

## LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA

**Alberto Amorós Viñals**

*Inspector de Hacienda del Estado*

---

### EXTRACTO

Los sistemas tributarios nacionales se encuentran con dificultades para proteger sus bases imponibles ante estrategias de planificación fiscal que sacan ventaja de la falta de coordinación entre las diferentes jurisdicciones fiscales.

Algunos organismos internacionales han prestado atención a este problema. Sus trabajos han tenido por objeto tanto la identificación de las estructuras más agresivas como la recomendación a los gobiernos de la adopción de medidas destinadas a gestionar ese riesgo. Son especialmente relevantes los informes de la OCDE y la IOTA al respecto.

Finalmente, se aborda la experiencia norteamericana en la lucha contra los *tax shelters* en cuanto supone un caso paradigmático de los medios y recursos que una administración puede poner en juego ante el acoso de esquemas de planificación fiscal.

**Palabras claves:** planificación fiscal agresiva, arbitraje, elusión y abuso.

---

*Fecha de entrada: 11-02-2013 / Fecha de aceptación: 19-03-2013 / Fecha de revisión: 14-04-2013*

## AGGRESSIVE TAX PLANNING

Alberto Amorós Viñals

---

### ABSTRACT

National tax systems face difficulties to protect their tax bases from tax planning strategies that take advantage of the lack of coordination among the different tax jurisdictions.

Some international organizations have paid attention to this problem. Its work has been aimed at identifying the more aggressive structures and recommend governments to adopt measures to manage that risk. Particularly relevant are OECD and IOTA reports.

Finally, it is studied the American experience in the fight against tax shelters as a paradigmatic case of what an Administration can put into play facing tax planning schemes.

**Keywords:** aggressive tax planning, arbitrage, elusion and abuse.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. Concepto
3. Los informes de la OCDE. Descripción del problema
  - 3.1. Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure (2011)
  - 3.2. Corporate Loss Utilization through Aggressive Tax Planning (2011)
  - 3.3. Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues (2012)
4. El informe de la IOTA. El punto de vista de la administración
5. Las estrategias contra los *tax shelters* en Estados Unidos

## 1. INTRODUCCIÓN

La planificación fiscal agresiva es motivo de creciente preocupación entre los estados y los organismos internacionales con responsabilidades en el ámbito tributario. Cabe citar, entre los organismos que se han ocupado de esta cuestión, a la OCDE, la IOTA, la UE y el G20.

En el caso de la UE su interés en el tema viene mediatizado por las limitadas competencias con que los organismos comunitarios cuentan en el ámbito de la fiscalidad directa. Por esta razón, hasta fechas muy recientes la aproximación de la UE al problema de la planificación fiscal agresiva fue tangencial y tuvo lugar en el marco de las iniciativas para erradicar la competencia fiscal perjudicial entre los Estados miembros y establecer un Código de conducta.

Sin embargo, la Comunicación de 10 de diciembre de 2007 titulada «Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa, dentro de la UE y en relación con terceros países» [COM (2007) 785 final], supone un salto cualitativo. En esta Comunicación, la Comisión señaló la necesidad de adaptar las reglas antiabuso aplicables a las operaciones internas de los Estados miembros a los principios del Tribunal de justicia europeo y de avanzar en la construcción de medidas coordinadas contra las prácticas abusivas de carácter internacional. A este respecto cabe recordar que el Tribunal de Justicia de la UE ha elaborado la doctrina de los montajes puramente artificiales como medida antiabuso aplicable en el ámbito de la fiscalidad directa.

Recientemente, en fecha 6 de diciembre de 2012, la Comisión ha emitido una recomendación sobre Planificación Fiscal Agresiva, [C(2012) 8806 final], en ella la Comisión requiere a los Estados miembros para que adopten una medida antiabuso de carácter general que sea común a todos ellos y para que dichos Estados, además, adopten medidas internas y convencionales que eviten situaciones de doble no imposición en el ámbito de operaciones comerciales internacionales.

Por su parte, el G20 ha sido prolífico en declaraciones de las que se deduce una preocupación creciente por acotar las prácticas de arbitraje (*regulatory arbitrage*), así como las prácticas de ausencia de transparencia (véanse declaraciones de Londres, 2009; Pittsburg, 2009 y Toronto, 2010<sup>1</sup>). Es cierto que estas declaraciones del G20 se refieren al ámbito de las instituciones y de los mercados financieros, pero tienen la virtualidad de poner de manifiesto que el arbitraje legal y, por tanto, también el arbitraje fiscal, no puede configurarse como un derecho absoluto en manos de los operadores económicos.

---

<sup>1</sup> Disponibles en [www.g20.org/documents/](http://www.g20.org/documents/)

La realidad subyacente es que, durante el periodo de bonanza económica que precedió a la actual recesión, se constató que la aportación del Impuesto sobre Sociedades al conjunto de ingresos públicos creció a un ritmo significativamente menor al que lo hicieron los beneficios de las grandes empresas o el valor de su capitalización bursátil.

Dicho de otro modo, incluso si la recaudación por Impuesto sobre Sociedades pudo aumentar en términos absolutos, parece que esta se mantuvo alejada de su verdadero potencial recaudatorio. Tal desfase se explica, en parte, por una legislación fiscal muy favorable a los beneficios empresariales, pero probablemente, la generalización de prácticas de planificación fiscal abusiva pudiera explicar también una parte importante del desfase.

Estas prácticas generan problemas de eficacia y equidad en los sistemas fiscales nacionales, en la medida en que comprometen la recaudación de los ingresos públicos y dan lugar a una distribución inequitativa de la carga fiscal entre los contribuyentes, ya sea en un sentido vertical, pues no todos los tipos de renta pueden beneficiarse de estas estrategias (significativamente las rentas del trabajo) o en un sentido horizontal, dado que solo las grandes empresas con implantación internacional tienen a su alcance los más sofisticados esquemas de planificación fiscal agresiva, lo cual constituye, por cierto, una ventaja competitiva frente a las empresas de menor tamaño. La Comisión europea tiene declarado que «la planificación fiscal agresiva puede ser considerada contraria a los principios de Responsabilidad Social Corporativa»<sup>2</sup>.

Interesa destacar que el desarrollo de la planificación fiscal agresiva en el ámbito de las empresas multinacionales ha ido paralelo a un cambio de rol en sede de los departamentos fiscales de muchas de esas grandes corporaciones. Estos departamentos ya no son percibidos desde las áreas de dirección como simples departamentos de gasto, sino que se les exige jugar un papel significativo en las rúbricas del resultado empresarial, esto es, pasan a incorporarse a la cadena de creación de valor para la empresa. Los objetivos estratégicos de estos departamentos fiscales ya no son, muchas veces, los tradicionales de prudencia y seguridad, sino que estos valores tradicionales se sacrifican por los de innovación y agresividad en una búsqueda constante de creación de valor, ya sea en forma de reducción del tipo efectivo del impuesto o en forma de consecución de créditos fiscales que puedan ser afluídos en el balance. Dicho de otro modo, las rúbricas fiscales del balance y de la cuenta de resultados son parámetros activamente utilizados por la dirección de muchas grandes empresas para justificar su gestión<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de fecha 6 de diciembre de 2012 titulada «Un plan de acción para fortalecer la lucha contra el fraude fiscal y la evasión» [COM (2012) 722 final].

<sup>3</sup> La gestión del impuesto como oportunidad de beneficio para la empresa fue una de las lecciones reveladas por la crisis de ENRON. Así en el denominado Informe Enron del Congreso de los Estados Unidos (*Report on investigation of Enron Corporation and related entities regarding federal tax and compensation issues. Policy recommendations*) de febrero de 2003 y disponible en <http://www.jct.gov/s-3-03-vol1.pdf> puede leerse: «ENRON recurrió a su departamento fiscal para que ideara transacciones que incrementaran las cuentas de ingresos financieros. El departamento fiscal de Enron acabó convertido en una fuente de ingresos financieros y, en definitiva, en una unidad de negocio de la compañía. Con un énfasis especial en la rentabilidad a corto plazo y en los flujos de caja...» (pág. 8).

También ha cambiado sustancialmente la terminología empleada. En este sentido, los promotores de estos esquemas de planificación fiscal no suelen argumentar ya en los términos clásicos de economía de opción, sino que, cada vez más, se aducen justificaciones en términos de arbitraje fiscal. El arbitraje fiscal se convierte así en fundamento técnico y fuente de legitimidad de la planificación fiscal agresiva.

La técnica del arbitraje fiscal tiene su precedente en el arbitraje financiero. En ese ámbito existe posibilidad de arbitraje desde el momento en que varios mercados asignan precios distintos al mismo producto. La diferencia de precios revela imperfecciones en los mercados. El arbitraje, en este contexto, se basa en comprar en los mercados baratos para vender en los caros, hasta conseguir que los precios se igualen. En definitiva el arbitraje financiero permite aprovechar las imperfecciones de los mercados para la especulación. A cambio, tiene la virtud de detectar y corregir las ineficiencias de los mercados.

Pues bien, en el arbitraje fiscal son las jurisdicciones fiscales nacionales las sometidas a escrutinio por parte de los operadores. Se buscan defectos e inconsistencias que puedan ser objeto de un aprovechamiento interesado, pero muy particularmente, lo que es objeto de escrutinio y explotación son las incoherencias de encaje y coordinación entre las diferentes jurisdicciones fiscales, pues la dimensión internacional de la planificación fiscal agresiva es esencial.

En el mundo financiero la fundamentación axiológica del arbitraje radica en su contribución a la eficiencia de los mercados, haciendo que estos asignen idéntico precio a los mismos productos. Es muy dudoso que esta fundamentación pudiera servir al arbitraje fiscal internacional, pues la provisión de bienes públicos no parece que haya de tener procesos de asignación equiparables a los productos financieros.

En realidad el libre ejercicio del arbitraje fiscal no conducirá nunca a una mayor eficiencia de los sistemas fiscales, sino tan solo a una competencia fiscal a la baja (*race to the bottom*) entre los diferentes países, en beneficio siempre de aquellos que acepten o precisen de una menor provisión de bienes públicos.

En definitiva, parece evidente que los sistemas fiscales nacionales están fuertemente comprometidos por una realidad globalizada que favorece el arbitraje. Se plantea, por tanto, el reto de detectar estos esquemas abusivos y de reaccionar adecuadamente, en tiempo y forma, frente a los mismos.

## 2. CONCEPTO

En la literatura internacional se ha consolidado el término *Aggressive Tax Planning* (ATP por su acrónimo en inglés). Este es el vocablo usualmente utilizando por las organizaciones internacionales en sus documentos y se corresponde con la terminología habitual de la doctrina y de la administración norteamericanas.

En el caso español este término convive con los de ingeniería fiscal, planificación fiscal abusiva o fraude de ley, si bien en este último caso se hace referencia a un mecanismo legal que permitía regularizar los efectos de la previa actividad de planificación, mecanismo que, además, contaba con el respaldo de su equivalente en el Código Civil. Como es sabido la Ley General Tributaria sustituyó, desde 2003, el Fraude de ley por el Conflicto en aplicación de la norma tributaria.

Parece lógico exigir que las normas tributarias identifiquen y definan correctamente las conductas de planificación fiscal abusiva, y ello porque el acierto en la delimitación de tales conductas será el primer paso para combatir las eficazmente. Una mala definición legal restará eficacia a la normativa que se sustente en esa definición. Por tanto, la definición no es un mero ejercicio teórico, sino que es un *prius* lógico de política tributaria. La definición ha de servir para acotar las conductas que han de quedar expuestas a medidas específicas de control y regularización, excluyendo al resto.

Resulta ciertamente sugerente recordar algunos de los aforismos acuñados en esta materia. Por ejemplo, la administración fiscal norteamericana dirige alertas a sus contribuyentes previniéndoles contra aquellas ofertas de ingeniería fiscal que no superen el test del «too good to be true»<sup>4</sup>.

También es célebre la máxima atribuida Michael GRAETZ según la cual la planificación fiscal abusiva consiste en negocios diseñados por gente muy inteligente, pero que si excluyéramos las consideraciones fiscales, parecerían muy estúpidos. Resulta oportuno traer a colación este pensamiento de Michael GRAETZ porque pudiera estar detrás del primer intento de las autoridades norteamericanas por elaborar un concepto general de la ATP. Así, en un primer momento el IRS se inclinó por un método cuantitativo de definición, según el cual bastaría con comparar la inversión financiera requerida por la operación con el valor actual del ahorro fiscal generado. Se trataba de lo que se ha dado en llamar una definición mediante ratio y fue utilizada, con escaso éxito, por el IRS que la abandonó definitivamente el año 2004. En el caso estadounidense se estableció como valor determinante un ratio de 2 a 1, esto es, se consideraba abusiva aquella situación en la que el valor del ahorro fiscal superara en dos veces el de la inversión, computado todo ello en un plazo de cinco años.

Este tipo de definiciones plantea no pocos problemas. El primero de ellos es, obviamente, fijar la línea de corte en el valor del ratio. Este valor será siempre arbitrario y actuará a modo de incentivo y justificación para aquellas operaciones elusivas que no superen el umbral establecido, por lo que los efectos pueden ser contrarios a los deseados.

---

<sup>4</sup> Literalmente: «Demasiado bueno para ser cierto». Exactamente con estas palabras se dirige el IRS (*Internal Revenue Service*) a los contribuyentes norteamericanos para que eviten participar en entramados fiscales que pueden llegar a reportarles importantes multas y penas de prisión. Véase en <http://www.irs.gov/uac/Tax-Fraud-Alerts> el apartado «Tax scams and how to recognize and avoid them» (página actualizada a 16 de agosto de 2012).

La definición mediante ratio plantea, además, otro problema y es que puede incluir productos o conductas que deberían acomodarse dentro de la economía de opción y, por el contrario, puede excluir esquemas de planificación más sofisticados que no requieran inversión propiamente dicha.

Las limitaciones descritas hacen preferible otro tipo de definiciones, como es el caso de la definición mediante listas de operaciones o conductas. Así fue como el IRS adoptó a partir de 2004 un sistema de listas (*reportable transactions*) a fin de acotar aquellas operaciones susceptibles de quedar afectadas por la normativa dirigida al control de actividades de planificación fiscal abusiva.

Un sistema de listas será, necesariamente, abierto, dado que las listas cerradas dejarán de ser operativas al cabo de poco tiempo. Esto exige o una cláusula de cierre que planteará problemas de inseguridad jurídica o una actividad administrativa con suficiente información y agilidad como para mantener actualizada la relación de operaciones.

Un sistema de listas solo es práctico si la administración que debe gestionarlas cuenta con información precisa y en tiempo real. Esta información puede fluir tanto gracias a las potestades administrativas para recabarla (principalmente investigación, denuncias, requerimientos y obligaciones de revelación) como gracias a relaciones reforzadas con ciertos grupos contribuyentes.

Otra alternativa es la definición de las conductas consideradas como dañinas mediante un concepto general y sintético. Este es el caso de las definiciones ofrecidas por algunas de las organizaciones internacionales más significativas. Por ejemplo la OCDE ha definido la ATP como aquella *planificación que implica una situación fiscal que es sostenible, pero que tiene consecuencias tributarias no deseadas e inesperadas*<sup>5</sup>. Por su lado, la IOTA proporciona la siguiente definición: *En general, la planificación fiscal agresiva es cualquier esquema en el que el principal propósito o beneficio deriva de la reducción de impuestos y en el que la ventaja fiscal buscada no está claramente sancionada por la ley tributaria*<sup>6</sup>.

Estas definiciones proporcionan un concepto intuitivo, pero no son útiles como norma positiva, pues su elemento negativo es sumamente impreciso (nos referimos a esas *consecuencias no deseadas, inesperadas o no claramente sancionada por la ley*). Además, se limitan a definir el concepto, pero no establecen los requisitos para considerar ilegal o antijurídica esa conducta.

Por su parte, la UE afirma que la *planificación fiscal agresiva consiste en sacar ventaja de los tecnicismos de un sistema fiscal o de las inconsistencias entre dos o más sistemas fiscales con el propósito de reducir el cumplimiento fiscal. La planificación fiscal agresiva puede tomar multitud de formas. Sus efectos van desde la doble deducción de gastos, hasta la doble no imposición*<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Definición recogida en el informe titulado «Study into the role of tax intermediaries» (2008).

<sup>6</sup> Definición incluida en el informe titulado «Aggressive tax planning» (2011).

<sup>7</sup> Esta definición procede de Recomendación de la Comisión sobre Planificación Fiscal Agresiva de fecha 6 de diciembre de 2012, C(2012) 8806 final.



Las administraciones tributarias, en general, no han definido lo que es la ATP, aunque muchas de ellas cuentan con cláusulas antiabuso para responder a los problemas que plantea. Es por esta razón que el concepto de ATP podría deducirse de los presupuestos de hecho de las normas antiabuso generales que las combaten.

Sucede, sin embargo, que los sistemas tributarios de corte anglosajón han sido tradicionalmente muy reticentes a codificar cláusulas generales antiabuso, por ello en estos sistemas la configuración de la ATP ha quedado en manos de los tribunales que han desplegado un prolífico abanico de criterios jurisprudenciales tales como el test de los motivos económicos, el test de la sustancia sobre la forma, el test de los negocios concatenados... Pero no siempre resulta fácil el deslinde de estas figuras jurisprudenciales y, en no pocas ocasiones, se superponen entre ellas. El resultado es que el operador jurídico norteamericano tiene escasa certeza sobre cuál va a ser la doctrina que finalmente aplicará el tribunal de instancia al caso que se le plantea.

La codificación de cláusulas generales antiabuso que operen a modo de cierre del sistema tributario ha quedado, por lo general, en manos de los sistemas jurídicos de tipo continental. Normalmente el presupuesto de hecho de una cláusula general antielusión atenderá a dos grupos de circunstancias. En primer lugar, describirá los elementos que caracterizan objetivamente a este tipo de operaciones. En segundo, atenderá a los resultados o efectos alcanzados por la conducta elusiva.

La descripción de los elementos objetivos de la estructura elusiva no puede pretenderse que sea pormenorizada, esto llevaría a una enumeración tan detallada y extensa como poco explicativa de conductas generales<sup>8</sup>. Por tanto, goza de mayor poder explicativo una definición que huya de los aspectos casuísticos y se centre en conceptos más generales, aunque también más indeterminados. En este sentido existe un cierto consenso en que los elementos objetivos que caracterizarían a la ATP podrían ser la artificiosidad de las operaciones, la utilización de lagunas o defectos legales y la ausencia de motivación económica.

Por el lado de los efectos y fines perseguidos por la conducta elusiva nos encontraríamos con que la finalidad determinante de la operación elusiva sería la exclusiva reducción de la carga fiscal o la vulneración del espíritu o finalidad de la norma.

---

<sup>8</sup> Las administraciones tributarias que han optado por un sistema de *reportable transactions* están próximas a una definición de este tipo. Del mismo modo la IOTA enumera una larga lista de características que, a su juicio, son propias de la ATP. Algunas de estas características son las siguientes: la existencia de movimientos circulares de fondos, la aparición de divergencias significativas entre beneficio contable y fiscal, el uso de sociedades interpuestas meramente canalizadoras o remansadoras de rentas (que, normalmente, gozan de regímenes fiscales favorables), una inversión inicial desproporcionadamente baja en relación con los ahorros fiscales conseguidos, la existencia de múltiples operaciones concatenadas realizadas en un corto espacio de tiempo, la utilización de instrumentos híbridos o, en fin, la existencia de un promotor externo de la operación que la ofrece al inversor-contribuyente en unas condiciones muy precisas (minuta en función de los ahorros fiscales conseguidos, impone una cláusula de confidencialidad del producto, ofrece conjuntamente informes de legalidad elaborados por abogados independientes...).

Encontramos ejemplos de este tipo de definición en los artículos 15 y 16 de nuestra Ley General Tributaria, en el artículo L64 del Código de Procedimientos Fiscales francés<sup>9</sup> o en el artículo 42 del Código Tributario alemán<sup>10</sup>.

En la misma línea se sitúa la norma general antiabuso propuesta por la Comisión europea a los estados miembros, cuyo literal es el siguiente: *Un acuerdo artificial o una serie de acuerdos artificiales que han sido puestos en marcha con el propósito esencial de eludir la imposición deberán ser ignorados. Las autoridades fiscales tratarán estos acuerdos a efectos fiscales de conformidad a su sustancia económica*<sup>11</sup>.

En definitiva, parece que las ideas que se repiten en estas cláusulas antiabuso y que, por tanto, son propias de una operación elusiva se sitúan tanto en la estructura objetiva de la operación como en su finalidad y podrían resumirse en los siguientes:

1. Artificiosidad.
2. Aprovechamiento de defectos o inconsistencias legales.
3. Ausencia de motivación económica y finalidad exclusivamente fiscal.
4. Utilización de la norma de forma ajena a su espíritu y finalidad.

Algunas de estas características merecen un comentario adicional.

Sobre la artificiosidad cabe decir que a menudo se identifica artificiosidad con complejidad o con retorcimiento de las formas legales o usuales de los negocios. Ahora bien, esta concepción resulta en exceso restrictiva, pues la artificiosidad no implica necesariamente la realización de operaciones tortuosas o complejas, sino que se vincula a la inusualidad, a la inadecuación, a la ausencia de oportunidad o de lógica del esquema operativo. En este sentido, un negocio jurídico perfectamente sencillo y sin complejidad alguna, por ejemplo un préstamo matriz-filial, puede devenir, a la vista del contexto, en una conducta artificiosa. De lo que se trata, pues, es de analizar la coherencia

---

<sup>9</sup> Este precepto establece lo siguiente: *Con el fin de restituir su verdadero carácter, la administración tiene el derecho a considerar como no oponibles frente a ella, aquellos actos constitutivos de un abuso de derecho, sea porque los actos tienen un carácter ficticio, sea porque buscan el beneficio de una aplicación literal de la norma o por otros objetivos perseguidos por sus autores, no pueden haber estado inspirados por ningún otro motivo que el de eludir o atenuar las cargas fiscales que el interesado hubiera normalmente soportado si esos actos no hubieran sido realizados, todo ello a la vista de su situación y de sus actividades reales.*

<sup>10</sup> Esta norma, en vigor desde 1 de enero de 2008, señala lo siguiente: a través del abuso de las posibilidades de configuración del derecho no se puede eludir la Ley impositiva... Hay abuso cuando se elige una configuración jurídica desproporcionada que en comparación con una configuración proporcionada conduce a una ventaja tributaria no prevista legalmente para el contribuyente o un tercero, no rigiendo lo anterior cuando el obligado demuestre motivos ajenos a los tributarios para la configuración elegida.

<sup>11</sup> Recomendación de la Comisión sobre Planificación Fiscal Agresiva de fecha 6 de diciembre de 2012, C(2012) 8806 final.

en el proceder del contribuyente en un sentido muy parecido a lo que tiene declarado el Tribunal Supremo cuando señala que «la vida económica y las decisiones que en ese ámbito de la actividad humana se adoptan necesitan ser creíbles» [Sentencia de 18 de marzo de 2008 (NFJ029066)].

En relación con la utilización de lagunas, defectos o inconsistencias hay que hacer una especial referencia a las que se producen como consecuencia de la intersección de dos o más sistemas fiscales. En el ámbito de una única jurisdicción tales inconsistencias podrían ser interpretadas, en última instancia, como economías de opción. Sin embargo, cuando las inconsistencias no surgen de un sistema tributario, sino de la interacción de varios de ellos, la situación es distinta y difícilmente podrá pretenderse que el contribuyente que se aprovecha intencionadamente de esas incoherencias esté haciendo uso de una legítima economía de opción, pues los estados no están obligados a armonizar sus legislaciones.

### 3. LOS INFORMES DE LA OCDE. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La OCDE hizo explícita su preocupación sobre la ATP en la denominada Declaración de Seúl (2006), donde constataba el crecimiento de lo que entonces denominó *mecanismos inaceptables de mitigación de la obligación tributaria*. Estos mecanismos se identificaban como un riesgo para la correcta implementación de las políticas fiscales de los estados.

La OCDE se ha comprometido en iniciativas que permitan a los gobiernos compartir información y responder con estrategias adecuadas a los retos planteados por la ATP. Con esta finalidad se ha puesto en marcha en el seno del Grupo de Trabajo n.º 10 (intercambio de información y cumplimiento tributario) un subgrupo, denominado *Aggressive Tax Planning Steering Group*, centrado en la problemática de la elusión fiscal agresiva y que, hasta el momento, ha desarrollado las siguientes líneas de actuación:

- Creación de una base de datos (*ATP Directory*).
- Elaboración de informes sobre ATP.
- Realización de seminarios y talleres.

El *ATP Directory* es una base de datos con información sobre esquemas de elusión fiscal agresiva. En ella se describe el modo en que dichos esquemas fueron detectados y las respuestas administrativas o legislativas implementadas por el país que aporta la información. Puesto que la información es suministrada por los estados, la inclusión de una operación en el *ATP Directory* significa que, al menos, una administración tributaria ha considerado ilícito el esquema allí descrito. Sin embargo, el acceso a esta base de datos es sumamente restrictivo y limitado.

La segunda línea de actuación se ha centrado en la emisión de informes sobre la materia. Hasta la fecha, son los siguientes: *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses (2010)*, sobre los riesgos

fiscales derivados de las ingentes pérdidas fiscales que la crisis financiera ha generado en el sector bancario. Se presupone que la magnitud de dichas pérdidas no pasará inadvertida para los promotores de esquemas de arbitraje y planificación; *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure (2011)*, en este informe se parte de la constatación de que los procedimientos tradicionales de comprobación tributaria no bastan para hacer frente a la ATP, por lo que se estudian otros medios complementarios puestos en marcha por diversos estados miembros para abordar el problema; *Corporate Loss Utilization through Aggressive Tax Planning (2011)*, la crisis económica ha elevado significativamente las pérdidas en las empresas, adicionalmente los grupos multinacionales ven como las pérdidas se concentran en unos sectores (geográficos o económicos), pero no en otros, todo ello alienta las posibilidades de planificación y los riesgos de cumplimiento tributario; *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues (2012)*, la evidencia demuestra que uno de los métodos de planificación fiscal preferidos por los grupos económicos internacionales es el aprovechamiento interesado de las discrepancias e inconsistencias que se producen en la intersección de dos o más jurisdicciones fiscales y que los instrumentos utilizados para aprovecharse de esas discontinuidades son los *híbridos*, es decir, sociedades, contratos o activos financieros que tienen calificaciones y consecuencias fiscales distintas (incluso contrapuestas) en cada una de las jurisdicciones implicadas en la operación, de tal manera que se consiga deducir dos veces un mismo gasto o aprovechar dos veces un crédito fiscal o deducir un gasto en sede del pagador sin que tenga la consideración de ingreso en sede del perceptor, etc.

Pasamos a exponer y comentar el contenido de estos informes, con la excepción del primero de ellos (*Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*) por tener un interés menos general dado que se ocupa en exclusiva del sector financiero.

### 3.1. TACKLING AGGRESSIVE TAX PLANNING THROUGH IMPROVED TRANSPARENCY AND DISCLOSURE (2011)

El informe parte de la constatación de que los procedimientos de auditoría tributaria tradicionales no pueden responder con tiempo y con eficacia suficiente a los retos de la ATP. Cuatro son las principales carencias que se imputan a los métodos administrativos tradicionales de control tributario:

1. En ocasiones los métodos de comprobación estándar son simplemente incapaces de detectar las operaciones elusivas dada la complejidad de las mismas y la multitud de operaciones y jurisdicciones que pueden llegar a intervenir en esos esquemas.
2. En otras ocasiones la operación puede llegar a ser detectada, pero a un alto coste en términos de tiempo y recursos.
3. Incluso habiendo detectado la operación no puede afirmarse si se trata de un caso aislado o de un fenómeno más o menos extendido entre el resto de grandes contribuyentes.
4. Los métodos tradicionales no permiten disponer de información en tiempo real.

Asumiendo que las vías complementarias de actuación a disposición de los países son muy variadas e incluyen las normas antiabuso, los regímenes sancionadores (para contribuyentes y promotores), las estrategias judiciales, las políticas de asignación de recursos administrativos, los códigos de gobernanza de las empresas globalizadas y otros, el informe se centra en aquellas estrategias que permiten contrarrestar la elusión fiscal abusiva mediante el uso de información relevante y anticipada. Estas estrategias se agrupan bajo el título de *disclosure initiatives*, que puede traducirse como iniciativas de revelación, comunicación o declaración, entre las que se incluyen las siguientes:

1. Revelación anticipada y obligatoria de ciertas operaciones.
2. Obligaciones de información adicional sobre determinadas operaciones.
3. Cuestionarios.
4. Programas de cumplimiento cooperativo.
5. Acuerdos previos o *rulings*.

Se considera que este tipo de iniciativas presenta ventajas tanto para la administración como para los contribuyentes pues ambos ganan en certeza y ambos ven reducidos sus costes administrativos.

### 3.1.1. Iniciativas de revelación anticipada y obligatoria

El informe señala que han establecido este tipo de obligaciones los siguientes países: Canadá, Portugal, Reino Unido, Irlanda y Estados Unidos.

La obligación de informar atañe, normalmente, tanto al contribuyente como al promotor u oferente de la operación. El sistema obliga a establecer, con un cierto grado de concreción, una lista de operaciones o indicios cuya concurrencia en el esquema diseñado obliguen a proceder a la revelación anticipada del mismo ante las autoridades fiscales.

La falta de revelación previa se sanciona con una multa pecuniaria o con la pérdida de cualquier beneficio fiscal asociado a la operación.

En algunos casos la revelación anticipada no es obligatoria, pero se incentiva su presentación moderando las sanciones aplicables en caso de regularización administrativa.

En general los países que han aplicado iniciativas de revelación anticipada califican como satisfactorios los resultados alcanzados. Estos procedimientos no solo permiten trabajar en tiempo real, sino que además permiten proponer gran número de respuestas legislativas para atajar los vacíos legales detectados. Adicionalmente la implementación de estos procedimientos tiene la virtualidad de disminuir el atractivo de los esquemas más agresivos<sup>12</sup> y, en definitiva, permite crear un campo de juego equilibrado (*level playing field*) para todos los contribuyentes.

<sup>12</sup> En el caso británico en el primer año de aplicación (2004) se declararon 1.183 esquemas, mientras que cinco años más tarde los esquemas declarados fueron 188.

### 3.1.2. Obligaciones de información adicional

Se trata de obligaciones de información impuestas en el momento de presentar la declaración fiscal o con carácter previo si el contribuyente pretende hacer uso de ciertos beneficios o créditos fiscales, por ejemplo si se va a proceder a la deducción de ciertos gastos financieros intragrupo (es el caso de los Países Bajos), o si se van a declarar ciertas pérdidas patrimoniales (es lo que sucede en Italia y Estados Unidos) o la explicación detallada de ciertos ajustes al resultado contable.

En general estas obligaciones de información afectan exclusivamente a los contribuyentes, quedando los promotores y asesores al margen de las mismas.

### 3.1.3. Cuestionarios

Algunos países (por ejemplo Nueva Zelanda e Italia) circularizan, entre ciertos grupos de contribuyentes, cuestionarios de cumplimentación obligatoria a fin de evaluar la existencia de áreas de riesgo fiscal.

El cuestionario se centra en aspectos como la financiación mediante instrumentos híbridos, la residencia fiscal, las filiales no establecidas, etc.

La ventaja de los cuestionarios es que son flexibles, tienen un coste reducido de implementación y de cumplimentación y, además, son un buen complemento de las iniciativas de revelación voluntaria, dado que pueden incentivar a los contribuyentes a acogerse a dichos procedimientos.

### 3.1.4. Programas de cumplimiento cooperativo

En el informe Titulado *Study into the Role of Tax Intermediaries (2008)* la OCDE recomendó el establecimiento de sistemas de transparencia y cooperación entre las administraciones tributarias, los contribuyentes y los asesores fiscales.

Las autoridades tributarias buscan con estos sistemas un equilibrio entre la ayuda, la certeza y el ahorro de costes que se proporciona a los operadores fiscales (normalmente grandes empresas) y la información y el cumplimiento voluntario que se obtiene de estos.

Si bien el informe que comentamos no se extiende en cómo deberían implementarse estas iniciativas, parece claro que la operatividad de una iniciativa de cumplimiento cooperativo exige una protocolización de los sistemas de acuerdos previos, consultas y revelación de operaciones de tal manera que exista un efectivo y fluido intercambio de información y certidumbre entre contribuyente y administración. Por otra parte, un marco de cooperación de este tipo solo resultará creíble si se acompaña de una reorientación de los sistemas sancionadores.

Los Países Bajos es uno de los que más lejos ha llegado en las iniciativas de relación reforzada con sus grandes empresas. Las empresas que se adhieren a un sistema de relación reforzada deben implementar un sistema de control interno de riesgos fiscales homologado por la administración y avenirse a suministrar abundante información en tiempo real que permita al supervisor evaluar el correcto funcionamiento de esos controles internos. Esta supervisión o monitorización continua permite sustituir las inspecciones intrusivas y retrospectivas tradicionales mucho más costosas para ambas partes.

### 3.1.5. Acuerdos previos o *rulings*

Los sistemas de *rulings* pueden ser vistos como mecanismos de revelación anticipada no obligatorios. En el contexto de la planificación fiscal el acuerdo previo va dirigido sobre todo a la calificación de una operación o producto, por lo tanto, el carácter vinculante del acuerdo lo sería no en relación con la persona solicitante sino en relación con la operación consultada.

La obtención de un acuerdo previo favorable cierra la puerta a que la administración pueda calificar esa operación como abusiva, pero no necesariamente a que pueda regularizarse esa operación por otras vías distintas a las del abuso de derecho, si bien esto último dependerá, normalmente, del alcance del acuerdo y de si la manifestación administrativa fue expresa o tácita.

En resumen podríamos establecer a modo de conclusión que el conflicto en torno al cumplimiento tributario es inevitable como también es inevitable combinar dos estrategias para enfrentarlo: una estrategia cooperativa y otra más tradicional basada en la comprobación administrativa. Parece que la experiencia internacional, tal como revela el informe de la OCDE, demuestra que, a largo plazo, apostar exclusivamente por una de las dos vías resulta contraproducente en términos de eficiencia y recaudación.

## 3.2. CORPORATE LOSS UTILIZATION THROUGH AGGRESSIVE TAX PLANNING (2011)

El informe parte de la premisa de que la magnitud de las pérdidas corporativas generadas recientemente por los grandes grupos multinacionales puede suponer un acicate para las maniobras de planificación fiscal encaminadas a acelerar el proceso de compensación o, incluso, a aumentar el tamaño de los créditos fiscales.

La primera parte del informe se ocupa del aspecto cuantitativo del problema. Así, por ejemplo, compara el PIB de varios países con el saldo agregado de bases imposables negativas pendientes de compensar. Los resultados son, a veces, sorprendentes. Tal ocurre con Alemania que en 2006 presentaba un saldo pendiente de compensar que ascendía al 25 % de su PIB<sup>13</sup>. En gene-

<sup>13</sup> La interpretación de ese resultado no es del todo clara. Por un lado podría pensarse que el mayor saldo respecto al PIB está asociado únicamente a la desfavorable coyuntura económica del país en cuestión, pero también podría resul-

ral, durante el periodo estudiado por el informe (de 2000 a 2009) son frecuentes los porcentajes entre el 15 y el 20% del PIB.

El informe también estudia la evolución temporal de las pérdidas fiscales pendientes de compensar, observándose que, a pesar de que el periodo estudiado comprende años de bonanza y años de recesión, el saldo de bases imponibles negativas pendientes parece ser, en la mayoría de países, continuamente creciente y la crisis económica únicamente habría acentuado la tendencia, pero no la habría iniciado.

A continuación el informe analiza los posibles esquemas de planificación internacional en relación con las pérdidas fiscales. Estos esquemas pueden perseguir alguno de los siguientes objetivos:

- 1.º Desplazar bases negativas hacia sociedades con beneficios (*loss shifting schemes*).
- 2.º Desplazar beneficios hacia sociedades con bases negativas (*profit shifting schemes*).
- 3.º Eludir restricciones sobre el plazo máximo de compensación.
- 4.º Eludir restricciones sobre el reconocimiento y tratamiento de las pérdidas compensables.
- 5.º Creación artificial de pérdidas fiscales.
- 6.º Compensación de una misma pérdida en varias jurisdicciones (*double/multiple dip schemes*).

Estos esquemas se pueden servir de alguno de los siguientes instrumentos:

- 1.º Productos o derivados financieros.
- 2.º Operaciones de reestructuración empresarial.
- 3.º Transacciones intragrupo.

Detengámonos un momento en estos instrumentos de planificación:

- 1.º Los instrumentos financieros, en particular los productos derivados son especialmente adecuados para desplazar pérdidas o beneficios de un país a otro. Por ejemplo, la toma de posiciones cruzadas sobre un mismo derivado (un futuro o una opción) supone un saldo neto cero, pues la pérdida de una posición compensará el beneficio de la otra, pero dentro del grupo no será indiferente ni el momento ni el lugar donde se sitúe cada producto, de tal manera que la pérdida puede situarse en una jurisdicción con beneficios y el beneficio en un territorio con pérdidas o con baja tributación.

---

tar que los países con mayores saldos respecto a su PIB (Alemania, Nueva Zelanda, Suecia...) fueran, precisamente, aquellos que mayores restricciones imponen a la compensación fiscal de pérdidas de ahí la acumulación de pérdidas.



Del mismo modo, el *swap* o permuta de flujos financieros es un instrumento frecuentemente utilizado en planificación fiscal, pues permite cambiar la naturaleza de las rentas (por ejemplo transformando dividendos en otro tipo de rentas no sujetas a retención en el país de la fuente), pero también permite intercambiar rentas, entre los partícipes, pudiendo ser diseñados para que, de forma predeterminada, dirijan las pérdidas o beneficios hacia el destino más conveniente<sup>14</sup>.

En definitiva y a grandes rasgos, la versatilidad de los derivados radica en que permiten convertir las pérdidas (reales o potenciales) de una filial en el subyacente de un producto derivado (*swap*, *credit default*, etc.) y tal producto permitirá movilizar el subyacente entre las sociedades del grupo, pudiéndose, incluso, contar con la participación de un tercero independiente (entidad financiera) que se interponga en las transacciones a fin de borrar todo rastro de vinculación.

- 2.º Respecto a las operaciones de reestructuración empresarial, el informe no está pensando solo en las clásicas operaciones motivadas exclusivamente por el aprovechamiento de las pérdidas acumuladas en la sociedad adquirida (o en su potencialidad para producirlas), sino que también advierte sobre aquellas operaciones de relocalización de activos dentro del grupo, realizadas con la intención de situar los activos generadores de pérdidas en determinadas jurisdicciones, mientras que los activos rentables se ubican en otras. A estos efectos son especialmente útiles los establecimientos permanentes pues no requieren la transferencia jurídica de los activos sino solo su asignación por la casa central. Si, además, tal establecimiento permanente puede ser cabecera de un grupo de consolidación fiscal (como ocurre en el caso de España) la renta negativa producida por el activo asignado al establecimiento permanente contamina el consolidado interno<sup>15</sup>.
- 3.º Respecto a las transacciones intragrupo, se trataría no solo de la utilización de precios de transferencia, sino de la imposición de condiciones comerciales o contractuales insostenibles para una de las partes.

A continuación el informe pasa a describir algunos de los esquemas detectados por los países participantes.

<sup>14</sup> La situación es especialmente delicada cuando las permutas financieras se pactan entre partes vinculadas. En principio, un *swap* se construye de tal manera que en el momento inicial exista un equilibrio entre los flujos futuros a intercambiar. Solo será después del momento inicial en que, debido a las variaciones del precio de los flujos subyacentes, aparecerán desequilibrios que la parte afectada deberá cubrir. Si el *swap* se diseñara de tal manera que ya estuviera desequilibrado en el momento inicial, esto es, en el momento de la contratación, en ese caso una de las partes (la beneficiada por el desequilibrio) debería pagar a la otra una compensación por suscribir el contrato. Pues bien, entre partes vinculadas esto puede no ocurrir y si es así la ejecución del contrato va a determinar una transferencia de rentas.

<sup>15</sup> Si no se articulan mecanismos posteriores de recuperación, o si estos se vulneran, el doble aprovechamiento puede ser definitivo.

### 3.2.1. Esquemas de desplazamiento de pérdidas

Un caso descrito por el informe es el de dos sociedades independientes (A y B) residentes en países de alta tributación con sendas filiales (SubA y SubB) residentes en países de baja tributación y cuyos activos se prevé que generen importantes pérdidas. A fin de situar las pérdidas en sede de las cabeceras se acuerda que SubA intercambie su riesgo con B (por ejemplo mediante un CDS<sup>16</sup> si son activos crediticios o mediante un *equity swap* si son participaciones sociales) y que SubB haga lo propio con A. Posteriormente A y B intercambian sus posiciones en los derivados contratados por cada una de ellas. En definitiva, en sede de A acabarán las pérdidas de SubA y otro tanto sucederá con B y las pérdidas de SubB. Es decir, las pérdidas acaban remansadas en las jurisdicciones de alta tributación.

También se describe el caso de una entidad financiera implantada en diversas jurisdicciones mediante establecimientos permanentes. En principio, el criterio OCDE para determinar el beneficio de los establecimientos permanentes se basa en situar el riesgo y la renta asociada al mismo, allí donde se tomen las decisiones humanas sustantivas de gestión de dicho riesgo. Pues bien, si la entidad tiene carteras de activos tóxicos podrá transferir la gestión de dichas carteras a los establecimientos permanentes que más le convenga, sin necesidad de realizar ninguna transacción jurídica. Por nuestra parte pensamos que la administración fiscal del país concernido podría oponer el principio de *empresa funcionalmente separada*, esto es, el establecimiento permanente no debería actuar frente a su casa central de manera distinta a como lo haría una empresa independiente y esta no aceptaría la gestión y asunción del riesgo de un activo tóxico sin una compensación adecuada.

También llama la atención el informe sobre el caso de una sociedad residente con bases positivas y con filiales en el extranjero dedicadas íntegramente a la actividad de distribución de sus productos. Algunas de esas filiales han entrado en importantes pérdidas operativas a consecuencia de la caída de ventas en sus respectivos países. La sociedad cabecera puede estar tentada en acudir en apoyo de sus filiales mediante *ayudas al esfuerzo comercial* o pagos similares. Ahora bien, en la medida en que dichos pagos no se correspondan con efectivas campañas de marketing o servicios comparables, las autoridades del país de residencia de la matriz calificarán dichos pagos como transferencia de pérdidas desde la filial hacia la matriz y los integrarán en la base imponible de esta.

Mediante este último ejemplo, el informe se adentra en un campo abonado a la polémica y a la disparidad de criterios entre administraciones. Pues la administración fiscal del país de residencia de las filiales distribuidoras puede considerar adecuada a condiciones de libre competencia la aportación de la cabecera del grupo a sus distribuidoras, siempre que se trate de distribuidoras de

---

<sup>16</sup> Un CDS o *Credit Default Swap* es un instrumento de cobertura del riesgo de crédito, en virtud del cual el comprador de protección (las filiales en este caso) pagará periódicamente al vendedor de protección (las cabeceras en este ejemplo) un porcentaje (denominado *spread*) sobre el principal. Si se produce el evento (*default*) se interrumpe el pago del *spread* y el vendedor de protección paga un importe estipulado al comprador de protección. Económicamente es un contrato de seguro, pero jurídicamente no está sometido a las restricciones de este tipo de contrato, por lo que permite una alta especulación.

bajo riesgo y, por tanto, de baja retribución (durante los periodos favorables), y de bajas pérdidas (en los periodos de recesión). Dicho de otro modo, si la cabecera hurtó a sus filiales distribuidoras la titularidad de funciones de alto valor añadido durante los años de bonanza (por ejemplo la gestión de marcas, diseños, etc.) lo que motivó que gran parte de sus beneficios transitaran hacia el titular de esos intangibles; por esa misma razón deberían ahora compartirse las pérdidas, pues parte de las pérdidas de la filial no serían, en realidad, otra cosa que la depreciación de esos activos inmateriales cuya titularidad y riesgos asume la casa matriz.

### 3.2.2. Esquemas de desplazamiento de beneficios

Algunas de las fuentes de ingresos de los grupos multinacionales gozan de alta movilidad, por ejemplo los procedentes de la financiación a filiales o de la cesión de derechos comerciales o industriales. La movilidad de estos activos los hacen aptos para ser situados allí donde existan pérdidas pendientes de compensar. Lo mismo puede decirse de los negocios o ramas de actividad que mediante operaciones de reestructuración empresarial pueden ubicarse en distintas filiales del grupo por consideraciones exclusivamente fiscales.

El esquema más clásico consiste en convertir a las sociedades con pérdidas en prestamistas del resto de sociedades (en ocasiones para financiar adquisiciones de activos del propio grupo o supuestas reestructuraciones corporativas), de tal manera que los intereses pagados suponen una transferencia de beneficios que se compensarán con las pérdidas de la prestamista. Algo similar puede hacerse con los derechos de licencia.

Otros esquemas utilizan a las sociedades con pérdidas para vehicular a través de ellas las ventas a terceros de activos generadores de plusvalías. Así, por ejemplo, se trata conseguir una primera transmisión (libre de impuestos) que sitúe los activos en sede de la sociedad con pérdidas (en el caso de acciones esto puede conseguirse mediante la combinación de un convenio de doble imposición que no grave la plusvalía y una jurisdicción, en sede del transmitente, con un régimen de exención de plusvalías de fuente extranjera). Posteriormente, la plusvalía ya materializada en sede de la sociedad con pérdidas se compensa con estas. La posterior repatriación de las rentas hacia la antigua sociedad propietaria del activo puede conseguirse mediante un préstamo o mediante distribución de dividendos exentos.

Algunos esquemas más agresivos utilizan estructuras de *trust* o fiduciarias para que una sociedad con pérdidas, ajena al grupo, sea la que adquiera los negocios rentables del grupo.

### 3.2.3. Esquemas que eluden restricciones sobre el plazo máximo de compensación

Los instrumentos financieros pueden ser especialmente adecuados para «actualizar» pérdidas. Esto se consigue creando un ingreso, normalmente, en el año en que vence el plazo para

compensar, pero generando una pérdida correlativa en el ejercicio siguiente o en otro posterior (en la misma empresa o en otra empresa del grupo). En el informe se expone el ejemplo de una adquisición de acciones con cupón corrido, de tal manera que el cobro del cupón genere ingresos en un ejercicio y la venta posterior de las acciones genere una minusvalía en otro posterior. Este esquema no funcionaría en una jurisdicción como la española que no califica el cobro del cupón como renta, pero un efecto equivalente al del cupón corrido podría conseguirse mediante un *equity swap* cuyo subyacente fuera el cambio de valor de esas mismas acciones afectadas en su valoración, precisamente, por el dividendo anunciado.

Las operaciones intragrupo, especialmente las no recurrentes, también son adecuadas para «actualizar» pérdidas. Pensemos en el caso de aportaciones de activos (por ejemplo acciones) a título gratuito que, consecuentemente, generen una renta en el beneficiario, seguida de la transmisión, en un ejercicio posterior, de esos mismos activos una vez descapitalizados gracias a operaciones intragrupo que, consecuentemente, generarán una pérdida en el transmitente.

### 3.2.4. Esquemas que eluden restricciones sobre el reconocimiento y tratamiento de las pérdidas compensables

En muchos países de nuestro entorno la compensación de pérdidas en el Impuesto sobre Sociedades está sometida a un sistema analítico similar al del IRPF de tal suerte que las pérdidas originadas en operaciones no recurrentes no pueden compensarse con los beneficios ordinarios de la actividad. En estos casos existirá un incentivo para transformar rendimientos ordinarios en extraordinarios, por ejemplo transmitiendo el activo que genera los ingresos corrientes y percibiendo, de una vez, el valor descontado de los rendimientos futuros esperados.

Existe un principio general según el cual las pérdidas solo pueden ser aprovechadas fiscalmente por la sociedad que las generó, por este motivo la mayoría de países establece restricciones a la compensación de pérdidas ante cambios sustanciales en el accionariado de la sociedad. El informe comenta un esquema elusivo basado en una operación intragrupo que genera ingresos suficientes para compensar las pérdidas acumuladas en la sociedad antes de que esta cambie de accionistas, pero que simultáneamente va a generar una corriente futura de gastos a deducir una vez se haya producido el cambio accionarial<sup>17</sup>.

También señala el informe que en las empresas con importantes pérdidas latentes es frecuente que los cambios accionariales tengan lugar en fechas cercanas a la conclusión del pe-

<sup>17</sup> El esquema implica a una entidad objetivo A, con pérdidas acumuladas. Antes del cambio accionarial se crean dos entidades vehículo, controladas por A, denominadas B y C. La sociedad B emite obligaciones convertibles que suscribe A, esta, a su vez, cede a C el derecho al cobro del cupón periódico de esas obligaciones a cambio de un precio equivalente a su valor actual. Este precio es considerado por A como un ingreso que compensa con sus pérdidas acumuladas. Posteriormente se produce el cambio accionarial. Las pérdidas acumuladas por A se han transformado en pagos periódicos a C.

riodo impositivo en que van a materializarse dichas pérdidas. Se consigue con ello dejar sin efecto normas como la del artículo 25.2 del TRIS<sup>18</sup> que exigen que el cambio accionarial tenga lugar «con posterioridad a la conclusión del periodo impositivo al que corresponde la base imponible negativa».

### 3.2.5. Esquemas dirigidos a la creación artificial de pérdidas fiscales

Los esquemas identificados en este ámbito son muchos; por ejemplo, se reseña la posibilidad de elaborar estructuras con préstamos de valores donde el dividendo percibido por el prestatario esté exento, pero las compensaciones y comisiones satisfechas por este al prestamista tengan carácter deducible, de este modo se crearía una renta fiscal negativa. Se indica que esquemas similares pueden obtenerse mediante permutas financieras o mediante *repos*.

Otros esquemas descritos crean circuitos de financiación circular; por ejemplo una sociedad residente aporta capital a una filial extranjera, a continuación esta filial adquiere un bono cupón cero de su matriz que emite por el mismo importe de la ampliación de capital. La matriz vuelve, pues, a disponer de los fondos cedidos, pero en forma de deuda. Adicionalmente, la matriz se deducirá los gastos financieros del cupón por el criterio del devengo, mientras que la legislación del estado de la filial puede permitir imputar la contrapartida, esto es, los intereses por el criterio de caja al vencimiento del título. La interposición de sociedades permitirá disimular el esquema e, incluso, podría hacer que los intereses nunca llegaran a pagarse efectivamente.

También se comentan casos de compras apalancadas intragrupo para generar gastos financieros o de transacciones intragrupo para crear fondos de comercio deducibles.

### 3.2.6. Compensación de una misma pérdida en varias jurisdicciones

Existe un riesgo potencial de doble compensación de pérdidas desde el momento en que nada impide la transmisión intragrupo de la participación de una filial con pérdidas. Si esto ocurre, las pérdidas afloran dos veces dentro del grupo (en filiales distintas y, probablemente, también en jurisdicciones distintas). La primera vez lo hacen en forma de resultado negativo de la participada y la segunda como minusvalía de la participación. Por este motivo, en muchos países existen severas restricciones a la deducción fiscal de pérdidas derivadas de la transmisión de participaciones extranjeras. El artículo 21.4 del TRIS contempla una norma similar, pero ciertamente muy limitada, pues solo contempla las transmisiones anteriores de la participación que hayan determinado una renta negativa integrada en el Impuesto español, lo cual significa que ignora las previas transmisiones con pérdidas que han tenido lugar en el extranjero.

---

<sup>18</sup> Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

En este punto el informe llama la atención sobre el gran potencial que para los esquemas de planificación fiscal internacional tienen las inconsistencias o defectos de encaje entre los distintos sistemas tributarios. Esto es lo que se conoce en terminología OCDE como *Hybrid mismatch arrangements*. Este tipo de estructuras son tratadas en el siguiente informe.

### 3.3. HYBRID MISMATCH ARRANGEMENTS: TAX POLICY AND COMPLIANCE ISSUES (2012)

Se trata de un informe relativamente breve en el que la OCDE aborda la problemática de los esquemas de planificación fiscal que buscan aprovecharse de la falta de coordinación o inconsistencia (*mismatch*) entre las distintas jurisdicciones fiscales consiguiendo una doble compensación de pérdidas, una doble deducción de gastos, una doble aplicación de créditos fiscales, etc. Se busca, por tanto, someter una misma operación, instrumento o esquema a dos legislaciones fiscales distintas y asimétricas. Esta asimetría provoca una doble naturaleza de la operación en función de la jurisdicción que la califica; esta situación híbrida (*hybrid mismatch*) es lo que origina una ventaja para el contribuyente, pero que no resulta técnicamente correcta desde un punto de vista global ni era pretendida por ninguno de los países involucrados.

A nuestro juicio cuando tal situación es deliberadamente buscada, y la incursión en esa situación de incongruencia global es el fin principal de la operación, esta conducta podría ser calificada, no sin dificultades, de artificiosa a los efectos de aplicar una norma antielusión.

El informe enumera aquellos híbridos que pueden ser objeto de instrumentalización en estos esquemas. Son los siguientes:

- a) Entidades híbridas. Entidades que son calificadas como transparentes en un país y como no transparentes en otro.
- b) Entidades con doble residencia fiscal. Entidades que son residentes fiscales en dos jurisdicciones.
- c) Instrumentos híbridos. En particular, se trata de aquellos casos en que un país califica el instrumento como deuda generadora de gastos deducibles y el otro lo califica como fondos propios generadores, por tanto, de dividendos exentos.
- d) Transacciones híbridas. Aparecen cuando una misma transacción es calificada de forma contrapuesta por dos ordenamientos jurídicos distintos. Así puede suceder en el caso de contratos de arrendamiento financiero, operaciones de venta con pacto de recompra y similares.

Estas situaciones híbridas que el informe se limita a enunciar merecen algún comentario adicional.

### 3.3.1. Entidades con doble residencia fiscal

Normalmente se ha contemplado la doble residencia fiscal como una situación no deseada en cuanto que es fuente de doble imposición. Ahora bien la doble residencia puede ser, en caso de pérdidas, un mecanismo de doble deducción, en especial si la sociedad con residencia dual puede consolidar fiscalmente en, al menos, una de las jurisdicciones. En consecuencia, la doble residencia puede ser una situación expresamente provocada en el marco de un esquema de planificación fiscal internacional.

Los supuestos de doble residencia en el caso de países que tengan suscrito un convenio de doble imposición adaptado al modelo OCDE se dilucidarán de acuerdo con la regla prevista en el artículo 4.3 del modelo de convenio, esto es, la entidad se considerará residente en el estado donde se encuentre su sede de dirección efectiva.

En general, las situaciones de doble residencia vendrán provocadas más por la legislación interna de los países que por la acción de los convenios. En este sentido, algunas jurisdicciones, normalmente de corte anglosajón, no quieren renunciar al principio de considerar residentes fiscales a aquellas sociedades constituidas en su territorio, lo que les lleva a contemplar y regular el supuesto de las *dual resident companies*. Ocurre entonces que en los convenios de doble imposición suscritos por dichos países la cláusula del artículo 4.3 tiene un redactado distinto. Así, por ejemplo, en el caso del convenio entre España y Estados Unidos, la cláusula de la sede de dirección efectiva se sustituye por la del mutuo acuerdo:

«Cuando en virtud de las disposiciones del apartado 1, una persona que no sea persona física sea residente de ambos Estados contratantes, las autoridades competentes de los Estados contratantes harán lo posible por resolver la cuestión mediante acuerdo amistoso y determinar el modo de aplicación del Convenio a esa persona».

Encontramos redacciones similares en los convenios de España con Canadá y con Filipinas.

En el caso del convenio con Estados Unidos se establece que si los estados contratantes no llegan a un acuerdo sobre la residencia de la sociedad, el convenio solo se aplicará parcialmente a esa sociedad. En otros convenios no se establecen cuáles serían las consecuencias de la falta de acuerdo.

Otras situaciones, sin duda complejas, en las que pueden darse supuestos de doble residencia, incluso bajo la cobertura de un convenio de doble imposición, son aquellas en las que participan sociedades de personas (*partnerships*) excluidas de la cobertura del convenio o bien sociedades que están sometidas a un régimen de imposición limitada en uno de los estados, razón por la cual no pueden acogerse a los beneficios del convenio.

Finalmente, una situación que, de facto, es muy parecida a la doble residencia es la implantación de una entidad en otro estado por medio de un establecimiento permanente, la compensa-

ción de pérdidas por parte del establecimiento permanente, en especial, si este puede consolidar fiscalmente en el estado huésped, debería rodearse de cautelas.

### 3.3.2. Híbridos que explotan la doble calificación de dividendos e intereses

Se trata aquí de explotar las ventajas fiscales que puede proporcionar la utilización de instrumentos de financiación que gozan de una calificación o tratamiento fiscal asimétrico por parte de dos jurisdicciones fiscales, tal como ocurre cuando el tratamiento que se le otorga por un estado es el correspondiente a fondos propios, mientras que el otro estado considera ese instrumento como deuda. Si la calificación es de interés en la fuente y de dividendo (exento) en la residencia del perceptor, se produce una clara inconsistencia en el tratamiento bilateral de esa renta que gozará de una doble no imposición (es el denominado *white income*).

Es conocido el caso de los *juros* brasileños que resultan ser un tipo de acciones emitidas por ciertas empresas brasileñas cuya retribución tiene la consideración de gasto fiscal [a esta problemática se refieren las Resoluciones del TEAC de 21 de abril de 2011 y de 26 de abril de 2012 (NFJ046876)]. Algo similar ocurre con los dividendos procedentes de acciones preferentes australianas [TEAC 17 de marzo de 2010 (NFJ038736)]

A fin de neutralizar estos efectos, el régimen de exención de dividendos debería articularse claramente de tal manera que no fuera aplicable cuando el reparto de beneficios genera gastos fiscalmente deducibles en la fuente. Algunos países como Austria o Dinamarca tienen cláusulas específicas en este sentido.

Cabe comentar que las cláusulas que limitan la deducibilidad de los intereses a un porcentaje del beneficio, como las que han sido recientemente aprobadas en España por el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, pueden ser adecuadas para limitar el endeudamiento tradicional, pero no para limitar este tipo de prácticas, al contrario, pueden suponer un incentivo al uso de instrumentos o transacciones híbridas que pretendan una doble calificación ya sea capital (en el pagador) y deuda (en el perceptor) o alquiler (en el pagador) e interés (en el perceptor).

### 3.3.3. Entidades híbridas

Se trata de entidades establecidas en un territorio cuyos socios residen en otra jurisdicción y en las que su carácter híbrido es consecuencia de que un país considera a dicha sociedad como transparente, mientras que el otro la contempla como un sujeto pasivo distinto de sus partícipes.

Caben dos posibilidades:

- a) El país de residencia de la entidad la califica como un sujeto pasivo ordinario y el país de los socios la considera transparente. Es lo que se denomina entidad híbrida.



da clásica, puede dar lugar a doble imposición por problemas en la aplicación de convenio, pero también puede dar lugar a una doble deducción de gastos en sede de la entidad híbrida que tributa en residencia y en sede del socio que transparenta sus rentas, aunque ello dependerá, evidentemente, de las restricciones que se establezcan para imputar dichos gastos.

- b) El país de residencia de la entidad la considera transparente, pero el país de residencia de los socios la considera un sujeto pasivo ordinario no residente. Estamos ante una sociedad híbrida inversa y puede dar lugar a una doble no imposición en la medida en que el país de residencia de los socios no tenga en cuenta las rentas de esa sociedad.

En realidad la preocupación de la OCDE por el uso de entidades híbridas no puede desvincularse de una problemática específica que afecta al sistema fiscal norteamericano; se trata del régimen denominado *check-the-box rules*. En virtud de dicho régimen las sociedades americanas tienen un amplio margen para decidir, discrecionalmente, si sus filiales (residentes o extranjeras) deben ser consideradas como transparentes o no<sup>19</sup>. Esto supone una gran facilidad para crear entidades híbridas y, en definitiva, interesantes posibilidades de planificación fiscal para las entidades norteamericanas.

Cuando en el contexto de la fiscalidad internacional se habla de entidades transparentes debe incluirse en ese concepto cualquier entidad (tenga o no personalidad jurídica) no sujeta al Impuesto sobre Sociedades en su país de residencia y cuya tributación se produce en sede de sus socios o partícipes. Por tanto el concepto abarca también a las sociedades en atribución de rentas.

En el caso de entidades en atribución constituidas en España y que realicen una actividad se considerará que el socio no residente obtiene rentas en España por medio de un establecimiento permanente (art. 35 TR del IRNR<sup>20</sup>), ahora bien esta disposición de la ley interna deberá acompañarse con lo que establezca el convenio de doble imposición de tal manera que si a la vista del caso no puede estimarse que el convenio permita calificar la situación como constitutiva de establecimiento permanente las rentas no tributarían en España.

El TR del IRNR (arts. 7 y 34) y la Ley del IRPF<sup>21</sup> (arts. 8.3 y 87) también consideran como entidades en régimen de atribución de rentas aquellas entidades constituidas en el extranjero, cuya naturaleza jurídica sea idéntica o análoga a las constituidas con arreglo a las normas españolas. Por tanto, en el caso de entidades en atribución de rentas constituidas en el extranjero y

<sup>19</sup> Este régimen permite, por ejemplo, que una SL española sea tratada como transparente en Estados Unidos, mientras que en España es considerada una entidad separada de sus socios o permite que una sociedad civil sea considerado un sujeto pasivo independiente en Estados Unidos cuando es una entidad en atribución de rentas en España.

El contribuyente norteamericano realiza su elección mediante la presentación del formulario 8832 «Entity Classification Election» que puede consultarse, junto a una explicación del régimen, en <http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f8832.pdf>

<sup>20</sup> Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

<sup>21</sup> Ley 35/2006, de 28 de noviembre.

con actividad también en el extranjero, pero con socios en España, estos socios tributarán por las rentas atribuidas (arts. 8.3 y 87 de la Ley del IRPF y art. 6 del TRIS). Si el país de residencia de la entidad la considera como sujeto pasivo y la somete a imposición, puede aparecer doble imposición en la medida en que los socios españoles no podrán aplicar deducción por doble imposición jurídica dado que la entidad no está sujeta en España, en cambio si ese mismo Estado también transparente a la entidad serán los socios quienes tributarán en ese otro Estado y podrán aplicar el convenio.

La posibilidad de arbitraje surgiría si el Estado de residencia de la entidad la considera transparente y esa condición fuera ignorada en España, por ejemplo porque según la norma española dicha entidad no fuera *idéntica o análoga* a las que la norma interna considera en régimen de atribución. El criterio de *entidad idéntica o análoga* es muy indeterminado y no existe en nuestro ordenamiento un sistema de listas de entidades extranjeras susceptibles de ser calificadas como entidades en régimen de atribución, como sí sucede en otros ordenamientos. Probablemente fuera adecuado establecer una norma de cierre en el sentido de que si una entidad no residente es sometida por su ley local a un sistema de tributación en sede de sus socios, así debe suceder también para el caso de aquellos socios que residan en España.

Por otro lado la imputación de pérdidas a los partícipes españoles solo se ve limitada en el caso de inexistencia de convenio de doble imposición (art. 89.1 de la Ley del IRPF), pero nada se establece para el caso de que esas pérdidas sean objeto de doble compensación, por ejemplo si el país de residencia de la entidad no la considera transparente.

### 3.3.4. Transacciones híbridas

En determinadas transacciones, tales como arrendamientos financieros, ventas con pacto de recompra, derivados, préstamos de valores..., sucede que existe una divergencia entre la propiedad jurídica y la propiedad económica de los bienes. Si esa transacción es de ámbito internacional y resulta que una de las jurisdicciones imputa los gastos al titular económico y la otra al titular jurídico, existirá una inconsistencia que puede ser aprovechada para conseguir una doble deducción (*double dip*) del mismo gasto (doble amortización de un activo, doble depreciación de una cartera...).

El caso más conocido es el del *double dip lease* donde se consigue que tanto el titular jurídico como el titular económico, situados en países distintos, se deduzcan los gastos del activo arrendado.

La doble calificación de *repos* supone que una jurisdicción contempla la operación como un préstamo, por tanto el prestatario se imputará los gastos y los créditos fiscales provenientes de los títulos (si es un *repo* sobre acciones), pero la otra jurisdicción califica la operación como una compraventa y, por tanto, permitirá imputar a la otra parte esos mismos gastos y créditos fiscales.

Las transacciones híbridas también pueden intentar explotar los diferentes criterios de imputación temporal de ingresos y gastos.

### 3.3.5. Conclusiones y recomendaciones del informe

La armonización de las legislaciones nacionales sería la alternativa más lógica, pero es completamente inalcanzable. Por otro lado, la aplicación de cláusulas generales antiabuso a estos esquemas (simulación, fraude de ley, prevalencia del fondo sobre la forma...) no siempre será factible, pues es posible que la situación creada no presente tintes de artificiosidad o de carencia de motivación económica, dado que en muchos casos se estará, según el informe, ante una pura disfunción técnica resultante de la interacción de dos sistemas fiscales que interactúan sobre una operación con sentido económico.

La aplicación de cláusulas antiabuso específicas presenta mejores perspectivas. Se trata de condicionar la calificación doméstica de una entidad, un instrumento, una transacción, un gasto, un crédito o una pérdida, al tratamiento que ese mismo elemento ha recibido en el extranjero. Este tipo de normas hace más complicado el sistema fiscal y genera problemas de prueba, pero, en cualquier caso, no suponen una novedad en cuanto que el tratamiento de la deducción por doble imposición internacional o de la transparencia fiscal internacional, por poner algunos ejemplos, ya se remiten al tratamiento recibido por la renta en el otro estado.

El informe realiza un repaso de derecho comparado y enumera diferentes normas aplicadas por países de nuestro entorno y específicamente dirigidas a neutralizar el aprovechamiento de inconsistencias fiscales, como por ejemplo:

- a) Las que condicionan la deducibilidad de ciertos gastos, (intereses, licencias...) a que estos se hallen sometidos a un umbral mínimo de imposición en sede del beneficiario efectivo. Así ocurre en Países Bajos, Suecia o Austria.
- b) En otros casos se deniega la deducción de gastos o pérdidas en un país si esos mismos gastos o pérdidas también son deducibles en el extranjero contra rentas que no han sido computadas en el país donde se pretende la deducción del gasto. Se trata de evitar los esquemas de doble deducción de gastos ya sean consecuencia de entidades con residencia dual, de establecimientos permanentes que consolidan fiscalmente en el país de la fuente o de transacciones híbridas. Disponen de normas de este tipo Dinamarca, Alemania, Reino Unido, Nueva Zelanda o Estados Unidos.
- c) A fin de evitar los esquemas de deducción/no inclusión, esto es, deducción de gastos que no tributarán a nivel del beneficiario, por ejemplo en los casos de doble naturaleza deuda-fondos propios, se califican como no deducibles tanto los intereses como las pérdidas originadas por la depreciación o la transmisión de esos activos. Dinamarca y Reino Unido tienen normas de este tipo. Esta clase de esquemas también pueden construirse con filiales híbridas, receptoras de gastos de la entidad residente, pero consideradas como transparentes en su país de residencia. A fin de evitar estos esquemas, Dinamarca considera transparente cualquier entidad no residente que no está sujeta a un Impuesto equivalente al Impuesto sobre Sociedades.

- d) Para prevenir esquemas que pretendan la exención de ingresos que han sido calificados como fiscalmente deducibles en sede del pagador no residente. Austria, Dinamarca, Alemania, Italia, Nueva Zelanda y Reino Unido han establecido normas que deniegan la exención de dividendos en estos casos. Nueva Zelanda establece la exención por dividendos de fuente extranjera a partir de una participación del 10 % y siempre que no se trate de dividendos pagados a un tipo fijo o de dividendos que puedan ser deducidos fiscalmente en sede del pagador. Observamos que la norma española está muy lejos de este tipo de prevenciones, y tan solo exige para otorgar la exención que el país de origen del dividendo tenga un convenio de doble imposición suscrito con España (art. 21 del TRIS).
- e) También existen normas con el propósito de impedir esquemas generadores de créditos fiscales múltiples. En Italia solo se permite que las operaciones de *repos*, préstamos de valores, *equity swaps* o similares creen un derecho a deducción por doble imposición de dividendos si la otra contraparte es también residente. El Reino Unido y los Estados Unidos tienen normas dirigidas al mismo fin.

En cualquier caso se constata que son pocos los países que han implementado normas específicamente dirigidas a prevenir los efectos de las operaciones con híbridos.

#### 4. EL INFORME DE LA IOTA. EL PUNTO DE VISTA DE LA ADMINISTRACIÓN

La IOTA (*Intra-European Organization of Tax Administrations*) es un foro de administraciones tributarias europeas que promueve la puesta en común de experiencias y prácticas tributarias. Cuenta para ello con diversos grupos de trabajo centrados en áreas específicas, uno de estos grupos se ocupa de los temas relacionados con grandes contribuyentes (*Large taxpayers treatment and audit team*). Pues bien, este grupo de trabajo fue el responsable del informe titulado *ATP-Aggressive Tax Planning* (2011).

El informe se limita, en gran parte, a resumir y organizar la información recopilada gracias a cuestionarios remitidos a las administraciones miembros de la IOTA y concluye con varias recomendaciones dirigidas a las mismas.

El informe contempla, pues, la cuestión desde la perspectiva de la administración gestora del sistema tributario y pretende ser eminentemente práctico, para ello agrupa la información en tres grandes epígrafes: el legislativo, el informativo y el organizativo.

En el ámbito legislativo el informe constata que las administraciones procuran disponer de normas antiabuso adecuadas, tanto de índole específica como de carácter general.

Las normas antiabuso específicas tienen el inconveniente de no poder contemplar todos los supuestos posibles y, además, son de carácter reactivo, mientras que el problema de la planificación fiscal abusiva requiere, precisamente, todo lo contrario, esto es, medidas que permitan a las autoridades anticiparse a las maniobras elusivas.

Otras herramientas legales que destaca el informe son las ya conocidas iniciativas de revelación que permiten a la administración tributaria disponer anticipadamente de información relevante a fin de realizar una gestión proactiva del problema. Señala el informe que estos procedimientos administrativos también persiguen desincentivar muchas de estas operaciones ya que consiguen que la operatoria pierda opacidad y discreción, lo cual aumenta el riesgo para los partícipes. Estas obligaciones de información se establecen en la mayoría de las ocasiones como una obligación o carga que recae sobre el contribuyente o sobre el promotor de la operación (o sobre ambos).

También constata la IOTA que ningún país descarta, de entrada, la posibilidad de sancionar estas conductas elusivas, y que muchos países poseen normas y procedimientos sancionadores específicos que pueden alcanzar no solo a los contribuyentes, sino también a los promotores u oferentes de estos productos. En este sentido, España es una *rara avis* al cerrar la vía sancionadora precisamente a aquellos supuestos elusivos más paradigmáticos, esto es, a aquellos que se subsumen en el presupuesto fáctico del artículo 15 de la Ley General Tributaria.

El segundo de los ámbitos a los que hace referencia el informe de la IOTA es el ámbito informativo. Se apunta en el informe que las administraciones pueden y deben actuar en una doble dirección, esto es, de fuera hacia dentro y viceversa. Actuar de fuera hacia dentro significa ser capaz de recopilar y analizar información relevante con la suficiente antelación. A modo de ejemplo se trataría de crear bases de datos y registros de operaciones, o de establecer procesos de análisis de riesgos que permitan identificar a contribuyentes, sectores u operaciones indiciariamente relevantes (algunas administraciones han llegado a diseñar motores de búsqueda en internet para rastrear esquemas y promotores). También entraría en este ámbito el establecimiento de sistemas eficientes de denuncia pública para esquemas de este tipo. Ahora bien, la información también debe fluir desde la administración hacia el exterior. En este sentido podríamos pensar en alertas públicas dirigidas a los contribuyentes sobre los riesgos que asumen implicándose en algunos de estos esquemas o en hacer públicos aquellos esquemas que van a ser combatidos por la administración.

Finalmente, en el ámbito organizativo se observa que algunas administraciones han creado órganos especializados y estructuras organizativas adecuadas, pero que, en la mayoría de los casos, estos departamentos no se dedican solo a la ATP, sino también a temas de fiscalidad internacional, control de grandes contribuyentes, etc. Por lo que, en general, no existe una especialización en materia de ATP.

Se estima que las estructuras organizativas especializadas debieran ser capaces de realizar una adecuada evaluación de riesgos, un intercambio de información con otros órganos de la administración y con las administraciones de otros estados. También se indica que en algu-

nos estados esos órganos pueden dirigir recomendaciones legislativas para actualizar las normas antiabuso.

Los tres enfoques (legislativo, informativo y organizativo) no van separados, sino que debe avanzarse conjuntamente en todos ellos pues, por ejemplo, de nada sirve una norma antiabuso bien redactada si no existe una administración que disponga de la información, la organización y la preparación necesaria para aplicarla.

El informe concluye con una serie de recomendaciones que pueden extractarse como sigue:

1. Un sistema de normas antiabuso y en especial una norma general antiabuso es una condición necesaria, pero no suficiente para poner coto a la ATP.
2. La IOTA entiende que no es suficiente con que las administraciones tributarias adopten una actitud reactiva ante el problema, lo adecuado frente al reto planteado es el diseño de medidas de tipo proactivo, por lo que recomienda a los países que no lo hayan establecido todavía, implementar un sistema de declaración previa y registro de los esquemas de ATP. En este sentido el informe se hace eco de que países como Reino Unido, Portugal o Irlanda han seguido a los Estados Unidos en el establecimiento de sistemas de declaración previa de estas operaciones que obligan tanto a los contribuyentes como a los promotores de estos productos. Sin embargo, el informe reconoce que estos países suponen una excepción, pues a pesar de reconocerse el papel fundamental que los intermediarios fiscales desempeñan en el diseño y promoción de estos esquemas, la mayoría de países ha mantenido a estos promotores al margen de las normas que buscan poner coto a la ATP.
3. Las administraciones fiscales deben poner a disposición de los contribuyentes un eficiente servicio de consultas previas que les permita conocer con anticipación la calificación que les merece una determinada operación antes de que esta se lleve a cabo. En este contexto de necesidad de certidumbre y reducción de la litigiosidad también podrían incluirse otras iniciativas a las que no se refiere expresamente el informe, pero que pueden ser relevantes tales como el arbitraje, la implementación de procedimientos transaccionales o incluso la posibilidad de retroacción voluntaria de los efectos de las operaciones cuestionadas.
4. Se considera muy conveniente que las administraciones fiscales lleven a cabo políticas de información tal que se minimicen los casos de contribuyentes que puedan verse incurso en esquemas de ATP sin ser plenamente consciente de ello.
5. La comprobación administrativa de este tipo de operaciones debería poder hacerse en el marco de un procedimiento especial que otorgara garantías al contribuyente, pero también mayores facultades a la administración, por ejemplo en relación con el periodo de prescripción o con el plazo de duración de las actuaciones inspectoras.

6. Debe establecerse, a juicio de la IOTA, un sistema de sanciones tanto para contribuyentes como para promotores. Solo así puede elevarse el riesgo de estos esquemas y reducir su atractivo. En este sentido el caso español es, volvemos a repetir, singular pues se establecen como normas antiabuso principales los artículos 15 y 16 de la Ley General Tributaria. El primero (conflicto) expresamente descarta la punibilidad, mientras que en el segundo (simulación) la admite. Además, sucede que en la práctica no siempre es fácil subsumir los hechos en un precepto u otro. En otras jurisdicciones la norma antiabuso es única y comprende todo el rango de operaciones que van desde la simulación absoluta hasta el abuso de derecho lo que permite una reacción punitiva graduada y proporcional al caso concreto sin la predeterminación que se da en el caso español.
7. Finalmente el informe insiste en la necesidad de crear órganos administrativos especializados en la lucha contra la ATP.

## 5. LAS ESTRATEGIAS CONTRA LOS *TAX SHELTERS* EN ESTADOS UNIDOS

El *tax shelter* responde a la misma idea que la planificación fiscal abusiva, pero incorpora un elemento distintivo esencial, esto es, se trata de un esquema de planificación estandarizado y convertido en un producto objeto de amplia y activa comercialización, lo cual incrementa en mucho la capacidad de drenaje sobre las bases imponibles de los sistemas fiscales afectados.

Reconocer la existencia de los *tax shelter* y legislar específicamente sobre esta materia a fin de contener su expansión, tal como han hecho la mayoría de jurisdicciones anglosajonas, es un puro ejercicio de pragmatismo, esto es, se trata de reconocer que la planificación fiscal agresiva, como negocio a gran escala que es, huye, en general, de las soluciones artesanales, individualizadas y específicas para cada empresa, e intenta, al igual que cualquier otro servicio o producto ofrecido en el mercado, operar al por mayor, incorporando sus soluciones fiscales a productos u operaciones estandarizadas que puedan ser ofrecidos a un amplio espectro de empresas en un marco comercial donde los diferentes oferentes compiten entre sí en precio, innovación y agresividad.

Durante la pasada década, la persecución y contención de los *tax shelters* ha sido un objetivo prioritario de la administración fiscal norteamericana (el IRS). Los vectores estratégicos de esa actuación han sido la anticipación, la disuasión y la especialización.

La anticipación supone conocer en tiempo real los instrumentos que se ofrecen y negocian en el mercado. A este fin se ha establecido una obligación de comunicación previa y registro de todas aquellas operaciones que, indiciariamente, puedan constituir un *tax shelter*. Esta obligación es, con diferencia, el principal instrumento de información y disuasión de que disponen hoy en día las autoridades estadounidenses. Inicialmente esta obligación no recaía sobre el contribu-

yente o inversor adquirente del producto, sino, exclusivamente, sobre el oferente del mismo, a quien se exige, además, guardar a disposición de las autoridades fiscales una lista de los clientes a quienes ha colocado el producto. El incumplimiento de estas obligaciones de información está sujeto a importantes sanciones y supone, además, un supuesto de interrupción del cómputo del periodo de prescripción de las deudas tributarias afectadas.

La obligación de comunicación y registro afecta a aquellas operaciones (*reportable transactions*) por las que el promotor haya percibido honorarios superiores a 50.000 dólares en el caso de asesoramiento a personas físicas y 250.000 dólares en otro caso y que se incluyen en una o más de las siguientes categorías:

1. Operaciones ya calificadas como *tax shelter* por el IRS (*listed transactions*). Deben ser objeto de declaración las operaciones idénticas o similares a aquellas que el IRS ya ha tenido ocasión de calificar expresamente como abusivas. Esta lista de operaciones (*Listed abusive tax shelters and transactions*) es pública y se actualiza periódicamente<sup>22</sup>.
2. Transacciones de interés (*transactions of interest*). Se obliga a informar sobre operaciones que sean idénticas o similares a aquellas que el IRS no ha calificado expresamente como *tax shelters*, pero sí que ha identificado como potencialmente constitutivas de un esquema abusivo<sup>23</sup>. Existe, pues, un sistema de doble lista con operaciones ya calificadas en un caso y operaciones sospechosas en el otro. Esta segunda lista tiene un evidente carácter disuasorio.
3. Transacciones con pactos de confidencialidad (*confidential transactions*). Un *tax shelter* es, ante todo, un producto comercial que incorpora la «propiedad intelectual» de su diseñador, el cual, a fin de proteger su ventaja competitiva, intentará evitar que sus competidores accedan a los detalles del producto. Será frecuente, por tanto, que estos esquemas se ofrezcan al inversor o contribuyente junto con un acuerdo de confidencialidad. Así las cosas, el IRS exige que sean objeto de declaración previa y registro aquellos esquemas de planificación que incorporen cláusulas de confidencialidad y en los que, además, los honorarios superan el umbral antes señalado.
4. Transacciones con protección contractual. Se trata de aquellas operaciones en las que el oferente garantiza el reembolso total o parcial de sus honorarios al contri-

<sup>22</sup> En el momento de elaborar este artículo esta lista podía consultarse en la siguiente dirección de internet actualizada a fecha 2 de agosto de 2012: <http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Listed-Transactions---LB&I-Tier-I-Issues> y en ella se relacionaban 34 *tax shelters*.

<sup>23</sup> En el momento de elaborar este artículo esta lista podía consultarse en la siguiente dirección de internet actualizada a fecha 2 de agosto de 2012 en: <http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Transactions-of-Interest---Not-LMSB-Tier-I-Issues> donde constan relacionados 4 esquemas.



buyente si todo o parte de las consecuencias fiscales de la operación no llegaran a producirse. También se incluyen aquellos casos de honorarios contingentes, esto es, que la efectiva percepción dependa de la efectiva realización del ahorro fiscal.

5. Operaciones que generan pérdidas (*loss transactions*). Como su nombre indica, se trata de operaciones que generan pérdidas en el contribuyente. Se establecen unos umbrales cuantitativos por debajo de los cuales no es preciso declarar estas operaciones. Estos umbrales varían en función del tipo de contribuyente y del número de ejercicios fiscales afectados.
6. Transacciones con activos poseídos durante breves periodos de tiempo (*transactions with a brief asset holding period*). En general, en este supuesto, se trata de transacciones que han dado lugar a un crédito fiscal de al menos 250.000 dólares, como consecuencia de activos poseídos durante menos de 45 días.
7. Transacciones que generan diferencias significativas entre el resultado contable y el resultado fiscal (*Transactions With a Significant Book-Tax Difference*). Una transacción de este tipo se define como aquella en que el importe fiscal a computar del ingreso, ganancia, gasto o pérdida resultante difiere en más de diez millones de dólares del importe por el que esas mismas partidas deben contabilizarse en el ejercicio fiscal.

Las dos últimas categorías de operaciones (operaciones con activos poseídos por un breve periodo de tiempo y operaciones que generan diferencias fiscales significativas) han sido posteriormente excluidas de la lista de *reportable transactions* y sustituidas por mayores obligaciones de información del contribuyente en su declaración anual del impuesto.

A fin de evitar un exceso de incertidumbre, el promotor de *tax shelters* puede plantear con carácter previo a su comercialización una consulta vinculante o *ruling* al IRS sobre el carácter declarable o no de la operación.

En definitiva se observa que el IRS actúa de una manera similar a como lo haría un organismo regulador o supervisor de un mercado, atribuyéndose de facto la prerrogativa de autorizar los productos de optimización fiscal que son ofrecidos en el mercado de lo que podríamos llamar (en atención a los umbrales cuantitativos establecidos) «la alta planificación fiscal». Es cierto que puede achacarse al IRS que carece de la independencia de un auténtico organismo regulador, pero la idea de una regulación o supervisión de ese tipo de mercado por algún tipo de órgano con mayor o menor independencia es sugerente.

El carácter disuasorio de toda esta regulación se acrecienta si tenemos en cuenta que la obligación de información también se ha hecho extensiva al contribuyente, si bien en este caso la declaración se produce a posteriori, esto es, conjuntamente con la presentación de la declaración del impuesto personal y, por tanto, una vez la operación ya ha sido realizada. Evidentemente el contribuyente también puede plantear consultas vinculantes a la administración sobre la natura-

leza de la operación. La falta de declaración de la operación también afecta al inicio del cómputo del periodo de prescripción que queda suspendido mientras tal declaración no se produzca.

No menos importante resulta el hecho de que si la estructura efectivamente utilizada por el contribuyente acaba siendo calificada como *tax shelter*, tanto el contribuyente como el promotor se enfrentan a la posibilidad de ser sancionados con multas que oscilan entre el 20% y el 30% de la cantidad defraudada en el caso del contribuyente y de hasta el 50% de los honorarios percibidos en el caso del promotor.

En ciertas ocasiones, cuando el IRS ha calificado a posteriori alguna estructura como *tax shelter* ha ofrecido la posibilidad de regularización voluntaria general a todos los contribuyentes afectados, regularización que, en algunos casos, incluye la obligación de pagar parte de las sanciones.

Es interesante señalar que cuando el IRS regulariza estas situaciones en sede del contribuyente también regulariza todos los gastos directos (por ejemplo honorarios de asesores, comisiones a intermediarios...) en que haya incurrido el contribuyente para implementar esa operación.

Dentro de la estrategia de disuasión también cabe mencionar que el IRS hace públicos sus litigios ante los tribunales con revelación incluso de datos personales, así como la existencia de facilidades para la denuncia pública de estos casos (*IRS tax shelters hotline*) y el establecimiento de recompensas para el denunciante (*whistleblower Informant awards*) que pueden alcanzar hasta el 30% de la recaudación conseguida.

La estrategia de especialización se ha implementado mediante la creación de la oficina denominada Office of Tax Shelter Analysis (OTSA) dentro de la División de Grandes Empresas (*Large Business and International Division o LB&I*). La OTSA se ocupa de la gestión del registro de operaciones y de las obligaciones de información impuestas a los promotores, resuelve las consultas planteadas, mantiene actualizadas las listas públicas de operaciones calificadas como *tax shelters* las calificadas como *operaciones de interés*, atiende las denuncias, investiga la existencia en el mercado de *tax shelters* no declarados y, finalmente, coordina su actuación con otras oficinas del IRS, con las administraciones tributarias de otros países y con otros órganos de la administración y de la judicatura.

Finalmente, el legislador americano ha establecido por ley una norma antiabuso de carácter general (*General Anti Avoidance Rule o GAAR*). Se trata de un hecho notorio si tenemos en cuenta que, en general, los sistemas jurídicos de corte anglosajón han venido siendo refractarios al codificar este tipo de normas, sin embargo algo está cambiando y ya disponen de este tipo de legislación, además de Estados Unidos, países como Canadá, Australia y Reino Unido.

En efecto, hasta una fecha tan reciente como 2010 la Administración estadounidense no disponía de una cláusula general antiabuso expresamente codificada a modo de nuestro artículo 15 de la Ley General Tributaria. Por este motivo el IRS debía litigar caso por caso basándose en el

precedente judicial, lo cual significaba identificar casos ya juzgados que guardaran similitud con el caso discutido y en los que los tribunales hubieran aplicado alguna de las múltiples doctrinas jurisprudenciales existentes, entre las que destacan las siguientes: *sham transactions*, *substance over form*, *business purpose*, *step transactions*, etc.

Estas doctrinas no siempre presentaban contornos claros, debido a que los diferentes tribunales las aplicaban dándoles enfoques y contenidos distintos. En cualquier caso, las doctrinas del *business purpose* y del *substance over form* fueron las que reportaron mayores éxitos al IRS en la regularización de operaciones de planificación fiscal agresiva. Es por ello que la norma general antiabuso norteamericana se ha construido a partir de estas dos doctrinas y ha quedado codificada en el artículo 7701 (o) del Internal Revenue Code (IRC) tras una enmienda incorporada en la Ley de Reforma Sanitaria (US Health Act) promovida por la administración Obama. La norma establece lo siguiente:

«... una transacción será tratada como dotada de sustancia económica solamente si:

- A) La transacción modifica de manera significativa (dejando aparte los efectos fiscales) la posición económica del contribuyente, y
- B) El contribuyente tiene un propósito sustancial (distinto del fiscal) para entrar en dicha transacción.»

Obsérvese que la norma exige no solo que la operación tenga sustancia económica, sino que cuente también con un fin comercial y que ese fin sea distinto al mero ahorro de impuestos.

Existe pues un doble test. Un primer test objetivo o de sustancia, esto es, que la operación exista, que cuente con sustancia económica y que no sea una mera formalidad jurídica, estamos pues ante el *substance over form*. El segundo test, es un test de finalidad, pues se refiere a que exista un propósito o finalidad comercial en la operación, subyace aquí claramente la doctrina del *business purpose*.

Debe aclararse que el *business purpose* no se identifica con lo que en nuestra tradición jurídica asociamos con los motivos de un negocio jurídico. Sucede que la distinción entre los motivos y la causa de un negocio jurídico es algo ajeno a los sistemas basados en el *common law*. En estos sistemas la distinción tiene lugar entre los motivos (totalmente subjetivos e irrelevantes para el tribunal) y el propósito o finalidad (*purpose*). Sin embargo, el *purpose* se centra en el ámbito externo de la operación y no coincide con nuestro concepto abstracto de causa negocial. El propósito o finalidad se refiere a aquel objetivo principal que razonablemente es esperable que se alcance con la puesta en marcha de un negocio jurídico concreto y, por tanto, es un concepto que ni es subjetivo, ni es abstracto, sino que se refiere a los efectos potenciales o reales de un acto u operación.

Esta idea de *business purpose* estaría muy cerca de lo previsto en nuestro artículo 15 de la Ley General Tributaria cuando exige que las operaciones no sean notoriamente artificiosas o inadecuadas para la consecución de su fin.

En definitiva la norma antiabuso americana exige que la operación tenga sustancia económica más allá de la forma o entramado jurídico que la sostiene y que esa sustancia económica determine unos efectos relevantes para el contribuyente distintos al mero ahorro impositivo.