

# DOCUMENTOS

N.I.P.O.: 634-14-046-X

## LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN COMO MÁXIMOS RESPONSABLES DE LA ESTRATEGIA FISCAL DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS

Autor: *Jesús Gascón Catalán*

DOC. n.º 19/2014



INSTITUTO DE  
ESTUDIOS  
FISCALES

N. B.: Las opiniones expresadas en este documento son de la exclusiva responsabilidad de los autores, pudiendo no coincidir con las del Instituto de Estudios Fiscales.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. GOBIERNO CORPORATIVO, RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y FISCALIDAD
3. EL PLAN BEPS CONTRA LA EROSIÓN DE LAS BASES IMPONIBLES A CAUSA DE LA GLOBALIZACIÓN
4. EL CUMPLIMIENTO COOPERATIVO DE LAS OBLIGACIONES FISCALES POR LAS GRANDES EMPRESAS
5. ¿CAMBIAR PARA QUE TODO SIGA IGUAL?
6. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS PARA LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DEL CAMBIO NORMATIVO QUE EXPRESAMENTE LOS CONSIDERA COMO MÁXIMOS RESPONSABLES DE LA ESTRATEGIA FISCAL DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS
7. CONSECUENCIAS PARA LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA



## **RESUMEN**

Desde 2015 los consejos de administración de las sociedades cotizadas en España deben aprobar expresamente las estrategias fiscales de sus empresas. Para definir su estrategia los consejos deben considerar las acciones del plan BEPS puesto que suponen un nuevo paradigma del cumplimiento fiscal. También deben tener modelos de gestión de riesgo para identificar sus riesgos fiscales y comunicarlos a la administración tributaria. Para la administración tributaria es una buena oportunidad para reforzar su modelo de cumplimiento cooperativo con las grandes compañías.

## **ABSTRACT**

Since 2015 the boards of listed companies in Spain must explicitly approve tax strategies of their companies. To define their strategies councils should consider the actions of BEPS plan as they represent a new paradigm of tax compliance. They should also have risk management models to identify their tax risks and communicate them to the tax administration. For the tax administration is a good opportunity to strengthen its model of cooperative compliance with the largest companies.



## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley 31/2014 de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 4 de diciembre de 2014<sup>1</sup>, incluye un nuevo artículo 529 ter en la Ley citada que incluye entre las facultades indelegables del consejo de administración de las sociedades cotizadas la determinación de la estrategia fiscal y la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, de la entidad, así como la supervisión de sus sistemas internos de información y control.

Además, atribuye al consejo, también como facultad indelegable, la aprobación de las inversiones u operaciones de todo tipo que por su elevada cuantía o especiales características, tengan carácter estratégico o especial riesgo fiscal, salvo que su aprobación corresponda a la junta general. De igual modo, se le atribuye la aprobación de la creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales, así como cualesquiera otras transacciones u operaciones de naturaleza análoga que, por su complejidad, pudieran menoscabar la transparencia de la sociedad y su grupo.

Por su parte, el nuevo artículo 540 establece que en el informe anual de gobierno corporativo en todo caso se incluirá información sobre los sistemas de control del riesgo, incluido el fiscal, de la sociedad.

Respecto de la comisión de auditoría, el artículo 529 quaterdecies le atribuye la función de supervisar la eficacia del control interno de la sociedad, la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgos, incluidos los fiscales, así como discutir con el auditor de cuentas las debilidades significativas del sistema de control interno detectadas en el desarrollo de la auditoría. También debe informar, con carácter previo, al consejo de administración sobre todas las materias previstas en la ley, los estatutos sociales y en el reglamento del consejo y en particular, sobre la creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales.

Aunque se trata de una regulación exclusivamente aplicable a las sociedades cotizadas, considero que puede operar como marco de referencia para otras empresas que quieran reforzar su gobierno corporativo y minimizar sus riesgos fiscales y las negativas consecuencias reputacionales que se derivan del hecho de que su nombre pueda aparecer vinculado con el fraude o la elusión fiscal.

En especial, puede ser de utilidad en el caso de las empresas no cotizadas que tienen la consideración de grandes empresas a nivel europeo por no cumplir las condiciones establecidas en la Recomendación 2003/361/CE<sup>2</sup> para ser consideradas PYMES, es decir, para las empresas que emplean al menos a 250 personas, tienen un volumen de negocios anual que excede de 50 millones de euros o cuentan con un balance general anual superior a 43 millones de euros.

También creo que puede servir de referencia, dada la proximidad entre el blanqueo de capitales y el fraude fiscal, para los sujetos obligados por el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en la medida en que deben analizar los riesgos principales a los que se enfrentan y diseñar políticas y procedimientos internos adaptados al perfil de riesgo de cada entidad, para lo cual deben contar con un órgano de control interno responsable de la aplicación de los procedimientos de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y, además, con una unidad técnica para el tratamiento y análisis de la información cuando su volumen de nego-

---

<sup>1</sup> Aunque la disposición final cuarta de la ley prevé su entrada en vigor, con carácter general, a los 20 días de su publicación, los artículos 529 ter y quaterdecies, que son objeto de análisis a continuación, entran en vigor a partir del 1 de enero de 2015 de acuerdo con la disposición transitoria primera 1.

<sup>2</sup> Cabe destacar que la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso rechazó una enmienda de CIU al proyecto de ley que pretendía que las empresas que tienen la consideración de grandes según la Recomendación 2003/361/CE y que disponen de una plantilla media superior a 500 trabajadores elaborasen un estado no financiero a incluir en su informe de gestión, para hacer constar, entre otra información, la relativa a sus principales riesgos relacionados con cuestiones medioambientales, sociales, personal, derechos humanos, diversidad, igualdad de oportunidades, no discriminación, y lucha contra la corrupción y el soborno. Se trataba de una propuesta más propia del terreno de la responsabilidad social corporativa que del gobierno corporativo, pero lo más significativo, a mi juicio, es que iba más allá del ámbito de las sociedades cotizadas.

cios anual exceda de 50 millones de euros o su balance general anual supere la cifra de 43 millones de euros.

Además, estas prácticas de buen gobierno obligatorias para las sociedades cotizadas en relación con la fiscalidad podrían servir también como marco de referencia de buenas prácticas para todas las entidades cuyas cuentas anuales (y, en su caso, cuyo informe de gestión) deben ser revisados por un auditor de cuentas<sup>3</sup>.

Con independencia del ámbito subjetivo de aplicación de la nueva normativa y su recomendable aplicación como marco de referencia para las empresas de cierto tamaño, la pregunta que se debe responder en estos momentos es cómo se deben interpretar estas nuevas obligaciones en relación con la fiscalidad.

Para responder adecuadamente a esta pregunta, en mi opinión, hay que analizar cuál tiene que ser el nuevo encaje de la fiscalidad en el gobierno corporativo de las empresas, más allá de los compromisos, un tanto etéreos, que hasta ahora han asumido en este ámbito en el marco de la responsabilidad social corporativa.

También hay que considerar el impacto que está teniendo el plan BEPS (*Base Erosion Profit Shifting*) de la OCDE en la determinación de qué se entiende por cumplimiento de las obligaciones fiscales y los riesgos reputacionales evidentes que se derivan del hecho de que se instale en la opinión pública la opinión de que muchas empresas, en particular las transnacionales, no están contribuyendo como debieran al pago de impuestos.

Por último, como quiera cualquier modificación en el comportamiento de las empresas tiene consecuencias en las estrategias y líneas de actuación de administraciones tributarias, puesto que unas y otras son vasos comunicantes, hay que analizar cómo puede afectar la nueva regulación a los mecanismos de relación cooperativa existentes entre la administración tributaria y los grandes contribuyentes.

A este propósito se dedican los siguientes apartados. Al final del artículo, a modo de conclusión, expongo las que, a mi juicio, podrían ser las pautas a seguir por las sociedades cotizadas para cumplir con la nueva normativa, pautas igualmente válidas para las empresas no obligadas que quieran mejorar su gobierno corporativo en relación con la fiscalidad y reducir riesgos tributarios y reputacionales. De igual forma, al final, expongo las consecuencias de todo este proceso para la administración tributaria.

## **2. GOBIERNO CORPORATIVO, RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y FISCALIDAD**

Como explica Myriam Ayerra<sup>4</sup>, gobierno corporativo es el conjunto de principios o normas que regulan el funcionamiento del órgano de gobierno de la compañía, que descansa sobre cuatro pilares fundamentales: responsabilidad, independencia, transparencia e igualdad.

En 1999 la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos), emitió sus primeros Principios de Gobierno Corporativo, que fueron revisados en 2004 y constituyen la referencia internacional en la materia. En España existen varias recomendaciones dirigidas a las sociedades cotizadas, con hitos como el Código Unificado de Buen Gobierno, aprobado en 2006.

Por su parte, el Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas de junio de 2013 recuerda que el artículo 61 bis de la Ley del Mercado de Valores, fiel al principio conocido internacio-

---

<sup>3</sup> El artículo 263 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio) establece que deben ser auditadas las sociedades de capital excepto cuando durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros; que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros; y que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

<sup>4</sup> "Reforma del gobierno corporativo: más Junta", artículo publicado en el *Diario de Navarra* de 24 de enero de 2014.



nalmente como cumplir o explicar (*comply or explain*), obliga a las sociedades cotizadas españolas a consignar en su informe anual de gobierno corporativo el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo o, en su caso, una explicación de las razones de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones. Es importante destacar que, según el Código, la defensa del interés social, entendido como el interés común de los accionistas (o el interés del accionista común) y la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa, no significa que los intereses de los accionistas hayan de perseguirse a cualquier precio y menciona expresamente que las empresas deben tomar en consideración en su forma de proceder los intereses de la comunidad y el respeto a las normas fiscales.

Como se explica en el Estudio<sup>5</sup> de 14 de octubre de 2013 sobre las propuestas de modificaciones normativas que han servido de base para la reforma del gobierno corporativo aprobada, la OCDE, aunque considera que los códigos de buenas prácticas de gobierno corporativo siguen siendo una alternativa adecuada a la regulación, invita a los gobiernos a revisar con regularidad su marco normativo al respecto, de ahí que en España se haya optado por elevar a rango legal algunas recomendaciones del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas. Todo ello con el objetivo de mejorar del control interno y la responsabilidad corporativa de las empresas españolas.

Como explica Abelardo Delgado<sup>6</sup>, en el ámbito tributario, con el cambio normativo se persigue reforzar el papel del consejo de administración en la vigilancia de los riesgos fiscales, de forma que no pueda sentirse ajeno a estas cuestiones como hasta ahora muchas veces ha venido sucediendo.

Según Javier Martín<sup>7</sup>, existe una tendencia internacional, auspiciada desde instituciones como la OCDE, que entiende que, tratándose de grandes empresas, los consejos de administración deben hacerse responsables de velar por su buena política fiscal. Algunos países han incorporado esta idea a sus ordenamientos, previendo la emisión de declaraciones, por parte del consejo de administración, acerca de la corrección del sistema de control de riesgos de la empresa, incluyendo los tributarios. Por tanto, los miembros del consejo de administración no podrán, en ningún caso, alegar su ignorancia en estas materias. Así, no solo se les atribuye, como facultad, la supervisión de riesgos fiscales y la aprobación de operaciones con gran trascendencia tributaria, sino que ello constituye un deber propio y de vigilancia sobre los gestores de la entidad. Además, continuando con la argumentación de Javier Martín, los consejeros son la última instancia a la que le corresponde el diseño de la estrategia fiscal de la entidad, siendo, por tanto, sus autores ideales o intelectuales. En consecuencia, concluye, el aceptar un cargo en un consejo de administración de una sociedad cotizada implica hacerse responsable de su buen gobierno fiscal, asumiendo las consecuencias –administrativas e, incluso, penales– en caso de incumplimiento.

Por otra parte, Javier Martín prevé que estas nuevas reglas permitirán que la Administración tributaria mantenga una relación más fluida con las grandes empresas, basada en la confianza y en la cooperación. Más adelante hablaremos de ello.

El punto de partida no es óptimo, en 2010 Daniel Gómez-Olano<sup>8</sup> señalaba que los consejos de administración de las empresas, incluso de algunas muy grandes, ignoraban completamente las cuestiones fiscales entendiendo que sus departamentos fiscales ya se ocupaban de ello. Y ello a pesar de que desde 2006 el contexto cambió y una gran parte de las Administraciones tributarias de la OCDE (entre ellas, la española) se comprometieron en la Declaración de Seúl a fomentar la aplicación de directrices sobre buen Gobierno corporativo en el área tributaria, así como a crear las bases de un

---

<sup>5</sup> Los objetivos a conseguir, según la Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo, por la que se publicó el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, por el que se creó una Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, son, además de mejorar el control interno y la responsabilidad corporativa de las empresas españolas; velar por el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las empresas españolas, para conducirlos a las máximas cotas de competitividad; generar confianza y transparencia para con los accionistas e inversores nacionales y extranjeros; y asegurar la adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades en las empresas, desde una perspectiva de máxima profesionalidad y rigor.

<sup>6</sup> Entrada el 9 de junio de 2014 titulada “Fiscalidad y reforma del gobierno corporativo” en el Blog *Nuestra fiscalidad en Expansión*.

<sup>7</sup> “Riesgo fiscal y buen gobierno corporativo”, artículo en *Cinco Días* de 18 de agosto de 2014.

<sup>8</sup> “El buen gobierno en el área fiscal”. Entradas en el blog de *El Economista* del 8, el 22 y el 29 de abril de 2010.

marco de colaboración entre la Administración tributaria y los contribuyentes que redundara en una mayor seguridad jurídica y transparencia.

Ante esta nueva realidad, Daniel Gómez-Olano proponía que las sociedades establecieran los principios básicos de su estrategia fiscal; tuvieran en cuenta las consecuencias financieras, legales, contables y de negocio de cualquier operación (estableciendo canales adecuados de comunicación entre los distintos departamentos de la empresa); contasen con un sistema de gestión de riesgos en el área fiscal no solo para identificar los riesgos sino también para definir los pertinentes procedimientos y controles internos; e informasen a los consejos de administración a la hora de adoptar decisiones con un impacto tributario relevante.

Algunas de estas propuestas están a punto de convertirse en obligación legal, pero ya entonces, como indicaba Gómez-Olano, estaba en juego la reputación de la empresa.

En este sentido, el riesgo reputacional no se puede ignorar. Sin embargo, según una reciente encuesta<sup>9</sup> solo el 54% de las empresas españolas tiene una política anti-fraude y anti-corrupción, frente al 87% de media en los países desarrollados y el 78% en los mercados emergentes. Incluso un 8% de los encuestados aceptaría la manipulación de los estados financieros para salvaguardar el negocio.

Llegados a este punto hay que reconocer que la aportación hasta ahora de la responsabilidad social corporativa (RSC) al buen gobierno en el ámbito fiscal ha sido mínima. Hablemos de ello.

Según el Observatorio de RSC<sup>10</sup>, la responsabilidad social corporativa es una forma de dirigir las empresas basada en la gestión de los impactos que su actividad genera sobre sus clientes, empleados, accionistas, comunidades locales, medioambiente y sobre la sociedad en general. Su carácter es global y afecta a todos los ámbitos de la empresa y va más allá del cumplimiento de la normativa, como indica la Estrategia española 2014-2020 de responsabilidad social de las empresas<sup>11</sup>, puesto que la dimensión ética de la RSC exige la debida coherencia entre los compromisos de la empresa y sus decisiones de negocio.

Es importante destacar, además, que desde el punto de visto estratégico el objetivo de generación de valor por la empresa no puede circunscribirse a sus accionistas sino que debe alcanzar al conjunto de la sociedad en coherencia con la estrategia europea de RSC que desde 2011 pone especial énfasis en los impactos producidos por la empresa y en cómo crea valor para el conjunto de la sociedad.

En este contexto, la estrategia 2014-2020, dentro de los instrumentos de buen gobierno y transparencia para el aumento de la confianza, considera como una medida de prioridad alta<sup>12</sup> el fomento de la fiscalidad responsable en las organizaciones. El objetivo que se persigue con esta medida es promover una actuación fiscal ejemplar por las empresas, que reduzca las estrategias de evasión fiscal y la competencia desleal en este ámbito, garantizando tanto el cumplimiento de la normativa, como el comportamiento socialmente responsable.

---

<sup>9</sup> Decimotercera encuesta global sobre el fraude de E&Y 2014.

<sup>10</sup> El Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa (Observatorio de RSC), es una organización sin ánimo de lucro que nace en el año 2004 de la mano de varias organizaciones de la sociedad civil con el objetivo de trabajar en el impulso de la correcta aplicación de la responsabilidad social corporativa.

<sup>11</sup> Según el documento “Estrategia española de responsabilidad social de las empresas. Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de administraciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora”, la responsabilidad social de la empresa es, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, la integración voluntaria por parte de la empresa, en su gobierno y gestión, en su estrategia, políticas y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales, ambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparentes con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y de los impactos que derivan de sus acciones.

<sup>12</sup> También incluye una segunda medida en el ámbito tributario: el impulso de actuaciones dirigidas a combatir el fraude, tanto laboral como fiscal, y la economía sumergida. Para ello, se reforzarán los mecanismos de control existentes y se pondrán en marcha acciones de comunicación y sensibilización dirigidas al conjunto de la población.

Supone un paso adelante, puesto que las referencias al ámbito tributario en la Norma Internacional ISO 26000<sup>13</sup>, que es la guía de referencia en materia de responsabilidad social, no son excesivamente claras, ya que aparecen muy vinculadas a los países en desarrollo. Así, la generación por las empresas de ingresos y riqueza se pone en relación con el desarrollo de las comunidades en las que actúan para proporcionar ingresos a los gobiernos que permitan políticas de desarrollo. Según Josep María Macías<sup>14</sup>, aunque la orientación de la Norma a los países en desarrollo es evidente, su contenido puede ser perfectamente aplicable a otros países, y más con la crisis, porque no se puede presumir de actividades de RSC y carecer de ética fiscal.

A este respecto, como explican Roberto García Polo y Cristina Barreno<sup>15</sup>, las empresas no solo deben cumplir la letra de ley en los países en los que operan sino también su espíritu y finalidad, con comunicación a las autoridades de toda la información relevante para liquidar los impuestos y aplicando correctamente las normas sobre precios de transferencia. Son puntos clave sobre los que volveremos más adelante.

Para Oriol Amat<sup>16</sup>, las empresas tienen como principal objetivo maximizar la riqueza que generan para sus accionistas, para lo cual aprovechan la diferente regulación fiscal entre países para pagar los menores impuestos posibles, lo que les hace olvidar la dimensión ética que obliga a una actitud más responsable socialmente de tal manera que se paguen impuestos donde se generan los beneficios.

Ante esta situación, no sorprende que para José A. Herce y Andrea Bonime-Blanc<sup>17</sup>, la RSC haya consistido hasta ahora en poco más que actividades de relaciones públicas y marketing y que, para ellos, muchos programas de RSC hayan sido decorados de cartón piedra para distraer la atención sobre comportamientos irresponsables y poco éticos. Para estos autores, la crisis y las redes sociales están suponiendo una verdadera transformación y el viejo modelo de RSC ya no es posible.

En definitiva, nos encontramos ante manifestaciones de la ética indolora de la que hablaba Gilles Lipovetsky<sup>18</sup> que consiste en utilizar la ética como simple estrategia, asumiendo compromisos que en el fondo no cuestan esfuerzo alguno, lo que es simple y llanamente puro marketing.

Probablemente debido a este papel tan auxiliar, la RSE, como expone Manuel Escudero<sup>19</sup>, no ha conseguido hasta ahora situarse en el corazón del modelo de negocio de las empresas, de lo que constituye buena prueba su escaso peso en la agenda los consejos de administración.

Todo ello explica con claridad el porqué de la conversión de lo que hasta ahora eran compromisos light en obligaciones legales, como está a punto de suceder en el ámbito fiscal.

### **3. EL PLAN BEPS CONTRA LA EROSIÓN DE LAS BASES IMPONIBLES A CAUSA DE LA GLOBALIZACIÓN**

Según el Plan de acción de la OCDE contra la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios<sup>20</sup>, la globalización y la creciente importancia del sector servicios y de los productos digitales han

---

<sup>13</sup> La Norma internacional ISO 26000, Guía sobre responsabilidad social, representa un consenso internacional en la materia y puede orientar mejores prácticas en responsabilidad social. En cualquier caso, ISO 26000 es una guía, no una norma de certificación.

<sup>14</sup> Entrada "Contabilidad creativa, elusión fiscal y responsabilidad social ISO26000" en el blog de JOSEP MARÍA MACÍAS el 28 de mayo de 2013.

<sup>15</sup> "RSE.- Las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales", artículo en la *Revista Ecosostenible* Julio-Agosto 2013 de ROBERTO GARCÍA POLO y CRISTINA BARRENO MALAPERT.

<sup>16</sup> "Ingeniería fiscal y responsabilidad social", artículo de ORIOL AMAT. en *Dinero de La Vanguardia* el 9 diciembre de 2012

<sup>17</sup> "La "triple R" corporativa", artículo de JOSÉ A. HERCE y ANDREA BONIME-BLANC en *El País* el 16 de abril de 2014 que propone una refundación de la RSC para que sea una verdadera RS Inteligente.

<sup>18</sup> *El crepúsculo del deber* de GILLES LIPOVETSKY. Editorial Anagrama. Barcelona 1994.

<sup>19</sup> Artículo titulado "Pasando página a la RSE" de MANUEL ESCUDERO en *El País* el 13 de enero de 2013.

<sup>20</sup> El Plan identifica las acciones necesarias para paliar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, establece plazos para ello e identifica los recursos necesarios y la metodología para poner en marcha estas acciones.

posibilitado que las empresas deslocalicen sus actividades a efectos fiscales, dando facilidades a la planificación de impuestos para que las multinacionales minimicen su carga tributaria.

Todo esto es posible porque las empresas son globales, pero las normas que aplican son nacionales y éstas en muchas ocasiones están descoordinadas entre sí. Ello favorece que se puedan diseñar estructuras con el propósito de situar los beneficios en países o territorios de nula o baja tributación en perjuicio de los países en los que realmente se han generado los beneficios. Además, determinados países y territorios dan todo tipo de facilidades a la aplicación de esquemas agresivos de tributación en perjuicio del resto (y en beneficio propio).

Durante mucho tiempo parecía que el único problema en el ámbito de la fiscalidad internacional era evitar la doble imposición, y la búsqueda por las empresas transnacionales de la reducción de la carga fiscal, en ocasiones a cualquier precio - e incluso alardeando de ello -, no provocaba un especial reproche social.

Sin embargo, la crisis ha cambiado la percepción y los gobiernos y ciudadanos rechazan estos comportamientos, y al riesgo propiamente fiscal derivado de las planificaciones agresivas se ha unido el indudable riesgo reputacional que acompaña a las compañías transnacionales cuando se percibe que su tributación global o en determinados ámbitos territoriales es inconsistente con sus beneficios.

La OCDE sitúa el problema también en el terreno de la competencia empresarial. Las compañías intentan dentro de lo que les permite la normativa reducir su carga fiscal para no quedar en desventaja competitiva frente a sus competidores. Ello hace que las pequeñas y medianas empresas que solo operan en mercados domésticos y que tienen poco margen para la planificación fiscal se vean claramente perjudicadas por las multinacionales que utilizan sofisticados sistemas de planificación en el entorno global para minimizar su carga fiscal.

Hasta ahora la complejidad técnica asociada a la fiscalidad ha sido una excusa perfecta para ignorar al máximo nivel directivo de las empresas los aspectos tributarios, y la estrategia en la mayoría de los casos ha sido meridianamente clara: pagar los menores impuestos posibles dentro de lo que el Departamento fiscal de la entidad o el grupo consideraba como interpretación razonable de la norma en cada país, asumiendo que cierto grado de conflicto con las Administraciones tributarias y de litigiosidad era inevitable.

El concepto de planificación fiscal agresiva ha sido muy discutido y la frontera entre la elusión fiscal y las economías de opción siempre ha sido difusa. Para muchas empresas el dilema se resolvía de manera muy simple: la planificación fiscal agresiva no existe, es legal o no lo es, y serán en últimas instancia los tribunales los que lo determinen.

También hay que tener muy claro que pagar menos impuestos hoy, maximiza el beneficio a corto plazo y justifica bonus y retribuciones ligadas a resultados inmediatos. La planificación fiscal agresiva al margen de cualquier tipo de consideración ética y la asunción de riesgos fiscales desmedidos ha sido una fórmula más de la economía casino.

El paradigma ha cambiado y no solo porque la gestión prudencial haya pasado al primer plano de las organizaciones: en el ámbito fiscal, la OCDE deja muy claro que la tributación no es exclusivamente un problema de interpretación literal de la normativa sino que debe ser acorde con la aportación de valor en cada país. Las interpretaciones *pro domo sua* pasan a segundo plano ante la necesidad de atender también al espíritu de la norma. El aprovechamiento de los agujeros fiscales de los sistemas tributarios de los Estados y especialmente de la falta de coordinación entre estos ha pasado de ser un objetivo a perseguir para reducir la factura fiscal a constituir un riesgo reputacional creciente.

Ante esta realidad, el enfoque no puede ser exclusivamente local, con cada país actuando por su cuenta, sino multilateral, y este es el empeño del Plan BEPS.

No es el objeto de este trabajo analizar en profundidad las medidas BEPS, pero en la definición de la estrategia fiscal de una empresa y en la articulación de su sistema de identificación de riesgos y de acciones para mitigarlos es imposible ignorar este proyecto, por lo que me referiré brevemente a sus principales líneas de trabajo.

En primer lugar, como ya hemos visto, la falta de reglas uniformes en la regulación del Impuesto sobre Sociedades en los diferentes países provoca que existan agujeros que permiten que determinadas operaciones que involucran a dos países se beneficien de una doble no imposición.

Con un ejemplo se entiende fácil. Se denominan híbridos los productos o entidades que jurídicamente tienen diferente consideración en dos países. Así, un país puede considerar una operación como préstamo y otro calificarla de participación en el capital de una sociedad. Si se produce un pago futuro derivado de dicha operación, para uno de los países dicho pago tendrá la consideración de abono de intereses devengados por el préstamo (normalmente deducibles), mientras que el otro país entenderá que el cobro constituye la percepción de un dividendo de fuente extranjera exento. Por tanto, con un híbrido, lo que en un país es gasto deducible, en el otro país no tributa porque está exento. Esto no sucedería si la calificación fuese uniforme, ya que entonces el gasto deducible en uno de los países originaría el correlativo ingreso gravado en el otro. Buscar este tipo de desajustes normativos entre países para evitar impuestos ha sido un objetivo claro para los planificadores fiscales. El proyecto BEPS propone terminar con estos agujeros tributarios y algunos países han comenzado a modificar sus normas para proteger sus bases imponibles<sup>21</sup>.

El Plan BEPS propone afrontar también otros problemas normativos que lastran la recaudación del Impuesto sobre Sociedades en ámbitos como la transparencia fiscal internacional, la deducibilidad de gastos financieros y las prácticas fiscales perjudiciales<sup>22</sup>.

Por otra parte, el Plan BEPS se plantea como objetivo hacer frente a los casos en los que se produce una aplicación abusiva de los convenios para evitar la doble imposición, de las reglas para determinar si existe un establecimiento permanente en un territorio determinado o de los precios de transferencia en operaciones con intangibles, para anular o reducir la tributación procedente desvirtuando la verdadera sustancia económica de las operaciones.

Además, el Plan propone la adopción de medidas para lograr una mayor transparencia sobre las operaciones, con establecimiento de mecanismos para la revelación obligatoria a la administración tributaria de los mecanismos de planificación abusiva que utilizan las empresas transnacionales. En la misma línea se plantea mejorar la documentación de los precios de transferencia, con desglose de la información país por país.

Por supuesto, el Plan BEPS también reconoce la existencia de un grave problema debido a las dificultades para determinar en la economía digital dónde se produce la creación de valor y, en consecuencia, dónde se debe gravar el beneficio.

Por último, el Plan BEPS entiende que, además de las medidas que puedan aprobar los Estados para proteger sus bases imponibles, existe la necesidad de poner en marcha un instrumento multilateral para articular aquellas medidas que afectan a los convenios bilaterales para evitar la doble imposición sin tener que modificar caso a caso cada uno de ellos.

Es importante destacar que no estamos ante un proyecto teórico, en 2014<sup>23</sup> se ha adoptado un primer bloque de medidas BEPS por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, con participación no solo de los Estados miembros de dicha organización sino también los miembros del G-20 y los países candidatos a la entrada en la OCDE, en total 44 países.

Las medidas incluidas en este primer bloque se refieren a los desajustes normativos provocados por los híbridos, los abusos en la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición, los problemas de los precios de transferencia en relación con los intangibles y la necesidad de que los grupos transnacionales proporcionen información país por país sobre los beneficios, la actividad económica y los impuestos pagados en cada ámbito territorial. Por otra parte, la OCDE constata los avances producidos respecto de otras medidas del Plan: el análisis del impacto tributario de la economía digital, la

---

<sup>21</sup> La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE de 28 de noviembre) afronta por primera vez este problema.

<sup>22</sup> En el caso español, la ley citada en la nota anterior amplía el ámbito de aplicación de la transparencia fiscal internacional. Respecto de los gastos financieros, la ley mantiene los límites ya establecidos a la deducibilidad de estos gastos con algunos ajustes.

<sup>23</sup> OECD (2014), *Explanatory Statement*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD.

necesidad de un instrumento multilateral para implementar las medidas que definitivamente se acuerden y cómo hacer frente de manera más eficaz a las prácticas fiscales perniciosas con mayor transparencia por parte de los Estados respecto de sus normativas y con atención en todo caso a la verdadera sustancia económica de las operaciones.

Cabe resaltar que en la reciente reunión del G-20<sup>24</sup> en Australia se dio la bienvenida a los progresos alcanzados con el Plan BEPS, lo que ratifica el interés internacional en este proyecto que, a pesar de las dudas iniciales de muchos, se está convirtiendo en imparable.

En el fondo no es ninguna sorpresa, ya en junio de 2013, en la cumbre del G-8 en Irlanda<sup>25</sup> sus líderes hicieron una declaración contundente al respecto: los países deberían cambiar las normas que permiten a las empresas trasladar sus beneficios a través de las fronteras para evitar impuestos, y las multinacionales deberían informar a las autoridades de los tributos que pagan y dónde. Además, las empresas deberían saber a quién pertenecen realmente y los organismos recaudadores y reguladores de impuestos deberían poder recabar esta información fácilmente. Por otra parte, las compañías deben informar de sus pagos a todos los gobiernos y éstos deben hacer públicos los ingresos de dichas empresas.

En esas mismas fechas el Secretario general de la OCDE publicaba un artículo de título inequívoco: "Basta de desvergüenza fiscal"<sup>26</sup>. Su tesis, a partir del reconocimiento de los tributos como una de las piedras angulares del contrato social entre los Estados y los ciudadanos, parte de la necesidad de asegurar el crecimiento y el empleo en el contexto de la crisis financiera, presupuestaria, política y social que vivimos, para lo cual es imprescindible acabar con la doble no imposición y las localizaciones de beneficios en jurisdicciones sin impuestos en las que no se realiza ninguna actividad real. Es destacable que no solo proponga tolerancia cero con el fraude fiscal, sino también que considere que la planificación fiscal agresiva es inaceptable, incluso aunque se encuentre dentro de la legalidad.

El cambio de paradigma es importante, hay esquemas de planificación a partir del cumplimiento de la letra de la ley que no son aceptables. Hasta ahora los Estados han combatido estas prácticas unilateralmente con cláusulas anti-abuso generales o específicas, a partir de ahora lo que procede es una respuesta internacional coordinada, lo que no es sencillo, puesto que las normas son y seguirán siendo nacionales. Pero ni siquiera los aspectos normativos son los más relevantes, lo esencial, a mi juicio, es que la comunidad internacional entienda que estas prácticas agresivas son éticamente inaceptables. En consecuencia, como comentaba antes, una compañía multinacional con estrategias de planificación fiscal agresiva tiene que considerar dos riesgos: uno reputacional inmediato derivado de no cumplir los estándares éticos que organizaciones como la OCDE consideran aceptables, el segundo económico directo puesto que las medidas que anuncia la OCDE antes o después terminarán convirtiéndose en derecho positivo por lo que los impuestos no pagados gracias a dichas estrategias constituyen una contingencia fiscal evidente.

En cualquier caso, no estamos hablando de matemáticas: nos movemos en el terreno de la gestión del riesgo. Como dice Daniel Lacalle<sup>27</sup>, nuestros beneficios fiscales son siempre reformas y los de los demás evasión. Siempre existirán diferencias de tributación entre países, diferencias interpretativas legítimas entre las administraciones y las empresas, lo que sucede es que el terreno de juego se ha reducido y una empresa no puede ignorar que estamos ante una nueva era, lo que le va a obligar a identificar sus riesgos fiscales bajo un prisma diferente mucho más estricto. Luego hablaremos de ello, pero las dudas que pudiera haber sobre el cambio de paradigma, entiendo que se habrán disipado con el anuncio en octubre de 2014 del gobierno irlandés de la decisión de modificar su normativa

---

<sup>24</sup> *Communiqué. Meeting of G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*. Cairns, 20-21 September 2014

<sup>25</sup> Declaración de Lough Erne. Países del G8. Junio de 2013.

<sup>26</sup> "Basta de desvergüenza fiscal. Queda mucho por hacer, pero el intercambio de datos ya está en marcha" de ÁNGEL GURRÍA el 27 de mayo de 2013 en *El País*.

<sup>27</sup> "Diez mitos sobre los paraísos fiscales". Artículo de DANIEL LACALLE en *El Confidencial* el 13 de abril de 2013. Escribe en uno de sus párrafos: "¿Qué es un paraíso fiscal? Nadie en España, por ejemplo, se rasgaba las vestiduras cuando nuestras empresas conquistaban el mundo comprando activos y deduciendo el fondo de comercio de su base imponible. Nuestros beneficios fiscales siempre son "reformas" y los de los otros son "evasión". ¿Quién decide qué es un territorio fiscal bueno o malo? Delaware, Nevada, Wyoming, Luxemburgo, Malta, Chipre, Andorra, Jersey, Irlanda, Liechtenstein, Suiza o incluso Navarra... Todos tienen distintos e importantes beneficios fiscales. ¿Caimán es malo y Luxemburgo bueno? ¿Por qué?"

fiscal para suprimir alguna de las medidas más criticadas internacionalmente, como el llamado doble irlandés<sup>28</sup>.

#### 4. EL CUMPLIMIENTO COOPERATIVO DE LAS OBLIGACIONES FISCALES POR LAS GRANDES EMPRESAS

En 2008 la OCDE<sup>29</sup> instó a las administraciones tributarias a mejorar las relaciones con las grandes empresas con base en la confianza y la cooperación. Esta relación cooperativa se denomina en inglés *Enhanced Relationship*.

Según, la IFA<sup>30</sup> la Relación Cooperativa<sup>31</sup> es una forma de relación institucional entre las Administraciones tributarias y los contribuyentes basada en el entendimiento mutuo, el respeto y la cooperación, y tiene como objetivo la aplicación del sistema tributario de la forma más eficaz y adecuada asumiendo la revelación recíproca de información relevante, incluidas las posiciones fiscales adoptadas por las empresas, para determinar la suma correcta de impuestos a pagar teniendo en cuenta el espíritu y finalidad de la norma (y no simplemente la letra de la ley), con respeto por ambas partes a los derechos y obligaciones tributarios y con aplicación de las normas procedimentales pertinentes en caso de desacuerdo.

En 2013<sup>32</sup> se adoptó por la OCDE el término cumplimiento cooperativo (*co-operative compliance*) puesto que el término relación cooperativa (relación reforzada, en inglés) podía dar lugar a interpretaciones equívocas y provocar dudas sobre el posible incumplimiento del principio de igualdad de trato a todos los contribuyentes. Con el nuevo término queda claro que el objetivo de esta estrategia es asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

Por otra parte, como veíamos antes al tratar del Plan BEPS<sup>33</sup>, cada vez se subraya con mayor claridad por la OCDE que no solo debe cumplirse la letra de las leyes tributarias sino también su espíritu y finalidad, lo que es plenamente coherente con las estrategias de cumplimiento cooperativo. Por supuesto, ello no quiere decir que no quepan discrepancias interpretativas entre las empresas y la administración, sino que de lo que se trata es de evitar las planificaciones agresivas y reducir el espacio para el conflicto, para ello es esencial que las empresas identifiquen sus operaciones con riesgo fiscal en especial en aquellos casos en los que no se comparta del criterio interpretativo de la administración o existan dudas sobre cuál será este.

---

<sup>28</sup> Cambio normativo cuyos efectos no van a ser inmediatos puesto que se ha anunciado un período transitorio hasta 2020. Por otra parte, Irlanda ha decidido mantener su tipo general del 12,5% en el Impuesto sobre Sociedades. Son dos cosas distintas, aunque en ocasiones se confundan. En mi opinión, aunque el tipo del impuesto sea bajo, ello entra dentro de la competencia fiscal legítima entre Estados. Lo que está en entredicho es la existencia de normas sesgadas para atraer a las multinacionales facilitándoles que dejen de pagar impuestos en otros países y eso es lo que Irlanda va a corregir.

<sup>29</sup> En 2008 el FORO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (FAT) de la OCDE publicó un estudio sobre el papel de los intermediarios fiscales en el que aparece este concepto.

<sup>30</sup> La INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION (IFA) en su documento "*IFA Initiative on the Enhanced Relationship-Key Issues Report*".

<sup>31</sup> Literalmente, *the Enhanced Relationship concerns a specifically defined institutional relationship, based on mutually expressed intentions and not on detailed rules, that TPs and TAs voluntarily enter into above and beyond their basic legal obligations, which relationship is based on mutual understanding, respect and true co-operation, and has as aim the administration of tax laws to the TP's business in the most efficient and timely matter, assuming full, timely and reciprocal disclosure of relevant tax related information (including positions taken) and leading to the assessment of the correct amount of tax taking into account the spirit and purpose of the tax law (rather than merely the letter of the law) while respecting each parties' rights and obligations under procedural laws in case of disagreement on what constitutes the correct amount of tax.*

<sup>32</sup> En el documento "La relación cooperativa: Un marco de referencia. De la relación cooperativa al cumplimiento cooperativo".

<sup>33</sup> Puede citarse como antecedente la revisión de las "*Guidelines for Multinational Enterprises*" (Orientaciones de la OCDE para Empresas Multinacionales), cuya versión revisada fue aprobada el 25 de mayo 2011 durante la Reunión Ministerial en la celebración del 50 Aniversario de la OCDE. En ellas se indica lo siguiente: en particular, las empresas deben cumplir con la letra y el espíritu de las leyes y las normas fiscales de los países en los que operan. Cumplir con el espíritu de la ley significa discernir y acatar las intenciones del legislativo. No obliga a una empresa a pagar más de lo que legalmente le corresponde de acuerdo con tal interpretación.

En consecuencia, la transparencia es clave: de las empresas respecto de sus estrategias y contingencias fiscales y de las administraciones tributarias respecto de sus criterios, en este último caso para reforzar la seguridad jurídica. También es crucial que las empresas dispongan de sistemas sólidos de gobierno corporativo. Ambos aspectos están interrelacionados, puesto que la transparencia solo es posible si existe un sistema de control interno que asegure la corrección de las declaraciones tributarias y la identificación y la comunicación a la administración de las contingencias fiscales detectadas por la empresa. Por ejemplo, en Australia estos dos aspectos son determinantes a la hora de suscribir un Acuerdo Anual de Cumplimiento<sup>34</sup> con la administración tributaria

Respecto del gobierno corporativo, la llevanza de un sistema de gestión de riesgos que incluya los riesgos fiscales o un MCF (Marco de Control Fiscal, en inglés *Internal Control Framework – ICF* – o *Tax Control Framework – TCF* –)<sup>35</sup> puede permitir que la empresa emita un certificado interno anual asegurando la idoneidad de sus sistemas de aplicación de impuestos y de control de los riesgos fiscales, lo que puede ser tomado en cuenta por la administración al calificar el riesgo fiscal de dicha empresa.

En definitiva, un MCF hace posible que el consejo de administración esté en condiciones de emitir una Declaración de Control Interno (DCI) que acredite que la materia fiscal está bajo control (*in control statement*), lo que solo es posible si lo están todos los procesos y transacciones con posibles consecuencias fiscales, de tal forma que se puedan detectar, documentar y notificar a la administración los riesgos fiscales relevantes<sup>36</sup>.

Como es lógico, la OCDE explica que las empresas consideran que las administraciones tributarias deberían publicar orientaciones sobre los criterios que consideran idóneos en la aplicación de los MCF. Y no solo eso, en este escenario, la administración, mediante auditoría de sistemas<sup>37</sup>, podría verificar la solidez de dichos Marcos para una mejor evaluación del riesgo fiscal de las empresas y, en consecuencia, para una mejor definición de sus planes de control, porque la consecuencia lógica del hecho de que una empresa tenga controlada su gestión fiscal y adecuadamente identificadas y evaluadas las contingencias en este ámbito debería ser su consideración por la administración tributaria como un contribuyente de bajo riesgo de incumplimiento.

Por otra parte, como veíamos antes, algunos países han establecido en su normativa la obligatoriedad<sup>38</sup> de comunicar a la administración las operaciones con contingencias fiscales al presentar las declaraciones tributarias.

En cualquier caso, la OCDE reconoce que, a pesar de todo, aunque su número pueda reducirse con un sistema de cumplimiento cooperativo, es inevitable que haya conflictos entre la administración y las empresas, por lo que, lo esencial, cuando se produzcan, es que se resuelvan con la mayor celeridad, sin que ello quiera decir, en absoluto, que quepan acuerdos especiales que no serían aplicables a cualquier otro contribuyente.

Además, para el éxito de una relación cooperativa es importante también el buen gobierno dentro de la administración<sup>39</sup>. Así, como ya veíamos, la correcta evaluación y gestión de los riesgos fiscales que

---

<sup>34</sup> Un Acuerdo presenta ventajas para el contribuyente como la resolución de dudas en tiempo real, contar un interlocutor directo en la administración tributaria, no someterse a la evaluación de cumplimiento previa a la presentación de declaración, no estar sujeto a la revisión de riesgos posterior a la presentación o a la inspección de periodos e ingresos cubiertos por un ACA o no tener necesidad de completar la declaración de “posiciones fiscales a declarar” para los periodos fiscales cubiertos por un ACA.

<sup>35</sup> La OCDE constata que las empresas suelen aplicar el marco de control interno COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*) con las debidas adaptaciones a la realidad de cada sector o empresa.

<sup>36</sup> En definitiva, los riesgos significativos remiten al concepto de materialidad en la terminología auditora.

<sup>37</sup> Coincido con la OCDE en que un sistema de control interno efectivo comprende tanto controles como supervisión. El objetivo de la supervisión es la evaluación y la mejora de la efectividad de los controles. Lo que sería evaluado por la administración sería el sistema de supervisión de las empresas.

<sup>38</sup> Como explica el documento sobre relación cooperativa de la OCDE, en Estados Unidos y Australia las empresas, al presentar las declaraciones, están obligadas a informar a la administración tributaria de sus posiciones fiscales sobre las que no exista suficiente certidumbre (lo que en Australia se conoce como “posición fiscal a declarar” o RTP). La agencia tributaria americana (IRS) anunció en enero de 2010 la obligación de declarar en lo sucesivo las prácticas fiscales inciertas (UTP), obligación que encuentra su fundamento en la norma FIN 48.



presentan los contribuyentes<sup>40</sup> es fundamental, puesto que el cumplimiento cooperativo se debe incorporar dentro de una estrategia global para fomentar el cumplimiento con asistencia a quien quiere cumplir, pero también con actuaciones de control frente a los incumplidores, para lo cual un buen sistema de selección basado en el riesgo fiscal de los contribuyentes es imprescindible.

Por otra parte, en un sistema de cumplimiento cooperativo se debe combinar la relación abierta con el contribuyente con la imparcialidad (el riesgo de apego y de componendas, como gráficamente exponen algunos países, están ahí). En los análisis de la OCDE sobre las experiencias de las distintas administraciones cuando se ponen en marcha este tipo de estrategias se señalan distintos mecanismos para minimizar estos riesgos: la aprobación de un código ético, la existencia de programas de trabajo, la documentación de las reuniones, el registro diario del trabajo, la rotación en los puestos, la evaluación y supervisión del trabajo y de su calidad (por ejemplo, por un segundo par de ojos que revisen lo realizado o mediante sistemas de evaluación inter pares).

Las ventajas del cumplimiento cooperativo son evidentes: una mejor relación entre las grandes empresas y la administración tributaria, una gestión del riesgo más eficaz por ambas partes, el refuerzo de la seguridad jurídica, la solución rápida de las incertidumbres que surjan y la posibilidad de identificar problemas normativos o de aplicación.

Para las grandes empresas, además, se reducen sus riesgos reputacionales y, en buena lógica, la relación con la administración puede dejar de ser intrusiva (toda relación basada exclusivamente en los controles a posteriori lo es) y pasar a ser cooperativa.

Para la administración esta estrategia sirve, asimismo, para mejorar su conocimiento de la realidad económica y posibilita una mejor gestión de los recursos.

En cualquier caso, este tipo de iniciativas suponen un importante cambio cultural a afrontar por ambas partes. Además, no es fácil encontrar indicadores que permitan evaluar sus resultados por la administración, puesto que es más sencillo medir las actuaciones de control en términos de bases o cuotas regularizadas que los incumplimientos evitados mediante la prevención o las mejoras en el cumplimiento voluntario<sup>41</sup>.

Por todo ello, como bien advierte la IFA, estos proyectos son graduales y se debe avanzar paso a paso, poniendo los medios suficientes para su desarrollo, promoviendo el necesario cambio cultural y con altas dosis de pragmatismo.

Esta Asociación también entiende que el objetivo del cumplimiento cooperativo no puede ser la demonización de toda planificación fiscal (de las economías de opción, podríamos decir), preocupación que pone en evidencia que existe cierto temor entre las empresas de que las relaciones cooperativas se utilicen por las administraciones tributarias básicamente con ese fin. Que exista cierta desconfianza de entrada muestra claramente que estas estrategias deben ir acompañadas de un cambio cultural imprescindible tanto en la administración como en las empresas.

Todo lo anterior (el cumplimiento cooperativo) tiene sentido cuando hablamos de las empresas de cierto tamaño, para el resto cualquier fórmula de colaboración con la administración tiene que pivotar fundamentalmente sobre los intermediarios fiscales, es decir sobre los profesionales tributarios del asesoramiento. La OCDE<sup>42</sup> subraya que en este caso también es preciso un enfoque gradual para buscar estrategias *win-win* (tanto para los contribuyentes como para las administraciones) y para ello

---

<sup>39</sup> Documento de la OCDE titulado *“Working smarter in structuring the administration, in compliance and through legislation”* (Trabajando de forma más inteligente para estructurar la administración cumpliendo con y mediante la legislación).

<sup>40</sup> La guía sobre gestión de riesgos publicada por la COMISIÓN EUROPEA en el 2010 contiene la siguiente definición de la gestión de riesgos de incumplimiento: es un método sistemático mediante el cual la administración tributaria toma decisiones sustanciales sobre qué intervenciones podrían estimular el cumplimiento de manera efectiva y evitar el incumplimiento, basadas en el conocimiento de la conducta de los contribuyentes y teniendo en cuenta la capacidad disponible.

<sup>41</sup> Como recoge la OCDE, el Reino Unido evalúa globalmente la efectividad de la estrategia aplicada a las grandes empresas aplicando indicadores clave: maximización de los ingresos, satisfacción del cliente y reducción de costes. La administración tributaria americana (IRS) ha desarrollado indicadores para evaluar de la satisfacción del contribuyente, la satisfacción de los empleados, la calidad, el tiempo dedicado y el número de expedientes cerrados.

<sup>42</sup> *“Together for better outcomes: engaging and involving SME Taxpayers and Stakeholders”* (Juntos para obtener mejores Resultados: Interactuar y hacer partícipes a los Contribuyentes PYMEs y Grupos Interesados). OCDE 2013.

propone avanzar en las siguientes líneas de actuación: la consulta a los intermediarios y las PYMES de los proyectos de las administraciones tributarias, la evaluación por los profesionales de los servicios tributarios y la búsqueda de soluciones para mejorar el cumplimiento basadas en la tecnología. En especial, la OCDE defiende las estrategias *Right from the start* (correcto desde el principio, podríamos decir)<sup>43</sup> cuyo despliegue pasa por crear un entorno que favorezca el cumplimiento tributario por los nuevos contribuyentes y que, a la vez, reduzca las oportunidades de que incumplan, para lo que es preciso anticiparse resolviendo los problemas en su estadio inicial (prevención) y no mediante reacciones a posteriori (inspecciones).

En el ámbito del cumplimiento cooperativo, en España existe un Foro de Grandes Empresas<sup>44</sup> que se define como órgano de relación cooperativa para promover una mayor colaboración entre las grandes empresas y la Administración tributaria del Estado, que se basa en los principios de transparencia y confianza mutua, a través del conocimiento y puesta en común de los problemas que puedan plantearse en la aplicación del sistema tributario.

Entre los trabajos del Foro destaca la elaboración de un Código de Buenas Prácticas con recomendaciones para mejorar la aplicación del sistema tributario español mediante el incremento de la seguridad jurídica, la cooperación recíproca basada en la buena fe y confianza legítima entre la Agencia Tributaria y las propias empresas, y la aplicación de políticas fiscales responsables en las empresas con conocimiento del consejo de administración.

El Código resalta que una correcta gestión tributaria por parte de las empresas y una mayor seguridad jurídica en materia fiscal conlleva una mayor fortaleza en los resultados económicos empresariales, minorando sus riesgos, incluyendo los reputacionales.

De igual forma, me parece muy relevante que el Código subraye la importancia de incrementar la eficacia de los controles tributarios mediante el compromiso común de colaborar en la detección y erradicación de fraudes y en la prevención de su extensión. También se persigue con el Código reducir la inseguridad jurídica y la litigiosidad con procedimientos ágiles para resolver las dudas de las empresas y con posibilidad para estas de presentar un anexo junto con sus declaraciones tributarias explicando los criterios aplicados, lo que, en caso de disconformidad de la Administración con el criterio aplicado, puede ser valorado en un eventual procedimiento sancionador.

Por otra parte, según el Código, se consideran buenas prácticas fiscales basadas en la transparencia, buena fe y cooperación a fomentar por las empresas las que facilitan la reducción de los riesgos fiscales significativos y la prevención de las conductas susceptibles de generarlos. Para ello las empresas deben evitar la utilización de estructuras de carácter opaco (sociedades instrumentales interpuestas a través de paraísos fiscales o territorios no cooperantes con las autoridades fiscales) para impedir el conocimiento, por parte de la Agencia Tributaria, del responsable final de las actividades o el titular último de los bienes o derechos implicados.

Además, el Código establece que el consejo de administración u órgano equivalente será informado, directamente o a través de la comisión de auditoría, de las políticas fiscales aplicadas por la compañía antes de formular las cuentas anuales y presentar la declaración del Impuesto sobre Sociedades. También será informado sobre las consecuencias fiscales (cuando sean relevantes) de las operaciones o asuntos que deban someterse a su aprobación.

La adhesión y cumplimiento del Código en el caso de sociedades cotizadas se refleja en el informe anual de gobierno corporativo que éstas presentan a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. El resto de empresas lo pueden reflejar en otros documentos como el informe de gestión o la memoria. En octubre de 2014 constaban 81 empresas adheridas al Código.

---

<sup>43</sup> *Forum on Tax Administration: SME Compliance Sub-group. Information note. Right from the start: influencing the compliance environment for small and medium enterprises.* OCDE 2012.

<sup>44</sup> Según la nota informativa de la Agencia Tributaria de 6 de julio 2007. El Foro tiene carácter informal, asociativo, flexible y desburocratizado. La participación en el Pleno se configura al máximo nivel de representación: Secretario de Estado de Hacienda y Comité de Dirección de la AEAT por un lado y miembros de los Consejos de Administración de las empresas por el otro. La participación en sus Grupos de trabajo se establece a un nivel más técnico y flexible.

La Agencia Tributaria también cuenta con un Foro de Asociaciones y Colegios Profesionales para reforzar la colaboración con los intermediarios fiscales.

## 5. ¿CAMBIAR PARA QUE TODO SIGA IGUAL?

Creo que no, si nos encontrásemos ante un simple cambio normativo en un entorno económico y social poco agitado, tal vez tendríamos que darle la razón una vez más al barón di Lampedusa. Pero, a mi juicio, la reforma del gobierno corporativo de las sociedades cotizadas para que la fiscalidad forme parte de la agenda de los consejos de administración se va a producir en un contexto de cambio disruptivo de la percepción social del fraude y de la elusión fiscal.

El Plan BEPS de la OCDE es una iniciativa que responde a la necesidad de los gobiernos de salvar sus ingresos tributarios, por supuesto, pero dicho Plan constituye también un claro reflejo del creciente hartazgo social con la irresponsabilidad fiscal de algunas empresas.

Por otra parte, la responsabilidad social corporativa ha quedado en evidencia, especialmente con la crisis, como hemos visto a lo largo del artículo, y su papel en el terreno de la fiscalidad ha sido irrelevante, y en estos momentos pensar que con acciones de puro marketing los ciudadanos van a pasar por alto comportamientos poco ejemplares es, a mi juicio, una ingenuidad.

Se podría pensar que el problema de la negativa percepción social solo afecta a algunas grandes compañías transnacionales del mundo digital que aparecen constantemente en los medios de comunicación como ejemplo del aprovechamiento de los agujeros fiscales de los sistemas tributarios para no pagar prácticamente impuestos, pero no es así. La falta de transparencia sobre el pago de impuestos y sobre su correlación con los beneficios obtenidos (con el valor generado) en cada país es la regla general entre los grupos multinacionales. Por tanto, como la exigencia social es cada vez mayor, cualquier sociedad cotizada va a estar sometida a escrutinio permanente no solo por sus accionistas y los grupos de interés sino también por los medios de comunicación y la sociedad en su conjunto. En consecuencia, las estrategias fiscales de las grandes empresas van a ser objeto de seguimiento especial y ello con independencia de cualquier cambio normativo. Si además la ley exige una mayor implicación de los consejos de administración, como está a punto de suceder, el argumento se refuerza.

Hablaba antes del contexto. El Flash Eurobarometer 2013<sup>45</sup> muestra algunos resultados muy interesantes sobre la percepción que los europeos tienen de las empresas.

Un 49% de los encuestados creen que los ciudadanos pueden influir directamente en el comportamiento de las compañías mediante sus decisiones de compra. En España lo piensa el 47%. Es un dato revelador, los ciudadanos europeos piensan que ellos mismos tienen más poder de influencia sobre las empresas que el que tienen los propios directivos de las compañías (un 40% cree en la capacidad de influencia de estos, un 42% en España), las autoridades (un 36%, un 32% en España), los sindicatos (un 25%, un 22% en España), los inversores (un 25%, un 22% en España) y las ONG (un 12%, un 9% en España). Por tanto, a la vista de estos datos, la buena reputación de una empresa entre sus clientes, reales o potenciales, se antoja esencial para su supervivencia.

Y aquí entra en juego un segundo dato: la influencia de las empresas en la sociedad es positiva para un 52% de los europeos (el 50% en España), pero para el 41% de los europeos su influencia es negativa (el 43% en España).

Uniéndolos ambos datos, y considerando que la crisis y el rosario interminable de escándalos de corrupción que estamos padeciendo están produciendo importantes cambios en la percepción de lo que los ciudadanos consideran como inaceptable, el riesgo reputacional de las empresas puede estar seriamente comprometido si no son capaces de acreditar un comportamiento ejemplar. Creer que el nivel

---

<sup>45</sup> *Flash Eurobarometer 2013 / 363 - TNS Political & Social. Publication: April 2013. How companies influence our society: citizens' view. Conducted by TNS Political & Social at the request of the European Commission, Directorate-General Enterprise and Industry Survey co-ordinated by the European Commission, Directorate-General for Communication (DG COMM "Research and Speechwriting" Unit).* El Observatorio de la RSC resume sus conclusiones.

de exigencia ética que los ciudadanos reclaman a los gobernantes, a la clase política y a las organizaciones representativas de todo tipo, no va con las empresas y que pueden permanecer al margen es simplemente suicida.

Se podría pensar que somos un país de moral tributaria laxa y que la reputación de una empresa no verá dañada en absoluto por los problemas fiscales que pueda sufrir. Conocidos empresarios se han visto envueltos en el pasado en escándalos tributarios y aparentemente su prestigio ha quedado indemne. Tampoco parece que hasta ahora los pleitos tributarios multimillonarios o las acusaciones de evasión fiscal hayan afectado demasiado a las empresas implicadas. Pero no hace tanto que una multinacional se vio obligada a cambiar su domicilio fiscal al Reino Unido ante las negras perspectivas que se cernían sobre ella merced a un boicot de los consumidores precisamente a causa de su reputación fiscal.

Sigo con los datos demoscópicos para reforzar mi argumentación. Preguntados por los efectos positivos que originan las empresas en la sociedad, un 25% de los europeos mencionan expresamente entre ellos su contribución mediante el pago de impuestos (el 21% en España). Son muchos más los que mencionan la creación de puestos de trabajo: un 57% (un 55% en España), pero un 21% o 25% no es un porcentaje despreciable. La fiscalidad está en la agenda social, al menos esa es mi lectura.

Dos datos más de la encuesta para terminar de ilustrar el estado de situación: el 79% de los europeos se declara interesado en conocer lo que las compañías hacen para comportarse de forma responsable (el 75% en España), pero solo el 36% se sienten informados (el 23% en nuestro país). Uniendo ambas cuestiones, el 47% de los europeos no se siente informado, pero está interesado, mientras que en España el porcentaje sube hasta el 55%. Por tanto, el porcentaje de descontentos con la información que reciben de las empresas es especialmente alto en nuestro país.

El último dato que traigo a colación: el 71% de los europeos creen que las PYMES se esfuerzan por comportarse de forma responsable, pero solo el 48% cree que lo hacen las Grandes Empresas. En España el porcentaje de las PYMES mejora (el 79%), pero el de las Grandes Empresas empeora (el 43%).

Por tanto, la batalla por no perder prestigio social y minimizar los riesgos reputacionales se presenta complicada para las grandes empresas y en un contexto de exigencia creciente de los ciudadanos de transparencia y ejemplaridad el tiempo de reacción es un factor a considerar.

Hasta ahora informes como el titulado "*La responsabilidad social corporativa en las memorias anuales de las empresas del IBEX 35. Análisis del ejercicio 2012. Décima edición*" del Observatorio de la RSC<sup>46</sup> han tenido cierto impacto en los medios de comunicación, pero no han llegado al gran público.

La pregunta es si en los próximos años será así. Por ejemplo, el informe citado dedica amplio espacio a las operaciones en paraísos fiscales de las empresas del IBEX 35. Es cierto que el Observatorio utiliza su propio concepto de paraíso fiscal, yendo mucho más allá de lo que prevé al respecto la normativa española. Así, considera como paraísos fiscales<sup>47</sup> los países y territorios que figuren como tales en cualquiera de las listas siguientes: la oficial del Real Decreto 1080/91 del 5 de julio, el listado

<sup>46</sup> En la actualidad el Observatorio está compuesto por Alianza por la Solidaridad, Ayuda en Acción, Cáritas, CECU, CCOO, Cruz Roja Española, Equipo Nizkor, Economistas Sin Fronteras, Intermón Oxfam, USO, ONGAWA y Entreculturas. En su último informe el Observatorio presenta el resultado de su trabajo de análisis y evaluación de las memorias de RSC correspondientes al ejercicio 2012. Para el desarrollo de su metodología de trabajo ha tenido en consideración las iniciativas de *Global Reporting Initiative (GRI)* y de Gobierno Corporativo.

<sup>47</sup> En años anteriores, el criterio del informe del Observatorio sobre qué país se considera un paraíso fiscal, era que estuviese incluido en el listado del Real Decreto 1080/91, de 5 de julio, donde se enumeraban hasta un total de 48 países. Este Real Decreto se vio modificado por el RD 116/2003 del 31 de enero, en el que se incluía una nueva disposición por la cual aquellos países de la lista que firmasen con España un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición dejaban desde entonces de ser considerados paraísos fiscales. Desde el Observatorio se considera que el hecho de que se suscriban acuerdos sobre intercambio de información fiscal, no puede considerarse un hecho suficiente como para quitar la condición de paraíso fiscal a un país. Hay tres argumentos en los que el Observatorio basa su opinión: los acuerdos de intercambio de información están orientados a la investigación de delitos fiscales, pero, la elusión fiscal no es un delito; la firma de un acuerdo de intercambio de información no garantiza que se realice intercambio de información de manera efectiva entre los dos países; y el quitar paraísos fiscales de una lista simplemente por la firma de acuerdos de intercambio de información obvia uno de los pilares que hay bajo el concepto de paraíso o nicho fiscal: la baja o nula presión fiscal, que disfrutaban las personas jurídicas no residentes.

de la OCDE de 25 de marzo de 2010, el listado de *Tax Justice Network* (noviembre 2009) y la lista del Parlamento Europeo, informe *Hamon* (marzo 2009).

A partir de este concepto amplio de paraíso fiscal, el Observatorio analiza las Cuentas Anuales de las empresas del IBEX 35, en cuyo anexo se deben listar todas las compañías dependientes que conforman su perímetro de consolidación. Una vez identificadas las compañías ubicadas en lo que el Observatorio considera como paraísos fiscales, se analiza la descripción de la actividad realizada por cada una de ellas para diferenciar las que realmente realizan actividades operativas en dichos países y territorios (tiendas, aparcamientos, fábricas, operaciones de extracción, comercialización, producción, etc.) de las que tienen un mero carácter instrumental y financiero<sup>48</sup> (sociedades de cartera, financieras, tenencia de acciones, banca, servicios financieros, instrumental financiera, reaseguros, gestora de fondos de inversión, emisión de participaciones preferentes de capital).

La conclusión del informe es que 33 de las empresas del IBEX 35 tienen presencia en paraísos fiscales (en la interpretación amplia que el Observatorio da a este concepto) con sociedades de este segundo tipo. De ellas, solo 4 empresas son transparentes a juicio del Observatorio en cuanto a las actividades realizadas, volumen de negocios y planes futuros respecto de sus establecimientos en dichos países y territorios.

Doy por sentado que las empresas del IBEX 35 no comparten el análisis del Observatorio, pero creo que llegados a este punto no pueden ignorar sin más su contenido y deberían pronunciarse expresamente sobre las afirmaciones que en él se efectúan. En cualquier otro ámbito (servicios deficientes, productos defectuosos, utilización de mano de obra infantil o en condiciones de explotación, agresiones medioambientales, etc.) la reacción de las empresas ante cualquier información que afectase a su reputación sería instantánea y desmentirían con contundencia y todos los medios a su alcance lo que considerasen inexacto. En el ámbito fiscal parece que hasta ahora daba lo mismo. Con la nueva normativa sobre la responsabilidad de los consejos de administración, a mi juicio, dar la llamada por respuesta será imposible. Además, la norma no va a hablar tan solo de paraísos fiscales, sino también de entidades de propósito especial y de operaciones o transacciones poco transparentes.

Con un ejemplo, se ve muy fácil lo que quiero decir. Según el informe del Observatorio, en 2012 el número de sociedades dependientes de empresas del IBEX 35 domiciliadas en Delaware (EEUU)<sup>49</sup> fueron 131, doblando el número de las identificadas en 2010 (61) y triplicando el de 2009 (41). De las 131 sociedades dependientes domiciliadas en Delaware, la gran mayoría (un 77% en 2011) compartían las mismas dos direcciones postales en la ciudad de Wilmington de 70.000 habitantes. Además, es muy ilustrativo conocer que, según el *New York Times*, en un único domicilio de Delaware ubicado en un edificio de una planta están registradas más de 285.000 empresas. ¿Nadie se va a tomar la molestia de explicar de manera comprensible con qué propósito se crearon esas 131 sociedades y si la existencia de las mismas plantea algún conflicto de tipo ético a los grupos empresariales en los que se integran? Dicho de otra forma, si se suprimieran esas estructuras, ¿se vería afectado de alguna manera el modelo de negocio o tan solo se incrementaría la cifra de impuestos a pagar?

He puesto el ejemplo de Delaware y de lo que el Observatorio considera como paraísos fiscales, pero podríamos hacer el mismo ejercicio con el llamado doble irlandés, el sándwich holandés, los *rulings* luxemburgueses, cualquier *holding* ubicada en territorios sin actividad o con mínima actividad operativa, etc.

Por otra parte, existe una creciente demanda en la sociedad, como dice el Informe del Observatorio, para que las empresas informen en detalle de sus principales resultados en todos los países donde operan, información que, por ejemplo, permitiría conocer dónde se ha generado realmente el benefi-

---

<sup>48</sup> También se incluyen en este grupo las sociedades cuya descripción de actividad es operativa, pero referida a operaciones en terceros países, por ejemplo: empresa de gestión de autopistas de Toronto, domiciliada en Holanda; compra venta de fuel domiciliada en Delaware; exploración y producción de hidrocarburos de Ecuador domiciliada en Islas Caimán; central de compras textiles domiciliada en Suiza.

<sup>49</sup> Como explica el informe, las razones para domiciliar empresas en Delaware pueden ser diversas, entre otras, utilizar la llamada escapatoria Delaware (*Delaware loophole*) para reducir los impuestos a pagar cuando la empresa desarrolla una actividad real en otro Estado de los Estados Unidos, lo que se ve facilitado por la posibilidad de crear una sociedad en Delaware de forma muy rápida y sin necesidad de estar físicamente allí, el secreto sobre la identidad de los propietarios y, por supuesto, el hecho de no pagar impuestos en dicho Estado si la compañía no desarrolla su actividad efectiva en él.

cio de estos grupos empresariales, para poder realizar valoraciones sobre su compromiso con el desarrollo de las sociedades donde actúan.

En este sentido, el informe del Observatorio se hace eco de la petición que el Comité del Parlamento Europeo para Asuntos Legales realizó el 16 de diciembre de 2013 a la Comisión Europea<sup>50</sup> para que las empresas informen país por país de las actividades realizadas, volumen de negocios, número de empleados (calculando su equivalencia en puestos de trabajo a tiempo completo), resultados antes de impuestos, impuestos sobre el beneficio pagados y subvenciones recibidas.

En España el BBVA presenta un desglose de información sobre los impuestos que paga el grupo, aunque sin llegar al nivel de desagregación por países y conceptos que se acaba de enunciar. La iniciativa *Total Tax Contribution* de *Pricewaterhouse Coopers* va en la misma línea que el BBVA. En cualquier caso, el nivel de exigencia va a ser cada vez mayor.

## **6. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS PARA LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DEL CAMBIO NORMATIVO QUE EXPRESAMENTE LOS CONSIDERA COMO MÁXIMOS RESPONSABLES DE LA ESTRATEGIA FISCAL DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS**

A la vista de todo lo anterior, entiendo que prestar atención a dimensión ética de la fiscalidad va a convertirse en un aspecto esencial del nuevo modelo de gobierno corporativo. Entiendo que la referencia a la ética, concepto que puede interpretarse de muchas maneras, puede producir desasosiego en un mundo orientado a los resultados cuantitativos, por este motivo intentaré pasar de lo abstracto a lo concreto y aventurar cuál podría ser la hoja de ruta a seguir por los consejos de administración en el nuevo escenario.

Como punto de partida, los consejos de administración tendrán que pronunciarse expresamente sobre la estrategia fiscal de las sociedades cotizadas para ratificar dicha estrategia o modificarla y, a mi juicio, la primera cuestión que tendrán que dilucidar es si la sociedad (o el grupo empresarial) se marca como objetivo a nivel mundial pagar cuantos menos impuestos mejor sin mayores consideraciones, o si el consejo tiene algo más que decir al respecto en línea con los postulados de la OCDE, ratificados por el G-20. Ahora veremos qué aspectos habría que analizar para resolver con conocimiento de causa esta disyuntiva.

Respecto del resto de las empresas, aunque no se vean afectadas por la modificación normativa que venimos comentando, ya he anticipado en el primer apartado de este artículo que, en mi opinión, las sociedades con obligación de ser auditadas y, en especial, aquellas que no cumplen las condiciones para ser consideradas PYMES a nivel europeo, así como las que tienen que cumplir obligaciones específicas de prevención del blanqueo de capitales, deberían asumir como buena práctica la aprobación expresa por su consejo de administración u órgano equivalente de su estrategia fiscal.

En cualquier de los dos casos, obligación legal o asunción de la obligación como buena práctica, a mi entender, hay dos cuestiones sobre las que los consejos de administración (u órganos equivalentes) se deben pronunciar para fijar la estrategia fiscal de la sociedad o el grupo. La primera si el consejo comparte con la OCDE que se deben pagar los impuestos atendiendo no solo a la literalidad de la ley sino también a su espíritu y finalidad. La segunda si el consejo considera que los impuestos sobre beneficios que está pagando la sociedad (o el grupo) país por país son coherentes con el valor generado en cada uno de ellos.

La primera pregunta es ciertamente compleja, pero nada que una sociedad con un buen departamento fiscal y, en su caso, con asesoramiento externo especializado, no pueda contestar. Las acciones BEPS (Plan que ya vimos que es apoyado por 44 países, entre otros España, y con el respaldo expreso del G-20) constituyen una buena *check list* para salir de dudas. ¿Cuántas de estas acciones, si

---

<sup>50</sup> En particular, el Comité solicita a la Comisión Europea que tome medidas inmediatas con respecto a la transparencia de los pagos de impuestos de las empresas, obligando a todas las multinacionales a publicar lo pagado en cada Estado miembro en el que operan y considera que las autoridades competentes deben tomar medidas y suspender o revocar las licencias bancarias de las entidades financieras y de los asesores financieros que favorezcan el fraude fiscal ofreciendo a sus clientes productos o servicios que les permitan evadir impuestos, o que se nieguen a colaborar con las autoridades tributarias.

se concretan en cambios normativos en las legislaciones internas de los Estados o en modificaciones en los convenios para evitar la doble imposición, pueden incrementar los impuestos a pagar por la sociedad o el grupo? Respondiendo a esta pregunta, conseguiremos identificar contingencias fiscales que, con bastantes probabilidades, se pueden materializar en los próximos años.

Ello permitirá al consejo de administración tomar una decisión fundada sobre la estrategia fiscal de la sociedad bien asumiendo esas contingencias fiscales bien impartiendo órdenes para que a partir de ahora el cumplimiento fiscal de la sociedad (o el grupo) evite lo que la OCDE considera como planificación fiscal agresiva por limitarse al mero cumplimiento formal de las normas fiscales sin cumplir realmente su espíritu y finalidad. Si se opta por lo segundo, evidentemente tendrá que articularse un plan para dismantelar las estructuras y mecanismos que no encajen con la nueva estrategia fiscal. El ejemplo que antes veíamos sobre productos híbridos es muy ilustrativo para que el consejo entienda cuál es la preocupación de la OCDE.

La segunda pregunta exige conocer las principales magnitudes relacionadas con la generación de valor del negocio país por país: actividades realizadas, volumen de negocios, activos (incluidos intangibles), personal, beneficios antes de impuestos, impuestos sobre el beneficio satisfechos. Los documentos del Plan BEPS son muy explícitos sobre la información que se debería proporcionar a los Estados. A la vista de los resultados, el consejo puede darlos por buenos o acordar que se produzcan cambios en la estrategia fiscal si se observan incoherencias poco justificadas entre las magnitudes citadas en algún ámbito territorial. Por supuesto, el consejo también tendrá que decidir si dichos datos se hacen públicos o no, sin perder de vista que su revelación puede convertirse pronto en obligatoria.

No solo habrá que definir expresamente la estrategia fiscal en referencia a las nuevas tendencias de la fiscalidad internacional, obviamente lo dicho es, en buena medida, también aplicable al ámbito interno. Las directrices de los planes anuales de control tributario y aduanero que todos los años se publican en el BOE<sup>51</sup> proporcionan información sobre lo que la administración considera comportamientos de fraude y elusión fiscal a combatir.

Aunque un número significativo de grandes empresas ha firmado el Código de Buenas Prácticas de la Agencia Tributaria, entiendo que la definición de la estrategia fiscal no puede consistir simplemente en una remisión a dicho Código, por lo que el consejo se deberá pronunciar expresamente sobre los aspectos que acabamos de ver.

Por otra parte, la estrategia fiscal establecida por el consejo, en la medida en que pueda suponer una revisión de la seguida hasta entonces, puede implicar cambios en relación con los contenciosos pendientes con la administración tributaria, incluidos los que se encuentren en vía litigiosa.

Para que la estrategia quede perfectamente definida el consejo también debería aprobar los siguientes extremos que propone el Observatorio de la RSC:

- Descripción de la estructura fiscal del grupo y sus empresas
- Principios que rigen la constitución de nuevas compañías y descripción de los criterios para aprobar la constitución o compra de aquellas situadas en paraísos fiscales (con referencia al concepto de paraíso fiscal que se utilice), actividades realizadas en los mismos y mecanismos internos para evitar la constitución de sociedades con fines de elusión fiscal. Para evitar dudas, yo añadiría también las entidades y estructuras de propósito especial.
- Principios para la fijación de precios de productos y servicios entre empresas del grupo y mecanismos de control, así como para la fijación de condiciones de los préstamos intragrupo y sus mecanismos de control.
- Responsabilidades en el diseño, aprobación, supervisión, control y evaluación de la estrategia fiscal.

---

<sup>51</sup> Para 2014 se publicó en el BOE de 31 de marzo la Resolución de 10 de marzo de 2014 de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2014.

En cualquier caso, el consejo de administración tendrá, además, que aprobar caso a caso las operaciones y transacciones con consecuencias fiscales relevantes, por lo que la fiscalidad formará parte de la agenda de los consejos cada vez que éstos tengan que aprobar una operación o transacción bien para constatar que los aspectos fiscales asociados no son significativos bien para aprobar el enfoque fiscal de la operación o transacción si dichos aspectos son relevantes. Lo mismo cabe decir respecto de aquellas operaciones o transacciones que deban ser aprobadas por la junta general porque en estos casos el pronunciamiento expreso del consejo parece inevitable si sus consecuencias fiscales son significativas.

Pero la gestión del riesgo no solo consiste en un análisis ocasional a efectuar cada vez que se realiza una operación relevante. Los consejos de administración también deben aprobar el sistema de gestión y control de riesgos, incluidos los fiscales, de la sociedad (o el grupo). Por tanto, se deben responsabilizar del diseño, aplicación y efectividad del sistema adoptado.

El sistema de gestión de riesgo debe contar, en todo caso, con un marco de referencia (el COSO, del que hablamos antes, es el más común), procedimientos internos y un modelo organizativo adecuado de control interno y de supervisión. El objetivo es identificar y gestionar los riesgos fiscales en todos los procesos y transacciones de la sociedad, así como prevenir errores en el ámbito fiscal y, si se producen, detectarlos y resolverlos, con comunicación de los mismos, si es el caso, a la administración tributaria. Todo ello con el propósito último de que el consejo de administración pueda emitir una declaración anual que acredite que los aspectos tributarios de la sociedad están bajo control.

Hay un ejemplo muy claro de riesgo fiscal que se está produciendo en los sectores con mayor presencia de fraude intracomunitario en el IVA, sectores en los cuales las empresas deberían disponer de sistemas de control interno eficaces para detectar posibles contingencias en este ámbito y reconducir la situación si fuera necesario. Como explico en un reciente artículo<sup>52</sup>, el departamento de compras de una gran empresa puede estar cerrando adquisiciones a muy buen precio, sin mayores indagaciones y sin preocuparse en absoluto de la procedencia de los bienes y de la posible involucración en tramas de fraude de sus proveedores o de quienes suministraron a estos dichos bienes en fases anteriores. El riesgo fiscal asumido por la empresa es evidente si el precio reducido que le están ofertando se explica por el fraude al IVA cometido en las fases anteriores de la cadena de distribución.

En cuanto al conocimiento de los sectores con riesgo de este tipo de fraude, es revelador que la propia normativa europea permita a los Estados aplicar mecanismos específicos para evitarlo (como la inversión del sujeto pasivo) en relación con determinados productos y servicios<sup>53</sup>. Cualquier comercializador de este tipo de bienes y servicios tendría que ser muy consciente, aunque en España no se aplique la regla de la inversión del sujeto pasivo en todos los casos, que su sector está considerado como de riesgo en el IVA a nivel europeo, lo que debería llevarle a actuar con la máxima diligencia, especialmente si se trata de una gran empresa.

En cualquier caso, la toma en consideración por las grandes empresas de los riesgos fiscales no es algo novedoso, y no solo por la existencia del Código de Buenas Prácticas. La Guía para la elaboración del informe de gestión de las entidades cotizadas de la CNMV establece en sus recomendaciones que se deben identificar los principales riesgos, dividiéndolos en dos grandes grupos (operativos y financieros), explicando la política utilizada por la empresa para mitigarlos, así como la estrategia y acciones seguidas en el periodo, procediendo después a describir los efectos de cada uno de los

---

<sup>52</sup> “¿Existe alternativa para la tributación de las operaciones intracomunitarias en el IVA?” artículo publicado en la serie *Documentos* del Instituto de Estudios Fiscales con el número 14/2014.

<sup>53</sup> Según la Directiva 2013/43 cabe la inversión del sujeto pasivo, además de en las actividades de construcción, en la entrega de teléfonos móviles, dispositivos de circuitos integrados, tales como microprocesadores, consolas de videojuegos, ordenadores portátiles y tabletas digitales, metales en bruto y metales semi acabados, incluidos los metales preciosos, cereales y cultivos industriales, como las semillas oleaginosas y la remolacha azucarera, gas y electricidad (incluidos certificados) y servicios de telecomunicaciones. Por su parte, la Ley del IVA, tras su modificación por la Ley 20/2014, de 27 de noviembre (BOE de 28 de noviembre de 2014), prevé la aplicación de esta regla en nuestro país a las entregas de teléfonos móviles, consolas de videojuegos, ordenadores portátiles y tabletas digitales, siempre que excedan de 10.000 euros, así como a las entregas de plata, platino y paladio, en este caso sin límite cuantitativo. Estos supuestos se unen al ya previsto para las entregas de certificados de derechos de emisión de CO<sub>2</sub>, también establecido por razones de lucha contra el fraude intra-UE.



riesgos, de haber sido relevantes, o, si han recibido tratamiento en otro documento, realizando las referencias correspondientes.

Por otra parte, lo normal es que la sociedad (o el grupo) cuente con un único sistema de gestión de riesgos aplicable a todo tipo de contingencias y no solo las fiscales. En este sentido, hay un aspecto conexo que merece algún comentario: los riesgos asociados a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El Código Penal (artículo 31 bis 1) no establece criterios precisos para el cumplimiento del deber de control que permite evitar a las personas jurídicas ser declaradas penalmente responsables<sup>54</sup>, circunstancia que si se produce, como explica José María Elguero<sup>55</sup>, acarrea un daño reputacional más importante que la multa que se pueda imponer a la empresa condenada. En cualquier caso, como apunta la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, existe un deber de fiscalización o control de los hechos generadores de responsabilidad penal, que incumbe en último término a los “superiores” de la persona jurídica – representantes, gestores de hecho o de derecho – respecto de todo el personal subordinado que actúa en el ámbito de la misma. Así, si se produce la omisión del debido control sobre un subordinado sometido a la jerarquía empresarial, la responsabilidad derivada del ilícito penal es transferida a la persona jurídica.

En este sentido, la existencia o no de un buen sistema de gobierno corporativo y de gestión de riesgos puede ser útil para evaluar si se ha producido la necesaria supervisión y control, sin que, como dice la Circular citada, la formalización de un código de autorregulación (*corporate defense o compliance guide*) sea por sí misma un salvoconducto para evitar la responsabilidad. En cualquier caso, aunque tal salvoconducto no exista, parece que la empresa que quiera evitar responsabilidades debe contar con un buen sistema de gobierno corporativo que incluya un sistema de gestión de riesgos, incluyendo códigos de conducta, protocolos de actuación que reduzcan los riesgos, mecanismos que permitan identificar conductas no deseables y medidas para su control tales como procedimientos internos de investigación y sanción.

En la medida en que el ámbito fiscal también es preciso un adecuado sistema de gestión de riesgos, la conexión entre ambas políticas de *compliance* parece evidente<sup>56</sup>. Por tanto, teniendo en cuenta los evidentes puntos de conexión (algo parecido cabría decir de la prevención del blanqueo de capitales), parece claro que el gobierno corporativo, en su vertiente de gestión de riesgos y de control de cumplimiento, debe constituir un todo, con independencia de la existencia de distintas materias muy especializadas susceptibles de generar riesgos. En consecuencia, la gestión de los riesgos fiscales no constituye una pieza separada sino que debe formar parte de un sistema general e integrado.

Por otra parte, en relación con las contingencias fiscales significativas que se detecten, la conclusión es evidente: el consejo de administración tendrá que acordar su comunicación a la administración tributaria para que ésta pueda pronunciarse sobre las mismas. Luego volveremos sobre este punto.

---

<sup>54</sup> El artículo 31 bis, apartado 1, del Código Penal establece que, en los supuestos previstos en el Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, hayan podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

<sup>55</sup> “Compliance Program, ¿y eso qué es?” de JOSÉ MARÍA ELGUERO, en *El Confidencial* el 29 de noviembre de 2013.

<sup>56</sup> En una entrada en el blog de KPMG de 9 de septiembre de 2014 titulada “Compliance dentro del buen gobierno corporativo”, Alain Casanovas entiende que las sociedades cotizadas, teniendo en cuenta que deben disponer de comisiones de auditoría para la supervisión de la eficacia de su control interno, auditoría interna y sistemas de gestión de riesgos, incluidos los fiscales, han de plantearse si los Sistemas de Gestión de Cumplimiento (Compliance Management Systems –CMS-) con los que cuentan para prevenir y gestionar los riesgos de incumplimiento deben ubicarse dentro del ámbito de supervisión de la comisión de auditoría o no. La respuesta parece positiva si se considera la nueva norma cita específicamente uno de los tipos de riesgos derivados del incumplimiento de las normas: los fiscales, lo que está llevando a que muchas comisiones de auditoría asuman ese rol e incluso adapten su nombre a causa de ello (comisión de auditoría y cumplimiento). Sin embargo, Alain Casanovas entiende preferible ubicar el CMS al amparo de otras comisiones como la de RSC al entender que el cumplimiento de las normas y estándares éticos – así como la prevención de los riesgos derivados de su vulneración - es una cuestión más propia del ámbito de la gestión responsable que del ámbito de la vigilancia y control de comportamientos.

Por lo que se refiere a la definición de paraíso fiscal, asunto del que antes hablábamos al tratar de la estrategia fiscal de las sociedades, desde 2015 la normativa vigente<sup>57</sup> prevé que la relación de países y territorios que tienen la consideración de paraísos fiscales (la lista negra española en los términos del Real Decreto 1080/91) se pueda actualizar atendiendo a los siguientes criterios:

- La existencia con dicho país o territorio de un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa enmendado por el Protocolo 2010, que resulte de aplicación.
- Que no exista un efectivo intercambio de información tributaria. A estos efectos, se entiende que existe efectivo intercambio de información tributaria con aquellos países o territorios a los que resulte de aplicación un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información (siempre que en dicho convenio no se establezca expresamente que el nivel de intercambio de información tributaria es insuficiente a estos efectos), un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa enmendado por el Protocolo 2010. No obstante lo anterior, reglamentariamente se podrán fijar los supuestos en los que, por razón de limitaciones en el intercambio de información, se considere que no existe efectivo intercambio de información tributaria.
- Los resultados de las evaluaciones inter pares realizadas por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales.

Por otra parte, en la medida en que realizar operaciones o disponer de entidades en paraísos fiscales no solo constituye un riesgo fiscal sino también un importantísimo riesgo reputacional es interesante conocer qué territorios se deberían considerar como paraísos fiscales a juicio de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo, ya que en un Informe de 3 de mayo de 2013 sobre el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales, dicha Comisión parlamentaria solicitó a la Comisión Europea la adopción de una definición clara de paraíso fiscal a partir de las normas de la OCDE en materia de transparencia e intercambio de información, así como de los principios y criterios del Código de Conducta de la Unión Europea, con atención a los siguientes indicadores:

- Que se otorguen ventajas fiscales solo a los no residentes, o solo con respecto a las operaciones realizadas con no residentes.
- Que las ventajas estén totalmente aisladas del mercado nacional, de modo que no afecten a la base fiscal nacional.
- Que las ventajas se otorguen aun cuando no exista ninguna actividad económica real ni presencia económica sustancial dentro del territorio que ofrezca dichas ventajas fiscales.
- Que las normas para determinar los beneficios derivados de las actividades internas de los grupos de empresas multinacionales no se ajusten a los principios internacionalmente reconocidos, particularmente, a las normas acordadas en la OCDE.
- Que las medidas fiscales carezcan de transparencia, incluida la aplicación a nivel administrativo con menos rigor y sin transparencia.
- Que no se apliquen impuestos a las rentas pertinentes o solo se apliquen impuestos simbólicos.
- Que exista una legislación o unas prácticas administrativas que impidan el intercambio efectivo de información a efectos fiscales con otros gobiernos sobre los contribuyentes que se benefician de la ausencia de imposición o de la imposición simbólica, lo que contraviene las normas dispuestas en el artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE.

---

<sup>57</sup> Según lo establecido en la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias (BOE de 28 de noviembre de 2014), cuya Disposición final segunda modifica la Disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, con la finalidad de luchar contra el fraude fiscal y la elusión tributaria.

- Que se creen estructuras opacas y secretas que hagan que la creación y el funcionamiento de los registros de empresas y de fideicomisos y fundaciones no sean exhaustivos y carezcan de transparencia.
- Que el territorio esté incluido por el GAFI en la lista de países y territorios no cooperantes.

Es una buena *check list* para que cualquier empresa pueda hacer su propia relación de establecimientos en territorios que bien son directamente paraísos fiscales para nuestro país u otros países en los que opere bien pueden ocasionar importantes contingencias tributarias si la administración tributaria (la española o cualquier otra) considera que pueden coadyuvar a una estrategia de opacidad o elusión de impuestos. A lo que hay que añadir el tantas veces mencionado riesgo reputacional. Obviamente, no todo establecimiento en un paraíso fiscal es un instrumento para el fraude, ya lo hemos visto: una entidad financiera minorista orientada a los verdaderos residentes en un territorio o una explotación petrolífera en funcionamiento son actividades cuya razón de ser se explica por sí misma se ubiquen donde se ubiquen, pero incluso en estos casos la pertinente aclaración es ineludible.

Por otra parte, también en el caso de los paraísos fiscales, nos encontramos ante una realidad cuyo tratamiento es perfectamente conocido en el ámbito del gobierno corporativo puesto que la Circular 5/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que establece los modelos de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, ya indica con claridad que en todo caso se informará en dichos modelos de cualquier operación intragrupo realizada con entidades establecidas en países o territorios que tengan la consideración de paraíso fiscal.

Además, no podemos olvidar la referencia a las entidades de propósito especial y las operaciones y transacciones poco transparentes a las que alude la ley de sociedades de capital en tramitación.

Para finalizar este apartado un último comentario sobre cuál puede ser nivel de exigencia del cumplimiento de estas pautas que acabamos de exponer por algunos grupos de interés especialmente relevantes.

Indudablemente para que el reforzamiento del gobierno corporativo, también en el ámbito fiscal, se convierta en una realidad, será decisivo el papel que jueguen los accionistas minoritarios, puesto que el riesgo reputacional será un factor cada vez más valorado por dichos accionistas y las planificaciones fiscales agresivas al límite de lo que la norma permite pueden ser un síntoma de orientación especulativa del negocio con búsqueda de resultados a corto plazo y desconocimiento, no solo de cualquier regla ética, sino también de las contingencias fiscales y riesgos futuros que a causa de ello se generen, comportamiento muchas veces aderezado con incentivos exorbitantes para los directivos orientados al corto plazo. Son elementos de juicio a valorar cuidadosamente por los pequeños inversores<sup>58</sup>, y no solo por ellos, sino también por los inversores institucionales orientados al medio y largo plazo y los *proxy advisers* que les asesoran en el voto en las juntas de accionistas.

También será determinante la atención que presten los medios a los compromisos y estrategias en materia fiscal de las empresas. Manuel Illueca<sup>59</sup> considera que la entrada de inversores internacionales en el capital de las empresas periódicas, la importancia creciente de las plataformas de información en tiempo real sobre los mercados, la irrupción de los blogs de análisis y la omnipresencia de las agencias de comunicación corporativa, van a obligar a los medios especializados tradicionales a buscar un nuevo equilibrio entre sus dos almas, la centrada en los inversores y la orientada al ciudadano, en el que la investigación periodística será determinante, sin que sean de recibo fase acrílicas como las vividas en los últimos años en los que tampoco la prensa económica fue capaz de encender las alertas ante los abusos, la falta de ética y los comportamientos que favorecían el estallido de la crisis.

---

<sup>58</sup> Como explica JAVIER CREMADES en su artículo “La nueva frontera del buen gobierno corporativo se llama ‘involvement’”. De la lucha de clases a la participación activa en el interés común” en *El País* el 24 de febrero de 2014, el “*involvement*” o “*engagement*” (traducible por participación, involucración o implicación) de los pequeños accionistas es el principal reto para el buen gobierno corporativo del futuro y para ello se trata en cierta medida de mudar el antiguo y fracasado modelo de gobierno corporativo “financiero”, por un modelo “social” orientado hacia la creación de valor a largo plazo con respeto a los distintos intereses implicados.

<sup>59</sup> “Responsabilidad del periodismo económico. Medios de comunicación y crisis financiera: ¿por qué nadie nos avisó?” de MANUEL ILLUECA en *Cuadernos de periodistas* el 25 de marzo de 2014.

Probablemente las redes sociales serán un elemento dinamizador del cambio de paradigma sobre el cumplimiento tributario en las grandes empresas que hasta ahora se han beneficiado de estrategias de planificación fiscal agresiva.

## 7. CONSECUENCIAS PARA LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

De lo expuesto hasta ahora, se podría pensar que nos encontramos ante un cambio normativo sin implicaciones directas para la administración tributaria que se va a encontrar, sin necesidad de hacer nada, con más facilidades para identificar riesgos fiscales en las grandes empresas como consecuencia de la mayor implicación de los consejos de administración de las sociedades cotizadas en las estrategias fiscales de las compañías y grupos.

Creo que esta interpretación no es correcta. El mero hecho de que las sociedades cotizadas identifiquen y comuniquen a la administración tributaria sus contingencias fiscales va a obligar a ésta a dar respuesta rápida a dichas contingencias, sin que parezca posible escudarse en que durante el plazo de prescripción se podrá comprobar y, en su caso, regularizar el problema. No parece realista que una contingencia fiscal multimillonaria aparezca reflejada en la documentación corporativa de una sociedad cotizada y que la administración no tenga opinión al respecto.

Y no solo eso, si las empresas plantean sus dudas antes de que se realice el hecho imponible lo razonable es que la administración esté en condiciones de proporcionar una respuesta adecuada antes de que la operación o transacción se materialice.

El Foro de Grandes Empresas y el Código de Buenas Prácticas constituyen un buen marco inicial para dar respuesta a estas situaciones. No obstante, es posible que algunos planteamientos de las empresas no se puedan resolver ni mediante el vigente sistema de consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos ni mediante las contestaciones informativas que la Delegación de Grandes Contribuyentes de la Agencia Tributaria pueda proporcionar a las grandes empresas en el marco del Foro citado.

En mi opinión, puede ser conveniente implantar en España un sistema de *rulings*<sup>60</sup> que vaya más allá de los acuerdos previos actualmente previstos en la norma. Hay cuestiones, como la existencia de motivo económico válido, la correlación entre ingresos y gastos, la proporcionalidad entre determinadas partidas u obligaciones o la equivalencia entre las prestaciones asumidas por las partes que intervienen en una operación, que son, en definitiva, cuestiones de hecho que no pueden ser analizadas en una consulta vinculante, que se debe limitar a pronunciarse sobre cómo debe interpretarse la norma.

También quiero aclarar<sup>61</sup> que con los *rulings* no se trataría de negociar con las empresas condiciones de tributación especiales, como desgraciadamente parece que ha sucedido en algún país de la Unión Europea, sino de analizar en qué medida sus operaciones y proyectos, sustentados en información económica y contable verificable por la administración, encajan en la interpretación de la norma que hace la administración para poder llegar a acuerdos formales que eviten conflictos futuros y litigios interminables que, como derivada, pueden terminar sembrando la duda sobre nuestro país como seguro para los inversores. Como repito cada vez que surge este tema, los *rulings* son una prueba de la madurez de una organización, ya que una administración tributaria que no tenga seguridad en sí misma eludirá pronunciarse hasta que no le quede otro remedio, es decir, en fase de comprobación, rehuendo cualquier pronunciamiento previo que le pueda comprometer en el futuro.

Otra cuestión esencial es el procedimiento. Para que un sistema como el que propongo pueda existir deben establecerse reglas claras de tramitación en la norma, hay que crear equipos especializados y contar con un adecuado sistema de documentación, seguimiento y control de las actuaciones que garantice el rigor de lo actuado.

---

<sup>60</sup> Defiendo esta tesis en el libro *Diagnóstico y propuestas para una reforma fiscal* publicado en Civitas en 2013.

<sup>61</sup> En este caso, cito los argumentos que expongo en el artículo "La gestión de los impuestos: en busca de una administración tributaria eficiente" publicado en *Papeles de Economía española*. FUNCAS 139/2013 (abril de 2014).

Por otra parte, también supone un reto para la administración tributaria que las grandes empresas establezcan sistemas de gestión de riesgos que permitan a sus consejos de administración emitir anualmente declaraciones en las que acrediten tener bajo control sus riesgos fiscales.

Hasta ahora, la suscripción del Código de Buenas Prácticas ha sido una mera declaración de intenciones que no ha influido en la percepción de riesgo por la administración de la entidad firmante ni en las prioridades de control tributario de dicha administración. El propio Código simplemente refleja que la revelación de información por las empresas suscriptoras que actúen con transparencia ante la administración puede ser un factor que se tome en consideración por ésta en eventuales procedimientos sancionadores futuros, pero nada más.

Pero a futuro no es descartable que la administración tributaria española pueda plantearse la supervisión de los sistemas de gestión de riesgos fiscales de las grandes empresas, y si estos son sólidos y efectivos (en definitiva, si permiten prevenir, identificar, corregir y comunicar a la administración contingencias fiscales), que ello pueda ser evaluado por la administración para calificar internamente a la entidad como de bajo riesgo fiscal, liberando de esta manera costosos recursos dedicados al control de este tipo de entidades para la atención de otras prioridades de control.

Ello no significaría para la entidad quedar al margen de cualquier control, sino más bien que la periodicidad o intensidad de las comprobaciones podría ser inferior a otros casos, bastando para ella, salvo incidencia sobrevenida, con un buen sistema de seguimiento y monitorización por la administración de la información que la entidad proporcionase.

En definitiva, se trataría de profundizar en el análisis del riesgo fiscal dentro de la administración y de esta forma gestionar con eficiencia recursos escasos.

Para este nuevo enfoque indudablemente hace falta un importante cambio cultural en la propia administración que, en cualquier caso, ya cuenta con personal especializado que, con la debida formación, sería capaz de afrontar este tipo de tareas.

Para finalizar, entiendo que este nuevo escenario en el que nos encontramos debe servir para potenciar el Foro de Grandes Empresas y, probablemente, su primera nueva tarea podría ser el análisis de las implicaciones que va a provocar el cambio legal que refuerza la consideración de los consejos de administración como máximos responsables de la estrategia fiscal de las sociedades cotizadas, asunto al que hemos dedicado el presente artículo.

Para las restantes empresas, el Foro de Asociaciones y Colegios Profesionales podría actuar como catalizador para que lo que para las sociedades cotizadas va a constituir una obligación para las restantes entidades pueda convertirse en una buena práctica a adoptar voluntariamente.