional, a las nuevas circunstancias de movilidad de los factores empresariales (*globalización*) permite a las empresas que operan en diferentes jurisdicciones tributarias generar situaciones de nula o incluso tributación negativa (*planificación fiscal agresiva*). Esto provocaría, en definitiva, que en caso de no atajarse, los ingresos por el impuesto sobre sociedades se irían reduciendo (*base erosion*) y, por tanto, quedarían comprometidos los ingresos tributarios totales de cada país.

Obviamente la crisis económica y, por lo tanto, la menor recaudación tributaria ha generado que esta cuestión, antes prácticamente ignorada en el debate político, haya ganado un peso significativo, habiendo pasado a ser una parte importante en la agenda política, tanto en los ámbitos nacionales como en los internacionales.

Si bien el impuesto sobre sociedades no es el único componente del coste tributario empresarial (y en muchos casos no el de mayor cuantía), sí tiene una gran trascendencia para definir la conducta empresarial en lo que a gestión fiscal se refiere. El hecho de que sea la renta empresarial la que sirve normalmente para definir la contribución debida por este impuesto exige concreciones del dónde, cuánto y cuándo que en un buen número de casos no están, ni pueden estarlo, perfectamente determinados por el ordenamiento tributario. Si a esto se le añade tanto la competencia de

⁷ OECD, *Co-operative Compliance: A framework—from enhanced relationship to Co-operative compliance*.

⁸ *Forum on Tax Administration: Report proceeding*. FTA Large Business Network Meeting, 17-19 febrero 2014.

los Estados por atraer inversiones por vía de regímenes fiscales favorables como la propia competencia empresarial, en la que los impuestos son un coste adicional a considerar en la rentabilidad de las inversiones, nos encontramos con el marco propicio para decisiones de planificación fiscal.

En definitiva, el plan BEPS tiene como propósito limitar lo más posible el margen de manobra que puedan tener las empresas para hacer tributar las rentas empresariales en un lugar distinto a aquel en que se produzcan y eliminar de esta forma la llamada planificación fiscal agresiva, entendida como la planificación que no pudiéndose calificar como evasión fiscal no pueda ser amparada por una interpretación razonable de la norma.

Con la finalidad señalada anteriormente la OCDE en el marco del plan BEPS está desarrollando un conjunto de recomendaciones, que sin duda están teniendo una gran repercusión y la tendrán mayor en el futuro, que cabría agruparlas del siguiente modo:

- Recomendaciones sobre normas que permitan una definición tributaria común sobre determinados conceptos (economía digital, establecimiento permanente, financiación, etc.) y localización de actividades.
- Recomendaciones en torno al desarrollo del principio arm's length en materia de precios de transferencia.
- Recomendaciones sobre la normativa antiabuso a incorporar tanto en los convenios para evitar la doble imposición como en las normativas internas.
- Recomendaciones para evitar la competencia fiscal entre los estados.
- Recomendaciones sobre la transparencia y el intercambio de información como mejor instrumento de control tributario por parte de los estados.

Todo este conjunto de recomendaciones está previsto que quede completado durante 2015 y significará ciertamente un marco de referencia a la hora de establecer el carácter acorde o no con el ordenamiento jurídico tributario de las decisiones de planificación fiscal y sobre precios de transferencia adoptadas por las compañías así como su cumplimiento con las normas de transparencia tributaria.

Es preciso añadir que el interés que anima los esfuerzos de la OCDE en fijar unos nuevos estándares de entendimiento y aplicación de la fiscalidad internacional societaria directa se encuentran refrendados, apoyados y complementados, tanto por otros organismos internacionales, particularmente la Unión Europea, como por las iniciativas legislativas individuales de los diferentes países, incluida España. De hecho en nuestro país tanto la reforma del impuesto sobre sociedades como el proyecto de reforma de la LGT tienen un claro marco de referencia en el proyecto BEPS.

Un aspecto que cabe destacar de este proyecto es que las propuestas que se van conociendo como resultado de los procesos de trabajo abiertos por cada una de las 15 acciones van mostrando que, no obstante, incorporar algunos nuevos criterios a la hora de resolver asuntos como

los relativos a los instrumentos y entidades híbridas, se basan básicamente en los esquemas tradicionales del impuesto sobre sociedades tal como este impuesto es entendido en la mayoría de los países. Son los elementos de transparencia en la información tributaria y en la llamada normativa antiabuso en los que más se confía como mecanismo para resolver la erosión de bases del impuesto. Sin duda este aspecto estimulará el interés de las compañías en conocer las posiciones que las distintas autoridades tributarias puedan adoptar respecto de una misma renta gravable.

No obstante los esfuerzos del plan BEPS, la «vulnerabilidad» del impuesto sobre sociedades, que SANZ GADEA⁹ acertadamente describe, pudiera requerir que en adelante cobraran cuerpo propuestas que no están siendo consideradas en este plan. Este mismo autor propone la reconsideración del resultado contable como base de este impuesto en favor de lo que en nuestro sistema contable se identifica con resultado de explotación. Otras soluciones como la base consolidada común europea u otras fórmulas de tributación que ya se están considerando específicamente en un plan de acción para reformar de manera sustancial el impuesto sobre sociedades en la Unión Europea¹⁰, publicado con fecha 17 de junio de 2015. En definitiva, aunque la reforma BEPS sea relevante, también es previsible que tanto en ámbito estatal como en el internacional, este impuesto, y en general toda la imposición directa, esté en constante revisión más allá del 2015.

4. ESTRATEGIA FISCAL

La Ley 31/2014 exige al consejo de administración determinar la estrategia fiscal de la sociedad. Puede definirse la estrategia fiscal como el conjunto de medidas que una organización establece, de acuerdo con unos principios de actuación, con el fin de cumplir con sus obligaciones tributarias. Así, desde la perspectiva de los objetivos de gestión, cabe decir que los dos riesgos básicos asociados a esta obligación son los siguientes:

- No cumplir con las obligaciones tributarias.
- Generar un coste tributario superior al que impone en el ordenamiento jurídico.

Tal y como hemos señalado anteriormente, estos son los criterios que la propia OCDE señala en sus *guidelines* en relación con los aspectos que debe regir la tributación de las empresas multinacionales.

Por tanto, el cumplimiento del interés social asociado al gobierno fiscal de cualquier compañía exige fijar las políticas, articular los procesos y dotar a la organización de los medios adecuados

⁹ SANZ GADEA, E.: «Recetas para neutralizar los efectos perniciosos de los híbridos», *Crónica Tributaria: Boletín de actualidad*, 4/2014.

¹⁰ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5188_es.htm

que permitan estimar razonablemente que ninguna de las dos situaciones descritas anteriormente se vaya a producir.

La necesidad de articular una estrategia orientada al adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias se fundamenta en la complejidad de dicho propósito. Cabe señalar los siguientes factores como determinantes de la complejidad del cumplimiento de las obligaciones tributarias:

- El número de tributos e información tributaria que una jurisdicción tributaria exige a un contribuyente se multiplica por el número de jurisdicciones donde una compañía opera. Ha de recordarse, a estos efectos, que típicamente en un mismo país conviven las administraciones estatal, regional y local. En definitiva, el volumen de declaraciones tributarias que, con distintas periodicidades, puedan exigir las distintas administraciones, exige procesos y medios materiales y humanos que de suyo son complejos.
- En la actualidad el cumplimiento de las obligaciones tributarias exige, en la mayoría de los casos, que sea el contribuyente quien determine tanto la existencia de un tributo que le sea de aplicación como la estimación de su cuantía y su pago. Por tanto, añadida a la complejidad del volumen de obligaciones a cumplir, se suma la complejidad asociada a la determinación de cuáles son los medios necesarios para la correcta aplicación de las normas.
- El proceso de revisión del cumplimiento de las obligaciones tributarias por todos aquellos que tienen potestad para hacerlo (Administraciones tributarias, reguladores y auditores entre otros) exige procesos de soporte, información y defensa que teniendo en cuenta el conjunto de posibles revisores, que también la presencia en distintas jurisdicciones multiplica, incorpora un elemento adicional de complejidad de gestión.
- Finalmente, el registro e información externa que las obligaciones tributarias exigen son un factor de complejidad que añadir a los anteriores. En primer lugar, está el adecuado registro contable del coste tributario y de los riesgos asociados. En segundo lugar, está la imparable solicitud de información que las Administraciones tributarias exigen a las empresas tanto de sus propios impuestos como de aquellos que gestionan por cuenta de terceros. A lo anterior se añade la cada vez más relevante información voluntaria que las empresas producen asociada a la gestión de la responsabilidad social corporativa y en la que la información de la contribución tributaria gana más peso.

En el siguiente epígrafe de este documento se analizará cómo se articula la gestión de los riesgos que esta complejidad exige.

Asimismo, la cuestión de la estrategia fiscal también consiste en determinar como la función fiscal coadyuva al cumplimiento de la estrategia de negocio.

Desde esta perspectiva, deben diferenciarse tres niveles de organización a la hora de abordar la organización de la función fiscal:

1. **Nivel estratégico:** La estrategia fiscal debe ser consistente con la estrategia de negocio.
2. **Nivel del marco de gestión:** La política de control y gestión de riesgos fiscales debe ser consistente con la política de control de riesgos corporativos.
3. **Nivel operativo:** Conjunto de recursos (personas, sistemas, procesos, controles, etc.) de los que se dota la organización para dar cumplimiento a la estrategia fiscal.

En este punto, cabe indicar que la elaboración de una estrategia fiscal (nivel 1) carece de sentido si la misma no va acompañada de medidas e instrumentos concretos que ayuden a llevar a cabo la misma (niveles 2 y 3).

Centrándonos en el nivel 1, ¿existen varios tipos de estrategia fiscal? La estrategia fiscal de una compañía será diferente de cualquier otra en la medida en que los negocios son diferentes y, por tanto, los riesgos fiscales asociados no son los mismos en todas las organizaciones, ni todas los priorizan del mismo modo.

El punto de partida para definir cualquier estrategia fiscal consiste en analizar el entorno externo. En este sentido, como entorno externo se debe entender las tendencias regulatorias, la actitud de las autoridades fiscales y la percepción del resto de grupos de interés en torno a los asuntos fiscales de la compañía.

Por tanto, es importante tener en cuenta una serie de parámetros que influyen en la determinación de la estrategia fiscal de una compañía y la condicionan, tales como la estrategia de negocio, la posición ante los temas de gobierno corporativo, la actitud ante el riesgo o el modelo de negocio de una compañía. Este tipo de factores no pueden modificarse, sino que se consideran «parámetros fijos», que deben ser gestionados a la hora de fijar un plan estratégico en torno a lo fiscal.

Teniendo en consideración lo anterior, la estrategia fiscal puede articularse desde una triple perspectiva:

1. La aproximación de la organización en relación con el cumplimiento de obligaciones con los diferentes grupos de interés, tales como accionistas, clientes, autoridades fiscales, empleados, proveedores, etc.
2. La actitud de la compañía ante la planificación fiscal y el riesgo fiscal.
3. La consideración de la compañía a la hora de estructurar y definir la gestión de sus asuntos fiscales (gobierno fiscal corporativo), analizando la organización interna y el ámbito relacional de la función fiscal con el conjunto de la organización corporativa.

Respecto del documento que conteniendo la estrategia fiscal de la empresa sea aprobado por el consejo de administración cabe decir que no se ha definido legalmente un contenido es-

pecífico. No obstante, cabría proponer los siguientes puntos como elementos configuradores de dicho documento:

- El documento requiere una definición estratégica, no operacional. La definición y desarrollo de las instrucciones y procesos asociados a la ejecución de dicha estrategia deben incluirse en un documento separado.
- El documento debe recoger la vertebración de la estrategia fiscal de la compañía con los principios de actuación de la compañía.
- La ley exige al consejo la aprobación de la estrategia pero esto no significa que no se deba designar un departamento específico que sea el encargado de ejecutarla y que típicamente será el departamento fiscal.
- Los destinatarios de la estrategia fiscal son el conjunto de los empleados de la entidad y particularmente los gestores de la misma en cada uno de sus niveles.
- La estrategia fiscal ha de abarcar a todos los impuestos, en todas las jurisdicciones.
- El documento de estrategia fiscal ha de contener menciones específicas al compromiso con la transparencia y más concretamente a la no utilización de la opacidad como mecanismo de elusión fiscal. En este sentido, cabe señalar que tal como se explica más adelante, la estrategia fiscal debiera incluir una referencia a la no utilización de los paraísos fiscales con propósito de opacidad.
- Finalmente, es importante definir la audiencia interna y externa que tendrá acceso a conocer dicha estrategia, por cuanto puede haber grupos de interés externos (clientes, inversores, ONG, etc.) que demanden dicha información.

En el ámbito internacional, destaca la reciente publicación de un documento de consulta pública por parte de la Administración tributaria de Reino Unido en relación con el contenido que debe tener una estrategia fiscal¹¹, como consecuencia de la propuesta del Gobierno inglés de introducir un requerimiento legal mediante el cual las compañías de gran tamaño tengan que publicar su estrategia fiscal.

En este sentido, de conformidad con lo indicado por la Administración británica, el contenido que debe cubrir una estrategia fiscal resulta consistente con lo desarrollado en el presente documento (gobierno interno de la organización, aproximación a la gestión de riesgos, actitud ante la planificación fiscal, apetito al riesgo fiscal y relación con las autoridades tributarias), añadiendo asimismo la gestión de la tasa efectiva de gravamen de la organización.

¹¹ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/447313/Improving_Large_Business_Tax_Compliance.pdf

5. POLÍTICAS DE GESTIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS FISCALES

La Ley 31/2014 ordena incluir los riesgos fiscales dentro de la política de control y gestión de riesgos. Esta previsión hace referencia a la relevancia que actualmente han alcanzado los riesgos fiscales como un área que no estaba inicialmente contemplada con una naturaleza propia.

La gestión de los riesgos comenzó a emerger como una herramienta importante en la política y en los negocios a finales del siglo XX y se ha incorporado recientemente como un concepto organizacional en el mundo de la gestión tanto privada como pública.

Inicialmente la gestión de los riesgos fiscales se consideraba un aspecto accesorio a la gestión de riesgos corporativos, sin embargo actualmente debe ser considerado como un área separada de la gestión de riesgos¹². Esto determina que si bien el control y gestión de riesgos fiscales debe ser consistente con el control y gestión de los riesgos generales de la compañía, el mismo debe entenderse como un área diferenciada con entidad propia.

Lo anterior exige una definición de riesgo fiscal que no encuentra referencia alguna en nuestro ordenamiento jurídico. ARLINGHAUS (1998) ofrece la siguiente definición: el riesgo fiscal es la probabilidad de que las consecuencias tributarias difieran de lo esperado, debido a diversos motivos, por ejemplo, un proceso judicial, cambios en la normativa fiscal, cambios en las asunciones de negocio, un incremento de las inspecciones tributarias e incertidumbre en la aplicación de las leyes; y cualquier posición tributaria que pueda tener un efecto reputacional adverso.

Asimismo, podemos delimitar también el concepto de riesgo fiscal desde una doble perspectiva: por un lado, la probabilidad de incurrir en una falta de ingreso indebida en el cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte del sujeto pasivo generando así un perjuicio para las arcas públicas. Por otro, la probabilidad de incurrir en un ingreso indebido en el cumplimiento de las obligaciones tributarias generando así un perjuicio para el accionista u otros grupos de interés (empleados o proveedores).

A la hora de diseñar un marco de control y gestión de los riesgos fiscales basado en los estándares de gestión de riesgos establecidos por COSO, ELGOOD, FULTON y SCHUTZMAN¹³ han establecido los fundamentos básicos para una aproximación sistemática:

- La estructura adecuada para hacer frente a la estrategia definida en la gestión de los asuntos fiscales acorde con la estrategia global de la compañía basada en su cultura corporativa.
- Los procesos clave para la identificación, medición y tratamiento de los riesgos fiscales, junto con los controles y los procedimientos que operan para la gestión de los riesgos identificados.

¹² En tal sentido se expresa WUNDER, H. F. (2009): *Tax risk management and the multinational enterprise*.

¹³ ELGOOD, T.; FULTON, T. y SCHUTZMAN, M.: *Tax Function Effectiveness* (2008), PriceWaterhouseCoopers, CCH.

Seguidamente describiremos cada uno de los riesgos que, siguiendo la clasificación de los autores referidos, conforman, en definitiva, el conjunto de aspectos que han de ser controlados y supervisados mediante los procesos eficientes y con los medios materiales y humanos adecuados.

5.1. RIESGOS FISCALES GENÉRICOS

Podemos identificar las siguientes categorías de **riesgos fiscales genéricos**:

5.1.1. Riesgo interpretativo

Este tipo de riesgo hace referencia a la decisión que han de tomar los contribuyentes sobre cómo aplicar la normativa tributaria teniendo en cuenta que, posteriormente, tanto la Administración tributaria como, eventualmente, los tribunales pudieran determinar que la interpretación correcta de la norma es otra.

Dado que la normativa tributaria no siempre es clara, consistente y neutral, el proceso de decisión sobre su aplicación incorpora un factor de incertidumbre que es el que han de resolver los gestores de las compañías. A este factor de incertidumbre se le añade la trascendencia económica que esta decisión puede tener y no solo en términos de renta disponible sino en términos de competitividad de los negocios.

Serían muchos los ejemplos de la existencia de ambos factores (incertidumbre y relevancia económica) que, por otro lado, son intrínsecos en la gestión fiscal de las empresas. Así, refiriéndonos a la normativa española actual, casos como los que actualmente se plantean alrededor de la llamada economía digital, en donde los criterios de localización de actividades no tienen aún criterios precisos o la aplicación de los incentivos previstos para la inversión en el exterior a los que se ha sumado un factor de incertidumbre adicional como es su eventual calificación de ayuda de estado, revelan la contingencia de las posiciones fiscales que eventualmente pudieran adoptar las compañías.

Un aspecto que en este ámbito cobra una especial relevancia es el peso que han ido ganando los esfuerzos de las Administraciones tributarias en limitar los ámbitos de la llamada planificación fiscal agresiva. Típicamente relacionados con el impuesto sobre sociedades son requerimientos ineludibles en los procesos de decisión de las opciones de tributación el examen de sustancia económica y de los llamados propósitos económicos válidos en tanto que la existencia de estos serán los que definirán, en gran medida, los límites entre la llamada economía de opción y la evasión fiscal.

Considerando lo anterior, precisa atención específica para gestionar este tipo de riesgo, no solo la interpretación de la norma tributaria, sino la aplicación de la misma, por cuanto una distinta interpretación de los hechos subyacentes puede resultar en regularizaciones por parte de la Administración tributaria.

En definitiva, cabe concluir que la gestión del riesgo interpretativo exige:

- En primer lugar, identificar las áreas donde cabe esperar mayores incidencias asociadas a este riesgo. Obviamente esto depende primeramente de la actividad económica que desarrolle la compañía. Por ejemplo, las consecuencias tributarias relacionadas con las retenciones a practicar en productos financieros o a los trabajadores, la valoración de las importaciones en aduana, los sistemas de remuneración del personal expatriado, la localización de los servicios de apoyo a la gestión, la aplicación de incentivos fiscales, etc., tienen una importancia relativa diferente en los sectores financiero, de la construcción, energético o en compañías con diferente implantación internacional.
- En segundo lugar, la identificación de los procesos no recurrentes que implican decisiones que pueden tener una alta relevancia fiscal. En este sentido, los procesos de inversión y desinversión así como en general las operaciones corporativas suelen tener un componente tributario que en la mayoría de los casos es significativo.

Definidas ambas cuestiones, serán el aseguramiento de la disposición del conocimiento suficiente de la materia tributaria involucrada y la consideración del factor tributario en los procesos de decisión, los elementos que, conjuntamente con la adecuación de las políticas fiscales de la compañía, determinarán la mayor o menor exposición a este riesgo.

En el ámbito operacional esta perspectiva genérica se concreta más adelante en los llamados riesgos operacional, transaccional y de cumplimiento.

5.1.2. Riesgo legislativo

En relación con el riesgo legislativo, pueden distinguirse dos tipos de efectos.

Por un lado, el acelerado cambio de las normas fiscales, que están en continua modificación, con introducción de medidas temporales, transitorias, límites modificados con frecuencia anual, etc. Asimismo, la dificultad en gestionar las numerosas modificaciones no solo estriba en la cantidad, sino también en la complejidad de la normativa.

Las modificaciones experimentadas se introducen mediante numerosas leyes y reglamentos, de tal forma que durante el ejercicio 2014 se publicaron múltiples normas que incluían modificaciones en materia fiscal, lo que hace complicada la gestión fiscal y requiere un constante aprendizaje y estudio de esta (en España, por ejemplo, Ley 14/2013, 16/2013, 22/2013, 4/2014, etc.).

En este entorno, es necesario que las organizaciones cuenten con departamentos fiscales preparados y flexibles ante los cambios, con el tiempo disponible y preparación suficiente para afrontar la volatilidad de las normas fiscales y su impacto en la organización.

Por otro lado, a este contexto volátil y sujeto a continua evolución y cambio, se añade el plan de acción para evitar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios (BEPS, por sus siglas en inglés). En este sentido, las acciones que están siendo elaboradas en el contexto de BEPS están siendo objeto de interpretación unilateral por algunos Estados, lo que provoca posibles regulaciones distintas establecidas por los estados en diferentes momentos del tiempo. Un claro ejemplo de esta tendencia en el denominado *diverted profit tax* en el Reino Unido¹⁴.

Asimismo, como consecuencia de este contexto se han visto aumentadas las obligaciones tributarias y de información nacionales e internacionales, tendencia que se prevé ver incrementada en los próximos años como consecuencia del plan de acción BEPS, la modificación de la LSC y las reformas tributarias. El nuevo Reglamento del Impuesto sobre Sociedades ha incluido obligaciones de *Country by Country Report* antes de que sean internacionalmente obligatorias.

5.1.3. Riesgo reputacional

En el contexto actual de exigencia y escrutinio público en lo relativo a transparencia y cumplimiento justo con las obligaciones fiscales de las compañías, entran en juego una serie de factores que están ganando un peso sustancial dentro del mapa de riesgos de las compañías.

Por un lado, se debe tener en cuenta el cambio en el papel que juegan los asuntos fiscales. En este sentido, anteriormente se trataba de una función en la que interactuaban el departamento fiscal de la compañía y la Administración tributaria. En cambio, en la actualidad, podemos comprobar el incremento de grupos de interés en torno a los asuntos fiscales de una compañía: empleados, accionistas, clientes, ONG, etc.

Asimismo, actualmente el debate fiscal no solo está presente en la agenda diaria de las compañías sino que se plantea un debate público sobre la calidad de los sistemas fiscales y la adecuada contribución de los agentes económicos (*fair share*). Hoy en día, los asuntos fiscales ocupan titulares de prensa y son objeto de debate por parte de los gobiernos y organizaciones.

De conformidad con lo indicado por el Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa (RSC), esta RSC es una forma de dirigir las empresas basada en la gestión de impactos que genera su actividad sobre sus clientes, empleados, accionistas, comunidades locales, medioambiente y sobre la sociedad en general.

En este sentido, anteriormente la única cuestión en el ámbito de la fiscalidad internacional radicaba en evitar la doble imposición, sin conllevar connotaciones sociales negativas para aquellas compañías que minimizaban su carga fiscal mediante estructuras internacionales planificadas para ello.

¹⁴ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/385741/Diverted_Profits_Tax.pdf

En cambio, la crisis financiera ha supuesto un cambio en la percepción de la sociedad ante este tipo de comportamientos de modo que el riesgo reputacional ha pasado a formar parte del mapa de riesgos a gestionar por las compañías.

Este nuevo contexto precisa una gestión proactiva de los asuntos fiscales y debe considerar igualmente la tendencia hacia la transparencia que se está imponiendo en todos los ámbitos de la vida política y empresarial.

Un claro ejemplo de este nuevo contexto es la inclusión de la dimensión fiscal como un factor en la evaluación de la sostenibilidad de los negocios analizados por el *Dow Jones Sustainability Index*, no incluido en anteriores ediciones del índice.

5.2. RIESGOS FISCALES ESPECÍFICOS

Asimismo, los referidos autores han definido las siguientes cuatro categorías de **riesgos fiscales específicos**.

5.2.1. Riesgo de cumplimiento (*compliance*)

Riesgo asociado al proceso de preparación, revisión y cumplimiento de las obligaciones formales en materia tributaria.

En este sentido, de conformidad con lo entendido por la OCDE en sus guías en materia de *Compliance Risk Management: Managing and Improving Tax Compliance*¹⁵, todo sujeto pasivo tiene, de forma general, las siguientes obligaciones tributarias:

- Registro y alta en el sistema de obligados tributarios.
- Cumplimentación en tiempo y forma de declaraciones informativas exigidas por la norma.
- Cumplimentación de manera exacta y adecuada de las autoliquidaciones tributarias (preparación y revisión de declaraciones tributarias de cualquier tipo de impuesto).
- Pago de las obligaciones tributarias en plazo.

En el supuesto de no cumplir con alguna de estas obligaciones, surgiría un riesgo fiscal de cumplimiento. Este tipo de riesgo se encuentra implícito en los sistemas, procesos y procedimientos adoptados por una compañía para cumplir con sus obligaciones tributarias, por lo que se

¹⁵ <http://www.oecd.org/tax/administration/33818656.pdf>

puede observar una clara relación entre el coste de la función fiscal y la actitud de cada compañía frente al riesgo asociado a este tipo de sanciones fiscales.

En este sentido, resulta imposible eliminar totalmente el riesgo de cumplimiento, puesto que la búsqueda extrema de dicho objetivo conllevaría un coste asociado de los recursos empleados (personas, procesos y sistemas) excesivamente elevado.

Por tanto, es decisión de cada compañía decidir el nivel de riesgo del cumplimiento que está dispuesta a tolerar, según el perfil de cada organización.

Asimismo, el riesgo de cumplimiento se incrementa en organizaciones con presencia internacional, ya que no solo tienen que gestionar el cumplimiento de obligaciones a nivel nacional sino a nivel de cada jurisdicción en la que tenga presencia legal, complejidad que se agudiza en el caso de organizaciones con una función fiscal tendente a la centralización en el país de la matriz.

5.2.2. Riesgo operacional

Se corresponde con el riesgo fiscal asociado a la operativa de negocio ordinaria de una compañía y puede verse incrementado en la apertura de nuevas líneas de negocio, expansión internacional, negocios *online*, etc.

El riesgo operacional está vinculado con el riesgo de cumplimiento o *compliance* en la medida en que la materialización de un riesgo operacional mal gestionado puede generalmente implicar errores u omisiones estructurales en el proceso de cumplimiento con las obligaciones formales (desde la falta de declaración hasta el erróneo tratamiento de una operación u omisión de la misma en la declaración tributaria).

En este sentido, diferentes operativas conllevan diferentes niveles de riesgo fiscal asociados. Por ejemplo, un número elevado de operaciones internacionales entre compañías del grupo puede determinar un perfil de riesgo fiscal elevado en materia de precios de transferencia.

Otro posible ejemplo puede ser aquella organización con un nivel de internacionalización elevado que debe desplazar equipos a distintas localizaciones lo que podría llevar asociado el riesgo de establecimiento permanente.

Un último ejemplo, puede consistir en la apertura de una nueva línea de negocio que conlleve la realización de operaciones en un sector regulado (digamos el energético, bancario o telecomunicaciones) que pueden ofrecer particularidades en su fiscalidad que además suele variar dependiendo de las jurisdicciones en las que se desarrolle la nueva línea de negocio.

Este tipo de riesgo puede ser minimizado según la aversión o apetito al riesgo de cada compañía, así como en función de las características inherentes al negocio.

Conforme a la opinión de los referidos autores, cuanto más integrada esté la función fiscal de la compañía con el negocio, mejor se gestionan los riesgos operacionales.

5.2.3. Riesgo estratégico y transaccional

Riesgo fiscal relativo a transacciones de carácter no recurrente efectuadas por una compañía. En este sentido, existe una relación entre el riesgo transaccional y la actitud de la organización ante la planificación fiscal. Por ejemplo, en una compañía que tenga una actitud muy conservadora y reactiva ante la planificación fiscal, este riesgo se verá minimizado.

Los riesgos fiscales de carácter transaccional pueden verse incrementados en situaciones tales como:

- El departamento fiscal no está involucrado en la toma de decisiones de una transacción, o si lo está es en el último momento.
- Dentro de la organización no existe un proceso formalizado de identificación y gestión de riesgos en la toma de decisiones.
- Existen errores al documentar o controlar la implementación de una transacción una vez realizada la misma.

5.2.4. Riesgo financiero

En la mayoría de jurisdicciones, los datos incluidos en los estados financieros en el momento de presentación de las cuentas anuales deberían incluir una estimación de los impuestos a pagar en el futuro sobre las operaciones y transacciones llevadas a cabo durante el ejercicio.

Este riesgo se refiere a la incertidumbre en el reflejo contable de las distintas magnitudes tributarias (gasto o ingreso por impuesto, activos por impuesto, provisiones de riesgos fiscales, importes a devolver, etc.).

A modo de ejemplo, en España tenemos por un lado, las normas contables contenidas en el Plan General de Contabilidad [normas de registro y valoración n.º 12 relativa al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) (y otros impuestos indirectos) y la n.º 13 relativa a impuestos sobre beneficios que recogen los criterios básicos para el reflejo de los impuestos en los estados financieros] así como las resoluciones evacuadas por Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) que clarifican la aplicación práctica de estos criterios en cuanto a los activos y pasivos por impuesto corriente o diferido y su valoración, el gasto (o ingreso) por impuesto sobre beneficios, etc.

En el ámbito de las empresas cotizadas, la norma n.º 13 de las Normas Internacionales de Contabilidad¹⁶ (NIC) establece el tratamiento contable del impuesto sobre beneficios.

¹⁶ La Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea así como su posterior desarrollo a través del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolida-

Por otro lado, en el plano de la gestión interna del riesgo financiero asociado a los impuestos en las empresas cotizadas, es preciso tener en cuenta las recomendaciones vertidas por el Grupo de Trabajo creado en el seno de la CNMV en su informe (2010) relativo al Control Interno sobre la Información Financiera de las Entidades Cotizadas¹⁷. Dicho informe vino a dar respuesta a las demandas de transparencia de los mercados en un contexto de mayor sofisticación y complejidad en las normas de preparación de la información financiera.

En este sentido, no cabe duda de que la entrada en vigor de la LSC supondrá una mayor atención por parte de empresas, regulador e inversores a la gestión del riesgo financiero asociado al reflejo contable de las distintas magnitudes tributarias que conforme a la normativa vigente deben ser objeto de adecuado reflejo contable.

En definitiva, a la luz de todo lo anterior cabe concluir que la gestión de los asuntos fiscales es una tarea compleja que implica riesgos de diversa índole que deben ser identificados, gestionados, controlados y monitorizados por las empresas.

Si bien ni la LSC ni el CBPT desarrollan guías específicas sobre la gestión de los riesgos fiscales, las mejores prácticas en materia de control interno y gestión de riesgos empresariales para compañías multinacionales (COSO) requieren una estrategia fiscal alineada con los valores corporativos y estrategia de negocio así como la implementación proactiva de la misma en el día a día de la organización a través de políticas, procesos y controles.

Asimismo, algunos países como Australia o Reino Unido sí han desarrollado recomendaciones sobre riesgos fiscales. En este sentido, la Administración de Australia publicó el pasado mes de julio un informe¹⁸ en relación con la gestión de riesgos fiscales asociada al buen gobierno corporativo, indicando ejemplos prácticos de controles y responsabilidades como una guía que sirva de orientación para las grandes empresas.

6. PARAÍOS FISCALES Y ENTIDADES DE PROPÓSITO ESPECIAL

En este punto trataremos de dar respuesta a qué debe entenderse por paraíso fiscal a los efectos del requerimiento de la aprobación del consejo de administración en los supuestos de «la creación o adquisición de entidades domiciliadas en paraísos fiscales» que se establece en la letra g) del nuevo artículo 529 ter de la LSC.

das y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre.

¹⁷ https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Grupo/Control_interno_sciifc.pdf

¹⁸ <https://www.ato.gov.au/Business/Large-business/In-detail/Key-products-and-resources/Tax-risk-management-and-governance-review-guide/>

Para lograr este propósito, en primer lugar, hay que identificar cuándo cabe calificar que una entidad está domiciliada en un paraíso fiscal y, en segundo lugar, las consecuencias de la eventual aprobación de su constitución o adquisición.

En nuestro país ha hecho fortuna la denominación «paraíso fiscal»¹⁹ para señalar coloquialmente aquellas jurisdicciones que típicamente son utilizadas para evadir impuestos y refugiarse el dinero obtenido de forma ilícita. Así, se reconoce bajo esta denominación (y otras como Centros *Offshore*) a las jurisdicciones que han hecho del secreto bancario, de la baja o nula fiscalidad y de la opacidad de la información sobre quienes allí operan, su sistema de atracción de capitales de todo el mundo. Su existencia y sus características son conocidas por todos los gobiernos desde su generalización a mediados del siglo pasado. No obstante durante muchos años la mayor parte de los países no les prestaban gran atención bien porque no suponían una amenaza significativa para sus economías o más simplemente porque formaban parte de su ámbito de control político y económico.

Sin embargo, el desarrollo del transporte y de las comunicaciones permitieron la localización fiscal de actividades empresariales y personales fuera de los lugares donde se produce o donde se vende y los movimientos internacionales de capitales se convirtieron en meras transferencias telemáticas. Estas posibilidades más un entorno económico y regulatorio como el vivido en el mundo en los últimos 20 años del siglo pasado dispararon la renta transferida a estas jurisdicciones.

Esto provocó que, ya en los años 90, muchos estados trataran de defenderse de la competencia fiscal que representaban estas jurisdicciones penalizando el régimen tributario aplicable a cualquier tipo de vinculación económica con este tipo de territorios. Esto exigía identificar qué jurisdicciones había que calificar concretamente como paraísos fiscales.

Son muchas las definiciones de paraíso fiscal. A los efectos de lo que aquí se trata consideramos que la recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012, tanto por el organismo que la propone como por el contenido de la misma, es una buena referencia para este análisis. Esta recomendación establece que un país no cumple los estándares de buena gobernanza fiscal cuando se dan los dos siguientes supuestos:

- No tiene adoptadas medidas legales, regulatorias y administrativas que satisfacen los estándares de transparencia e intercambio de información establecidos por la Unión Europea y que básicamente se refieren a la existencia del derecho de las autoridades fiscales del país de referencia a conocer las posiciones fiscales de cualquier entidad que opera en ese país así como la existencia de mecanismos legales para compartir esa información con otros países dentro de los mecanismos internacionales de intercambio de información.

¹⁹ No obstante que la referencia en inglés *Fiscal Paradise* existe (National Bureau of Economic Research WP 3477), el término común de referencia es *Tax Haven* (refugio fiscal).

- Tiene normas asociadas a la tributación empresarial que puedan calificarse como dañinas. A este respecto las normas que otorgan un muy reducido nivel de tributación, incluso la tributación cero, en comparación con las que aplican con carácter general en ese país tienen que calificarse como «potencialmente dañinas» (*potentially harmful*). A la hora de confirmar si tales medidas son dañinas se deben considerar los siguientes aspectos:
 - En qué medida estas normas se aplican solo a no residentes o en relación con operaciones con no residentes.
 - En qué medida el mercado doméstico está protegido de la aplicación de estas normas.
 - En qué medida estas normas exigen una presencia económica real (sustancia) para poder ser aplicadas.
 - En qué medida las normas de determinación del beneficio sujeto a tributación se apartan de los estándares OCDE para su cálculo.
 - En qué medida las normas fiscales en cuestión incorporan medidas de falta de transparencia.

Aunque ambas características han definido siempre a los paraísos fiscales desde los primeros intentos de identificar qué jurisdicciones cabía calificar como tales, se comprobó que dicho propósito habría de enfrentarse a un cierto dilema, ya que inmediatamente se comprobó que el reproche a los mismos adquiriría un sesgo diferente cuando lo que se cuestionaba era la opacidad, en comparación con la discusión sobre la baja o nula tributación. El amparo que la opacidad puede dar a rentas de origen ilícito es un motivo de gran entidad para que la transparencia y el intercambio de información sean rápidamente aceptadas y exigidas en condiciones de reciprocidad por los estados. Sin embargo, fijar los estándares del grado de tributación que un país deba exigir en su ámbito de soberanía para evitar la planificación fiscal de los residentes de otro estado es otra cuestión.

Esto ha determinado que finalmente los estados hayan evolucionado en la identificación de países concretos como paraísos fiscales en base, fundamentalmente, al grado de cumplimiento de ciertos estándares de transparencia, tanto bilaterales como multilaterales.

En España, la Ley 17/1991, de medidas fiscales urgentes, estableció la no tributación en nuestro país de ciertas rentas obtenidas por no residentes salvo «que fueran obtenidas a través de los países o territorios que se determinen reglamentariamente por su carácter de paraísos fiscales». En respuesta a este mandato el Real Decreto 1080/1991 determinó una lista de 48 territorios que se califican como paraísos fiscales de tal forma que quien operara a través de estos territorios no le aplicaba la exención. A partir de ese momento esta lista es la que ha servido de referencia en la normativa tributaria española. En el año 2003 se incluyó una cláusula según la cual dejaban de considerarse en la lista aquellos países que o bien hubieran firmado un convenio para evitar la doble imposición con España con cláusula de intercambio de información o bien hubieran firmado un acuerdo de intercambio de

información tributaria. Finalmente la disposición adicional primera de la Ley 36/2006 de medidas para la prevención del fraude fiscal y su vigente redacción incorporada por la disposición final segunda de la Ley 26/2014 han reafirmado el peso de la opacidad como elemento determinante a la hora de que España penalice cualquier jurisdicción calificándola como paraíso fiscal. En la actualidad la lista española de paraísos fiscales la forman 33 jurisdicciones²⁰, pero hay que tener en cuenta el carácter abierto de dicha lista ya que la misma se ha de actualizar en función de los siguientes criterios:

- La existencia de un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información, un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio de asistencia administrativa mutua en materia fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa.
- Que no exista un efectivo intercambio de información. Los términos que determinarían esta calificación están pendientes de desarrollo reglamentario
- Los resultados de las evaluaciones inter pares realizadas por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales.

En definitiva, nuestro ordenamiento tiene establecido cuáles son los territorios que se han de calificar a efectos tributarios como paraísos fiscales siendo la falta de transparencia y de accesibilidad a la información de naturaleza tributaria que las jurisdicciones incluidas en la lista tiene con España el principal criterio de acceso a esta lista.

A partir de aquí la cuestión estriba en determinar si existe una lista distinta de la prevista en nuestro ordenamiento que por razón de su consenso internacional pudiera, en su caso, ser referencia complementaria en relación con lo previsto por la LSC en relación con paraísos fiscales.

La OCDE inició a mediados de los años 90 del siglo pasado un proceso de análisis y de propuestas de medidas para evitar lo que se empezó a denominar competencia fiscal desleal (*harmful tax competition*) que se identifica con la distorsión del comercio y la inversión, además de la erosión de bases de tributación nacionales, motivada por la proliferación de regímenes fiscales destinados a atraer actividades empresariales de otras jurisdicciones ofreciendo una reducida tributación. En el año 1996 se encarga al Comité Fiscal de la OCDE (CFA) la propuesta de recomendaciones para atajar esta cuestión. Estas salen a la luz en 1998 contenidas en el documento *Harmful Tax Competition; An emerging Global Issue* que contiene 19 recomendaciones. En relación con lo que aquí se analiza hay que señalar que la importancia de este documento estriba en que, por un

²⁰ Emirato del Estado de Bahréin, Sultanato de Brunei, Gibraltar, Anguilla, Antigua y Barbuda, Bermuda, Islas Caimanes, Islas Cook, República de Dominica, Granada, Fiji, Islas de Guernesey y de Jersey (Islas del Canal), Islas Maldivas, Islas de Man, Islas Marianas, Mauricio, Montserrat, República de Naurú, Islas Salomón, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Islas Turks y Caicos, República de Vanuatu, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, Reino Hachemita de Jordania, República Libanesa, República de Liberia, República de Liechtenstein, Macao, Principado de Mónaco, Sultanato de Omán y República de Seychelles.

lado, establece una serie de criterios para definir qué se ha de entender por paraíso fiscal (capítulo 2) y, por otro, se recomienda que se haga una lista de paraísos fiscales (recomendación 16).

Las características que identifican a un paraíso fiscal, según este documento, son cuatro:

- Inexistencia de impuestos o solo nominales.
- Falta de acuerdos de intercambio de información efectivos.
- Falta de transparencia de los procesos legislativos o administrativos.
- Inexistencia de requerimientos de sustancia por las actividades desarrolladas.

En relación con la creación de la lista de paraísos fiscales lo que acaba ocurriendo es que en el año 2000 se constituye el *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes* que, aunque auspiciado por la OCDE, lo forman más países que los que pertenecen a este organismo y que, como su nombre indica, centra su propósito en establecer los estándares de transparencia en relación con la información tributaria. Efectivamente se crea una lista de países pero referida al cumplimiento o no de los estándares de transparencia e intercambio de información. Especialmente a partir de 2009 en el que este organismo se reorganiza, cabe decir que los avances realizados en materia de intercambio de información tributaria entre los países son muy importantes y tal como revela el último informe correspondiente a 2014 en que, según esta organización, la lista de países no cumplidores con los estándares de transparencia es muy exigua. Esta lista es la que está ya incorporada en la lista española tal como ha quedado señalado más arriba.

Además de las de la OCDE otras listas elaboradas por organismos internacionales que cabría considerar las constituirían las mencionadas en el estudio realizado por el Parlamento Europeo²¹ que incluyen al Fondo Monetario Internacional (FMI) y al Banco Internacional de Pagos con sus respectivas listas de centros financieros *offshore* y la correspondiente a Financial Action Task Force que se refiere a jurisdicciones no colaborativas con la persecución del lavado de dinero y la financiación del terrorismo. Merece la pena mencionar el caso de los Estados Unidos que desde 2008 y con base en el informe elaborado por la United States Government Accountability Office (GAO), utiliza una lista que se forma por la inclusión de tres listas de referencia que son la lista de la OCDE, la lista elaborada por National Bureau of Economic Research y, finalmente, otra elaborada por el Internal Revenue Service. En cualquier caso hay que señalar que ninguna de estas listas tiene el consenso internacional alcanzado por el Global Forum al que está también adherido España.

Asimismo, el pasado 17 de junio de 2015 la Comisión Europea presentó un Plan de Acción para reformar de manera sustancial el impuesto sobre sociedades en la Unión Europea²², dentro

²¹ «European Initiatives on eliminating tax havens and offshore financial transactions and the impact of these constructions on the Union's own resources budget» (2013).

²² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5188_es.htm

del cual se recoge como iniciativa para incrementar la transparencia la publicación de una lista de jurisdicciones «no colaborativas en materia fiscal».²³

En este sentido, con la colaboración de algunos de los principales países, se han utilizado criterios basados en la transparencia, intercambio de información y competición justa a efectos de identificar las 30 jurisdicciones menos colaborativas, entre las que destaca la presencia de Andorra, Liechtenstein o Panamá, entre otras.

Otras listas que tienen su ámbito de repercusión son las producidas por organizaciones no gubernamentales tales como, entre otras, la elaborada por el Tax Justice Network que desde 2011 ha desarrollado el llamado Financial Secrecy Index para identificar las jurisdicciones que reciben los fondos de actividades ilícitas basadas en su falta de transparencia sobre la base de la actividad económica que generan. Este representa un enfoque distinto al tradicionalmente considerado alrededor de los paraísos fiscales como localizaciones *offshore* poniendo más el acento en lo que serían elementos de competencia fiscal desleal.

Asimismo, es de consideración mencionar la lista de jurisdicciones no cooperadoras en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo elaborada por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)²⁴ desde comienzos de 2009, en la que se identifican aquellas jurisdicciones que no desarrollan las medidas preventivas necesarias para proteger la integridad de su sector financiero. En este sentido, GAFI lleva a cabo de manera continua un proceso de actualización de la lista, permitiendo la identificación de aquellas jurisdicciones que no cumplen con los estándares internacionales en la materia, y pueden ser consideradas, por tanto, jurisdicciones de alto riesgo y no cooperadoras.

En definitiva cabe decir que:

- La identificación como paraíso fiscal de una jurisdicción concreta a los efectos de lo previsto en la LSC ha de realizarse sobre la base de la lista de países definidos como tales por nuestro ordenamiento tributario, el cual se sustenta también en su remisión a los estándares internacionales de mayor aceptación que son los de la OCDE.
- Esta referencia es independiente y complementaria del cumplimiento de las legislaciones tributarias nacionales que, en su caso, establezcan previsiones específicas en materia de paraísos fiscales, incluida la posibilidad de que la referida legislación identifique como paraísos fiscales otros territorios.
- Esta remisión no va a evitar que tanto con referencia a listas de organismos internacionales como con referencia a listas producidas por organizaciones privadas no se pueda decir, aunque sin efectos jurídicos, que un cierto país o jurisdicción es un

²³ http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/gen_info/good_governance_matters/lists_of_countries/index_en.htm

²⁴ <http://www.fatf-gafi.org/topics/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/>

paraíso fiscal ya que no existe un estándar internacionalmente aceptado que, por un lado, defina que es un paraíso fiscal y, por otro, evalúe su concreción específica en una jurisdicción concreta.

Definido lo anterior corresponde establecer cuál es el ámbito de utilización de paraísos fiscales que se establece en la LSC.

En primer lugar, existe un mandato asociado al deber de supervisión del consejo en relación con la efectiva incorporación al grupo de sociedades de entidades localizadas en paraísos fiscales y, en segundo lugar, que, implícitamente, se está exigiendo definir las circunstancias, que sin contrariar el interés social, habiliten esta aprobación.

Por tanto, el cumplimiento de esta función indelegable requiere tanto establecer los mecanismos de control interno necesarios para que la lista de paraísos definida por España sea conocida y aplicada por el conjunto de la organización, como que el consejo autorice su creación o adquisición siempre que no lo sea con fines de ocultación de la información tributaria o con el propósito de trasladar ficticiamente actividades para eludir el pago de impuestos en donde realmente se realiza esa actividad determinada. Obviamente este segundo aspecto requerirá que los requisitos de sustancia de las actividades y de propósitos económicos sean cumplidos materialmente.

Por último, conviene delimitar qué se entiende por entidad de propósito especial (EPE) también denominadas «sociedades instrumentales» o «Special Purpose Vehicle» (SPV).

De acuerdo con la Interpretación SIC 12 sobre Consolidación-Entidades de Cometido Específico (ECE), estas se definen como entidades creadas para alcanzar un objetivo concreto y perfectamente definido de antemano (por ejemplo, para llevar a cabo un arrendamiento, actividades de investigación y desarrollo o la titulación de un activo financiero). Tales ECE pueden tener la forma jurídica de sociedades de capital, fideicomisos o asociaciones entre entidades, o bien ser una figura sin forma jurídica de sociedad. Las ECE se crean, a menudo, sujetas a condiciones legales que imponen límites estrictos, y a veces permanentes, a los poderes que sus órganos de gobierno, consejeros o directivos poseen sobre las operaciones de la entidad.

En determinados ámbitos de actividad (infraestructuras, energía, telecomunicaciones, etc.), la constitución de este tipo de entidades es un instrumento habitual y frecuente para el desarrollo de proyectos que puede atender a diversos motivos de negocio, tales como regulatorios (concesión de una licencia), financieros (financiación de infraestructuras) o empresariales (negocios conjuntos) sin que en estos casos la fiscalidad sea un factor relevante en la constitución de este tipo de entidades.

Sobre esta base, parece razonable interpretar que la aprobación por parte del consejo de administración de las entidades cotizadas, de la creación o adquisición de entidades de propósito especial únicamente tiene sentido cuando la misma se encuentre domiciliada en paraísos fiscales, o pueda menoscabar de alguna manera la transparencia de la sociedad y su grupo.

7. CONCLUSIONES

- La modificación de la LSC, España ha supuesto la incorporación a normativa positiva de la mayor parte de los estándares internacionales que en materia de gobierno fiscal estaban recogidos en recomendaciones de buen gobierno corporativo.
- Los nuevos requerimientos de la LSC han completado la configuración del estatuto de responsabilidad de los administradores de las compañías cotizadas. Tanto el Código Penal como la LGT descansan en la legislación mercantil a la hora de derivar responsabilidad tributaria y delimitar la diligencia debida del buen y ordenado empresario (*business judgement rule*).
- Las empresas cotizadas españolas deben adecuarse al nuevo entorno normativo mediante la formalización, revisión y actualización de sus estrategias fiscales y políticas de gestión del riesgo fiscal, así como el marco global de control de riesgos fiscales, a efectos de cumplir con los nuevos requerimientos de la LSC.
- La elaboración de una estrategia fiscal carece de sentido si la misma no va acompañada de medidas e instrumentos concretos que ayuden a llevar a cabo la misma a lo largo de la organización. El estándar COSO ha sido tomado como marco de referencia por parte de la OCDE para la elaboración de un marco de control fiscal (*Tax Control Framework*) si bien se reconoce que el mismo requerirá una adaptación específica a la práctica tributaria de cada grupo empresarial.
- La nueva regulación puede considerarse como marco de referencia por aquellas compañías no cotizadas que quieran ser consideradas como mejores prácticas en lo relativo a gobierno fiscal corporativo, teniendo en cuenta la relevancia en el contexto actual del factor reputacional asociado a los asuntos fiscales.
- El marco definido por la LSC debiera completarse con el desarrollo normativo de un marco de cumplimiento cooperativo. La modificación del artículo 92 de la LGT indicaría que esta es una línea de desarrollo que se está considerando.

- Satisfacción de los tributos propios y soportados.
- Satisfacción de los tributos retenidos y pagados por cuenta de terceros.
- Cumplimiento de las obligaciones de información tributaria.

Desde su perspectiva espacial las obligaciones tributarias han de cumplirse en todas las jurisdicciones donde la compañía opere.

En definitiva, el marco objetivo de las obligaciones de control y supervisión del cumplimiento de las obligaciones tributarias exigible a los administradores de la sociedad cotizada alcanza a todos los tributos y a todos los territorios donde la sociedad ejerza su actividad.

En cuanto a cómo debe influir la nueva regulación en las compañías no cotizadas, Jesús GASCÓN¹ acertadamente plantea que debería operar como marco de referencia para otras empresas que quieran reforzar su gobierno corporativo y minimizar sus riesgos fiscales, así como las potenciales consecuencias reputacionales asociadas.

Finalmente consideramos relevante señalar que de acuerdo con lo previsto en la ley, los riesgos fiscales han de ser incardinados y gestionados como parte de los riesgos empresariales. Sin perjuicio de lo que más adelante se desarrollará en relación con la definición y clasificación de los riesgos fiscales consideramos que cuando la ley se refiere a este concepto lo está haciendo en el entendimiento de que el cumplimiento de las obligaciones tributarias exige un proceso de gestión de riesgos propio. Los elementos básicos que conforman la naturaleza específica de este riesgo son los siguientes. En primer lugar, las empresas han de estimar y aplicar autónomamente, con base en su mejor juicio, cual es la normativa aplicable. En segundo lugar, esta estimación está sometida a verificaciones posteriores externas que no solo pueden contradecir la estimación hecha por la compañía sino que además pueden dilatarse significativamente en el tiempo. Por tanto, los factores de complejidad asociados a la toma de las decisiones de aplicación de las normas tributarias como la pendencia en la procedencia de dicha decisión, dotan a esta materia de un factor de incertidumbre que dada su relevancia económica justifican plenamente su inclusión dentro de los riesgos económicos empresariales.

2. EL BUEN GOBIERNO EMPRESARIAL COMO MARCO DE REFERENCIA

Tal como señala expresamente la exposición de motivos de la LSC, esta norma se basa en las recomendaciones que, sobre gobierno corporativo, se han venido promoviendo tanto en nuestro país como internacionalmente y supone un tránsito del ámbito de las recomendaciones de carácter no vinculante a medidas de carácter imperativo. Por lo tanto, al objeto de lograr el propósito

¹ http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2014_19.pdf

de descifrar el contenido específico de las obligaciones impuestas por la ley, es necesario tomar en consideración las referencias más pertinentes en materia del llamado buen gobierno empresarial y dentro de estas las que específicamente se refieren a la gestión de los asuntos fiscales.

En este punto nos centraremos por tanto en aquellos códigos de referencia que abordan específicamente el buen gobierno tributario.

2.1. RECOMENDACIONES DE LA OCDE PARA EMPRESAS MULTINACIONALES²

Las recomendaciones realizadas en esta materia a lo largo de los últimos años por diversos organismos internacionales cabe sintetizarlas en los trabajos realizados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Así, en el año 2006 el Foro de la OCDE sobre Administración tributaria aprobó la declaración de Seúl en virtud de la cual se identifican diversos campos de actuación entre los que se encuentran:

«[...] Fomentar, por parte de la alta dirección de grandes empresas (por ejemplo, consejeros delegados y Consejos de Administración) mayor interés y responsabilidad, en sus estrategias fiscales.

[...] (iii) Ampliar las Directrices sobre Buen Gobierno Corporativo para otorgar mayor atención a la relación entre tributos y el concepto de buen gobierno».

En este mismo sentido, la OCDE establece en su Comunicado de Ciudad del Cabo (enero de 2008):

«[...] También hemos analizado el trabajo en curso para explorar las opciones para la aplicación de los principios de gobierno corporativo de la OCDE al área fiscal y continuaremos compartiendo experiencias y manteniendo el diálogo con los Consejos de las compañías cotizadas en relación con el enfoque de gestión de riesgos fiscales».

Asimismo, la OCDE en su nota informativa sobre Gobierno Corporativo y Gestión del Riesgo Fiscal³ (julio 2009) recoge y desarrolla las experiencias de tres países (Australia, Canadá y Chile) en relación con la promoción del buen gobierno corporativo y desarrollando enfoques para la gestión de los riesgos fiscales. La conclusión de dicho análisis sugiere que hay un número de

² OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises* (2011).

³ Information Note General Administrative Principles: Corporate governance and tax risk management (julio 2009) <http://www.oecd.org/tax/administration/43239887.pdf>

beneficios comunes, retos y consideraciones sobre buenas prácticas como denominador común en dichos países a pesar de las diferencias regulatorias entre los mismos.

Finalmente, es en el año 2011 con la publicación del documento *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* donde se entra en cierto detalle en esta materia. El documento de la OCDE dedica su capítulo XI a la tributación (*taxation*) estableciendo los siguientes principios:

2.1.1. Interpretación de las normas tributarias atendiendo a la letra y al espíritu de la norma

«Es importante que las empresas contribuyan a las finanzas públicas pagando en plazo sus obligaciones tributarias. En particular las empresas han de cumplir tanto con la letra como con el espíritu de la normativa tributaria de los países donde opera. Cumplir con el espíritu de las leyes significa descifrar y aplicar la intención de las leyes. Esto no exige que una empresa pague por encima de lo que la ley le exige de acuerdo con estos criterios interpretativos».

En el caso de compañías sujetas a derecho español este principio coincide con lo establecido en nuestro ordenamiento tributario para la aplicación de las normas tributarias [Ley General Tributaria (LGT), Código Civil]. En los comentarios siguientes se destaca que las compañías cumplen con el espíritu de las normas en tanto que adopten todas las medidas razonables para determinar su intención. Asimismo se señala la consistencia de la tributación con los efectos económicos subyacentes (*underlying economic consequences*) de las operaciones como criterio interpretativo de referencia. Es de destacar, también, la mención al exceso de tributación como un resultado no exigible de la aplicación correcta de las leyes tributarias. Esta mención destaca, en definitiva, que el interés social de cualquier compañía asociado a la gestión de lo tributario descansa en el pago preciso de los tributos debidos, pudiendo constituir, en su caso, el defecto o el exceso de la contribución tributaria un incumplimiento de la diligencia debida en esta materia por parte de los responsables de gestionar dicha contribución.

2.1.2. Transparencia y cooperación con las autoridades fiscales

«El cumplimiento de las obligaciones tributarias incluye las medidas destinadas al suministro en plazo a las autoridades tributarias la información que es relevante o requerida con el propósito de la correcta determinación de los impuestos que correspondan a las operaciones realizadas y de acuerdo con el principio de precio de mercado arm's length principle aplicable a los precios de transferencia».

La obligación de información por parte de las empresas sujetas al derecho español se encuentra recogida en nuestro ordenamiento tributario (art. 93 de la LGT).

Por otro lado, los comentarios establecen que la colaboración en el suministro de información por parte de las empresas se encuentra limitada a aquella información que sea relevante para que las autoridades fiscales puedan hacer cumplir las leyes tributarias correspondientes.

Para entender el origen del concepto de relación cooperativa, debemos remontarnos al año 2002 cuando la OCDE creó el Foro de la Administración Tributaria (FTA, por sus iniciales en inglés) cuyos objetivos principales son facilitar la identificación y discusión de tendencias globales así como el desarrollo de nuevas ideas para reforzar la administración de los tributos.

En mayo de 2013, la OCDE sobre la base del informe relativo a la Cooperación Reforzada realizado en 2008, publicó el informe «Cumplimiento Cooperativo: Un marco, desde la Relación Reforzada al Cumplimiento Cooperativo» (el informe de CC).

El informe de CC resume las experiencias de los primeros años de CC en distintos países y está basado en encuestas realizadas a 21 países miembros del FTA. Las conclusiones del informe confirman que los cinco requisitos principales que deben concurrir en el marco del CC son los siguientes:

- Conocimiento empresarial.
- Imparcialidad.
- Proporcionalidad.
- Actitud abierta a la transparencia mediante el desglose de información.
- Capacidad de respuesta.

La imparcialidad y la capacidad de respuesta son identificadas como elementos esenciales para las Administraciones tributarias, y la actitud abierta y transparente son elementos esenciales por parte de los obligados tributarios que en ocasiones implicará ir más allá de lo establecido por la ley.

Aparte de la experiencia española alrededor del CC que comentamos más adelante en el epígrafe 2.2 del presente documento, conviene repasar algunas de las iniciativas más representativas en el entorno de la OCDE⁴:

- **Australia** ha sido siempre un referente en el establecimiento de soluciones innovadoras para el cumplimiento fiscal, la gestión de los riesgos fiscales, la minimización de riesgos para las autoridades fiscales, etc.
- En la actualidad, el CC se centra en el denominado «Annual Compliance Arrangement» (ACA) que fue formalmente introducido en 2008. Si bien el éxito de la medida ha sido limitado hasta la fecha (alrededor de cinco acuerdos concluidos), la

⁴ VAN DER ENDEN, E. y BRONZEWSKA, K.: *The Concept of Cooperative Compliance* (Bulletin for International Taxation, 2014 (volumen 68), n.º 10).

introducción del anexo sobre «posiciones notificables» (*reportable positions*) desde el año 2013 hace prever un incremento de esta iniciativa en los próximos años.

El ACA es un procedimiento administrativo para gestionar las obligaciones de cumplimiento en un entorno abierto y transparente que está disponible para todos aquellos contribuyentes identificados como clave en el proceso de valoración del riesgo por parte de las autoridades fiscales. Su alcance comprende el impuesto sobre sociedades, imposición indirecta, impuestos especiales y asociados al empleo.

- **Países Bajos** fue uno de los primeros países que apostó por el CC a través de la introducción del denominado «Monitorización Horizontal» (*Horizontal Monitoring*) en el año 2005. El sistema se basa en la confianza mutua, la transparencia y el entendimiento en el que los contribuyentes que participan requieren un marco de control fiscal robusto. Actualmente, la gran mayoría de los grandes contribuyentes en los Países Bajos forman parte del programa, así como también muchos otros grupos empresariales.

En cuanto al funcionamiento del programa, el mismo ha sido revisado por la Administración tributaria holandesa, y los principales puntos de atención han sido la medición del desempeño del programa y, por otro lado, la falta de claridad en la definición del concepto de marco de control fiscal.

- **Estados Unidos** adoptó en 2005 el programa piloto «Procedimiento de Validación de Cumplimiento» (CAP, por sus siglas en inglés) que en 2011 fue adoptado como permanente. El proceso se divide en tres fases: Fase Pre-CAP, Fase CAP y Fase de Mantenimiento del Cumplimiento. El proceso orientado a grandes contribuyentes se articula a través de la firma de un Memorando de Entendimiento (MOU, por sus iniciales en inglés) y tiene por fin abandonar el enfoque tradicional de revisión *ex post* a la declaración a un enfoque *ex ante* en el que las cuestiones son resueltas entre ambas partes antes de la presentación de la declaración.

Como en el caso de los Países Bajos, existen dificultades para evaluar la eficiencia del programa, pero las autoridades fiscales en Estados Unidos han informado sobre el hecho de que el proceso de comprobación CAP consume más horas que el proceso de inspección tradicional, si bien se recomienda el diseño e implantación de un modelo de evaluación para medir costes y beneficios.

Procede, por tanto, concluir que hay países relevantes de nuestro entorno que están tomando medidas decididas para avanzar en la implantación de sistemas de CC con distintos enfoques, niveles de intensidad y resultados.

El CC es un planteamiento complejo que requiere no solo cambios importantes en los recursos materiales y humanos por parte de las empresas, las Administraciones públicas y las firmas de servicios profesionales en el ámbito tributario, sino también y sobre todo requiere un cambio cultural en el enfoque de las relaciones entre los distintos agentes involucrados, pasando de la tradicional desconfianza entre los mismos a un entorno de confianza mutua sostenida por un marco de actuación que ofrezca incentivos para todas las partes.

Es preciso apuntar que las obligaciones que introduce la LSC alrededor del gobierno fiscal incumben solo a las empresas, que deben adaptar sus sistemas de control fiscal al estándar que representa el CC en términos de identificación y gestión de riesgos fiscales mediante los adecuados procesos y controles, la adecuada segregación de funciones y toma de decisiones, todo ello de acuerdo con las políticas y la estrategia aprobada por el consejo de administración, como se analiza en el presente documento.

Por tanto, desde la perspectiva del CC estas nuevas obligaciones para las empresas cotizadas no encuentran actualmente una contrapartida que suponga un incentivo para que las mismas aborden esta obligación como una oportunidad para la mejora de las relaciones con la Administración tributaria en nuestro país.

A este respecto, la modificación de la LGT, recientemente aprobada publicada en el Boletín Oficial del Estado y que entrará en vigor el día 12 de octubre⁵, contiene una medida que apunta en la buena dirección. La modificación de la redacción actual del artículo 92.2 introduce una mención específica al cumplimiento cooperativo de las obligaciones tributarias.

Debe precisarse que el artículo 92 se refiere a «colaboración social» y su apartado 1 establece que «los interesados podrán colaborar en la aplicación de los tributos en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen».

Así, la nueva redacción del apartado 2 establece:

«2. En particular, dicha colaboración podrá instrumentarse a través de acuerdos de la Administración tributaria con otras Administraciones públicas, con entidades privadas o con instituciones u organizaciones representativas de sectores o intereses sociales, laborales, empresariales o profesionales, y, específicamente, con el objeto de facilitar el desarrollo de su labor en aras de potenciar el cumplimiento cooperativo de las obligaciones tributarias, con los colegios y asociaciones de profesionales de la asesoría fiscal».

Consideramos que esta medida, recientemente aprobada, coadyuva a posibles desarrollos en el ámbito del cumplimiento cooperativo en el seno del Foro de Grandes Empresas promovido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) y el Código de Buenas Prácticas Tributarias referido en la epígrafe 2.2 del presente documento.

2.1.3. Responsabilidad del consejo de administración sobre la gestión de los riesgos fiscales

«Las empresas deben tratar la gestión fiscal y la aplicación de los tributos como elementos importantes dentro de la gestión y supervisión general de riesgos. En con-

⁵ <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186&tn=1&vd=&p=20150922&acc=Elegir>

creto los consejos de administración deben adoptar estrategias de gestión que permitan identificar y evaluar los aspectos financieros, regulatorios y reputacionales de los riesgos fiscales».

Para dar cumplimiento a este deber por parte de los consejos, los comentarios inciden no solo en la determinación proactiva de los principios orientativos de la política fiscal, sino en el establecimiento de marcos de control interno en la gestión de los asuntos fiscales que aseguren que las decisiones en materia fiscal son consistentes con la visión del consejo de administración.

Establecen los comentarios que el compromiso de las compañías con la cooperación, la transparencia y el cumplimiento tributario deben estar reflejados en políticas y estructuras de gestión de riesgos y esto asume que lo es en tanto que la incorporación de la gestión de los riesgos fiscales en las políticas generales de gestión de riesgos le ha de permitir a la compañía evitar riesgos financieros, regulatorios y reputacionales.

2.1.4. Los precios de transferencia como aspecto relevante en materia de fiscalidad y responsabilidad corporativa

Otra cuestión relevante desde el punto de vista del comportamiento responsable de las empresas en el ámbito fiscal son los precios de transferencia. La espectacular expansión de los intercambios mundiales y de las inversiones directas transnacionales (y el destacado papel que desempeñan las empresas multinacionales en estos intercambios e inversiones) supone que los precios de transferencia tienden a ser actualmente un factor determinante esencial de las obligaciones fiscales de los miembros de un grupo multinacional. Se subraya en el texto de las directrices que suele ser difícil, tanto para las empresas multinacionales como para las administraciones fiscales, establecer si los precios de transferencia respetan el principio de plena competencia.

Ya en 2011 se apuntaba la importancia esencial de los precios de transferencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias en materia del impuesto sobre beneficios de las entidades pertenecientes a grupos multinacionales, principalmente porque la determinación de los precios de transferencia influye de forma sustancial en la división de la base imponible entre los distintos países en los que opera una compañía multinacional.

2.2. CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS TRIBUTARIAS

Con origen en las recomendaciones realizadas por la OCDE en las, ya mencionadas, conferencias de Seúl (2006) y Ciudad el Cabo (2008), la Administración tributaria española promovió en 2009 el llamado Foro de las Grandes empresas con el propósito de impulsar una relación cooperativa entre grandes empresas y la Administración tributaria. Uno de los resultados de este foro es el llamado código de buenas prácticas tributarias (CBPT) de julio 2010 al cual están adheridas 82 empresas españolas.

En la introducción del código se señala que «(...) la adecuada gestión de los riesgos inherentes al cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de las empresas demanda una mayor cooperación recíproca con la administración tributaria». De esta forma el código estructura las buenas prácticas fiscales en tres grupos que son:

- Transparencia, buena fe y cooperación con la Agencia Tributaria en la práctica fiscal empresarial.
- Transparencia y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación de las normas tributarias por parte de la agencia tributaria.
- Reducción de la litigiosidad y evitación de los conflictos.

Dentro de las buenas prácticas que corresponden a las empresas se incluyen las siguientes:

- «La **reducción de riesgos fiscales** significativos y la **prevención** de aquellas conductas que puedan generarlos».
- «La evitación de la utilización de **estructuras de carácter opaco** con finalidades tributarias». En este punto se definen estas estructuras como «aquellas en las que mediante la interposición de sociedades instrumentales a través de paraísos fiscales o territorios no cooperantes con las autoridades fiscales, estén diseñadas con el propósito de impedir el conocimiento por parte de la Agencia Tributaria, del responsable final de las actividades o el titular último de los bienes o derechos implicados».
- La colaboración en la detección y solución de «prácticas fiscales fraudulentas».
- El consejo de administración ha de estar informado de las políticas fiscales aplicadas por la compañía antes de la presentación de las cuentas anuales y de la presentación del impuesto sobre sociedades.
- Las operaciones que deban someterse a aprobación por parte del consejo de administración deberán incluir información sobre las consecuencias fiscales de las mismas.

En este sentido, hasta ahora la suscripción al código de buenas prácticas únicamente suponía un factor a tener en consideración por la Administración en eventuales procedimientos sancionadores futuros, tal y como se refleja en el propio código.

No obstante, según lo indicado por Jesús GASCÓN⁶, no es descartable que, en el futuro, la Administración tributaria española pueda plantearse la supervisión de los sistemas de gestión de riesgos fiscales de las grandes empresas, y si estos son sólidos y efectivos, que ello pueda ser evaluado para calificar internamente la entidad como de bajo riesgo fiscal, liberando así recursos de alto coste dedicados al control de este tipo de entidades para la atención de otras prioridades de control. En

⁶ http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2014_19.pdf

este sentido, el autor entiende como sistemas de gestión fiscales sólidos o efectivos aquellos que permitan prevenir, identificar, corregir y comunicar a la Administración contingencias fiscales.

Asimismo, GASCÓN señala que, para este nuevo enfoque, se requiere ineludiblemente un cambio cultural en la propia Administración que, en cualquier caso, ya cuenta con personal especializado que, con la debida formación, sería capaz de afrontar este tipo de tareas.

Compartimos la visión acerca de la complejidad del cambio cultural que requerirá cualquier avance en este ámbito por las partes involucradas, y consideramos, como se ha indicado, que la referida modificación del artículo 92.2 del proyecto de Ley de la LGT puede ser una buena palanca para impulsar dicho cambio cultural.

2.3. CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS

Aprobado por acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en febrero de 2015 este código supone la actualización del anteriormente vigente que era el Código Unificado de 2006.

Si bien no contiene recomendaciones específicas en materia de gobierno fiscal, consideramos relevante destacar lo previsto en la recomendación 12 en relación con el «interés social» ya que enmarca, desde nuestro punto de vista, algunos aspectos que se relacionarán más adelante al hablar de riesgos fiscales y el concepto de estrategia fiscal.

El consejo de administración señala esta recomendación, se ha de guiar por el interés social «entendido como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa. Y que en la búsqueda del interés social, además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y las buenas prácticas comúnmente aceptadas, procure conciliar el interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente».

No parece difícil entender el engarce de la gestión de los asuntos fiscales asociados al cumplimiento del interés social tal como se encuentra aquí definido. Los aspectos financieros de sostenibilidad y reputacionales en los que se fundamenta esta definición son totalmente predicables de la gestión de los asuntos fiscales.

2.4. METODOLOGÍA COSO COMO ESTÁNDAR PARA LA GESTIÓN DE RIESGOS

El Comité de Organizaciones Patrocinadoras de la Comisión Treadway (COSO, por sus iniciales en inglés) es una iniciativa conjunta de cinco organizaciones del sector privado que ostenta

el liderazgo en la elaboración de marcos y orientación sobre la gestión del riesgo empresarial, el control interno y la prevención del fraude.

Ya en el año 1992 COSO publicó la primera versión de su «Marco Integrado de Control Interno» que ha sido ampliamente aceptado y utilizado en todo el mundo. Dicho marco es reconocido como un estándar para el diseño, la implementación y la gestión del control interno, así como para la valoración de la efectividad del control interno.

Principalmente, el marco permite a las organizaciones desarrollar sistemas efectivos y eficientes de control interno que se adapten a entornos de negocio dinámicos, con el fin de mitigar los riesgos a niveles aceptables y soportar el proceso de toma de decisiones y de gobierno de una organización.

Dicho marco de control –que ha sido revisado y actualizado en el año 2013– considera cinco componentes a la hora de valorar la efectividad de un marco de control interno: (i) marco de control, (ii) valoración del riesgo, (iii) actividades de control, (iv) información y comunicación, (v) actividades de monitorización.

Además del cumplimiento de las políticas y de los procesos, un sistema efectivo de control interno precisa de juicio en la toma de decisiones tanto por parte del consejo como por parte de la dirección.

Entre otras utilidades, la adopción de un marco de control interno es un instrumento para la identificación, análisis y gestión de los riesgos dentro del nivel de tolerancia definido por parte del consejo y la dirección.

Por otro lado, la adopción de dicho marco de control interno incrementa la confianza por parte de los grupos de interés externos en la capacidad de la organización para identificar, analizar y dar respuesta a los riesgos y cambios en el entorno en el negocio.

En el ámbito de la gestión de riesgos corporativos, COSO publicó en el año 2004 el «Marco Integrado de Gestión de Riesgos Corporativos» que desarrolla una visión más detallada y concisa sobre la gestión de los riesgos corporativos. Específicamente, considera los siguientes aspectos:

- Alineamiento entre el apetito por el riesgo y la estrategia.
- Mejora en las decisiones de respuesta al riesgo.
- Reducción de perjuicios y sorpresas imprevistas.
- Identificación y gestión de múltiples riesgos interrelacionados en la organización.
- El aprovechamiento de oportunidades.

Dicho marco ha sido empleado de forma regular por organizaciones privadas en todo el mundo en el ámbito del control interno y la gestión de los riesgos corporativos.

En lo que respecta a la gestión de los asuntos fiscales, ambos marcos de referencia han sido tomados por parte de la OCDE en los años 2013⁷ y 2014⁸— como el punto de partida para la elaboración de un marco de control fiscal (*Tax Control Framework*) si bien se reconoce que el mismo requerirá una adaptación específica a la práctica tributaria tal y como se indica en el epígrafe 5 del documento.

3. EL PLAN BEPS COMO MARCO DE REFERENCIA

Uno de los asuntos que recurrentemente ha sido objeto de los debates tributarios de los últimos tiempos es el referido a la erosión de las bases imponibles del impuesto sobre sociedades. Este asunto finalmente se ha consolidado en el acrónimo BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) debido a que esta ha sido la denominación dada por la OCDE en su documento de referencia y al plan de acción diseñado de acuerdo con el G20. (Desde un punto de vista formal el plan responde al encargo hecho por el G20 a la OCDE y fue asumido como propio por ambos organismos en la reunión del 5/6 de septiembre de 2013).

El problema de base cabe formularlo de la siguiente manera. Dada la actual facilidad para desplazar actividades empresariales de unos países a otros, un importante riesgo de sostenibilidad de los sistemas tributarios nacionales deriva de la capacidad que tienen los grupos empresariales multinacionales para trasladar bases imponibles del impuesto sobre sociedades a los países con un impuesto más bajo (*profit shifting*). La falta de adecuación de la fiscalidad, nacional e internacional, a las nuevas circunstancias de movilidad de los factores empresariales (*globalización*) permite a las empresas que operan en diferentes jurisdicciones tributarias generar situaciones de nula o incluso tributación negativa (*planificación fiscal agresiva*). Esto provocaría, en definitiva, que en caso de no atajarse, los ingresos por el impuesto sobre sociedades se irían reduciendo (*base erosion*) y, por tanto, quedarían comprometidos los ingresos tributarios totales de cada país.

Obviamente la crisis económica y, por lo tanto, la menor recaudación tributaria ha generado que esta cuestión, antes prácticamente ignorada en el debate político, haya ganado un peso significativo, habiendo pasado a ser una parte importante en la agenda política, tanto en los ámbitos nacionales como en los internacionales.

Si bien el impuesto sobre sociedades no es el único componente del coste tributario empresarial (y en muchos casos no el de mayor cuantía), sí tiene una gran trascendencia para definir la conducta empresarial en lo que a gestión fiscal se refiere. El hecho de que sea la renta empresarial la que sirve normalmente para definir la contribución debida por este impuesto exige concreciones del dónde, cuánto y cuándo que en un buen número de casos no están, ni pueden estarlo, perfectamente determinados por el ordenamiento tributario. Si a esto se le añade tanto la competencia de

⁷ OECD, *Co-operative Compliance: A framework—from enhanced relationship to Co-operative compliance*.

⁸ *Forum on Tax Administration: Report proceeding*. FTA Large Business Network Meeting, 17-19 febrero 2014.

los Estados por atraer inversiones por vía de regímenes fiscales favorables como la propia competencia empresarial, en la que los impuestos son un coste adicional a considerar en la rentabilidad de las inversiones, nos encontramos con el marco propicio para decisiones de planificación fiscal.

En definitiva, el plan BEPS tiene como propósito limitar lo más posible el margen de manobra que puedan tener las empresas para hacer tributar las rentas empresariales en un lugar distinto a aquel en que se produzcan y eliminar de esta forma la llamada planificación fiscal agresiva, entendida como la planificación que no pudiéndose calificar como evasión fiscal no pueda ser amparada por una interpretación razonable de la norma.

Con la finalidad señalada anteriormente la OCDE en el marco del plan BEPS está desarrollando un conjunto de recomendaciones, que sin duda están teniendo una gran repercusión y la tendrán mayor en el futuro, que cabría agruparlas del siguiente modo:

- Recomendaciones sobre normas que permitan una definición tributaria común sobre determinados conceptos (economía digital, establecimiento permanente, financiación, etc.) y localización de actividades.
- Recomendaciones en torno al desarrollo del principio arm's length en materia de precios de transferencia.
- Recomendaciones sobre la normativa antiabuso a incorporar tanto en los convenios para evitar la doble imposición como en las normativas internas.
- Recomendaciones para evitar la competencia fiscal entre los estados.
- Recomendaciones sobre la transparencia y el intercambio de información como mejor instrumento de control tributario por parte de los estados.

Todo este conjunto de recomendaciones está previsto que quede completado durante 2015 y significará ciertamente un marco de referencia a la hora de establecer el carácter acorde o no con el ordenamiento jurídico tributario de las decisiones de planificación fiscal y sobre precios de transferencia adoptadas por las compañías así como su cumplimiento con las normas de transparencia tributaria.

Es preciso añadir que el interés que anima los esfuerzos de la OCDE en fijar unos nuevos estándares de entendimiento y aplicación de la fiscalidad internacional societaria directa se encuentran refrendados, apoyados y complementados, tanto por otros organismos internacionales, particularmente la Unión Europea, como por las iniciativas legislativas individuales de los diferentes países, incluida España. De hecho en nuestro país tanto la reforma del impuesto sobre sociedades como el proyecto de reforma de la LGT tienen un claro marco de referencia en el proyecto BEPS.

Un aspecto que cabe destacar de este proyecto es que las propuestas que se van conociendo como resultado de los procesos de trabajo abiertos por cada una de las 15 acciones van mostrando que, no obstante, incorporar algunos nuevos criterios a la hora de resolver asuntos como

los relativos a los instrumentos y entidades híbridas, se basan básicamente en los esquemas tradicionales del impuesto sobre sociedades tal como este impuesto es entendido en la mayoría de los países. Son los elementos de transparencia en la información tributaria y en la llamada normativa antiabuso en los que más se confía como mecanismo para resolver la erosión de bases del impuesto. Sin duda este aspecto estimulará el interés de las compañías en conocer las posiciones que las distintas autoridades tributarias puedan adoptar respecto de una misma renta gravable.

No obstante los esfuerzos del plan BEPS, la «vulnerabilidad» del impuesto sobre sociedades, que SANZ GADEA⁹ acertadamente describe, pudiera requerir que en adelante cobraran cuerpo propuestas que no están siendo consideradas en este plan. Este mismo autor propone la reconsideración del resultado contable como base de este impuesto en favor de lo que en nuestro sistema contable se identifica con resultado de explotación. Otras soluciones como la base consolidada común europea u otras fórmulas de tributación que ya se están considerando específicamente en un plan de acción para reformar de manera sustancial el impuesto sobre sociedades en la Unión Europea¹⁰, publicado con fecha 17 de junio de 2015. En definitiva, aunque la reforma BEPS sea relevante, también es previsible que tanto en ámbito estatal como en el internacional, este impuesto, y en general toda la imposición directa, esté en constante revisión más allá del 2015.

4. ESTRATEGIA FISCAL

La Ley 31/2014 exige al consejo de administración determinar la estrategia fiscal de la sociedad. Puede definirse la estrategia fiscal como el conjunto de medidas que una organización establece, de acuerdo con unos principios de actuación, con el fin de cumplir con sus obligaciones tributarias. Así, desde la perspectiva de los objetivos de gestión, cabe decir que los dos riesgos básicos asociados a esta obligación son los siguientes:

- No cumplir con las obligaciones tributarias.
- Generar un coste tributario superior al que impone en el ordenamiento jurídico.

Tal y como hemos señalado anteriormente, estos son los criterios que la propia OCDE señala en sus *guidelines* en relación con los aspectos que debe regir la tributación de las empresas multinacionales.

Por tanto, el cumplimiento del interés social asociado al gobierno fiscal de cualquier compañía exige fijar las políticas, articular los procesos y dotar a la organización de los medios adecuados

⁹ SANZ GADEA, E.: «Recetas para neutralizar los efectos perniciosos de los híbridos», *Crónica Tributaria: Boletín de actualidad*, 4/2014.

¹⁰ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5188_es.htm

que permitan estimar razonablemente que ninguna de las dos situaciones descritas anteriormente se vaya a producir.

La necesidad de articular una estrategia orientada al adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias se fundamenta en la complejidad de dicho propósito. Cabe señalar los siguientes factores como determinantes de la complejidad del cumplimiento de las obligaciones tributarias:

- El número de tributos e información tributaria que una jurisdicción tributaria exige a un contribuyente se multiplica por el número de jurisdicciones donde una compañía opera. Ha de recordarse, a estos efectos, que típicamente en un mismo país conviven las administraciones estatal, regional y local. En definitiva, el volumen de declaraciones tributarias que, con distintas periodicidades, puedan exigir las distintas administraciones, exige procesos y medios materiales y humanos que de suyo son complejos.
- En la actualidad el cumplimiento de las obligaciones tributarias exige, en la mayoría de los casos, que sea el contribuyente quien determine tanto la existencia de un tributo que le sea de aplicación como la estimación de su cuantía y su pago. Por tanto, añadida a la complejidad del volumen de obligaciones a cumplir, se suma la complejidad asociada a la determinación de cuáles son los medios necesarios para la correcta aplicación de las normas.
- El proceso de revisión del cumplimiento de las obligaciones tributarias por todos aquellos que tienen potestad para hacerlo (Administraciones tributarias, reguladores y auditores entre otros) exige procesos de soporte, información y defensa que teniendo en cuenta el conjunto de posibles revisores, que también la presencia en distintas jurisdicciones multiplica, incorpora un elemento adicional de complejidad de gestión.
- Finalmente, el registro e información externa que las obligaciones tributarias exigen son un factor de complejidad que añadir a los anteriores. En primer lugar, está el adecuado registro contable del coste tributario y de los riesgos asociados. En segundo lugar, está la imparable solicitud de información que las Administraciones tributarias exigen a las empresas tanto de sus propios impuestos como de aquellos que gestionan por cuenta de terceros. A lo anterior se añade la cada vez más relevante información voluntaria que las empresas producen asociada a la gestión de la responsabilidad social corporativa y en la que la información de la contribución tributaria gana más peso.

En el siguiente epígrafe de este documento se analizará cómo se articula la gestión de los riesgos que esta complejidad exige.

Asimismo, la cuestión de la estrategia fiscal también consiste en determinar como la función fiscal coadyuva al cumplimiento de la estrategia de negocio.

Desde esta perspectiva, deben diferenciarse tres niveles de organización a la hora de abordar la organización de la función fiscal:

1. **Nivel estratégico:** La estrategia fiscal debe ser consistente con la estrategia de negocio.
2. **Nivel del marco de gestión:** La política de control y gestión de riesgos fiscales debe ser consistente con la política de control de riesgos corporativos.
3. **Nivel operativo:** Conjunto de recursos (personas, sistemas, procesos, controles, etc.) de los que se dota la organización para dar cumplimiento a la estrategia fiscal.

En este punto, cabe indicar que la elaboración de una estrategia fiscal (nivel 1) carece de sentido si la misma no va acompañada de medidas e instrumentos concretos que ayuden a llevar a cabo la misma (niveles 2 y 3).

Centrándonos en el nivel 1, ¿existen varios tipos de estrategia fiscal? La estrategia fiscal de una compañía será diferente de cualquier otra en la medida en que los negocios son diferentes y, por tanto, los riesgos fiscales asociados no son los mismos en todas las organizaciones, ni todas los priorizan del mismo modo.

El punto de partida para definir cualquier estrategia fiscal consiste en analizar el entorno externo. En este sentido, como entorno externo se debe entender las tendencias regulatorias, la actitud de las autoridades fiscales y la percepción del resto de grupos de interés en torno a los asuntos fiscales de la compañía.

Por tanto, es importante tener en cuenta una serie de parámetros que influyen en la determinación de la estrategia fiscal de una compañía y la condicionan, tales como la estrategia de negocio, la posición ante los temas de gobierno corporativo, la actitud ante el riesgo o el modelo de negocio de una compañía. Este tipo de factores no pueden modificarse, sino que se consideran «parámetros fijos», que deben ser gestionados a la hora de fijar un plan estratégico en torno a lo fiscal.

Teniendo en consideración lo anterior, la estrategia fiscal puede articularse desde una triple perspectiva:

1. La aproximación de la organización en relación con el cumplimiento de obligaciones con los diferentes grupos de interés, tales como accionistas, clientes, autoridades fiscales, empleados, proveedores, etc.
2. La actitud de la compañía ante la planificación fiscal y el riesgo fiscal.
3. La consideración de la compañía a la hora de estructurar y definir la gestión de sus asuntos fiscales (gobierno fiscal corporativo), analizando la organización interna y el ámbito relacional de la función fiscal con el conjunto de la organización corporativa.

Respecto del documento que conteniendo la estrategia fiscal de la empresa sea aprobado por el consejo de administración cabe decir que no se ha definido legalmente un contenido es-

pecífico. No obstante, cabría proponer los siguientes puntos como elementos configuradores de dicho documento:

- El documento requiere una definición estratégica, no operacional. La definición y desarrollo de las instrucciones y procesos asociados a la ejecución de dicha estrategia deben incluirse en un documento separado.
- El documento debe recoger la vertebración de la estrategia fiscal de la compañía con los principios de actuación de la compañía.
- La ley exige al consejo la aprobación de la estrategia pero esto no significa que no se deba designar un departamento específico que sea el encargado de ejecutarla y que típicamente será el departamento fiscal.
- Los destinatarios de la estrategia fiscal son el conjunto de los empleados de la entidad y particularmente los gestores de la misma en cada uno de sus niveles.
- La estrategia fiscal ha de abarcar a todos los impuestos, en todas las jurisdicciones.
- El documento de estrategia fiscal ha de contener menciones específicas al compromiso con la transparencia y más concretamente a la no utilización de la opacidad como mecanismo de elusión fiscal. En este sentido, cabe señalar que tal como se explica más adelante, la estrategia fiscal debiera incluir una referencia a la no utilización de los paraísos fiscales con propósito de opacidad.
- Finalmente, es importante definir la audiencia interna y externa que tendrá acceso a conocer dicha estrategia, por cuanto puede haber grupos de interés externos (clientes, inversores, ONG, etc.) que demanden dicha información.

En el ámbito internacional, destaca la reciente publicación de un documento de consulta pública por parte de la Administración tributaria de Reino Unido en relación con el contenido que debe tener una estrategia fiscal¹¹, como consecuencia de la propuesta del Gobierno inglés de introducir un requerimiento legal mediante el cual las compañías de gran tamaño tengan que publicar su estrategia fiscal.

En este sentido, de conformidad con lo indicado por la Administración británica, el contenido que debe cubrir una estrategia fiscal resulta consistente con lo desarrollado en el presente documento (gobierno interno de la organización, aproximación a la gestión de riesgos, actitud ante la planificación fiscal, apetito al riesgo fiscal y relación con las autoridades tributarias), añadiendo asimismo la gestión de la tasa efectiva de gravamen de la organización.

¹¹ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/447313/Improving_Large_Business_Tax_Compliance.pdf

5. POLÍTICAS DE GESTIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS FISCALES

La Ley 31/2014 ordena incluir los riesgos fiscales dentro de la política de control y gestión de riesgos. Esta previsión hace referencia a la relevancia que actualmente han alcanzado los riesgos fiscales como un área que no estaba inicialmente contemplada con una naturaleza propia.

La gestión de los riesgos comenzó a emerger como una herramienta importante en la política y en los negocios a finales del siglo XX y se ha incorporado recientemente como un concepto organizacional en el mundo de la gestión tanto privada como pública.

Inicialmente la gestión de los riesgos fiscales se consideraba un aspecto accesorio a la gestión de riesgos corporativos, sin embargo actualmente debe ser considerado como un área separada de la gestión de riesgos¹². Esto determina que si bien el control y gestión de riesgos fiscales debe ser consistente con el control y gestión de los riesgos generales de la compañía, el mismo debe entenderse como un área diferenciada con entidad propia.

Lo anterior exige una definición de riesgo fiscal que no encuentra referencia alguna en nuestro ordenamiento jurídico. ARLINGHAUS (1998) ofrece la siguiente definición: el riesgo fiscal es la probabilidad de que las consecuencias tributarias difieran de lo esperado, debido a diversos motivos, por ejemplo, un proceso judicial, cambios en la normativa fiscal, cambios en las asunciones de negocio, un incremento de las inspecciones tributarias e incertidumbre en la aplicación de las leyes; y cualquier posición tributaria que pueda tener un efecto reputacional adverso.

Asimismo, podemos delimitar también el concepto de riesgo fiscal desde una doble perspectiva: por un lado, la probabilidad de incurrir en una falta de ingreso indebida en el cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte del sujeto pasivo generando así un perjuicio para las arcas públicas. Por otro, la probabilidad de incurrir en un ingreso indebido en el cumplimiento de las obligaciones tributarias generando así un perjuicio para el accionista u otros grupos de interés (empleados o proveedores).

A la hora de diseñar un marco de control y gestión de los riesgos fiscales basado en los estándares de gestión de riesgos establecidos por COSO, ELGOOD, FULTON y SCHUTZMAN¹³ han establecido los fundamentos básicos para una aproximación sistemática:

- La estructura adecuada para hacer frente a la estrategia definida en la gestión de los asuntos fiscales acorde con la estrategia global de la compañía basada en su cultura corporativa.
- Los procesos clave para la identificación, medición y tratamiento de los riesgos fiscales, junto con los controles y los procedimientos que operan para la gestión de los riesgos identificados.

¹² En tal sentido se expresa WUNDER, H. F. (2009): *Tax risk management and the multinational enterprise*.

¹³ ELGOOD, T.; FULTON, T. y SCHUTZMAN, M.: *Tax Function Effectiveness* (2008), PriceWaterhouseCoopers, CCH.

Seguidamente describiremos cada uno de los riesgos que, siguiendo la clasificación de los autores referidos, conforman, en definitiva, el conjunto de aspectos que han de ser controlados y supervisados mediante los procesos eficientes y con los medios materiales y humanos adecuados.

5.1. RIESGOS FISCALES GENÉRICOS

Podemos identificar las siguientes categorías de **riesgos fiscales genéricos**:

5.1.1. Riesgo interpretativo

Este tipo de riesgo hace referencia a la decisión que han de tomar los contribuyentes sobre cómo aplicar la normativa tributaria teniendo en cuenta que, posteriormente, tanto la Administración tributaria como, eventualmente, los tribunales pudieran determinar que la interpretación correcta de la norma es otra.

Dado que la normativa tributaria no siempre es clara, consistente y neutral, el proceso de decisión sobre su aplicación incorpora un factor de incertidumbre que es el que han de resolver los gestores de las compañías. A este factor de incertidumbre se le añade la trascendencia económica que esta decisión puede tener y no solo en términos de renta disponible sino en términos de competitividad de los negocios.

Serían muchos los ejemplos de la existencia de ambos factores (incertidumbre y relevancia económica) que, por otro lado, son intrínsecos en la gestión fiscal de las empresas. Así, refiriéndonos a la normativa española actual, casos como los que actualmente se plantean alrededor de la llamada economía digital, en donde los criterios de localización de actividades no tienen aún criterios precisos o la aplicación de los incentivos previstos para la inversión en el exterior a los que se ha sumado un factor de incertidumbre adicional como es su eventual calificación de ayuda de estado, revelan la contingencia de las posiciones fiscales que eventualmente pudieran adoptar las compañías.

Un aspecto que en este ámbito cobra una especial relevancia es el peso que han ido ganando los esfuerzos de las Administraciones tributarias en limitar los ámbitos de la llamada planificación fiscal agresiva. Típicamente relacionados con el impuesto sobre sociedades son requerimientos ineludibles en los procesos de decisión de las opciones de tributación el examen de sustancia económica y de los llamados propósitos económicos válidos en tanto que la existencia de estos serán los que definirán, en gran medida, los límites entre la llamada economía de opción y la evasión fiscal.

Considerando lo anterior, precisa atención específica para gestionar este tipo de riesgo, no solo la interpretación de la norma tributaria, sino la aplicación de la misma, por cuanto una distinta interpretación de los hechos subyacentes puede resultar en regularizaciones por parte de la Administración tributaria.

En definitiva, cabe concluir que la gestión del riesgo interpretativo exige:

- En primer lugar, identificar las áreas donde cabe esperar mayores incidencias asociadas a este riesgo. Obviamente esto depende primeramente de la actividad económica que desarrolle la compañía. Por ejemplo, las consecuencias tributarias relacionadas con las retenciones a practicar en productos financieros o a los trabajadores, la valoración de las importaciones en aduana, los sistemas de remuneración del personal expatriado, la localización de los servicios de apoyo a la gestión, la aplicación de incentivos fiscales, etc., tienen una importancia relativa diferente en los sectores financiero, de la construcción, energético o en compañías con diferente implantación internacional.
- En segundo lugar, la identificación de los procesos no recurrentes que implican decisiones que pueden tener una alta relevancia fiscal. En este sentido, los procesos de inversión y desinversión así como en general las operaciones corporativas suelen tener un componente tributario que en la mayoría de los casos es significativo.

Definidas ambas cuestiones, serán el aseguramiento de la disposición del conocimiento suficiente de la materia tributaria involucrada y la consideración del factor tributario en los procesos de decisión, los elementos que, conjuntamente con la adecuación de las políticas fiscales de la compañía, determinarán la mayor o menor exposición a este riesgo.

En el ámbito operacional esta perspectiva genérica se concreta más adelante en los llamados riesgos operacional, transaccional y de cumplimiento.

5.1.2. Riesgo legislativo

En relación con el riesgo legislativo, pueden distinguirse dos tipos de efectos.

Por un lado, el acelerado cambio de las normas fiscales, que están en continua modificación, con introducción de medidas temporales, transitorias, límites modificados con frecuencia anual, etc. Asimismo, la dificultad en gestionar las numerosas modificaciones no solo estriba en la cantidad, sino también en la complejidad de la normativa.

Las modificaciones experimentadas se introducen mediante numerosas leyes y reglamentos, de tal forma que durante el ejercicio 2014 se publicaron múltiples normas que incluían modificaciones en materia fiscal, lo que hace complicada la gestión fiscal y requiere un constante aprendizaje y estudio de esta (en España, por ejemplo, Ley 14/2013, 16/2013, 22/2013, 4/2014, etc.).

En este entorno, es necesario que las organizaciones cuenten con departamentos fiscales preparados y flexibles ante los cambios, con el tiempo disponible y preparación suficiente para afrontar la volatilidad de las normas fiscales y su impacto en la organización.

Por otro lado, a este contexto volátil y sujeto a continua evolución y cambio, se añade el plan de acción para evitar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios (BEPS, por sus siglas en inglés). En este sentido, las acciones que están siendo elaboradas en el contexto de BEPS están siendo objeto de interpretación unilateral por algunos Estados, lo que provoca posibles regulaciones distintas establecidas por los estados en diferentes momentos del tiempo. Un claro ejemplo de esta tendencia en el denominado *diverted profit tax* en el Reino Unido¹⁴.

Asimismo, como consecuencia de este contexto se han visto aumentadas las obligaciones tributarias y de información nacionales e internacionales, tendencia que se prevé ver incrementada en los próximos años como consecuencia del plan de acción BEPS, la modificación de la LSC y las reformas tributarias. El nuevo Reglamento del Impuesto sobre Sociedades ha incluido obligaciones de *Country by Country Report* antes de que sean internacionalmente obligatorias.

5.1.3. Riesgo reputacional

En el contexto actual de exigencia y escrutinio público en lo relativo a transparencia y cumplimiento justo con las obligaciones fiscales de las compañías, entran en juego una serie de factores que están ganando un peso sustancial dentro del mapa de riesgos de las compañías.

Por un lado, se debe tener en cuenta el cambio en el papel que juegan los asuntos fiscales. En este sentido, anteriormente se trataba de una función en la que interactuaban el departamento fiscal de la compañía y la Administración tributaria. En cambio, en la actualidad, podemos comprobar el incremento de grupos de interés en torno a los asuntos fiscales de una compañía: empleados, accionistas, clientes, ONG, etc.

Asimismo, actualmente el debate fiscal no solo está presente en la agenda diaria de las compañías sino que se plantea un debate público sobre la calidad de los sistemas fiscales y la adecuada contribución de los agentes económicos (*fair share*). Hoy en día, los asuntos fiscales ocupan titulares de prensa y son objeto de debate por parte de los gobiernos y organizaciones.

De conformidad con lo indicado por el Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa (RSC), esta RSC es una forma de dirigir las empresas basada en la gestión de impactos que genera su actividad sobre sus clientes, empleados, accionistas, comunidades locales, medioambiente y sobre la sociedad en general.

En este sentido, anteriormente la única cuestión en el ámbito de la fiscalidad internacional radicaba en evitar la doble imposición, sin conllevar connotaciones sociales negativas para aquellas compañías que minimizaban su carga fiscal mediante estructuras internacionales planificadas para ello.

¹⁴ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/385741/Diverted_Profits_Tax.pdf

En cambio, la crisis financiera ha supuesto un cambio en la percepción de la sociedad ante este tipo de comportamientos de modo que el riesgo reputacional ha pasado a formar parte del mapa de riesgos a gestionar por las compañías.

Este nuevo contexto precisa una gestión proactiva de los asuntos fiscales y debe considerar igualmente la tendencia hacia la transparencia que se está imponiendo en todos los ámbitos de la vida política y empresarial.

Un claro ejemplo de este nuevo contexto es la inclusión de la dimensión fiscal como un factor en la evaluación de la sostenibilidad de los negocios analizados por el *Dow Jones Sustainability Index*, no incluido en anteriores ediciones del índice.

5.2. RIESGOS FISCALES ESPECÍFICOS

Asimismo, los referidos autores han definido las siguientes cuatro categorías de **riesgos fiscales específicos**.

5.2.1. Riesgo de cumplimiento (*compliance*)

Riesgo asociado al proceso de preparación, revisión y cumplimiento de las obligaciones formales en materia tributaria.

En este sentido, de conformidad con lo entendido por la OCDE en sus guías en materia de *Compliance Risk Management: Managing and Improving Tax Compliance*¹⁵, todo sujeto pasivo tiene, de forma general, las siguientes obligaciones tributarias:

- Registro y alta en el sistema de obligados tributarios.
- Cumplimentación en tiempo y forma de declaraciones informativas exigidas por la norma.
- Cumplimentación de manera exacta y adecuada de las autoliquidaciones tributarias (preparación y revisión de declaraciones tributarias de cualquier tipo de impuesto).
- Pago de las obligaciones tributarias en plazo.

En el supuesto de no cumplir con alguna de estas obligaciones, surgiría un riesgo fiscal de cumplimiento. Este tipo de riesgo se encuentra implícito en los sistemas, procesos y procedimientos adoptados por una compañía para cumplir con sus obligaciones tributarias, por lo que se

¹⁵ <http://www.oecd.org/tax/administration/33818656.pdf>

puede observar una clara relación entre el coste de la función fiscal y la actitud de cada compañía frente al riesgo asociado a este tipo de sanciones fiscales.

En este sentido, resulta imposible eliminar totalmente el riesgo de cumplimiento, puesto que la búsqueda extrema de dicho objetivo conllevaría un coste asociado de los recursos empleados (personas, procesos y sistemas) excesivamente elevado.

Por tanto, es decisión de cada compañía decidir el nivel de riesgo del cumplimiento que está dispuesta a tolerar, según el perfil de cada organización.

Asimismo, el riesgo de cumplimiento se incrementa en organizaciones con presencia internacional, ya que no solo tienen que gestionar el cumplimiento de obligaciones a nivel nacional sino a nivel de cada jurisdicción en la que tenga presencia legal, complejidad que se agudiza en el caso de organizaciones con una función fiscal tendente a la centralización en el país de la matriz.

5.2.2. Riesgo operacional

Se corresponde con el riesgo fiscal asociado a la operativa de negocio ordinaria de una compañía y puede verse incrementado en la apertura de nuevas líneas de negocio, expansión internacional, negocios *online*, etc.

El riesgo operacional está vinculado con el riesgo de cumplimiento o *compliance* en la medida en que la materialización de un riesgo operacional mal gestionado puede generalmente implicar errores u omisiones estructurales en el proceso de cumplimiento con las obligaciones formales (desde la falta de declaración hasta el erróneo tratamiento de una operación u omisión de la misma en la declaración tributaria).

En este sentido, diferentes operativas conllevan diferentes niveles de riesgo fiscal asociados. Por ejemplo, un número elevado de operaciones internacionales entre compañías del grupo puede determinar un perfil de riesgo fiscal elevado en materia de precios de transferencia.

Otro posible ejemplo puede ser aquella organización con un nivel de internacionalización elevado que debe desplazar equipos a distintas localizaciones lo que podría llevar asociado el riesgo de establecimiento permanente.

Un último ejemplo, puede consistir en la apertura de una nueva línea de negocio que conlleve la realización de operaciones en un sector regulado (digamos el energético, bancario o telecomunicaciones) que pueden ofrecer particularidades en su fiscalidad que además suele variar dependiendo de las jurisdicciones en las que se desarrolle la nueva línea de negocio.

Este tipo de riesgo puede ser minimizado según la aversión o apetito al riesgo de cada compañía, así como en función de las características inherentes al negocio.

Conforme a la opinión de los referidos autores, cuanto más integrada esté la función fiscal de la compañía con el negocio, mejor se gestionan los riesgos operacionales.

5.2.3. Riesgo estratégico y transaccional

Riesgo fiscal relativo a transacciones de carácter no recurrente efectuadas por una compañía. En este sentido, existe una relación entre el riesgo transaccional y la actitud de la organización ante la planificación fiscal. Por ejemplo, en una compañía que tenga una actitud muy conservadora y reactiva ante la planificación fiscal, este riesgo se verá minimizado.

Los riesgos fiscales de carácter transaccional pueden verse incrementados en situaciones tales como:

- El departamento fiscal no está involucrado en la toma de decisiones de una transacción, o si lo está es en el último momento.
- Dentro de la organización no existe un proceso formalizado de identificación y gestión de riesgos en la toma de decisiones.
- Existen errores al documentar o controlar la implementación de una transacción una vez realizada la misma.

5.2.4. Riesgo financiero

En la mayoría de jurisdicciones, los datos incluidos en los estados financieros en el momento de presentación de las cuentas anuales deberían incluir una estimación de los impuestos a pagar en el futuro sobre las operaciones y transacciones llevadas a cabo durante el ejercicio.

Este riesgo se refiere a la incertidumbre en el reflejo contable de las distintas magnitudes tributarias (gasto o ingreso por impuesto, activos por impuesto, provisiones de riesgos fiscales, importes a devolver, etc.).

A modo de ejemplo, en España tenemos por un lado, las normas contables contenidas en el Plan General de Contabilidad [normas de registro y valoración n.º 12 relativa al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) (y otros impuestos indirectos) y la n.º 13 relativa a impuestos sobre beneficios que recogen los criterios básicos para el reflejo de los impuestos en los estados financieros] así como las resoluciones evacuadas por Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) que clarifican la aplicación práctica de estos criterios en cuanto a los activos y pasivos por impuesto corriente o diferido y su valoración, el gasto (o ingreso) por impuesto sobre beneficios, etc.

En el ámbito de las empresas cotizadas, la norma n.º 13 de las Normas Internacionales de Contabilidad¹⁶ (NIC) establece el tratamiento contable del impuesto sobre beneficios.

¹⁶ La Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea así como su posterior desarrollo a través del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolida-

Por otro lado, en el plano de la gestión interna del riesgo financiero asociado a los impuestos en las empresas cotizadas, es preciso tener en cuenta las recomendaciones vertidas por el Grupo de Trabajo creado en el seno de la CNMV en su informe (2010) relativo al Control Interno sobre la Información Financiera de las Entidades Cotizadas¹⁷. Dicho informe vino a dar respuesta a las demandas de transparencia de los mercados en un contexto de mayor sofisticación y complejidad en las normas de preparación de la información financiera.

En este sentido, no cabe duda de que la entrada en vigor de la LSC supondrá una mayor atención por parte de empresas, regulador e inversores a la gestión del riesgo financiero asociado al reflejo contable de las distintas magnitudes tributarias que conforme a la normativa vigente deben ser objeto de adecuado reflejo contable.

En definitiva, a la luz de todo lo anterior cabe concluir que la gestión de los asuntos fiscales es una tarea compleja que implica riesgos de diversa índole que deben ser identificados, gestionados, controlados y monitorizados por las empresas.

Si bien ni la LSC ni el CBPT desarrollan guías específicas sobre la gestión de los riesgos fiscales, las mejores prácticas en materia de control interno y gestión de riesgos empresariales para compañías multinacionales (COSO) requieren una estrategia fiscal alineada con los valores corporativos y estrategia de negocio así como la implementación proactiva de la misma en el día a día de la organización a través de políticas, procesos y controles.

Asimismo, algunos países como Australia o Reino Unido sí han desarrollado recomendaciones sobre riesgos fiscales. En este sentido, la Administración de Australia publicó el pasado mes de julio un informe¹⁸ en relación con la gestión de riesgos fiscales asociada al buen gobierno corporativo, indicando ejemplos prácticos de controles y responsabilidades como una guía que sirva de orientación para las grandes empresas.

6. PARAÍOS FISCALES Y ENTIDADES DE PROPÓSITO ESPECIAL

En este punto trataremos de dar respuesta a qué debe entenderse por paraíso fiscal a los efectos del requerimiento de la aprobación del consejo de administración en los supuestos de «la creación o adquisición de entidades domiciliadas en paraísos fiscales» que se establece en la letra g) del nuevo artículo 529 ter de la LSC.

das y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre.

¹⁷ https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Grupo/Control_interno_sciifc.pdf

¹⁸ <https://www.ato.gov.au/Business/Large-business/In-detail/Key-products-and-resources/Tax-risk-management-and-governance-review-guide/>

Para lograr este propósito, en primer lugar, hay que identificar cuándo cabe calificar que una entidad está domiciliada en un paraíso fiscal y, en segundo lugar, las consecuencias de la eventual aprobación de su constitución o adquisición.

En nuestro país ha hecho fortuna la denominación «paraíso fiscal»¹⁹ para señalar coloquialmente aquellas jurisdicciones que típicamente son utilizadas para evadir impuestos y refugiarse el dinero obtenido de forma ilícita. Así, se reconoce bajo esta denominación (y otras como Centros *Offshore*) a las jurisdicciones que han hecho del secreto bancario, de la baja o nula fiscalidad y de la opacidad de la información sobre quienes allí operan, su sistema de atracción de capitales de todo el mundo. Su existencia y sus características son conocidas por todos los gobiernos desde su generalización a mediados del siglo pasado. No obstante durante muchos años la mayor parte de los países no les prestaban gran atención bien porque no suponían una amenaza significativa para sus economías o más simplemente porque formaban parte de su ámbito de control político y económico.

Sin embargo, el desarrollo del transporte y de las comunicaciones permitieron la localización fiscal de actividades empresariales y personales fuera de los lugares donde se produce o donde se vende y los movimientos internacionales de capitales se convirtieron en meras transferencias telemáticas. Estas posibilidades más un entorno económico y regulatorio como el vivido en el mundo en los últimos 20 años del siglo pasado dispararon la renta transferida a estas jurisdicciones.

Esto provocó que, ya en los años 90, muchos estados trataran de defenderse de la competencia fiscal que representaban estas jurisdicciones penalizando el régimen tributario aplicable a cualquier tipo de vinculación económica con este tipo de territorios. Esto exigía identificar qué jurisdicciones había que calificar concretamente como paraísos fiscales.

Son muchas las definiciones de paraíso fiscal. A los efectos de lo que aquí se trata consideramos que la recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012, tanto por el organismo que la propone como por el contenido de la misma, es una buena referencia para este análisis. Esta recomendación establece que un país no cumple los estándares de buena gobernanza fiscal cuando se dan los dos siguientes supuestos:

- No tiene adoptadas medidas legales, regulatorias y administrativas que satisfacen los estándares de transparencia e intercambio de información establecidos por la Unión Europea y que básicamente se refieren a la existencia del derecho de las autoridades fiscales del país de referencia a conocer las posiciones fiscales de cualquier entidad que opera en ese país así como la existencia de mecanismos legales para compartir esa información con otros países dentro de los mecanismos internacionales de intercambio de información.

¹⁹ No obstante que la referencia en inglés *Fiscal Paradise* existe (National Bureau of Economic Research WP 3477), el término común de referencia es *Tax Haven* (refugio fiscal).

- Tiene normas asociadas a la tributación empresarial que puedan calificarse como dañinas. A este respecto las normas que otorgan un muy reducido nivel de tributación, incluso la tributación cero, en comparación con las que aplican con carácter general en ese país tienen que calificarse como «potencialmente dañinas» (*potentially harmful*). A la hora de confirmar si tales medidas son dañinas se deben considerar los siguientes aspectos:
 - En qué medida estas normas se aplican solo a no residentes o en relación con operaciones con no residentes.
 - En qué medida el mercado doméstico está protegido de la aplicación de estas normas.
 - En qué medida estas normas exigen una presencia económica real (sustancia) para poder ser aplicadas.
 - En qué medida las normas de determinación del beneficio sujeto a tributación se apartan de los estándares OCDE para su cálculo.
 - En qué medida las normas fiscales en cuestión incorporan medidas de falta de transparencia.

Aunque ambas características han definido siempre a los paraísos fiscales desde los primeros intentos de identificar qué jurisdicciones cabía calificar como tales, se comprobó que dicho propósito habría de enfrentarse a un cierto dilema, ya que inmediatamente se comprobó que el reproche a los mismos adquiriría un sesgo diferente cuando lo que se cuestionaba era la opacidad, en comparación con la discusión sobre la baja o nula tributación. El amparo que la opacidad puede dar a rentas de origen ilícito es un motivo de gran entidad para que la transparencia y el intercambio de información sean rápidamente aceptadas y exigidas en condiciones de reciprocidad por los estados. Sin embargo, fijar los estándares del grado de tributación que un país deba exigir en su ámbito de soberanía para evitar la planificación fiscal de los residentes de otro estado es otra cuestión.

Esto ha determinado que finalmente los estados hayan evolucionado en la identificación de países concretos como paraísos fiscales en base, fundamentalmente, al grado de cumplimiento de ciertos estándares de transparencia, tanto bilaterales como multilaterales.

En España, la Ley 17/1991, de medidas fiscales urgentes, estableció la no tributación en nuestro país de ciertas rentas obtenidas por no residentes salvo «que fueran obtenidas a través de los países o territorios que se determinen reglamentariamente por su carácter de paraísos fiscales». En respuesta a este mandato el Real Decreto 1080/1991 determinó una lista de 48 territorios que se califican como paraísos fiscales de tal forma que quien operara a través de estos territorios no le aplicaba la exención. A partir de ese momento esta lista es la que ha servido de referencia en la normativa tributaria española. En el año 2003 se incluyó una cláusula según la cual dejaban de considerarse en la lista aquellos países que o bien hubieran firmado un convenio para evitar la doble imposición con España con cláusula de intercambio de información o bien hubieran firmado un acuerdo de intercambio de

información tributaria. Finalmente la disposición adicional primera de la Ley 36/2006 de medidas para la prevención del fraude fiscal y su vigente redacción incorporada por la disposición final segunda de la Ley 26/2014 han reafirmado el peso de la opacidad como elemento determinante a la hora de que España penalice cualquier jurisdicción calificándola como paraíso fiscal. En la actualidad la lista española de paraísos fiscales la forman 33 jurisdicciones²⁰, pero hay que tener en cuenta el carácter abierto de dicha lista ya que la misma se ha de actualizar en función de los siguientes criterios:

- La existencia de un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información, un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio de asistencia administrativa mutua en materia fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa.
- Que no exista un efectivo intercambio de información. Los términos que determinarían esta calificación están pendientes de desarrollo reglamentario
- Los resultados de las evaluaciones inter pares realizadas por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales.

En definitiva, nuestro ordenamiento tiene establecido cuáles son los territorios que se han de calificar a efectos tributarios como paraísos fiscales siendo la falta de transparencia y de accesibilidad a la información de naturaleza tributaria que las jurisdicciones incluidas en la lista tiene con España el principal criterio de acceso a esta lista.

A partir de aquí la cuestión estriba en determinar si existe una lista distinta de la prevista en nuestro ordenamiento que por razón de su consenso internacional pudiera, en su caso, ser referencia complementaria en relación con lo previsto por la LSC en relación con paraísos fiscales.

La OCDE inició a mediados de los años 90 del siglo pasado un proceso de análisis y de propuestas de medidas para evitar lo que se empezó a denominar competencia fiscal desleal (*harmful tax competition*) que se identifica con la distorsión del comercio y la inversión, además de la erosión de bases de tributación nacionales, motivada por la proliferación de regímenes fiscales destinados a atraer actividades empresariales de otras jurisdicciones ofreciendo una reducida tributación. En el año 1996 se encarga al Comité Fiscal de la OCDE (CFA) la propuesta de recomendaciones para atajar esta cuestión. Estas salen a la luz en 1998 contenidas en el documento *Harmful Tax Competition; An emerging Global Issue* que contiene 19 recomendaciones. En relación con lo que aquí se analiza hay que señalar que la importancia de este documento estriba en que, por un

²⁰ Emirato del Estado de Bahréin, Sultanato de Brunei, Gibraltar, Anguilla, Antigua y Barbuda, Bermuda, Islas Caimanes, Islas Cook, República de Dominica, Granada, Fiji, Islas de Guernesey y de Jersey (Islas del Canal), Islas Maldivas, Islas de Man, Islas Marianas, Mauricio, Montserrat, República de Naurú, Islas Salomón, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Islas Turks y Caicos, República de Vanuatu, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, Reino Hachemita de Jordania, República Libanesa, República de Liberia, República de Liechtenstein, Macao, Principado de Mónaco, Sultanato de Omán y República de Seychelles.

lado, establece una serie de criterios para definir qué se ha de entender por paraíso fiscal (capítulo 2) y, por otro, se recomienda que se haga una lista de paraísos fiscales (recomendación 16).

Las características que identifican a un paraíso fiscal, según este documento, son cuatro:

- Inexistencia de impuestos o solo nominales.
- Falta de acuerdos de intercambio de información efectivos.
- Falta de transparencia de los procesos legislativos o administrativos.
- Inexistencia de requerimientos de sustancia por las actividades desarrolladas.

En relación con la creación de la lista de paraísos fiscales lo que acaba ocurriendo es que en el año 2000 se constituye el *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes* que, aunque auspiciado por la OCDE, lo forman más países que los que pertenecen a este organismo y que, como su nombre indica, centra su propósito en establecer los estándares de transparencia en relación con la información tributaria. Efectivamente se crea una lista de países pero referida al cumplimiento o no de los estándares de transparencia e intercambio de información. Especialmente a partir de 2009 en el que este organismo se reorganiza, cabe decir que los avances realizados en materia de intercambio de información tributaria entre los países son muy importantes y tal como revela el último informe correspondiente a 2014 en que, según esta organización, la lista de países no cumplidores con los estándares de transparencia es muy exigua. Esta lista es la que está ya incorporada en la lista española tal como ha quedado señalado más arriba.

Además de las de la OCDE otras listas elaboradas por organismos internacionales que cabría considerar las constituirían las mencionadas en el estudio realizado por el Parlamento Europeo²¹ que incluyen al Fondo Monetario Internacional (FMI) y al Banco Internacional de Pagos con sus respectivas listas de centros financieros *offshore* y la correspondiente a Financial Action Task Force que se refiere a jurisdicciones no colaborativas con la persecución del lavado de dinero y la financiación del terrorismo. Merece la pena mencionar el caso de los Estados Unidos que desde 2008 y con base en el informe elaborado por la United States Government Accountability Office (GAO), utiliza una lista que se forma por la inclusión de tres listas de referencia que son la lista de la OCDE, la lista elaborada por National Bureau of Economic Research y, finalmente, otra elaborada por el Internal Revenue Service. En cualquier caso hay que señalar que ninguna de estas listas tiene el consenso internacional alcanzado por el Global Forum al que está también adherido España.

Asimismo, el pasado 17 de junio de 2015 la Comisión Europea presentó un Plan de Acción para reformar de manera sustancial el impuesto sobre sociedades en la Unión Europea²², dentro

²¹ «European Initiatives on eliminating tax havens and offshore financial transactions and the impact of these constructions on the Union's own resources budget» (2013).

²² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5188_es.htm

del cual se recoge como iniciativa para incrementar la transparencia la publicación de una lista de jurisdicciones «no colaborativas en materia fiscal».²³

En este sentido, con la colaboración de algunos de los principales países, se han utilizado criterios basados en la transparencia, intercambio de información y competición justa a efectos de identificar las 30 jurisdicciones menos colaborativas, entre las que destaca la presencia de Andorra, Liechtenstein o Panamá, entre otras.

Otras listas que tienen su ámbito de repercusión son las producidas por organizaciones no gubernamentales tales como, entre otras, la elaborada por el Tax Justice Network que desde 2011 ha desarrollado el llamado Financial Secrecy Index para identificar las jurisdicciones que reciben los fondos de actividades ilícitas basadas en su falta de transparencia sobre la base de la actividad económica que generan. Este representa un enfoque distinto al tradicionalmente considerado alrededor de los paraísos fiscales como localizaciones *offshore* poniendo más el acento en lo que serían elementos de competencia fiscal desleal.

Asimismo, es de consideración mencionar la lista de jurisdicciones no cooperadoras en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo elaborada por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)²⁴ desde comienzos de 2009, en la que se identifican aquellas jurisdicciones que no desarrollan las medidas preventivas necesarias para proteger la integridad de su sector financiero. En este sentido, GAFI lleva a cabo de manera continua un proceso de actualización de la lista, permitiendo la identificación de aquellas jurisdicciones que no cumplen con los estándares internacionales en la materia, y pueden ser consideradas, por tanto, jurisdicciones de alto riesgo y no cooperadoras.

En definitiva cabe decir que:

- La identificación como paraíso fiscal de una jurisdicción concreta a los efectos de lo previsto en la LSC ha de realizarse sobre la base de la lista de países definidos como tales por nuestro ordenamiento tributario, el cual se sustenta también en su remisión a los estándares internacionales de mayor aceptación que son los de la OCDE.
- Esta referencia es independiente y complementaria del cumplimiento de las legislaciones tributarias nacionales que, en su caso, establezcan previsiones específicas en materia de paraísos fiscales, incluida la posibilidad de que la referida legislación identifique como paraísos fiscales otros territorios.
- Esta remisión no va a evitar que tanto con referencia a listas de organismos internacionales como con referencia a listas producidas por organizaciones privadas no se pueda decir, aunque sin efectos jurídicos, que un cierto país o jurisdicción es un

²³ http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/gen_info/good_governance_matters/lists_of_countries/index_en.htm

²⁴ <http://www.fatf-gafi.org/topics/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/>

paraíso fiscal ya que no existe un estándar internacionalmente aceptado que, por un lado, defina que es un paraíso fiscal y, por otro, evalúe su concreción específica en una jurisdicción concreta.

Definido lo anterior corresponde establecer cuál es el ámbito de utilización de paraísos fiscales que se establece en la LSC.

En primer lugar, existe un mandato asociado al deber de supervisión del consejo en relación con la efectiva incorporación al grupo de sociedades de entidades localizadas en paraísos fiscales y, en segundo lugar, que, implícitamente, se está exigiendo definir las circunstancias, que sin contrariar el interés social, habiliten esta aprobación.

Por tanto, el cumplimiento de esta función indelegable requiere tanto establecer los mecanismos de control interno necesarios para que la lista de paraísos definida por España sea conocida y aplicada por el conjunto de la organización, como que el consejo autorice su creación o adquisición siempre que no lo sea con fines de ocultación de la información tributaria o con el propósito de trasladar ficticiamente actividades para eludir el pago de impuestos en donde realmente se realiza esa actividad determinada. Obviamente este segundo aspecto requerirá que los requisitos de sustancia de las actividades y de propósitos económicos sean cumplidos materialmente.

Por último, conviene delimitar qué se entiende por entidad de propósito especial (EPE) también denominadas «sociedades instrumentales» o «Special Purpose Vehicle» (SPV).

De acuerdo con la Interpretación SIC 12 sobre Consolidación-Entidades de Cometido Específico (ECE), estas se definen como entidades creadas para alcanzar un objetivo concreto y perfectamente definido de antemano (por ejemplo, para llevar a cabo un arrendamiento, actividades de investigación y desarrollo o la titulación de un activo financiero). Tales ECE pueden tener la forma jurídica de sociedades de capital, fideicomisos o asociaciones entre entidades, o bien ser una figura sin forma jurídica de sociedad. Las ECE se crean, a menudo, sujetas a condiciones legales que imponen límites estrictos, y a veces permanentes, a los poderes que sus órganos de gobierno, consejeros o directivos poseen sobre las operaciones de la entidad.

En determinados ámbitos de actividad (infraestructuras, energía, telecomunicaciones, etc.), la constitución de este tipo de entidades es un instrumento habitual y frecuente para el desarrollo de proyectos que puede atender a diversos motivos de negocio, tales como regulatorios (concesión de una licencia), financieros (financiación de infraestructuras) o empresariales (negocios conjuntos) sin que en estos casos la fiscalidad sea un factor relevante en la constitución de este tipo de entidades.

Sobre esta base, parece razonable interpretar que la aprobación por parte del consejo de administración de las entidades cotizadas, de la creación o adquisición de entidades de propósito especial únicamente tiene sentido cuando la misma se encuentre domiciliada en paraísos fiscales, o pueda menoscabar de alguna manera la transparencia de la sociedad y su grupo.

7. CONCLUSIONES

- La modificación de la LSC, España ha supuesto la incorporación a normativa positiva de la mayor parte de los estándares internacionales que en materia de gobierno fiscal estaban recogidos en recomendaciones de buen gobierno corporativo.
- Los nuevos requerimientos de la LSC han completado la configuración del estatuto de responsabilidad de los administradores de las compañías cotizadas. Tanto el Código Penal como la LGT descansan en la legislación mercantil a la hora de derivar responsabilidad tributaria y delimitar la diligencia debida del buen y ordenado empresario (*business judgement rule*).
- Las empresas cotizadas españolas deben adecuarse al nuevo entorno normativo mediante la formalización, revisión y actualización de sus estrategias fiscales y políticas de gestión del riesgo fiscal, así como el marco global de control de riesgos fiscales, a efectos de cumplir con los nuevos requerimientos de la LSC.
- La elaboración de una estrategia fiscal carece de sentido si la misma no va acompañada de medidas e instrumentos concretos que ayuden a llevar a cabo la misma a lo largo de la organización. El estándar COSO ha sido tomado como marco de referencia por parte de la OCDE para la elaboración de un marco de control fiscal (*Tax Control Framework*) si bien se reconoce que el mismo requerirá una adaptación específica a la práctica tributaria de cada grupo empresarial.
- La nueva regulación puede considerarse como marco de referencia por aquellas compañías no cotizadas que quieran ser consideradas como mejores prácticas en lo relativo a gobierno fiscal corporativo, teniendo en cuenta la relevancia en el contexto actual del factor reputacional asociado a los asuntos fiscales.
- El marco definido por la LSC debiera completarse con el desarrollo normativo de un marco de cumplimiento cooperativo. La modificación del artículo 92 de la LGT indicaría que esta es una línea de desarrollo que se está considerando.