

DOCUMENTOS DE TRABAJO

14/2017

V Encuentro de Derecho Financiero y Tributario “El futuro del Impuesto sobre Sociedades” (3.ª parte)

CRISTINA GARCÍA-HERRERA BLANCO (coordinadora)

Instituto de Estudios Fiscales



ÍNDICE

Presentación, por CRISTINA GARCÍA-HERRERA BLANCO

Programa

COMUNICACIONES

Las medidas contra la elusión: la Directiva ATAD (Anti Tax Avoidance Directiva)

El tratamiento fiscal de las asimetrías de los instrumentos financieros híbridos en la Propuesta de Directiva de 25 de octubre de 2016 por la que se modifica la Directiva anti-BEPS, por MARÍA CRUZ BARREIRO CARRIL (Profesora Doctora de Derecho Financiero y Tributario)

Las asimetrías derivadas del empleo de entidades híbridas en la planificación fiscal transfronteriza en la Directiva anti-abuso, por DOMINGO JESÚS JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS (Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid)

Principales medidas introducidas por la Directiva antielusión fiscal (UE 2016/1164). Un análisis sobre su futura efectividad, por ANA MARÍA LÓPAZ PÉREZ [Profesora Florida Universitaria (Adscrita a la Universitat de València)]

Las medidas relativas a la limitación de intereses y a los instrumentos híbridos en la ATAD y su entorno, por TERESA PONTÓN ARICHA (Universidad de Cádiz)

El concepto de establecimiento permanente en la era *postBEPS*: recepción del mismo en la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades y la Directiva Anti-abuso Tributario y su Propuesta de reforma, por IRUNE SUBERBIOLA GARBIZU (Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea)

COMUNICACIONES

Otras reflexiones sobre el Impuesto sobre Sociedades

La sujeción al Impuesto sobre Sociedades de las sociedades civiles y comunidades de bienes: *¿quo vadis?*, por FRANCISCO ÁLVAREZ ARROYO (Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Extremadura)

La deducibilidad de los gastos financieros en la normativa española y comunitaria del Impuesto sobre Sociedades, por SANTIAGO ÁLVAREZ GARCÍA (Profesor Titular de Hacienda Pública y Sistema Fiscal Español) y ANTONIO APARICIO PÉREZ (Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Oviedo)

Alcance de la nueva Directiva relativa a la publicación de la información país por país (CBCR) para grupos multinacionales, por JUAN CALVO VÉRGEZ (Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Extremadura)

La pretendida reforma del Impuesto sobre Sociedades de 2015: un fracaso anunciado, por DOMINGO CARBAJO VASCO [Economista. Licenciado en Derecho. Licenciado en Ciencias Políticas. Inspector de Hacienda del Estado. Delegación Central de Grandes Contribuyentes. Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT)]

- El régimen español de *patent box* y su adecuación al “enfoque del nexo” de la OCDE”, por DANIEL CASAS AGUDO (Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Granada)
- Reforma Impuesto sobre Sociedades, por RAFAEL COSIN OCHAITA (Jefe de Equipo Nacional de Inspección de la DCGC. Anterior Subdirector General del Impuesto sobre las Personas Jurídicas)
- La ordenación del poder tributario estatal como paso hacia la justicia tributaria en Europa, por JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AMOR (Profesor de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Barcelona)
- El futuro de la limitación de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: perspectiva española y europea, por MANUEL LUCAS DURÁN (Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Alcalá. Madrid)
- La publicidad de la información país por país: nuevos mecanismos de lucha contra el fraude fiscal de las multinacionales, por LUIS ALFONSO MARTÍNEZ GINER (Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Alicante)
- Metodología para la concordancia de los intercambio intragrupo con la generación de valor, por ENRIQUE DE MIGUEL CANUTO (Universidad de Valencia)
- El enfoque de los países en desarrollo en la era *BEPS*: ¿es posible la coordinación en la respuesta ante la erosión de bases y el traslado de beneficios?, por GEMMA PATÓN GARCÍA (Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Castilla-La Mancha. Centro Internacional de Estudios Fiscales)
- Las deducciones por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica (I+D+i): su limitada incidencia a pesar de los mecanismos de reforzamiento de la seguridad jurídica previstos en su regulación legal, por JESÚS RAMOS PRIETO (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla)
- La revelación de los riesgos fiscales en la contabilidad, por AURORA M.^a RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)

Presentación

El “V Encuentro de Derecho Financiero y Tributario” se celebró en el Instituto de Estudios Fiscales los días 2 y 3 de febrero de 2017 sobre el *Futuro del Impuesto sobre Sociedades*. Quisimos dedicar el Encuentro de manera monográfica a este impuesto, por ser el tributo sobre el que en los momentos actuales se está debatiendo desde diferentes ámbitos, tanto internacional como comunitario, lo que sin duda configurará un impuesto diferente en los próximos años. Creo que fue un acierto que el Encuentro se dedicara íntegramente al Impuesto sobre Sociedades, lo que nos permitió profundizar en los problemas y retos a los que este tributo se enfrenta.

En este sentido el Encuentro se organizó en torno a varias ponencias y tres mesas redondas. Por una parte, la conferencia inaugural fue impartida por el Director General de Tributos, ALBERTO GARCÍA VALERA, quién se refirió a la política fiscal española haciendo balance de las diferentes modificaciones sufridas por el impuesto en los últimos años, y explicando la razón de ser y fundamento de las mismas. Un análisis de Derecho comparado, en el que ofrecimos, JESÚS RODRÍGUEZ MÁRQUEZ y yo misma, una descripción de la situación del impuesto en los países de nuestro entorno, y en particular su adaptación al Proyecto BEPS de la OCDE y el G20. Seguidamente JUAN LÓPEZ RODRÍGUEZ, destinado en la actualidad en la Comisión Europea, nos relató la Estrategia de la UE en este ámbito.

La primera mesa redonda se dedicó a analizar las dos nuevas Propuestas que en relación con el Impuesto han sido presentadas por la Comisión en 2016: la Propuesta de Base imponible común y la Propuesta Base Imponible común consolidada, prestando los ponentes particular atención a los aspectos novedosos de estas Propuestas en relación con la del año 2011. Intervinieron sobre este tema CARMEN BOTELLA, Jefe de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes en la Agencia tributaria, LUIS MALVÁREZ, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Huelva, EMILIO CENCERRADO, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, y RAFAEL CALVO, socio de Garrigues Abogados y Asesores Tributario.

En relación con el Impuesto español se presentaron dos ponencias. La primera de ellas, a cargo de GASPAR DE LA PEÑA, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Complutense, sobre técnica legislativa, en la que de modo crítico y desde esta perspectiva realizó un exhaustivo análisis de las diferentes reformas acaecidas en los últimos años. La segunda impartida también brillantemente por EDUARDO SANZ GADEA, Inspector Jefe de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Tributaria se dedicó a la influencia que el proyecto BICIS tendría en nuestro impuesto, aunque además expuso los diferentes modelos de impuesto posible, y sus pros y contras.

El viernes día 3 de febrero comenzó con una ponencia de BEGOÑA GARCÍA-ROZADO, socia de PwC, y ex Subdirectora General en la Dirección General de Tributos, sobre la Directiva europea Anti-elusión, en particular exponiendo las cinco medidas que comprende, y efectuando un análisis de la adecuación de nuestra normativa a la misma.

El Encuentro se cerró con una interesante mesa redonda que nos permitió reflexionar sobre el Impuesto desde distintas perspectivas. Por un lado, por el diferente enfoque que nos plantearon los ponentes invitados [SILVIA LÓPEZ, de la Administración tributaria española, JERÓNIMO PAYÁN, de una empresa multinacional española (Telefónica), ABELARDO DELGADO del mundo de la asesoría fiscal (Garrigues) y ADOLFO MARTÍN de la

Universidad], pero también por los temas sobre los que se debatieron desde el papel de la Administración tributaria en la comprobación de un impuesto cada día más global y con la irrupción de nuevos modelos de negocio altamente digitalizados hasta los posibles diferentes modelos de impuesto que están en la mesa de debate. Interesante se plantea la situación si tenemos en cuenta la proyectada reforma americana o las consecuencias que sobre la política tributaria del Reino Unido tendrá el Brexit.

Como siempre y como no puede ser de otro modo, quiero finalizar estas líneas agradeciendo a todas las personas que hicieron posible que el mismo se desarrollase del modo en que lo hizo. Por supuesto, a los ponentes por aceptar la invitación y por su compromiso con el Encuentro, lo cual pudimos apreciar gracias a la calidad de sus intervenciones, que nos llevó a un interesante debate sobre muchos temas. En segundo lugar, a todas las personas que presentaron una comunicación, de las que solo pudieron exponerse en el Encuentro cinco: SANTIAGO ÁLVAREZ GARCÍA y ANTONIO APARICIO PÉREZ (Universidad de Oviedo), MÓNICA CONTRERAS NÚÑEZ (Universidad CEU San Pablo), GUILLERMO SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO (Universidad de Málaga), ANA BELÉN PRÓSPER ALMAGRO (Universidad de Valencia) e IRUNE SUBERBIOLA GARBIZU (Universidad del País Vasco). Hoy publicamos en nuestra Colección de Documentos de Trabajo las que fueron aceptadas y que analizan aspectos muy relevantes de este impuesto. Asimismo, gracias a todos los asistentes, en particular a los que se desplazaron de fuera de Madrid para poder estar en el Instituto esos días. Por último, mi agradecimiento a la persona que lleva tan maravillosamente bien la intendencia y organización de estos Encuentros y los demás seminarios que en área de Derecho financiero y tributario se vienen organizando desde hace tantos años, PETRA PACHECO, así como a SUSANA BELDA, con quien siempre cuento, y a ALEJANDRO ZAPATERO y ANA BUENO por su disposición y buen hacer.

Esperamos que el VI Encuentro, a celebrar el próximo febrero de 2018, siga teniendo la misma aceptación y que las ponencias y comunicaciones de los participantes tengan como resultado aportaciones como las que se recogen en los Documentos de Trabajo que ahora presento y que, sin duda, coadyuvan a la mejora de nuestro Derecho financiero y tributario.

CRISTINA GARCÍA-HERRERA BLANCO

Directora de Estudios del Instituto de Estudios Fiscales



V Encuentro de Derecho Financiero y Tributario “El futuro del Impuesto sobre Sociedades”

Madrid, 2 y 3 de febrero de 2017

Instituto de Estudios Fiscales
Avda. Cardenal Herrera Oria, 378 – 28035 Madrid
Inscripciones: derecho.financiero@ief.minhafp.es / petra.pacheco@ief.minhafp.es

Jueves 2 de febrero

- 9.25 Presentación del Encuentro**
CRISTINA GARCÍA-HERRERA BLANCO, Vocal Asesora del Instituto de Estudios Fiscales
- 9.30 Conferencia inaugural. La política fiscal española en materia de Impuesto sobre Sociedades**
ALBERTO GARCÍA VALERA, Director General de Tributos
- 10.15 Ponencia. Tendencias en el Impuesto sobre Sociedades: análisis comparado**
CRISTINA GARCÍA-HERRERA BLANCO
JESÚS RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
- 11.00 Ponencia. La estrategia de la Unión Europea en relación con el Impuesto sobre Sociedades**
JUAN LÓPEZ RODRÍGUEZ, Inspector de Hacienda del Estado, Comisión de la Unión Europea, TAXUD
- 11.45 Café**
- 12.15 Mesa redonda. La base imponible común y la base imponible consolidada del Impuesto sobre Sociedades**
CARMEN BOTELLA GARCÍA-LASTRA, Inspectora Jefe de Equipo de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, Agencia Estatal de Administración Tributaria
LUIS A. MALVÁREZ PASCUAL, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Huelva
EMILIO CENCERRADO MILLÁN, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Alicante
RAFAEL CALVO SALINERO, Socio de Garrigues Abogados y Asesores Tributarios
Modera: ÁLVARO DEL BLANCO GARCÍA, Subdirector Adjunto de la Dirección de Estudios del Instituto de Estudios Fiscales

- 16.30 Ponencia. La técnica legislativa en el Impuesto sobre Sociedades**
GASPAR DE LA PEÑA VELASCO. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Complutense de Madrid
- 17.00 Ponencia. El Impuesto sobre Sociedades español: influencia de la BICIS y propuestas**
EDUARDO SANZ GADEA. Inspector Jefe de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes. Agencia Estatal de Administración Tributaria
- 17.45 Café**
- 18.15 Presentación de comunicaciones**

Viernes 3 de febrero

- 10.00 Ponencia. La Directiva anti elusión**
BEGOÑA GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ. Subdirectora General del Impuesto sobre la Renta de las Personas Jurídicas. Dirección General de Tributos
- 11.00 Café**
- 11.30 Mesa redonda. Una reflexión del impuesto desde diferentes perspectivas**
SILVIA LÓPEZ RIBAS. Inspectora Coordinadora de la Oficina Nacional de Fiscalidad Internacional. Agencia Estatal de Administración Tributaria
ALBERTO BERMEJO DÍAZ. Responsable de Fiscalidad Internacional y Precios de Transferencia de Ferrovial
JERÓNIMO PAYÁN PRIETO. Director Fiscal para Europa y Economía Digital de Telefónica
ABELARDO DELGADO PACHECO. Socio de Garrigues Abogados y Asesores Tributarios
ADOLFO MARTÍN JIMÉNEZ. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Cádiz
Modera: CRISTINA GARCÍA-HERRERA BLANCO
- 14.00 Fin del Encuentro**

COMUNICACIONES

Las medidas contra la elusión: la Directiva *ATAD*
(*Anti Tax Avoidance Directiva*)

El tratamiento fiscal de las asimetrías de los instrumentos financieros híbridos en la Propuesta de Directiva de 25 de octubre de 2016 por la que se modifica la Directiva anti-BEPS

MARÍA CRUZ BARREIRO CARRIL

Profesora Doctora de Derecho Financiero y Tributario

I. Introducción. II. El tratamiento fiscal de los instrumentos financieros híbridos en la Directiva anti-BEPS. III. Propuesta de modificación a la Directiva anti-BEPS en el Proyecto de Directiva de 26 de octubre de 2016. IV. Consideraciones finales. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El 12 de julio de 2016 se aprobó la Directiva del Consejo 2016/1164 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (Directiva anti-BEPS, o Directiva ATAD 1¹). El artículo 9 de dicha Directiva aborda el problema de las asimetrías híbridas, si bien lo hace de un modo limitado, ya que, como se indica en el considerando correspondiente de la Directiva, las medidas previstas para combatir las referidas asimetrías “tienen por objeto hacer frente a situaciones de asimetría imputables a diferencias en la calificación jurídica de un instrumento financiero o de una entidad, y no tienen por objeto afectar a las características generales del sistema fiscal de un Estado miembro”. Quedan fuera del objeto de la Directiva el tratamiento fiscal de los establecimientos permanentes híbridos dentro de la Unión, así como la problemática relativa al tratamiento fiscal de las asimetrías híbridas en las relaciones con terceros países.

Conscientes de la necesidad de abordar los temas pendientes de la problemática fiscal de las asimetrías híbridas, el Consejo ECOFIN, como parte de la propuesta transaccional definitiva para la Directiva 2016/1164, había hecho una declaración en la que pedía a la Comisión que presentase antes del mes de octubre de 2016 “una propuesta sobre asimetrías híbridas que afecten a terceros países, con el fin de establecer unas normas coherentes y no menos eficaces que las normas recomendadas por el informe sobre la acción 2 del proyecto BEPS de la OCDE, con objeto de llegar a un acuerdo antes del término de 2016”².

Tal propuesta de Directiva ha sido presentada el pasado 25 de octubre, dentro de un paquete de medidas más amplio, y tiene por objeto modificar la Directiva de 12 de julio, con el fin de solucionar varios de los problemas derivados de las asimetrías híbridas, no abordados por aquella. La presente comunicación tiene por objeto analizar cómo la propuesta de Directiva (propuesta de Directiva ATAD 2) aborda el tema de la asimetría de los instrumentos financieros híbridos, que se produce cuando el tratamiento fiscal de un instrumento financiero difiere entre dos jurisdicciones, tanto en

¹ Esta segunda denominación se deriva de las siglas en inglés *Anti-Tax Avoidance Directive*.

² Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países [COM(2016) 687 final].

el seno de la Unión Europea, como en relación con un tercer Estado. Entre otras cuestiones, se tratará de determinar si las medidas incluidas en la propuesta se alinean con las recomendaciones del Plan *BEPS* en la materia, poniendo de relieve las posibles limitaciones existentes.

II. EL TRATAMIENTO FISCAL DE LOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS EN LA DIRECTIVA ANTI-BEPS

El 28 de enero de 2016 la Comisión Europea había hecho público un paquete de medidas de lucha contra la elusión fiscal, que surge...

“... a raíz de la finalización del proyecto de lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (en lo sucesivo el proyecto *BEPS*, por sus siglas en inglés) del G 20 y la OCDE y responde a la demanda del Parlamento Europeo, de varios Estados miembros, de las empresas y la sociedad civil, y de algunos de los socios internacionales de reforzar y dotar de mayor coherencia al enfoque de la UE en materia de lucha contra el fraude del impuesto sobre sociedades.”³

Parte esencial de ese paquete de medidas venía constituido por la propuesta de Directiva por la que se establecían normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, y que es una continuación de Plan de Acción para un impuesto de sociedades más equitativo y más eficiente en la UE, de 17 de junio de 2015, conocida generalmente como Directiva anti-*BEPS* (o Directiva de lucha contra la evasión fiscal, Directiva *ATAD 1*). Como había indicado Werner Haslechner⁴, la propuesta de Directiva reflejaba influencias de dos trabajos previos: el Proyecto *BEPS* de la OCDE y del G-20, referido en el epígrafe anterior, y el fallido proyecto de Directiva para el establecimiento de una Base Imponible Común Consolidada en el Impuesto sobre Sociedades⁵.

La Directiva fue aprobada finalmente el 12 de julio de 2016, con el espíritu de “garantizar el pago del impuesto allí donde se generen los beneficios y el valor”, para lo que se entendió “imprescindible restablecer la confianza en la equidad de los sistemas fiscales y permitir a los gobiernos ejercer de forma eficaz su potestad tributaria”⁶.

Para ello, la Directiva pretende crear un marco común que “permitiría evitar la fragmentación del mercado y poner fin al falseamiento del mercado y a las asimetrías existentes en la actualidad”⁷.

³ Proyecto de Directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, 28.1.2016, COM(2016) 26 final, pág. 4.

⁴ HASLEHNER, W.: “The Commission proposal for an Anti-BEPS Directive: some preliminary comments”, *Kluwer International Tax Blog*, 5 de febrero de 2016, disponible en <http://kluwertaxblog.com/2016/02/05/the-commission-proposal-for-an-anti-beps-directive-some-preliminary-comments/>.

⁵ Propuesta de Directiva del Consejo de 16 de marzo de 2011 relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICIS), 16.3.2011, COM (2011) 121 final.

⁶ Directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, 12.7.2016, considerando primero.

⁷ Directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, 12.7.2016, considerando segundo.

La Comisión Europea entiende, en este contexto, que las normas dirigidas a reforzar la protección contra la planificación fiscal agresiva en el mercado interior, “deben quedar circunscritas a nociones de carácter general, y su aplicación debe dejarse en manos de los Estados miembros, pues son estos últimos quienes se hallan mejor situados para configurar los elementos específicos de las mismas de la forma que mejor se adapte a sus sistemas fiscales”⁸.

En este contexto, la Comisión entiende que lo que procede es “establecer un nivel mínimo común de protección del mercado interior en sectores específicos”⁹. En el momento de presentación de la propuesta de Directiva, Dennis Weber había ya alegado que una mejor vía para conseguir la tributación efectiva de los beneficios societarios en la Unión Europea sería la introducción de una Base Imponible Común Consolidada que además del objetivo al que se refiere la Comisión, permitiría que la Unión Europea continuase atrayendo inversiones extranjeras, siempre que se estableciese un sistema fiscal societario europeo equilibrado con interesantes incentivos fiscales, relacionados, por ejemplo, con la investigación y el desarrollo¹⁰. Sin embargo, la Unión Europea optó por centrarse en las medidas anti-elusión en un primero momento, dejando para un momento posterior, el establecimiento de medidas que puedan atraer la inversión extranjera¹¹. En efecto, el paquete de medidas presentado por la Comisión Europea el 25 de octubre de 2016, incluyó, además de la propuesta de Directiva ATAD 2, *inter alia*, una Propuesta de Directiva del Consejo sobre la Base Imponible Consolidada Común del Impuesto sobre Sociedades¹² y una Propuesta de Directiva del Consejo sobre la Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades¹³.

En particular, la Directiva en cuestión regula las siguientes cinco medidas para luchar “contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior”:

- Deducibilidad de los intereses.
- Imposición de salida.
- Norma general contra las prácticas abusivas (NGCPA).
- Normas relativas a las sociedades extranjeras controladas (SEC).
- Marco para hacer frente a las asimetrías híbridas.

La cláusula *switch over*, que se incluía en el proyecto de Directiva de 28 de enero de 2016¹⁴, y que había sido objeto de diversas críticas, no fue, incluida en la versión final de la Directiva, de-

⁸ Directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, 12.7.2016, considerando tercero.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ WEBER, D.: “EU BEPS/ Taxing low-taxed non-EU income: think twice ...”, *Kluwer International Blog*, 11 de febrero de 2016.

¹¹ *Ibidem*.

¹² COM(2016) 683 final.

¹³ COM(2016) 685 final.

¹⁴ La cláusula de inversión se encuentra regulada en el artículo 6 de la Propuesta de Directiva que establece lo siguiente:

bido a la falta de consenso entre los Estados miembros, argumentando varios de ellos que no viene exigida por el Plan *BEPS*, y además no era necesaria para lograr los fines de la Directiva.

Por lo que se refiere a las asimetrías híbridas, la Directiva incluye un concepto de las mismas como: “La situación existente entre el contribuyente de un *Estado miembro* y una empresa asociada de otro *Estado miembro*, o bien un mecanismo estructurado entre participantes de distintos *Estados miembros*, cuando el siguiente resultado es atribuible a *diferencias en la calificación jurídica* de un instrumento o entidad financieros: a) una deducción del mismo pago, o de los mismos gastos o pérdidas, tanto en el Estado en el que se origine el pago, se generen los gastos o se hayan sufrido las pérdidas, como en otro Estado («doble deducción»), o b) una deducción de un pago en el Estado en el que tiene su origen el pago sin la correspondiente inclusión a efectos fiscales de dicho pago en el otro Estado («deducción sin inclusión»).”¹⁵

Como puede observarse, la Directiva solo se ocupa las asimetrías híbridas en el ámbito de la Unión Europea, sin ocuparse de aquellas que tienen lugar en relación con un tercer Estado.

El artículo 9 establece las siguientes soluciones para los problemas de las asimetrías híbridas en el ámbito de la Unión.

“1. Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una doble deducción, la deducción solo se concederá en el Estado miembro en el que se haya originado el pago correspondiente.

2. Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una deducción sin inclusión, el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción del pago correspondiente.”

La redacción final de esta disposición se ha simplificado considerablemente respecto de la propuesta de Directiva presentada en enero, y como puede observarse, recoge cláusulas muy abiertas y básicas, en comparación con la Acción 2 del Plan *BEPS*.

La Directiva sólo se ocupa de supuestos de *desimposición global* derivados de la *calificación diferente* de las rentas o de la entidad, por parte de los Estados implicados, y, además, únicamente se aplica cuando ambos Estados son Estados miembros, dejando fuera de su ámbito,

“1. Los Estados miembros no eximirán a un contribuyente del impuesto sobre la renta extranjera que haya percibido en concepto de distribución de beneficios de una entidad de un tercer país, o como producto de la enajenación de acciones que posea en una entidad de un tercer país, o como renta procedente de un establecimiento permanente situado en un tercer país, en caso de que la entidad o el establecimiento permanente estén sujetos, respectivamente, en el país de residencia de la entidad o en el país en que esté situado el establecimiento permanente, a un impuesto sobre los beneficios a un tipo legal del impuesto sobre sociedades inferior al 40 % del tipo impositivo legal que se habría aplicado en el marco del sistema del impuesto sobre sociedades aplicable en el Estado miembro del contribuyente. En tales circunstancias, el contribuyente tributará por la renta extranjera y el impuesto pagado en el tercer país se deducirá de su deuda tributaria en su Estado de residencia a efectos fiscales. La deducción no deberá superar la cuantía del impuesto, calculada antes de la deducción, imputable a la renta que pueda ser gravada.

2. El apartado 1 no se aplicará a los tipos de pérdidas siguientes:

- a) las pérdidas soportadas por el establecimiento permanente de un contribuyente residente situado en un tercer país;
- b) las pérdidas derivadas de la enajenación de acciones en una entidad que sea residente fiscal en un tercer país.”

¹⁵ Artículo 2 de la Directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, 12.7.2016.

como se ha indicado, los pagos realizados desde fuera de la Unión Europea o hacia terceros Estados. El ámbito de proyección de la Directiva es, por lo tanto, mucho más limitado que el que había establecido el Plan *BEPS* en materia de desajustes de instrumentos híbridos. Ello a pesar de que las recomendaciones del Código de Conducta de la Unión Europea (Informe al Consejo, 16553/14, FISC 225) de 11 de diciembre de 2014, “advierten que los desajustes híbridos que involucran terceros Estados pueden, a raíz de las transacciones trasfronterizas, afectar a las estructuras y prácticas existentes en el ámbito de la Unión”¹⁶.

El considerando 13 de la Directiva establece, en efecto, que “(e)s fundamental que se siga trabajando sobre las asimetrías híbridas entre Estados miembros y terceros países, así como sobre otras asimetrías híbridas, tales como las relativas a los establecimientos permanentes”.

La medida propuesta en el artículo 9 de la Directiva *ATAD 1*, para el tema que nos ocupa (instrumentos financieros híbridos) no incluye medidas como la denegación de la aplicación de la exención para evitar la doble imposición económica internacional en los supuestos en los que el pago de una renta haya generado un gasto fiscalmente deducible en el Estado de residencia de la entidad pagadora, aún a pesar de que la renta se califique de manera idéntica en los dos Estados implicados. Como ha indicado CALDERÓN, se generan dudas sobre “la interrelación de esta medida con la recogida en la Directiva 2014/86/UE”, que, en el ámbito de aplicación de la Directiva, impide la aplicación del método de exención sobre dividendos cuyo pago haya generado un gasto deducible en la base imponible de la entidad pagadora¹⁷.

III. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN A LA DIRECTIVA ANTI-BEPS EN EL PROYECTO DE DIRECTIVA DE 26 DE OCTUBRE DE 2016

La Comisión pretende, con la propuesta de Directiva *ATAD 2*, y sobre la base de la Acción 2 del Plan *BEPS*, establecer un marco comprensivo para luchar contra el abuso en materia de híbridos, en situaciones que implican a Estados miembros con terceros Estados. Pero además de ampliar el ámbito territorial, la propuesta pretende solucionar otros problemas no abordados por la Directiva, como los relativos a las asimetrías de establecimientos permanentes híbridos, las transferencias híbridas, las asimetrías “importadas” y las asimetrías de sociedades con doble residencia.

¹⁶ DIMITROVA, S.: “La propuesta de Directiva Anti *BEPS* de la Comisión Europea”, *Newsletter, EU Law and Taxation*, 2016. En este contexto, es preciso destacar que todas las medidas introducidas por el legislador español para luchar contra las situaciones de abuso derivadas de los desajustes híbridos se aplican sin distinción, en relación con Estados miembros y en relación con terceros Estados. Sobre las soluciones adoptadas por el legislador español a la problemática fiscal de las asimetrías híbridas, véase MARTÍNEZ LAGUNA, F. D.: “Institutional hybrid financial instruments and double non-taxation under domestic rules and tax treaty law: the example of Spain”, *Intertax*, vol. 44, 6-7, págs. 447-462.

¹⁷ CALDERÓN CARRERO, J. M.: “La dimensión europea del Proyecto *BEPS*: primeros acuerdos del ECOFIN, la aprobación del mecanismo de intercambio automático de *tax rulings*, y el Paquete Anti-Elusión Fiscal 2016”, *Revista Quincena Fiscal*, abril 2016, pág. 6 (versión electrónica). También en este punto, el legislador español ha ido más allá de lo establecido en la Directiva, pues recordemos que la exención para evitar la doble imposición económica internacional, no se aplica, conforme a la nueva redacción, en los supuestos en los que el pago de la renta haya generado un gasto deducible en sede de la entidad pagadora, sin referencia alguna a los desajustes en la calificación jurídica.

Es preciso destacar que la propuesta de Directiva ATAD 2, no pretende “alterar las características generales del sistema fiscal de una jurisdicción, sino únicamente afrontar las asimetrías derivadas de normas fiscales discrepantes entre dos o varias jurisdicciones”¹⁸. En este contexto, el concepto de asimetría híbrida se ve ampliado considerablemente para recoger todos los supuestos a los que nos hemos referido en el párrafo anterior, así como para ampliar el ámbito territorial de las asimetrías de los instrumentos financieros híbridos a terceros Estados.

Centrándonos en el aspecto objeto de este trabajo, las asimetrías relativas a los instrumentos financieros híbridos, resulta relevante el siguiente fragmento del artículo 1 de la propuesta de Directiva ATAD 2, que modifica el artículo 9 de la Directiva ATAD 1 y que, define la “asimetría híbrida” como:

“La situación existente entre un contribuyente y una empresa asociada o un arreglo estructurado entre partes en *jurisdicciones fiscales diferentes*¹⁹ cuando cualquiera de los resultados siguientes sea atribuible a diferencias en la calificación jurídica de un *instrumento* o entidad *financieros*²⁰, o en el tratamiento de una presencia comercial como establecimiento permanente:

- a) una deducción del mismo pago, o de los mismos gastos o pérdidas, de la base imponible tanto en la jurisdicción en la que se origine el pago, se generen los gastos o se hayan sufrido las pérdidas, como en otra jurisdicción («doble deducción»);
- b) una deducción de un pago de la base imponible en la jurisdicción en la que se origine el pago sin la correspondiente inclusión a efectos fiscales del mismo pago en la otra jurisdicción («deducción sin inclusión»)²¹.”

Como se indica en el propio texto de la propuesta de Directiva, la asimetría de instrumento financiero híbrido se produce si el tratamiento fiscal de un instrumento financiero difiere entre dos jurisdicciones. La propuesta de Directiva ATAD 2 contempla dos supuestos de asimetrías de instrumentos financieros híbridos.

¹⁸ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países (COM(2016) 687 final), Exposición de Motivos.

¹⁹ Las cursivas son nuestras. Nótese que no se hace referencia a jurisdicciones de los Estados miembros.

²⁰ Las cursivas son nuestras.

²¹ El artículo continúa abordando otras situaciones:

“c) En caso de diferencias en el tratamiento de una presencia comercial como establecimiento permanente, la no imposición de las rentas originadas en una jurisdicción sin la correspondiente inclusión a efectos fiscales de las mismas rentas en otra jurisdicción (“no imposición sin inclusión”).

Solo existirá una asimetría híbrida en la medida en que el mismo pago deducido, los mismo gastos incurridos o las mismas pérdidas sufridas en dos jurisdicciones excedan del importe de las rentas que se incluyen en cada una de las jurisdicciones y que pueden atribuirse a la misma fuente.

Una asimetría híbrida también incluye la transferencia de un instrumento financiero al amparo de un arreglo estructurado que implique a un contribuyente, cuando el rendimiento subyacente del instrumento financiero transferido sea tratado a efectos fiscales como obtenido simultáneamente por más de una de las partes del arreglo, que tienen su residencia a efectos fiscales en jurisdicciones diferentes, dando lugar a cualquiera de los siguientes resultados:

- a) una deducción de un pago relacionado con el rendimiento subyacente sin la correspondiente inclusión de dicho pago a efectos fiscales, a menos que el rendimiento subyacente esté incluido en la renta imponible de una de las partes implicadas;
- b) una compensación por un impuesto retenido en la fuente sobre un pago derivado del instrumento financiero transferido a más de una de las partes implicadas.”

El apartado primero del artículo 9 contempla el supuesto en el que una asimetría híbrida conduzca a una *doble deducción* del mismo pago, los mismos gastos o las mismas pérdidas. La solución que se ofrece es distinta dependiendo de si la asimetría se produce entre Estados miembros, o entre un Estado miembro y un tercer Estado. En el primer caso, “la deducción solo se concederá en el Estado miembro en el que se haya originado el pago, se haya incurrido en los gastos o se hayan contraído las pérdidas”²². Se mantiene en este caso la misma solución que la prevista en la Directiva ATAD 1, que indicaba que el pago sólo sería deducible en el Estado miembro en el que aquél tenga su origen. En el segundo caso, “el Estado miembro de que se trate denegará la deducción del pago, los gastos o las pérdidas, a menos que el tercer país ya lo ha hecho”. Se hizo necesaria, en este segundo caso, la introducción de una regla defensiva, ya que la Directiva no puede imponer obligaciones sobre un tercer país. El segundo apartado del artículo 9 regula el supuesto en el que una asimetría híbrida conduzca a una deducción de un pago de la base imponible del ordenante del pago, pero sin la inclusión de dicho pago en la base imponible del beneficiario, dando lugar a una *deducción sin inclusión*. Para el caso de que la asimetría del instrumento financiero híbrido se produzca en un contexto intra-UE, se obliga al Estado miembro del ordenante del pago a denegar la deducción del pago, manteniéndose de esta forma, la misma solución que la recogida en la Directiva ATAD 1. Si la situación se produce entre un Estado miembro y un tercer país, la propuesta de Directiva establece distintas consecuencias en función de la jurisdicción del ordenante del pago. “Si la jurisdicción del ordenante es un Estado miembro, dicho Estado miembro debe denegar la deducción del pago de la base imponible a proporción de la asimetría, con arreglo al artículo 9, apartado 2, inciso i). Si la jurisdicción del ordenante es un tercer país, el Estado miembro implicado debe exigir la inclusión del pago en la base imponible a proporción de la asimetría, con arreglo al artículo 9, apartado 2, inciso ii).”²³

Observamos, en este caso, una solución diferente a la ofrecida por la propuesta de Directiva, ya que ahora, para el caso de que el país ordenante del pago sea un tercer país, se incluye una regla defensiva: incluir la renta como ordinaria en la jurisdicción del beneficiario. En efecto, la Directiva ATAD 1 no incorporaba reglas defensivas, pues al contemplar únicamente situaciones intra-UE, no resultaban necesarias²⁴.

En definitiva, las soluciones contempladas en la propuesta de Directiva ATAD 2 para las asimetrías de los instrumentos financieros híbridos en el ámbito intra-UE, siguen la línea de lo previsto en la Directiva ATAD 1. Por lo que se refiere a situaciones en las que esté involucrado un tercer Estado, la solución que ofrece la propuesta de Directiva ATAD 2 consiste en obligar al Estado miembro en cuestión a alinear el trato fiscal otorgado a la renta derivada del instrumento financiero híbrido con el trato otorgado a esta renta por el tercer Estado, salvo que el desajuste haya ya sido eliminado por ese tercer Estado.

²² Nueva redacción del artículo 9.1. conforme a la modificación realizada por el artículo 1.3) de la Propuesta de Directiva ATAD 2.

²³ Así se establece en la exposición de motivos de la Directiva, pág. 8. 3).

²⁴ JIMÉNEZ VALLADOLID, D. J.: “Las asimetrías derivadas del empleo de entidades híbridas en la planificación fiscal transfronteriza en la Directiva anti-abuso”, comunicación presentada al V Encuentro de Derecho Financiero y Tributario sobre “El futuro del Impuesto sobre Sociedades”, celebrado los días 2 y 3 de febrero de 2017, pendiente de publicación.

Como puede observarse, la propuesta de Directiva ATAD 2 abarca un mayor espectro de medidas anti-híbridos, y como han indicado algunos autores, puede afectar a situaciones no abusivas de asimetrías fiscales relacionadas con instrumentos financieros o entidades híbridas²⁵, sin que se haya previsto como sí lo había hecho el Plan BEPS (Acción 2) cláusula de salvaguarda alguna respecto de situaciones cubiertas por los convenios de doble imposición suscritos entre Estados miembros y terceros países²⁶.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El pasado 6 de diciembre de 2016, los ministros de asuntos financieros de los distintos Estados miembros se reunieron en el Consejo ECOFIN con el fin de abordar diversas cuestiones relacionadas con la fiscalidad empresarial. Por lo que concierne al tema de las asimetrías híbridas se alcanzó un consenso bastante amplio, si bien dos aspectos son objeto, todavía, de una fuerte controversia, provocando la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la aprobación de la Directiva ATAD 2. El primero se refiere a las aspiraciones de Reino Unido dirigidas a conseguir que determinados productos del sector financiero quedasen fuera del ámbito de la Directiva. El segundo se refiere a la fecha de entrada en vigor de la Directiva que estaba prevista para el 1 de enero de 2019, y que Países Bajos quiere retrasar hasta 2024. El ministro de Hacienda holandés, y presidente del Eurogrupo, explicó que la aplicación de las reglas de híbridos en relación con terceros Estados tendría un impacto sobre las estructuras fiscales utilizadas por inversores estadounidenses en Países Bajos, poniendo en peligro los puestos de trabajo en ese país²⁷. De todos modos, explicó que Países Bajos está dispuesto a aceptar el resultado de la propuesta de Directiva (ATAD 2), si bien exige ya sea un período más amplio para su aprobación, ya el carácter opcional de las nuevas reglas en materia de asimetrías híbridas²⁸. Los restantes Estados se han manifestado en contra de la propuesta holandesa. No obstante, dado que la aprobación de la Directiva requiere la unanimidad de todos los Estados miembros, las aspiraciones de Países Bajos, así como la de Reino Unido, en relación con el sector financiero, ponen en entredicho, la aprobación de la Directiva ATAD 2, por lo menos, de una manera inminente.

En cualquier caso, es digno de alabar que la Unión Europea esté dando pasos en el camino de lograr una tributación coherente a nivel global, a través de la toma en cuenta, por parte de un Estado miembro, del trato fiscal otorgado a una renta intra-EU, en el otro Estado implicado en el asunto en cuestión. Algún Estado miembro, como Alemania, contemplaba ya previsiones de este tipo. Así, aunque fuera del ámbito de los híbridos, queremos mencionar la norma alemana sobre

²⁵ También en relación con establecimientos permanentes.

²⁶ MUÑOZ, M., y CALDERÓN, J. M.: "Avances en la agenda fiscal europea", *Alerta Informativa*, EY Abogados, diciembre 2016, pág. 2, disponible en [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-alerta-informativa-avances-en-la-agenda-fiscal-europea/\\$FILE/ey-alerta-informativa-avances-en-la-agenda-fiscal-europea.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-alerta-informativa-avances-en-la-agenda-fiscal-europea/$FILE/ey-alerta-informativa-avances-en-la-agenda-fiscal-europea.pdf).

²⁷ MARTIN, J.: "EU proposal to halt multinational tax avoidance through third-country hybrid mismatches stalls", *Multinational Tax & Transfer Pricing News*, 9 diciembre 2016, disponible en <http://mnetax.com/eu-proposal-halt-multinational-tax-avoidance-third-country-hybrid-mismatches-stalls-18482>.

²⁸ *Ibidem*.

tributación de pensiones alimenticias que gravaba la pensión en manos del perceptor, permitiendo la deducción del pago de la misma, siempre que ésta tributase en manos del receptor. La referida norma, había sido objeto de análisis por el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) en el asunto *Schempp*²⁹. Recordemos que en aquel asunto, el señor Schempp planteaba la cuestión de que como residente en Alemania no podía disfrutar de la deducción de la pensión que pagaba a su ex-mujer residente en Austria –cuya normativa establecía que la pensión quedaba exenta en manos del receptor– por lo que alegaba que el sistema alemán le conducía a una discriminación en base a la nacionalidad y a una restricción de su libertad general de circulación y de residencia como ciudadano europeo. El TJUE había indicado que el perjuicio del señor Schempp se derivaba de las disparidades existentes entre las legislaciones de los Estados miembros, validando la norma alemana que tenía en cuenta la situación en el otro Estado miembro, a la hora de someter a gravamen la renta con origen en su territorio. Desde nuestro punto de vista, la iniciativa de Alemania es loable, en la medida que trata de garantizar que una corriente de renta tribute una sola vez en el seno de la Unión Europea, mediante un tratamiento holístico de la misma.

Ahora, las reglas de la Directiva ATAD 1 en materia de híbridos, que acogen las recomendaciones del Plan BEPS (si bien de una manera limitada, al no extenderse todavía a la problemática existente en relación con terceros países) suponen un avance en la senda hacia una tributación coherente a nivel global. Como ya había indicado el profesor Pasquale Pistone en 2014, las recomendaciones del Plan BEPS permiten que no se den ventajas adversas desde el punto de vista de la carga fiscal global sobre las rentas empresariales, como consecuencia de las incoherencias entre varios sistemas fiscales. Concluimos, con el profesor Pistone, que un enfoque holístico más allá de las fronteras nacionales, es indispensable en el actual contexto económico global³⁰. Esperamos que los Estados miembros sean conscientes de la necesidad de llegar a un acuerdo para extender las medidas que solucionan la problemática de las asimetrías híbridas a las situaciones en las que están involucrados terceros Estados.

Bibliografía

CALDERÓN CARRERO, J. M.: “La dimensión europea del Proyecto BEPS: primeros acuerdos del ECOFIN, la aprobación del mecanismo de intercambio automático de *tax rulings*, y el Paquete Anti-Elusión Fiscal 2016”, *Revista Quincena Fiscal*, abril 2016, (versión electrónica).

DIMITROVA, S.: “La propuesta de Directiva Anti BEPS de la Comisión Europea”, *Newsletter, EU Law and Taxation*, 2016.

HASLEHNER, W.: “The Commission proposal for an Anti-BEPS Directive: some preliminary comments”, *Kluwer International Tax Blog*, 5 de febrero de 2016, disponible en <http://kluwertaxblog.com/2016/02/05/the-commission-proposal-for-an-anti-beps-directive-some-preliminary-comments/>.

JIMÉNEZ VALLADOLID, D. J.: “Las asimetrías derivadas del empleo de entidades híbridas en la planificación fiscal transfronteriza en la Directiva anti-abuso”, comunicación presentada al V Encuentro de Derecho

²⁹ Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2005, asunto C-403/03, *Schempp*.

³⁰ PISTONE, P.: “Coordinating the action of regional and global players during the shift from bilaterism to multilateralism in international tax law”, *World Tax Journal*, febrero 2014, págs. 3-9, pág. 5.

Financiero y Tributario sobre “El futuro del Impuesto sobre Sociedades”, celebrado los días 2 y 3 de febrero de 2017, pendiente de publicación.

MARTIN, J.: “EU proposal to halt multinational tax avoidance through third-country hybrid mismatches stalls”, *Multinational Tax & Transfer Pricing News*, 9 diciembre 2016, disponible en <http://mnetax.com/eu-proposal-halt-multinational-tax-avoidance-third-country-hybrid-mismatches-stalls-18482>.

MARTÍNEZ LAGUNA, F. D.: “Institutional hybrid financial instruments and double non-taxation under domestic rules and tax treaty law: the example of Spain”, *Intertax*, vol. 44, 6-7, págs. 447-462.

MUÑOZ, M., y CALDERÓN, J. M.: “Avances en la agenda fiscal europea”, *Alerta Informativa*, EY Abogados, diciembre 2016, pág. 2, disponible en [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-alerta-informativa-avances-en-la-agenda-fiscal-europea/\\$FILE/ey-alerta-informativa-avances-en-la-agenda-fiscal-europea.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-alerta-informativa-avances-en-la-agenda-fiscal-europea/$FILE/ey-alerta-informativa-avances-en-la-agenda-fiscal-europea.pdf).

PISTONE, P.: “Coordinating the action of regional and global players during the shift from bilaterism to multilateralism in international tax law”, *World Tax Journal*, febrero 2014, págs. 3-9.

WEBER, D.: “EU BEPS/Taxing low-taxed non-EU income: think twice...”, *Kluwer International Blog*, 11 de febrero de 2016.

Las asimetrías derivadas del empleo de entidades híbridas en la planificación fiscal transfronteriza en la Directiva anti-abuso¹

DOMINGO JESÚS JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS

Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción. 2. Las entidades ¿híbridas? y los desajustes que genera su tratamiento transfronterizo asimétrico. 2.1. Estructuras de deducción sin inclusión. 2.2. Estructuras de doble deducción. 2.3. Estructuras con entidades híbridas inversas. 2.4. Estructuras con entidades con doble residencia. 3. ¿Cómo eliminar las asimetrías en relación con el tratamiento de las entidades híbridas? 3.1. El tratamiento de las entidades híbridas en el MCOODE. 3.2. El tratamiento de las entidades híbridas en la Directiva de fusiones y en otras normas de Derecho derivado. 3.3. La solución de la Acción 2 del Plan BEPS. 3.4. La regla anti-híbridos de la Directiva anti-abuso. 3.4.1. La propuesta de modificación de la Directiva anti-abuso. 4. El artículo 15.1.j) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades a la luz de la Directiva anti-abuso. ¿Es necesaria una modificación para transponer la directiva anti-abuso?

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales objetivos de los planes contra la planificación fiscal agresiva y la evasión fiscal desarrollados tanto por la OECD y el G-20 (Plan de Acción contra la Erosión de Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios o Plan BEPS²) como por la Comisión Europea (el denominado “Paquete contra la evasión fiscal”³) es el de eliminar los desajustes tributarios que se originan por el empleo de instrumentos y entidades híbridas a nivel transfronterizo. Estos desajustes tienen su causa en el tratamiento asimétrico que se otorga a las transacciones realizadas sobre instrumentos híbridos o mediante entidades híbridas en dos o más jurisdicciones⁴.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2015-66087-P financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² OCDE (2014), *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OECD Publishing, París.

³ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: “Paquete de lucha contra la elusión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE”, COM(2016) 23 final.

⁴ Vid. OCDE (2012), *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD Publishing, París. En relación con los problemas derivados del empleo de instrumentos financieros híbridos en la fiscalidad internacional, vid. BARREIRO CARRIL, M. C. (2016): “La tributación de los dividendos intersocietarios transnacionales en el ordenamiento jurídico español en la era *post-BEPS*”, en GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (coord.): “IV Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (3.ª parte)”, Instituto de Estudios Fiscales, *Documentos*, núm. 15/2016, pp. 11 y ss.; MARTÍNEZ LAGUNA, F. D. (2016): “Institutional Hybrid Financial Instruments and Double Non-taxation under Domestic Rules and Tax Treaty Law: The Example of Spain”, *Intertax*, vol. 44, núm. 6/7, pp. 447 y ss., o JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D. J. (2015): “Doble (no) imposición e híbridos financieros: tendencias internacionales y reforma del Impuesto sobre Sociedades”, en GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (coord.): “Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (3.ª edición): «La reforma del sistema tributario español» (2.ª parte)”, Instituto de Estudios Fiscales, *Documentos*, núm. 10/2015, pp. 137 y ss.

Estas asimetrías pueden hacer que las rentas obtenidas en transacciones con elementos híbridos se encuentren sometidas a, de un lado, supuestos de doble imposición, o, de otro, a supuestos de ausencia de imposición, en la medida en que todas, o ninguna de, las jurisdicciones afectadas graven las rentas obtenidas en la transacción. En el contexto de la planificación fiscal agresiva, el empleo de estos elementos híbridos ha sido un elemento nuclear para explotar las asimetrías en los sistemas fiscales de distintas jurisdicciones en las operaciones transfronterizas, generándose supuestos de ausencia de imposición o doble no imposición como consecuencia de su uso. Esta ausencia de imposición se basa en la falta de coordinación entre jurisdicciones a la hora de identificar qué Estado tiene derecho a gravar las rentas derivadas de la transacción, de modo que ningún Estado reconoce tener derecho a gravar dichas rentas.

Desde una perspectiva unilateral, las transacciones en que intervienen elementos híbridos no tienen un interés especial, es desde una perspectiva transfronteriza donde el empleo de estos instrumentos y entidades cobra un mayor interés, pues las asimetrías derivadas de su utilización se manifiestan en un tratamiento incoherente de las rentas derivadas de las transacciones en que intervienen estos elementos desde una perspectiva global. En el ámbito de la planificación con entidades híbridas el factor principal para generar asimetrías entre jurisdicciones es el de la distinta consideración de la personalidad jurídico-tributaria de la entidad en dos o más jurisdicciones.

En concreto, el elemento central de la planificación con este tipo de entidades es la posible consideración como contribuyente o no de la propia entidad en distintos ordenamientos⁵, de modo que, para algunos ordenamientos estas entidades serán consideradas como contribuyentes, mientras que en otros ordenamientos serán sus socios, comuneros o partícipes los que se considerarán como perceptores de las rentas derivadas a través de la entidad, careciendo, por tanto, la entidad híbrida de la consideración de contribuyente en relación con las rentas obtenidas. Así, se generan los dos tipos de asimetrías más típicas en la operativa con esta clase de entidades⁶: los supuestos de deducción/no inclusión, en que en un Estado se considera que la entidad híbrida ha soportado un gasto en una transacción con uno de sus socios o partícipes, mientras que en el otro Estado se desconoce a la entidad híbrida, por lo que el socio no se considera que perciba renta alguna, al no reconocerse operación alguna con la entidad. Junto a esta tipología de asimetrías, se suelen buscar con el empleo de entidades híbridas los denominados supuestos de doble deducción, en que una misma transacción da lugar a una deducción o a un gasto deducible en sede de la entidad híbrida y en sede de uno de los socios.

Estos supuestos de generación artificiosa de asimetrías han estado dentro de los objetivos de los planes de acción de las organizaciones internacionales y supranacionales contra la planificación fiscal agresiva. Así, en el Plan *BEPS*, la Acción 2 (Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos⁷)

⁵ Vid. BARENFIELD, J. (2005): *Taxation of Cross-Border Partnerships: Double Tax Relief in Hybrid and Reverse Hybrid Situations*, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, pp. 129 y ss.

⁶ Vid. OCDE (2015): *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: 2015 Final Reports. Executive Summaries*, OECD Publishing, París, pp. 9-11.

⁷ Vid. OCDE (2015): *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements. Action 2: Final Report*, OECD Publishing, París.

se dedica al análisis de la problemática derivada del empleo de los instrumentos y entidades híbridas en la planificación fiscal internacional. En el contexto de la Unión Europea, se ha incluido en la Directiva (UE) 2016/1164, de 12 de julio (ATAD o Directiva anti-abuso en adelante⁸), una previsión para dar solución a las asimetrías derivadas del empleo de mecanismos híbridos en las operaciones transfronterizas. La previsión contenida en el texto final de la Directiva, sin embargo, ha sido menos ambiciosa que la prevista en la propuesta originaria⁹. Además, se encuentra, actualmente en proceso de revisión, toda vez que se ha propuesto su modificación para dar cobertura a supuestos con terceros Estados¹⁰.

En la presente comunicación se analizarán, en primer lugar, la problemática y supuestos de asimetrías derivadas del empleo de entidades híbridas en las operaciones transfronterizas para, a continuación, examinar algunas soluciones previstas en distintos instrumentos, como son la Directiva de fusiones¹¹, el Modelo de Convenio de doble Imposición de la OCDE (MCOCDE¹²) o la Acción 2 del Plan BEPS. En tercer lugar, se analizará la previsión contenida en la ATAD, así como su propuesta de modificación para, finalmente, revisar las normas anti-híbridos contenidas en la Ley del Impuesto sobre Sociedades de cara a evaluar la necesidad de una eventual modificación de las mismas como consecuencia de la adopción de la ATAD.

2. LAS ENTIDADES ¿HÍBRIDAS? Y LOS DESAJUSTES QUE GENERA SU TRATAMIENTO TRANSFRONTERIZO ASIMÉTRICO

No existe una definición unánime del término “entidad híbrida”. Como señala la OCDE en la Acción 2 del Plan BEPS¹³, los mecanismos híbridos basados en entidades son aquellos que explotan las diferencias entre la transparencia y opacidad de una entidad a efectos fiscales. Se trata, por tanto, de entidades que, desde la perspectiva de un ordenamiento, no se consideran como sujetos separados de sus socios o partícipes, de modo que las rentas obtenidas a través de las mismas tributan directamente en sede de sus socios; mientras que, desde la perspectiva de otro ordenamiento, esa misma entidad es considerada como un sujeto pasivo autónomo en la impo-

⁸ Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

⁹ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, COM(2016) 26 final.

¹⁰ Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries, COM(2016) 687 final.

¹¹ Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DOUE, n.º L 310, de 25/11/2009). Esta Directiva contiene la versión consolidada de la Directiva de fusiones, cuya versión originaria se encontraba regulada en la 90/434/CEE.

¹² Las referencias al MCOCDE, salvo indicación en contrario, han de entenderse realizadas a su versión actual, aprobada por el Consejo de la OCDE el 15 de julio de 2014.

¹³ Vid. OCDE (2015): *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements...*, op. cit., p. 18.

sición sobre la renta¹⁴. Por lo tanto, os encontramos ante entidades que son tratadas por un Estado como entidades en atribución de rentas, mientras que otro Estado las considera como sujetos pasivos autónomos, de modo que le atribuye directamente las rentas obtenidas.

A efectos de analizar las implicaciones de las entidades híbridas en la planificación fiscal internacional, se ha de tener en cuenta la calificación de las mismas que se realice por el Estado de su constitución, por el Estado donde obtengan la renta y por el Estado de residencia a sus socios o partícipes¹⁵. Aunque en algunos supuestos puede haber coincidencia en la posición de dos Estados (por ejemplo, si el Estado de constitución de la entidad es el mismo que el de residencia del socio, en cuyo caso la asimetría vendrá determinada por la distinta calificación de la entidad en su Estado de constitución y en el Estado de la fuente), puede haber casos que impliquen a tres (o más) Estados con distintas calificaciones de la entidad en cada uno de ellos.

Dentro de esta categoría de entidades, se incluyen tanto las entidades híbridas “directas”, como las “inversas”¹⁶. Esta diferenciación se realiza en función del tratamiento de la entidad en su Estado de constitución. Las entidades híbridas directas son aquellas que son consideradas como entidades opacas en su Estado de constitución, mientras que en otros Estados son consideradas como entidades en atribución de rentas. Las entidades híbridas “inversas”, por su parte, son aquellas que son consideradas como entidades en atribución de rentas en su Estado de constitución, siendo calificadas como entidades “opacas” en otros Estados¹⁷.

Junto a las entidades híbridas en sentido estricto, se incluyen dentro de los mecanismos que pueden dar lugar a asimetrías híbridas las entidades con doble residencia¹⁸. En estos casos, no existe un desajuste como consecuencia de una disparidad en la calificación de una entidad que sea considerada como “híbrida”, sino que la entidad será considerada como sujeto pasivo autónomo en ambos Estados. El elemento que generará desajustes en este supuesto es el de la doble residencia de la entidad, que permitirá, eventualmente, que los mismos gastos sean deducibles en dos jurisdicciones.

El empleo de las entidades híbridas en la planificación fiscal internacional puede dar lugar a asimetrías híbridas derivadas de la distinta caracterización de la misma entidad por dos o más jurisdicciones. La ATAD, en su artículo 2.9) define una asimetría híbrida como: “La situación

¹⁴ Sobre los distintos criterios para considerar a una entidad como sujeto pasivo o no del Impuesto sobre Sociedades, *vid.*, JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D. J., y VEGA BORREGO, F. A. (2015): “Legal Personality, Limited Liability and CIT Liability” en GUTMANN, D. (coord.): *Corporate Income Tax Subjects: EATLP Annual Congress Lisbon*, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, pp. 17 y ss.

¹⁵ *Vid.*, por ejemplo, VEGA BORREGO, F. A. (2015): “La calificación de las entidades extranjeras como transparentes o no transparentes en los impuesto sobre la renta”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm.. 31, p. 439.

¹⁶ *Vid.* OCDE (2015): *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements...*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁷ *Vid.* OCDE (2015): *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements...*, *op. cit.*, p. 56; BARENFIELD, J. (2005): *Taxation of Cross-Border Partnerships...*, *op. cit.*, p. 130.

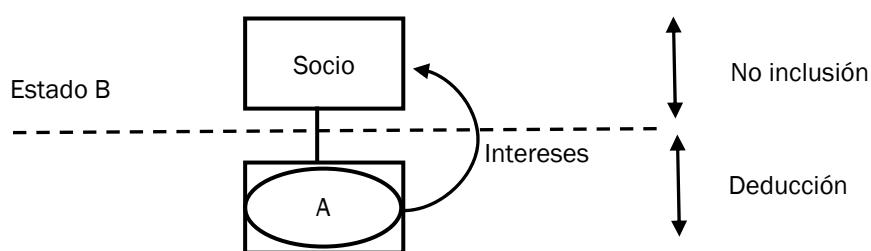
¹⁸ *Vid.* OCDE (2015): *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements...*, *op. cit.*, p. 16.

existente entre el contribuyente de un Estado miembro y una empresa asociada de otro Estado miembro, o bien un mecanismo estructurado entre participantes de distintos Estados miembros, cuando el siguiente resultado es atribuible a diferencias en la calificación jurídica de un instrumento o entidad financieros: a) una deducción del mismo pago, o de los mismos gastos o pérdidas, tanto en el Estado en el que se origine el pago, se generen los gastos o se hayan sufrido las pérdidas, como en otro Estado («doble deducción»), o b) una deducción de un pago en el Estado en el que tiene su origen el pago sin la correspondiente inclusión a efectos fiscales de dicho pago en el otro Estado («deducción sin inclusión»).”

Como puede comprobarse, las asimetrías se pueden manifestar de dos modos: de un lado, a través de estructuras de deducción sin inclusión o no inclusión; y, por otro, a través de estructuras de doble deducción. A continuación, trataré de explicar ambas estructuras en relación con las entidades híbridas para, posteriormente, referirme a las estructuras con entidad híbridas inversas y las entidades con doble residencia.

2.1. Estructuras de deducción sin inclusión

La estructura más habitual de deducción sin inclusión es aquella en que la entidad híbrida es considerada como opaca, es decir, un sujeto pasivo autónomo en su Estado de constitución, siendo sus socios o partícipes residentes en otro Estado en el que no se considera que la entidad híbrida tenga personalidad jurídico-tributaria propia, es decir, se la considera como una entidad en atribución de rentas¹⁹. En estos casos, la asimetría híbrida se logra mediante una transacción que implica un pago de la entidad híbrida a sus partícipes, por ejemplo, en concepto de intereses derivados de un préstamo concedido por los socios a la entidad.



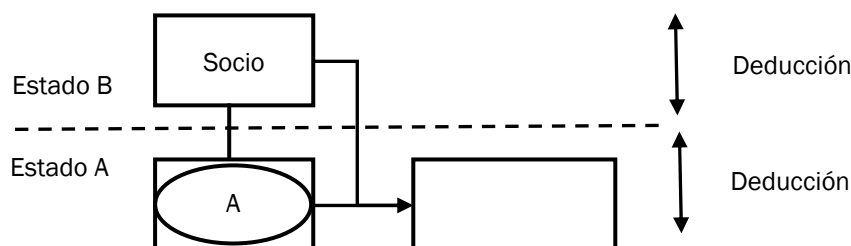
En este escenario, la entidad en su Estado de residencia/constitución tendrá un gasto deducible como consecuencia del pago de intereses a los socios no residentes. Desde la perspectiva de los socios, sin embargo, el gasto en sede de la entidad no dará lugar a efectos fiscales a un ingreso en la medida en que la entidad prestataria no será reconocida por la legislación fiscal del Estado de residencia de los socios como un sujeto pasivo autónomo. De este modo, para el Estado de residencia de los socios no existirá el préstamo, pues no habría un sujeto distinto del socio que recibiera dicho préstamo. Del mismo modo, los intereses percibidos no se reconocerían a efectos fiscales en la medida en que se trataría de un pago realizado por una entidad en atribución de rentas a sus socios.

¹⁹ Vid. OCDE (2015): *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements...*, op. cit., p. 50.

Como puede observarse, de este modo se logra obtener un gasto fiscalmente deducible en el Estado de la entidad híbrida, sin que dicho gasto vaya acompañado de un ingreso en el Estado de residencia de los socios. Esta estructura se puede dotar de mayor complejidad si, por ejemplo, la entidad híbrida se puede consolidar con entidades operativas en el Estado de su constitución, de modo que los beneficios de las entidades operativas pueden compensarse con las pérdidas obtenida por la entidad híbrida mediante el pago de intereses, sin que dichos intereses generen ingresos fiscales en el Estado de residencia de los socios. Igualmente, los pagos entre la entidad y los socios pueden referirse a conceptos distintos de la remuneración de un préstamo, como puede ser el pago de cánones u otro tipo de operaciones.

2.2. Estructuras de doble deducción

Frente a las estructuras que generan supuestos de deducción sin inclusión, en los casos de estructuras que generan supuestos de doble deducción el objetivo es que un mismo gasto sea objeto de deducción en sede de dos sujetos distintos²⁰. Para ello, al igual que en el caso anterior, se aprovecha la disparidad en la calificación de la entidad híbrida como entidad opaca o entidad en atribución de rentas en dos jurisdicciones distintas. El esquema sería el siguiente:



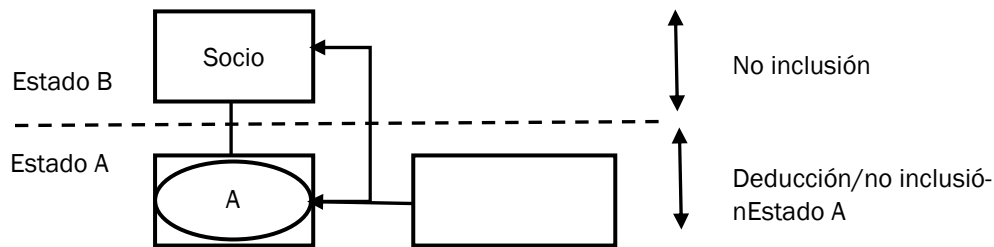
En esta estructura se busca que un pago realizado a una entidad distinta sea deducible en sede de la entidad híbrida y de sus socios. Para ello, la estructura se aprovecha de la disparidad en la caracterización de la entidad en el Estado de su constitución y en el Estado de los socios. En el Estado de constitución, la entidad es considerada opaca, de modo que el pago realizado es deducible en sede de la propia entidad. En el Estado de los socios, sin embargo, la entidad es considerada como una entidad en atribución de rentas, de modo que no se reconoce su personalidad jurídico-tributaria. En consecuencia, el pago se atribuye directamente al socio, al desconocerse la entidad híbrida por parte del Estado de residencia de aquel. De este modo, en el Estado del socio el pago realizado se atribuye al propio socio, siendo deducible a efectos fiscales. De este modo, se logra que el mismo pago genere dos gastos deducibles a efectos fiscales, en sede del socio y de la entidad híbrida.

2.3. Estructuras con entidades híbridas inversas

En el caso de las entidades híbridas inversas, a diferencia de lo visto en los supuestos anteriores, su caracterización en el Estado de su constitución no es la de entidad opaca, sino la de entidad en atribución de rentas. Con todo, la dinámica no es muy distinta a la de las entidades híbridas

²⁰ Vid. OCDE (2015): *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements...*, op. cit., pp. 68-69.

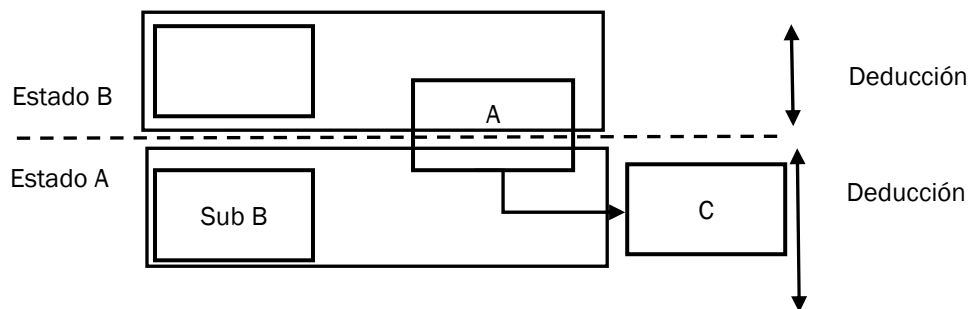
comunes. En este caso, lo que se trata es de evitar que se genere un ingreso en sede de la entidad o de sus socios a través de la disparidad en la calificación de las entidades²¹. En este escenario lo fundamental es que la entidad en que se genera un gasto deducible por un pago realizado a través de la entidad híbrida sea una entidad vinculada, de modo que exista un gasto en sede de la entidad vinculada que no sea objeto de inclusión ni en la entidad híbrida, ni en sede de sus socios. La estructura sería la siguiente:



En este caso, la entidad híbrida es considerada como una entidad en atribución de rentas en su Estado de constitución. En consecuencia, el pago que recibe de la entidad vinculada no se considera obtenido por la propia entidad, sino por sus socios, de modo que, salvo que el convenio de doble imposición entre el Estado A y el Estado B permitiera que el primero gravara la renta obtenida por el socio no residente, en el Estado A únicamente se tendría en cuenta el gasto realizado por la entidad vinculada a efectos de su deducción. La estructura se completa en el Estado B, el cual considera a la entidad híbrida como una entidad opaca. De este modo, el pago percibido por la entidad se atribuye por este Estado a la entidad. Así, el pago realizado por la entidad vinculada únicamente da lugar a un gasto deducible, sin que se genere el correlativo ingreso en sede de la entidad híbrida o de sus socios o partícipes.

2.4. Estructuras con entidades con doble residencia

La última estructura que genera una asimetría híbrida es la derivada del empleo de entidades con doble residencia. En estos casos las entidades empleadas en esta modalidad de planificación no son entidades híbridas en sentido estricto, sino entidades que son consideradas residentes en dos Estados. La planificación en estos casos se basa en la consideración de estas entidades como residentes en dos Estados a los efectos de lograr la deducción de un mismo gasto en ambos Estados²². La estructura sería la siguiente:



²¹ Vid. OCDE (2015): *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements...*, op. cit., pp. 55-56.

²² Vid. OCDE (2015): *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements...*, op. cit., pp. 77-78.

En esta estructura se trata de aprovechar dos veces un gasto realizado por la entidad A, residente en los Estados A y B. En la medida en que la entidad es residente en ambos Estados, el gasto será deducible en los dos Estados. La utilización de este gasto deducible, por ejemplo, puede hacerse mediante la consolidación de la entidad con doble residencia con dos filiales residentes en cada uno de los Estados afectados. De este modo, el gasto se podrá compensar con los beneficios procedentes de ambas entidades.

3. ¿CÓMO ELIMINAR LAS ASIMETRÍAS EN RELACIÓN CON EL TRATAMIENTO DE LAS ENTIDADES HÍBRIDAS?

Las asimetrías provocadas por las entidades híbridas han sido objeto de análisis antes de que se comenzaran los trabajos relacionados con la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios en el marco de la OCDE. A este respecto, deben tenerse en cuenta, en primer lugar, los comentarios al MCOCDE que incorporan los resultados del informe sobre la aplicación del MCOCDE a las entidades personalistas²³. De modo similar, en la modificación de la Directiva de fusiones de 2005 se planteó la aplicación de los beneficios de la Directiva a las entidades que pudieran ser consideradas como entidades en atribución de rentas por Estados distintos del de su constitución.

3.1. El tratamiento de las entidades híbridas en el MCOCDE

Las entidades personalistas plantean diversos problemas en el marco de la aplicación de los convenios de doble imposición. Como es sabido, estas entidades, en tanto que no son consideradas como sujetos pasivos autónomos de sus socios en su Estado de constitución/residencia, no pueden ser consideradas como residentes a los efectos del artículo 4 del MCOCDE²⁴, y, por tanto, no tienen derecho, por sí mismas a la aplicación de los convenios de doble imposición basados en el MCOCDE de acuerdo con lo previsto en el artículo 1 del MCOCDE²⁵.

En estos casos, los comentarios al artículo 1 del MCOCDE establecen que el derecho a la aplicación del convenio de doble imposición en lo que afecta al Estado de la fuente debe limitarse a la proporción de la renta que fuera atribuible a socios o partícipes de la entidad en atribución de rentas residentes en el Estado de constitución²⁶. De esta manera, podría plantearse que se está aceptando el criterio del Estado de la constitución de la entidad híbrida²⁷, toda vez que la entidad

²³ Vid. OCDE (1999), *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, Issues in International Taxation no. 6, OECD Publishing, París.

²⁴ Vid. párrafo 8.8 de los comentarios al artículo 4 MCOCDE.

²⁵ El artículo 1 del MCOCDE establece que “[e]l presente Convenio se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados Contratantes”. Por lo tanto, se exige el cumplimiento cumulativo de dos requisitos para acceder a los beneficios previstos en un convenio basado en el MCOCDE: la condición de persona y la condición de residente. Vid. VEGA BORREGO, F. A. (2016): “Las medidas antiabuso en los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional”, en *Manual de Fiscalidad Internacional*, 4.ª ed., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 1414-1415. Vid., en relación con las entidades personalistas, los párrafos 2 y ss. de los Comentarios al artículo 1 MCOCDE.

²⁶ Vid. párrafo 6.5 de los comentarios al artículo 1 MCOCDE.

²⁷ Sobre los criterios para el reconocimiento de la personalidad jurídico-tributaria de las entidades extranjera, vid. VEGA BORREGO, F. A. (2015): “La calificación de las entidades extranjeras como transparentes o no transparentes...”, *op. cit.*, pp. 443 y ss., especialmente en la p. 448 en relación con el criterio del régimen fiscal de la entidad en el Estado de constitución.

no tendrá derecho a la aplicación del convenio, limitándose el derecho a los beneficios del convenio a la parte que se atribuya a socios residentes en el Estado de constitución, de modo que el Estado de la fuente deberá aplicar, aunque sea parcialmente, el régimen de atribución de rentas.

Por otro lado, en relación con la eliminación de la doble imposición, el MCOEDE, en los comentarios a los artículos 23A y 23B señala que, en casos de disparidades en la calificación de una entidad por parte de los Estados contratantes de acuerdo con su normativa interna, el Estado de la residencia deberá aceptar la calificación dada por el Estado de la fuente a efectos de eliminar la doble imposición²⁸. De este modo, el Estado de residencia deberá aceptar la calificación dada por el Estado de la fuente a los efectos de la eliminación de la doble imposición.

Debe tenerse en cuenta que el objetivo de los comentarios al MCOEDE es el de facilitar la eliminación de la doble imposición en estos casos y no la de prevenir los supuestos de erosión de bases imponibles. Como puede apreciarse, los comentarios no adoptan una posición unívoca, sino que lo que facilitan es la eliminación de la doble imposición por parte del Estado de la fuente o de la residencia a través de la aceptación de la calificación dada por el otro Estado en función de qué Estado esté aplicando el convenio.

3.2. El tratamiento de las entidades híbridas en la Directiva de fusiones y en otras normas de Derecho derivado

El Derecho de la Unión Europea ya incorporaba algunos ejemplos en relación con el tratamiento fiscal de las entidades híbridas antes de la ATAD. En concreto, la Directiva de fusiones, tras su modificación en 2005²⁹, incorporó una previsión específica para los casos en que las entidades participantes en operaciones de reorganización empresarial a nivel transfronterizo fueran calificadas por alguno de los Estados afectados como entidades en atribución de rentas³⁰. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.c) de la propia Directiva, las entidades participantes en esta clase de operaciones deben ser sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades de su Estado de procedencia. Sin embargo, alguno de los tipos sociales amparados por la Directiva (por ejemplo, las sociedades civiles francesas sujetas al Impuesto sobre Sociedades) podrían ser consideradas como entidades en atribución de rentas por otros Estados distintos al de su constitución³¹.

En estos casos, la Directiva incorpora dos reglas, dependiendo de la posición de la entidad en la operación³². En primer lugar, si la entidad opera como entidad transmitente (en una fusión, esci-

²⁸ Vid. párrafo 32.4 de los comentarios a los artículos 23A y 23B.

²⁹ Directiva 2005/19/CE del Consejo de 17 de febrero de 2005 por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

³⁰ Se trata del artículo 11 de la actual versión consolidada de la Directiva de fusiones.

³¹ Vid. BENECKE, A., y SCHNITGER, A. (2005): "Final Amendments to the Merger Directive: Avoidance of Economic Double Taxation and Application to Hybrid Entities, Two Conflicting Goals", *Intertax*, vol. 33, núm. 4, p. 174.

³² Sobre el funcionamiento de las reglas previstas en la Directiva de fusiones en relación con entidades híbridas, vid. PALAO TABOADA, C. (2005): "La modificación de la Directiva de fusiones", *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y*

sión o aportación de activos) o adquirida (en un canje de acciones), el Estado que la considere como transparente podrá gravar directamente a los socios, permitiendo la deducción del impuesto nocial que hubiera gravado a la entidad en su caso³³. La segunda regla es aplicable a los casos en que la entidad opere como entidad beneficiaria. En esos casos, la Directiva establece un régimen de atribución de rentas, por el que el Estado aplicando la Directiva deberá aplicar los beneficios a los socios o partícipes residentes del mismo modo que lo habría hecho de ser la entidad híbrida residente.

De modo similar, en el artículo 21 del Reglamento (CEE) n.º 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE), se establece un régimen de atribución de rentas para esta clase de entidades³⁴. De este modo, esta clase de entidades tiene la calificación fiscal de entidades en atribución de rentas *ex lege*.

En los casos anteriores, el Derecho derivado ha evitado armonizar el tratamiento de las entidades híbridas a nivel transfronterizo, armonizándose únicamente algunos elementos derivados de la aplicación del sistema fiscal común para las operaciones de reorganización empresarial. Esto es coherente con el principio de proporcionalidad, puesto que armonizar los criterios para el reconocimiento de las entidades extranjeras iría más allá de lo necesario para asegurar los fines de la Directiva³⁵. La única excepción es la prevista en el caso del Reglamento de las AEIE. Sin embargo, esta excepción es coherente con la creación de un tipo social por un instrumento de Derecho derivado, que necesariamente necesita de un trato homogéneo en toda la Unión.

3.3. La solución de la Acción 2 del Plan BEPS

Los trabajos en relación con la eliminación de las asimetrías híbridas ya habían comenzado antes del comienzo de los trabajos del Plan BEPS³⁶. Con todo, ha sido en el contexto de este plan de acción donde se ha desarrollado un trabajo más completo de cara a afrontar los retos derivados del empleo de mecanismos híbridos en la fiscalidad internacional. La Acción 2 del Plan BEPS incluye medidas tendentes a evitar los desajustes que producen los instrumentos financieros híbridos, así como las entidades híbridas. El enfoque en este caso, frente a lo que acontece en los casos señalados anteriormente, no es el de asegurar una homogeneidad en el tratamiento de las entidades híbridas o asegurar que su interposición no genere mayores cargas fiscales para los operadores,

Tributación (Comentarios, Casos Prácticos), núm. 268, pp. 18-23. Debe notarse que, además de las previsiones a que me he referido, la Directiva incluye igualmente reglas para su aplicación a los socios de sociedades transmitentes que sean considerados transparentes.

³³ Sobre el sistema de cálculo del crédito por impuestos nocionales en la Directiva de fusiones, *vid.* JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D. J., y VEGA BORREGO, F. A. (2010): "Elimination of Double Taxation and Tax Deferral: the example of the Merger Directive", en LANG, *et al.* (eds.): *Tax Treaties: Building Bridges between law and economics*, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, pp. 381 y ss.

³⁴ *Vid.* JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D. J., y VEGA BORREGO, F. A. (2015): "Legal Personality, Limited Liability and CIT Liability", *op. cit.*, pp. 33-34.

³⁵ *Vid.* BENECKE, A., y SCHNITGER, A. (2005): "Final Amendments to the Merger Directive...", *op. cit.*, p. 177.

³⁶ *Vid.* JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D. J. (2015): "Doble (no) imposición e híbridos financieros...", *op. cit.*, pp. 137-138.

sino evitar los supuestos de desimposición que se generan a través de las estructuras de deducción sin inclusión o de doble deducción mediante el empleo de mecanismos híbridos³⁷.

Aunque la acción 2 se compone de varias recomendaciones que afectan tanto a la normativa doméstica como al MCOCDE, el núcleo de la acción son las denominadas *linking rules*, que vinculan el tratamiento de un determinado pago en una jurisdicción a su tratamiento en otra³⁸. El enfoque es puramente pragmático³⁹, de modo que lo que se trata es de evitar una desimposición a través de negar la deducibilidad de un pago o de obligar a la inclusión de un pago en la base imponible del perceptor.

De modo simplificado, las *linking rules* propuestas en la Acción 2 operan del siguiente modo:

- En los casos de estructuras de deducción sin inclusión, se recomienda al Estado del pagador que limite la deducibilidad del pago en la medida en que dé lugar a un ingreso que no sea incluido en la base imponible del perceptor. Esta regla se denomina regla primaria. Junto a ella, en los casos en que el Estado del pagador no opere de acuerdo con la recomendación, se incluye una regla defensiva que obliga al Estado del perceptor de las rentas a incluir en la base imponible del perceptor los pagos recibidos en la medida en que generen un ingreso deducible para el pagador en el otro Estado⁴⁰. En el caso de las entidades híbridas inversas, sin embargo, únicamente es de aplicación la recomendación primaria⁴¹, toda vez que tanto el Estado de la entidad como el Estado del socio podrían ser considerados como Estados del perceptor de las rentas.
- En los casos de estructuras de doble deducción se incorporan igualmente una recomendación primaria y una recomendación defensiva. En este caso, la regla primaria supone que el Estado del socio o partícipe deniegue la deducción del pago realizado en la medida en que dé lugar a una deducción en el Estado de la entidad pagadora. De no aplicarse esta recomendación, la Acción 2 propone una regla defensiva por la cual el Estado de la entidad pagadora denegará la deducción del pago en la medida en que dé lugar a una deducción en el Estado del socio o partícipe⁴².
- Finalmente, en los casos de doble residencia, se propone que ambos Estados denieguen la deducción de los gastos en la medida en que no se graven ingresos correlativos en ambos Estados⁴³.

³⁷ Vid. OCDE (2015): *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements... op. cit.*, p. 17.

³⁸ Vid. MARTÍNEZ LAGUNA, F. D. (2016): “Institutional Hybrid Financial Instruments and Double Non-taxation...”, *op. cit.*, pp. 448 y ss.

³⁹ Vid. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L’HOTELLERIE-FALLOIS, D. J. (2015): “Doble (no) imposición e híbridos financieros...”, *op. cit.*, p. 142.

⁴⁰ Vid. OCDE (2015): *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements... op. cit.*, p. 49.

⁴¹ Vid. OCDE (2015): *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements... op. cit.*, p. 55.

⁴² Vid. OCDE (2015): *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements... op. cit.*, p. 67.

⁴³ Vid. OCDE (2015): *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements... op. cit.*, p. 77.

3.4. La regla anti-híbridos de la Directiva anti-abuso

La Directiva anti-abuso forma parte del paquete contra la evasión fiscal presentado por la Comisión Europea a comienzos de 2016. Aunque la propuesta inicial de la Comisión tenía un ámbito de aplicación más amplio que el de la Directiva definitiva⁴⁴, el texto adoptado supone la obligación para los Estados miembros de la Unión Europea de adoptar medidas para la protección de sus bases imponibles similares a las emanadas del plan *BEPS*.

En el caso de las asimetrías híbridas, la Directiva incluye una regla específica aplicable tanto en la planificación con instrumentos financieros híbridos como con entidades híbridas y destinada a eliminar los desajustes que se producen mediante estructuras de deducción sin inclusión y de doble deducción. Esta previsión, contenida en el art. 9 de la Directiva establece lo siguiente:

- “1. Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una doble deducción, la deducción solo se concederá en el Estado miembro en el que se haya originado el pago correspondiente.
2. Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una deducción sin inclusión, el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción del pago correspondiente.”

Como puede apreciarse, las reglas incorporadas en la Directiva se corresponden con las reglas primarias incluidas en los esquemas de deducción sin inclusión y de doble deducción. La ausencia de reglas defensivas es lógica en la medida en que los Estados miembros van a estar directamente obligados a aplicar las reglas previstas en la Directiva.

Con todo, la propuesta originaria de la Comisión incorporaba reglas más ambiciosas, basadas en el reconocimiento de las entidades extranjeras a efectos de dotar de homogeneidad al tratamiento fiscal de las rentas obtenidas a través de ellas⁴⁵. En el texto aprobado, la regla adoptada se ha basado en el mismo pragmatismo que la Acción 2 estableciendo *linking rules* que aseguran que no se produzca una desimposición sin entrar a calificar de modo homogéneo los elementos híbridos.

3.4.1. La propuesta de modificación de la Directiva anti-abuso

Un problema apreciable en la Directiva anti-abuso ha sido la falta de las recomendaciones defensivas en la medida en que las reglas que incorpora únicamente afectan a los Estados miembros,

⁴⁴ Sobre la propuesta originaria de la comisión, *vid.* NAVARRO, A.; PARADA, L., y SCHWARZ, P. (2016): “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, *EC Tax Review*, vol. 25, núm. 3, pp. 117 y ss.

⁴⁵ El artículo 10 de la propuesta originaria de la Comisión de Directiva anti-abuso establecía lo siguiente en relación con las asimetrías provocadas por las entidades híbridas: “[c]uando dos Estados miembros otorguen una calificación jurídica diferente a un mismo contribuyente (entidad híbrida) (...), y ello dé lugar a una situación en la que se produzca una deducción del mismo pago, o de los mismos gastos o pérdidas, tanto en el Estado miembro en el que se origine el pago, se haya incurrido en gastos o se hayan sufrido pérdidas como en otro Estado miembro, o a una situación en la que se produzca una deducción de un pago en el Estado miembro en el que tiene su origen el pago sin la correspondiente inclusión de dicho pago en el otro Estado miembro, ese otro Estado miembro deberá aplicar la misma la calificación jurídica otorgada a la entidad híbrida en el Estado miembro en el que se origine el pago, se haya incurrido en gastos o se hayan sufrido pérdidas”. Como puede apreciarse, el mecanismo para luchar contra la desimposición que se lograba a través de la interposición del mecanismo híbrido se basaba en la eliminación de la propia asimetría mediante la asunción de la calificación fiscal de la entidad otorgada por el Estado de la fuente del pago. *Vid.* NAVARRO, A.; PARADA, L., y SCHWARZ, P. (2016): “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive...”, *op. cit.*, pp. 127 y ss.

sin que se extiendan a terceros Estados. Es por ello que, a los pocos meses de ser aprobada la Directiva, se ha publicado una propuesta de modificación por parte de la Comisión Europea con el objeto de evitar también las situaciones de deducción sin inclusión o de doble deducción cuanto intervengan en la estructura terceros Estados⁴⁶. Esta propuesta incorpora reglas defensivas para estas estructuras, así como reglas específicas para los supuestos de doble residencia de entidades en un Estado miembro y en un tercer Estado. De modo resumido, estas reglas son las siguientes:

- Supuestos de doble deducción: se mantiene la regla prevista en la ATAD, complementándose con una previsión específica para el caso de desajustes entre un Estado miembro y un tercer Estado con la siguiente estructura: se obliga al Estado miembro a denegar la deducción del pago, aun cuando no se trate del Estado donde el pago tiene su origen, en la medida en que el tercer Estado no evite la deducción del mismo pago⁴⁷. Adicionalmente, cuando la doble deducción se produzca en terceros Estados como consecuencia del empleo de un mecanismo híbrido y dicho pago tenga su origen en un Estado miembro, la Directiva obliga al Estado miembro del cual tiene su origen el pago a no permitir su deducción en tanto dé lugar a una doble deducción⁴⁸.
- Supuestos de deducción sin inclusión: junto a la regla contenida en la ATAD, la propuesta de modificación de la Comisión implica la inclusión de una regla defensiva por la que el Estado miembro del receptor del pago estará obligado a incluir dicho pago en la base imponible del receptor en tanto se produzca la deducción del mismo en un tercer Estado⁴⁹.
- Finalmente, en relación con las entidades con doble residencia en un Estado miembro y en un tercer Estado, la propuesta de modificación incluye una regla similar a la de la Acción 2 en la medida en que obliga al Estado miembro en que la entidad sea residente a denegar la deducción de los pagos que se recojan por ambos Estados cuando estos gastos se compensen con ingresos que no sean objeto de inclusión en el tercer Estado⁵⁰.

4. EL ARTÍCULO 15.1.J) DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES A LA LUZ DE LA DIRECTIVA ANTI-ABUSO. ¿ES NECESARIA UNA MODIFICACIÓN PARA TRANSPONER LA DIRECTIVA ANTI-ABUSO?

La Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), incorporó en su art. 15.1.j) por primera vez en nuestro ordenamiento una regla específica para evitar los desajustes híbridos. Esta previsión tiene el siguiente tenor: “No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles: j)

⁴⁶ Vid. *supra* nota 10 y el Considerando 8 de la propuesta de modificación de la Directiva anti-abuso [COM(2016) 687 final]. Esta carencia de la ATAD ya había sido anticipada por NAVARRO, A.; PARADA, L., y SCHWARZ, P. (2016): “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive...”, *op. cit.*, p. 130.

⁴⁷ Vid. propuesta de nuevo artículo. 9.1 de la ATAD en el artículo 1(3) de la propuesta de modificación (*supra* nota 10).

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

Los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por 100.”

Como puede advertirse, esta limitación a la deducibilidad de gastos se basa en la regla primaria para los supuestos de deducción sin inclusión. Sin perjuicio de lo anterior, su ámbito de aplicación puede ser considerado más amplio por incluirse supuestos en que no solo se produzca la no inclusión del ingreso correlativo en sede de la entidad perceptora de la renta, sino también casos en que el desajuste da lugar a una tributación por debajo de un tipo nominal del 10%⁵¹.

Ahora bien, lo que no contempla esta previsión son los supuestos de doble deducción, puesto que no se vincula la deducibilidad del gasto a que la misma operación dé lugar a una deducción en sede de los socios o partícipes o que siendo un residente español el socio o partícipe, que dicho gasto hubiera sido deducido en sede de una entidad híbrida no residente. La directiva obliga a los Estados miembros a adoptar las reglas previstas en su articulado para evitar la erosión de sus bases imponibles salvo que ya contaran con “disposiciones nacionales o consensuadas dirigidas a salvaguardar un nivel de protección más elevado de las bases imponibles nacionales del impuesto sobre sociedades”⁵².

A este respecto, debe tenerse en cuenta que la propuesta originaria de la Comisión se basaba, a la hora de evitar las asimetrías derivadas del empleo de entidades híbridas de una calificación homogénea de la entidad entre el Estado de constitución de la entidad y el Estado de la residencia de los socios o partícipes. De este modo, se aseguraba que no se duplicaran deducciones toda vez que no existiría una disparidad en el tratamiento de la entidad por parte de ambos Estados⁵³.

La normativa española relativa al reconocimiento de entidades extranjeras se encuentra en los artículos 37 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (TRLIRNR) y 87.1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. A pesar de las dificultades derivadas de la literalidad de ambos preceptos, la doctrina administrativa y científica consideran que el test previsto en estos preceptos se basa en la calificación fiscal de la entidad extranjera, de modo que España asume la transparencia u opacidad de las entidades extranjeras de conformidad con el ordenamiento de su constitución⁵⁴. De ser esto así, en los casos en que España fuera el Estado de residencia del socio de una entidad híbrida no existiría desajuste toda vez que la entidad tendría igual tratamiento en su Estado de constitución y en España como el Estado de residencia del socio o partícipe. Esto supondría que no fuera necesaria una transposición específica de la previsión contenida en la ATAD, toda vez que la normativa española previene el desajuste híbrido que se produciría en estos casos.

⁵¹ Vid. BARREIRO CARRIL, M. C. (2016): “La tributación de los dividendos intersocietarios transnacionales...”, *op. cit.*, pp. 15-16.

⁵² Vid. artículo 3 de la Directiva anti-abuso.

⁵³ Vid. NAVARRO, A.; PARADA, L., y SCHWARZ, P. (2016): “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive...”, *op. cit.*, pp. 128-129.

⁵⁴ Vid. VEGA BORREGO, F. A. (2015): “La calificación de las entidades extranjeras como transparentes o no transparentes...”, *op. cit.*, pp. 450-455.

Ahora bien, de aprobarse la propuesta de modificación de la ATAD, es claro que la normativa española necesitaría igualmente de una modificación. Como he señalado, la normativa española únicamente incluye una regla primaria. En los casos de desajustes con terceros Estados, la propuesta de la Comisión supone la inclusión de reglas defensivas, las cuales no se contemplan en nuestra normativa. Asimismo, no se incluyen reglas específicas para evitar los casos de doble deducción mediante el empleo de entidades con doble residencia. De adoptarse la modificación, estas previsiones necesitarían de una transposición específica en nuestro ordenamiento.

Principales medidas introducidas por la Directiva antielusión fiscal (UE 2016/1164). Un análisis sobre su futura efectividad

ANA MARÍA LÓPAZ PÉREZ

Profesora Florida Universitaria (Adscrita a la Universitat de València)

I. Introducción. II. En lucha contra la elusión fiscal. Proyecto *BEPS*, ¿éxito o fracaso? III. La Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, el compromiso de la Unión contra la planificación fiscal agresiva. Medidas principales. IV. A modo de conclusión. Bibliografía.

RESUMEN. Las instituciones europeas, Consejo y Comisión, han venido demostrando a lo largo de los últimos años un creciente interés en el fortalecimiento de la unidad de los Estados miembros en aras a combatir la elusión fiscal; verdadera lacra que no solo afecta directamente a nuestro país sino a la Unión Europea en su conjunto. Para ello y como muestra de su tan incesante como necesaria búsqueda de la armonización fiscal efectiva, el 12 de julio de 2016 ve la luz la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior; siendo uno de sus principales ámbitos de actuación el impuesto sobre sociedades y de sus objetivos desalentar a los estados miembros en la elusión fiscal, mejorando la resistencia del mercado interior y el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el proyecto *BEPS* (erosión de bases y el traslado de beneficios, siglas en inglés); en opinión del Consejo una directiva es el mejor instrumento para la consecución práctica de las conclusiones de las *BEPS* de la OCDE en la Unión Europea.

El objetivo del presente trabajo no es otro que el análisis de las principales medidas introducidas por la Directiva Antielusión fiscal y de su efectividad en la implantación, especialmente en España; para lograr el objetivo propuesto, tras una introducción, relataremos el contenido de la norma así como los conceptos introducidos por la misma para posteriormente detenernos en el análisis de la viabilidad de sus principales líneas de acción. Llegaremos así a las conclusiones, fruto de nuestro trabajo.

Palabras clave: elusión fiscal, directiva, efectividad, impuesto sobre sociedades, *BEPS*.

I. INTRODUCCIÓN

No podemos comenzar el presente trabajo sin hacer alusión a dos conceptos cuyo significado adquiere especial relevancia en nuestro estudio; nos referimos a la diferencia entre elusión y evasión fiscal. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al primero de ellos como “acción y efecto de eludir “y al vocablo eludir; “evitar con astucia una dificultad o una obligación”. Además, cita los ejemplos de eludir un problema o eludir impuestos. Con respecto al segundo de los términos, evasión, el diccionario vuelve a definir el verbo del mismo modo que el anterior; “acción y efecto de evadir o evadirse”. Si acudimos a la definición para el concepto evadir nos encontramos con: “sacar ilegalmente de un país dinero o cualquier tipo de bienes”.

La mayoría de los autores identifican la evasión fiscal con la pérdida o reducción de ingresos tributarios. Villegas¹ define la evasión fiscal como “toda eliminación o disminución de un monto

¹ VILLEGAS, H.; ARGUELLO VELEZ, G., y SPILA GARCIA, R. (1992): “La evasión fiscal en la Argentina”, *Revista Derecho Fiscal*, vol. 337, citado por AQUINO, M. A. (2008): “La evasión fiscal: origen y medidas de acción para combatirla”, *Documento Instituto Estudios Fiscales (IEF)* n.º 13/08.

tributario producido dentro del ámbito de un país por parte de quienes están jurídicamente obligados a abonarlo y que logran tal resultado mediante conductas fraudulentas u omisivas violatorias de disposiciones legales”. En la misma línea se encuentra Folco², para quien la evasión constituye “todo acto u omisión que, en contradicción con la ley fiscal aplicable al mismo, provoca indebidamente la disminución o eliminación de la denominada carga tributaria”.

En definitiva y tal y como se desprende de lo anterior, la diferencia entre ambos conceptos es: la elusión fiscal no supone la infracción del Ordenamiento jurídico, cuestión distinta claro está sería su análisis desde un punto de vista ético³. La evasión, por el contrario, si implica la transgresión de una norma o vulneración de la legalidad lo que conlleva inevitablemente la disminución de los ingresos fiscales.

Aclarados los anteriores conceptos y retomando el tema que nos ocupa, es evidente que la elusión fiscal constituye hoy en día un problema muy grave a la par que difícil de solventar y que en nuestra humilde opinión plantea mayores dificultades que la evasión, tanto en su prevención como en su calificación. Y ello es así por dos motivos fundamentales: mientras que, como ya dijimos, la evasión fiscal supone la infracción de una norma, la elusión entraña un problema de calificación; de este modo opina García Novoa⁴ precisando que en aras a la lucha contra la elusión fiscal, el estudio de la calificación debe focalizar su interés en el hecho imponible “ya que aquella, en su versión más genuina, consiste en evitar la realización del hecho imponible, lo que puede tener lugar a través de la manipulación de figuras negociales”.

En nuestro país, no existe en la actualidad ningún informe sobre el fraude fiscal, si bien en las memorias anuales de recaudación tributaria elaboradas por la Agencia Tributaria se detallan las actuaciones llevadas a cabo en relación con el control del fraude tributario y aduanero, lo cierto es que no se aportan datos ciertos que reflejen la situación del fraude fiscal. Tax Justice Network⁵ sitúa a nuestro país en décimo lugar en el ranking de los Estados que más pérdidas recaudatorias sufren como consecuencia directa del fraude fiscal; ello equivale al 22,5% del PIB.

Por lo que respecta al fraude fiscal internacional en la Unión Europea (en adelante UE) es evidente que las mayores bolsas de fraude se producen en el Impuesto sobre Sociedades⁶. La Directiva

² Folco, C. M. (2004): “El fenómeno de la evasión fiscal” en Folco, C. M.; ABRALDES, S. F., y BISCAYART, J. L. (2004): “Ilícitos fiscales: asociación ilícita en materia tributaria”, *Ley* n.º 25, 874. Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 17, citado por REZZOAGLI, B. A. (2011): “Ilícitos tributarios Diferenciación entre evasión, defraudación y elusión fiscal”, *Amicus Curiae*, Segunda Época, n.º 2 (2).

³ En relación con los aspectos éticos de la elusión fiscal *vid.* MCCREE, R. W.; PALÁU, S. L., y LÓPEZ, G. A. Y. (2010): “¿ Es ética la evasión de impuestos?: Estudio empírico de opinión en Colombia”, *Sotavento MBA*, n.º 15, págs. 16-29.

⁴ GARCÍA NOVOA, C. (2005): “Las potestades de calificación y recalificación como mecanismos antielusorios en el derecho español”, *THEMIS: Revista de Derecho*, n.º 51, pág. 161.

⁵ TAX JUSTICE NETWORK (2011): “The cost of tax abuse. A brief paper on the cost of tax evasion worldwide”, disponible en: http://www.tackletaxhavens.com/Cost_of_Tax_Abuse_TJN_Research_23rd_Nov_201_1.pdf, fecha de consulta 02/12/2017, citado por GARCÍA, A. V.; LAGO-PÉÑAS, S., y FERNÁNDEZ LEICEAGA, X. (2016): “Economía sumergida y fraude fiscal en España: un análisis de la evidencia empírica”, *XXIII Encuentro de Economía Pública*, Servicio de Publicaciones. *Vid.* este documento en aras a una mayor profundización sobre el estudio de la situación actual de la economía sumergida y del fraude fiscal en España desde un punto de vista empírico.

⁶ La propuesta de resolución del Parlamento Europeo (PE) sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales [2013/2060 (INI)] en respuesta al informe del PE sobre la lucha contra el fraude fiscal [2013/2060(INI)]

(UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior nace con la finalidad primordial de restablecer confianza en la equidad de los sistemas fiscales y permitir a los gobiernos ejercer de forma eficaz su potestad tributaria. (Considerando I). Uno de sus objetivos principales es el incremento de la resistencia y fortaleza de los Estados miembros en la lucha contra la elusión fiscal transfronteriza.

Precisamente en aras a combatir las prácticas de elusión fiscal transfronteriza, el intercambio de información tributaria se ha convertido en un factor clave e imprescindible para los gobiernos que observan como las citadas prácticas son cada vez más frecuentes. Los “grupos de empresas multinacionales”, se encuentran en una situación privilegiada frente a las pequeñas y medianas empresas (PYMES) puesto que al realizar operaciones con otros países pueden caer en la tentación de realizar determinadas actividades que podrían calificarse de “planificación fiscal agresiva”. La consecuencia para las PYMES es que la carga tributaria que podrían llegar a soportar sería mucho más elevada que la que correspondería a los grupos de empresas multinacionales. Por estas y otras razones ve la luz la Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad. Su finalidad es lograr que los Estados miembros cooperen eficazmente y en condiciones compatibles con el buen funcionamiento del mercado interior⁷.

El objetivo del presente trabajo es analizar las principales medidas introducidas por la Directiva (UE 2016/1164); para lograr el objetivo propuesto, tras la presente introducción, nos adentraremos en el estado actual de lucha contra la elusión fiscal, los fracasos y logros del Proyecto BEPS. Posteriormente estudiaremos las principales medidas contempladas en la Directiva, en particular en lo referente al impuesto sobre sociedades y al impacto que su implantación puede ocasionar en nuestro país. Finalmente expondremos las principales conclusiones, fruto de nuestro trabajo.

II. EN LUCHA CONTRA LA ELUSIÓN FISCAL. PROYECTO BEPS, ¿ÉXITO O FRACASO?

La Comisión Europea, consciente de la lacra que supone para los Estados miembros las prácticas elusorias, publica el 28 de enero de 2016 una comunicación al Parlamento europeo y al Consejo incluyendo un paquete de medidas en aras a combatir las citadas prácticas y a lograr una mayor transparencia en la Unión Europea.

El documento, cuyo antecedente inmediato lo encontramos en el plan de acción para un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la UE (junio de 2015)⁸, aboga por la necesidad

estima que “cada año deja de recaudarse en la UE la escandalosa cifra de un billón de euros debido al fraude, la evasión y la elusión fiscales, y la planificación fiscal agresiva, lo que supone un coste aproximado de 2.000 euros anuales por cada ciudadano de la Unión, sin que se estén tomando las medidas oportunas al respecto“. Datos disponibles en: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/tax_fraud_evasion/index_en.htm. Fecha de consulta 03/01/2017.

⁷ Vid. también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la transparencia fiscal para luchar contra la evasión y la elusión fiscales (COM/2015/0136 final) disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0136>. Fecha de consulta 05/01/2017.

⁸ Disponible en: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/fairer_corporate_taxation/com_2015_302_en.pdf. Fecha de consulta 04/01/2017.

de la consecución de un mercado único, caracterizado por una fiscalidad justa y eficiente, capaz de favorecer e impulsar el crecimiento de la economía y cuya base angular es el principio de imposición efectiva basado en la idea de que las sociedades se someterán a tributación en el país donde obtengan beneficios.

Una de las principales fundamentaciones del documento la podemos encontrar en la situación de desigualdad en la que hallan las empresas que no realizan una *planificación fiscal agresiva*⁹; éstas se ven sometidas a una mayor carga tributaria y por ello están en clara desventaja competitiva con respecto a las empresas que realizan este tipo de acciones¹⁰.

Tal fundamentación, con base en el principio de igualdad de trato,¹¹ es invocada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto C-390/15 Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO); el Tribunal se pronuncia sobre la petición de decisión prejudicial planteada por el Trybunał Konstytucyjny (Tribunal Constitucional, Polonia) y alude a reiterada jurisprudencia¹² referente al principio de igualdad de trato; principio que implica “la exigencia al legislador de la Unión que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables, a no ser que dicho trato esté justificado objetivamente” (VJ 37).

En el aludido documento la Comisión propone las siguientes medidas¹³:

1. Propuesta de Directiva relativa a la lucha contra la elusión fiscal.
2. Recomendación sobre cuestiones en materia de convenios fiscales.
3. Propuesta de Directiva por la que se aplica la información desglosada por países del G20/OCDE.
4. Comunicación sobre una estrategia exterior.
5. Documento de trabajo de la Comisión, que proporciona un análisis más profundo y apoya estas iniciativas.

⁹ En relación con este tipo de actividades *vid.* MELDGAARD, H.; BUNDGAARD, J.; DYPPEL WEBER, K., y FLORISTEAN, A. (2015): “Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators. Final Report”, *Working Paper* n.º 61, taxation papers, European Commission. Disponible en: http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/gen_info/economic_analysis/tax_papers/taxation_paper_61.pdf. Fecha de consulta 05/01/2017.

¹⁰ Debido a las actividades de planificación fiscal agresiva la OCDE estima una pérdida en la recaudación del impuesto sobre sociedades de 4 y un 10% de la recaudación global lo que viene a suponer de 100 a 240 mil millones de dólares al año. Datos extraídos del informe final 2015 Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, disponible en <https://www.oecd.org/ctp/beps-nota-explicativa-2015.pdf>. Fecha de consulta 04/01/2017.

¹¹ En nuestro país, el Tribunal Constitucional sienta los criterios aplicables al principio de igualdad tributaria en la sentencia de 26 de abril de 1990 y delimita el significado de la desigualdad de trato en relación con el artículo 14 de la Constitución.

¹² *Vid.* sentencias de 19 de octubre de 1977, Ruckdeschel y otros (117/76 y 16/77, EU:C:1977:160), apartado 8; de 19 de octubre de 1977, Moulins et huileries de Pont-à-Mousson y Providence agricole de la Champagne (124/76 y 20/77, EU:C:1977:161), apartado 18, y de 25 de octubre de 1978, Royal Scholten-Honig y Tunnel Refineries (103/77 y 145/77, EU:C:1978:186), apartado 28/32.

¹³ Texto íntegro de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Paquete de lucha contra la elusión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE {SWD(2016) 6 final} pág. 9.

Con relación a la iniciativa tercera, el plan de acción¹⁴ acordado con el fin de evitar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios por parte de las empresas se basa a su vez en 10 acciones: Acción 1.—Abordar los retos de la economía digital para la imposición. Acción 2.—Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos. Acción 3.—Refuerzo de la normativa sobre *CFC* (del inglés *Controlled Foreign Companies*). Acción 4.—Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros. Acción 5.—Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia. Acción 6.—Impedir la utilización abusiva de convenios. Acción 7.—Impedir la elusión artificiosa del estatuto de Establecimiento Permanente (EP). Acciones 8-10.—Asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor.

En la aludida Comunicación de la Comisión al PE se constata la revisión efectuada por el grupo de expertos que forman el Foro conjunto sobre precios de transferencia (FCPT)¹⁵ y se aplaude la labor del grupo porque demuestra ser “capaz de aportar soluciones pragmáticas a los problemas globales planteados por las prácticas en materia de precios de transferencia en la UE, y debe seguir aportando resultados”.

En cuanto a los logros del proyecto *BEPS*, el informe de la OCDE de 2015 expresa que el hecho de reunir a tantos Estados y debatir sobre el futuro de la fiscalidad ya es un logro por sí mismo; cabría preguntarse sobre si el proyecto va encaminado hacia el éxito, se halla avocado al fracaso absoluto o se encuentra en un punto intermedio.

La respuesta a la anterior reflexión es cuanto menos compleja y a nuestro juicio es demasiado pronto para poder emitir una reflexión fundamentada; el informe de la OCDE de 2015 apuesta porque los gobiernos de los Estados miembros adopten medidas inmediatas, tales como la revisión de las directrices de los precios de transferencia a través de acuerdos multilaterales o modificaciones de las normas de derecho interno como las *CFC* o la elaboración de informes (país por país). Asimismo, advierte el informe de diferentes reacciones por parte de los Estados; algunos llevando a cabo acciones un tanto agresivas que podrían ocasionar cierta inseguridad jurídica.

En España las principales acciones del proyecto *BEPS* se incorporan a la ley del impuesto sobre sociedades, Ley 27/2014, de 27 de noviembre (en adelante LIS); así por ejemplo, en el marco de la Acción 2, neutralizar los efectos de los instrumentos híbridos¹⁶, el artículo 15, j) niega la deducibilidad de los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por 100.

¹⁴ OECD (2014): *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OECD Publishing, París. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es>. Fecha de consulta 04/01/2017.

¹⁵ Constituido en virtud de la Decisión de la Comisión de 26 de enero de 2015 por la que se crea el grupo de expertos denominado Foro Conjunto de la UE sobre Precios de Transferencia (2015/C 28/05). Disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2015.028.01.0005.01.SPA. Fecha de consulta 05/01/2017.

¹⁶ *Vid.* el informe sobre instrumentos híbridos “Hybrid Mismatch Arrangements-Tax policy and Compliance Issues”, OCDE, marzo de 2012. Disponible en: http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf. Fecha de consulta 05/01/2017.

Opina en este punto García Prats¹⁷ que estamos ante supuestos con un doble efecto; impedir una doble tributación internacional y una doble no imposición.

En lo que atañe a otras medidas como la relativa a la Acción 4 sobre los gastos financieros, el artículo 16 de la LIS limita la deducción, fijando el límite del 30% del beneficio operativo del ejercicio. En todo caso, serán deducibles gastos financieros netos del período impositivo por importe de 1 millón de euros. No obstante, la norma prevé que los gastos financieros netos que no hayan sido objeto de deducción podrán deducirse en los períodos impositivos siguientes, conjuntamente con los del período impositivo correspondiente, y con el límite del 30% citado.

Por último y en lo referente a los precios de transferencia, piedra angular del Proyecto *BEPS*, el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades desarrolla lo dispuesto en torno a este tema en la LIS; así el artículo 13.3 libera de la obligación de presentación de documentación específica, entre otras, en operaciones realizadas entre entidades que se integren en un mismo grupo de consolidación fiscal o a las efectuadas realizadas con la misma persona o entidad vinculada, siempre que el importe de la contraprestación del conjunto de operaciones no supere los 250.000 euros, de acuerdo con el valor de mercado. El artículo 14 incluye la exigencia de información país por país a las sociedades dominantes de un grupo, cuando el importe neto de la cifra de negocios del conjunto de personas o entidades que formen parte del grupo, en los 12 meses anteriores al inicio del período impositivo, sea, al menos, de 750 millones de euros.

El artículo 18 de la LIS establece la vinculación cuando entre una entidad y otra entidad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por 100 del capital social o de los fondos propios o bien cuando dos entidades en las cuales los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25 por 100 del capital social o los fondos propios. Serrano Antón¹⁸ subraya que el Proyecto *BEPS* no considera que existe vinculación en la retribución atribuida a los consejeros y administradores de sociedades por el ejercicio de sus funciones.

Para concluir este apartado basta decir que, en nuestra opinión uno de los principales obstáculos a los que se enfrentan los Estados en la implementación de las acciones del Proyecto *BEPS* es su efectiva aplicabilidad; debido en gran parte a la negativa de los Estados a prestar información tributaria en el ámbito internacional (asunto *Panamá Papers*).

En torno a este tema, Domínguez¹⁹ evidencia la reticencia en el suministro de información tributaria por parte de sociedades multinacionales en lo referente a sus transacciones internacionales

¹⁷ GARCÍA PRATS, F. A. (2011): "Qualification of hybrid financial instruments in Tax Treaties", *Diritto e Pratica Tributaria internazionale*, n.º 3, pág. 986, citado por SERRANO ANTÓN, F. (2015): "La influencia del plan de acción *BEPS* en la tributación española: impacto en la normativa, incremento de la litigiosidad y el papel de los tribunales", *Estudios financieros, Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, n.º 391, 2015, pág. 99.

¹⁸ SERRANO ANTÓN, F. (2015): obra cit., pág. 102.

¹⁹ DOMÍNGUEZ, E. M. (2016): "El «Registro Fiscal R. S. E.» y la exigencia de información Tributaria en el Balance Social", *Revista del Centro de Interamericano de Investigaciones Tributarias (CIAT)*, n.º 41, pág. 41.

y subraya la necesidad de concienciación por parte de Estados y empresas aludiendo al concepto de “transparencia empresarial”. El citado autor piensa que tal reticencia se halla directamente relacionada con “la incertidumbre por el uso que las Administraciones Tributarias van a hacer de sus datos, lo cual puede dificultar la competencia empresarial” y es por ello por lo que postula la siguiente premisa: “La exigencia de información debiera regularse con la responsabilidad fiscal por el uso de los datos recibidos, de manera tal que se atenué el temor privado a que su información relevante llegue a la competencia.” De este modo “las reglas sobre responsabilidad fiscal en el manejo de la información ayudarían a las empresas a entender que la transparencia que se les requiere es compatible con una leal competencia empresarial, y que, a partir de tal transparencia, mejora la imagen de la empresa hacia los empleados, los proveedores, los clientes, los bancos, etc.”.

III LA DIRECTIVA (UE) 2016/1164 DEL CONSEJO, EL COMPROMISO DE LA UNIÓN CONTRA LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA. MEDIDAS PRINCIPALES

En primer lugar, y antes de comentar los principales contenidos de la Directiva 2016, hemos de preguntarnos, siguiendo lo expuesto con anterioridad en la introducción, si nos hallamos ante una norma antielusión o antievasión fiscal. En principio, todo parece indicar que se trata de una Directiva antielusión fiscal puesto que la norma no hace mención alguna a supuestos de ilegalidad. Es claro que esta Directiva nace con un marcado objetivo: garantizar un “nivel mínimo de protección” en contraposición a las prácticas de elusión fiscal efectuadas en relación con el impuesto sobre sociedades en los países de la Unión Europea.

En primer lugar, el texto normativo incluye una serie de conceptos tales como: costes de endeudamiento; costes de endeudamiento excedentarios; periodo fiscal; empresa asociada; sociedad financiera; traslado de la residencia fiscal; traslado de una actividad realizada por un establecimiento permanente y asimetría híbrida. Los anteriores conceptos o definiciones no son nuevos, algunos ya estaban previstos en nuestra legislación del impuesto sobre sociedades, como es el caso de traslado de residencia fiscal (art. 8, Ley 27/2014), antes de la publicación de la Directiva.

Seguidamente la norma autoriza a los Estados miembros a legislar o a firmar convenios en aras a establecer un nivel mínimo de protección más elevado de las bases imponible nacionales en el Impuesto sobre Sociedades.

Posteriormente se incluyen una serie de medidas contra la elusión fiscal:

- Limitación de la deducibilidad de intereses; límite que ya comentamos en el apartado anterior y del que se hace eco el artículo 16 de la LIS. Su sentido es el cumplimiento de la Acción 4, fijar barreras a la erosión de las bases imponibles. Esta limitación “debería aplicarse en relación con los costes de endeudamiento excedentarios de un contribuyente, con independencia de que los costes provengan de deuda contraída a nivel nacional, transfronterizo dentro de la Unión o con un tercer país, o bien de terceros, empresas asociadas o del interior del grupo” (Considerando 7).

- Imposición de salida; para sociedades que forman parte de un grupo con cuentas consolidadas obligatorias; esta medida es una autorización a las legislaciones nacionales y les posibilita para la regulación de normas sobre salida de capitales en caso de que la anterior medida no resultara de aplicación.
- Norma general contra las prácticas abusivas; en la cual no se tendrá en cuenta la aplicación de mecanismos cuyo propósito sea la obtención de ventajas desvirtuando el objeto o la finalidad de la normativa aplicable o bien el falseamiento de datos o circunstancias. Entendemos que en este punto podrían enmarcarse supuestos de conflicto en la aplicación de la norma del artículo 15 de nuestra LGT, así como casos que dieran lugar a la comisión de infracciones tributarias, conforme a lo dispuesto en los artículos 15 a 18 del Reglamento general del régimen sancionador tributario. En relación con este último, el legislador comunitario podría estar pensando en la realización de prácticas de evasión fiscal.
- Norma relativa a las sociedades extranjeras controladas (SEC); prevista en el artículo 7, facilita la reasignación de la renta de una sociedad filial controlada sujeta a un bajo nivel de imposición a su sociedad matriz. En este caso la cooperación de los contribuyentes y las Administraciones tributarias para determinar si se aplica la norma de exclusión sustancial es crucial.
- Asimetrías híbridas; su objeto es rehuir supuestos de asimetría debidos a discrepancias en la calificación jurídica de entidades o instrumentos financieros, sin que afecten a las características generales de los sistemas tributarios de los Estados; responden a la incipiente necesidad de consensuar normas vinculantes en esta materia. La norma subraya la especial relevancia del trabajo de los Estados en la publicación de disposiciones normativas en relación con las asimetrías híbridas entre Estados miembros y terceros países, así como con otros tipos de asimetrías híbridas, como las relacionadas con los establecimientos permanentes.

Para finalizar, con base en lo anteriormente expuesto, y por lo que atañe a nuestro país, observamos que la aplicación de las normas sobre imposición en salida, cómputo de sociedades extranjeras y asimetrías híbridas requiere necesariamente algunas modificaciones legales. La normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades ya prevé la imposición de salida (art. 19 LIS) y las asimetrías híbridas (art. 15), sin embargo resulta necesaria su adaptación a la norma europea en el acto de trasposición correspondiente.

Por otra parte, en la vigente LGT encontramos, y a alguno de ellos ya nos referimos anteriormente, mecanismos en contra de las llamadas prácticas abusivas (arts. 13 a 15): calificación, prohibición de la analogía y conflicto en la aplicación de la norma. Corresponde a los contribuyentes y a la Administración tributaria el cumplimiento de los mandatos de la Directiva; los primeros en virtud del mandato constitucional del artículo 31.1 CE. En cuanto a los segundos, la colaboración entre Administraciones tributarias entre Estados miembros adquiere una especial importancia en lo relativo al intercambio de información tributaria. En este aspecto, asimismo resulta clave el cumplimiento de todos los términos del acuerdo multilateral entre autoridades competentes sobre intercambio automático de información de cuentas financieras firmado en Berlín el 29 de octubre de 2014²⁰;

²⁰ Disponible en http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/Acuerdos%20de%20Intercambio%20de%20Informaci%C3%B3n/All_Multi_Cuentas_Financieras.PDF. Fecha de consulta 09/01/2017.

además de lo dispuesto en los acuerdos de intercambio de información tributaria con Andorra, Aruba, Bahamas, Curaçao, San Martín y San Marino y con los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la Foreign Account Tax Compliance Act-FATCA (Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras). Asimismo, y en fase de tramitación se encuentran los acuerdos de intercambio de información con Bermudas, Guernsey, Islas Caimán, Islas Cook, Isla de Man, Jersey, Macao, Mónaco, San Vicente y Las Granadinas y Santa Lucía²¹.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

- Las empresas que no realizan prácticas *planificación fiscal agresiva* están sometidas a una mayor carga tributaria, en desventaja con las empresas que si acuden a este tipo de acciones.
- El Informe de la OCDE de 2015 sobre el Proyecto *BEPS* insta a que los gobiernos adopten acciones inmediatas, que en España se incorporan a la vigente Ley del Impuesto sobre Sociedades, Ley 27/2014.
- Los principales obstáculos a los que se enfrentan los Estados en la implementación de las acciones del Proyecto *BEPS* son su efectiva aplicabilidad.
- La implantación en España de las normas sobre imposición en salida, cómputo de sociedades extranjeras y asimetrías híbridas, propuestas por la Directiva antileusión fiscal va a implicar modificaciones legislativas, si bien no suponen modificaciones sustanciales de la LIS.
- En cumplimiento de las medidas anti prácticas elusivas son factores clave el cumplimiento de los acuerdos de intercambio de información tributaria.

Bibliografía

- AQUINO, M. A. (2008): “La evasión fiscal: origen y medidas de acción para combatirla”, *Documento Instituto Estudios Fiscales (IEF)* n.º 13/08.
- DOMÍNGUEZ, E. M. (2016): “El «Registro Fiscal R. S. E.» y la exigencia de información Tributaria en el Balance Social”, *Revista del Centro de Interamericano de Investigaciones Tributarias (CIAT)*, n.º 41, pág. 41.
- FOLCO, C. M. (2004): “El fenómeno de la evasión fiscal” en FOLCO, C. M.; ABRALDES, S. F., y BISCAYART, J. L. (2004): “Ilícitos fiscales: asociación ilícita en materia tributaria”, *Ley n.º 25,874*, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 17.
- GARCÍA NOVOA, C. (2005): “Las potestades de calificación y recalificación como mecanismos antielusorios en el derecho español”, *THEMIS: Revista de Derecho*, n.º 51, pág. 161.
- GARCÍA PRATS, F. A. (2011): “Qualification of hybrid financial instruments in Tax Treaties”, *Diritto e Pratica Tributaria internazionale*, n.º 3, pág. 986.
- GARCÍA, A. V.; LAGO-PEÑAS, S., y FERNÁNDEZ LEICEAGA, X. (2016): “Economía sumergida y fraude fiscal en España: un análisis de la evidencia empírica”, *XXIII Encuentro de Economía Pública*, Servicio de Publicaciones.

²¹ Fuente AEAT; texto integro disponible en <http://www.minhfp.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/AcuerdosII/Paginas/acuerdosii.aspx>. Fecha de consulta 08/01/2017.

- MCGEE, R. W.; PALÁU, S. L., y LÓPEZ, G. A. Y. (2010): “¿ Es ética la evasión de impuestos?: Estudio empírico de opinión en Colombia”, *Sotavento MBA*, n.º 15, págs. 16-29.
- MELDGAARD, H.; BUNDGAARD, J.; DYPPEL WEBER, K., y FLORISTEAN, A. (2015): “Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators. Final Report”, *Working Paper* n.º 61, taxation papers, European Commission.
- OECD (2014). “Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios”. OECD Publishing, Paris.
- REZZOAGLI, B. A. (2011): “Ilícitos tributarios Diferenciación entre evasión, defraudación y elusión fiscal”. *Amicus Curiae*, Segunda Época, n.º 2 (2).
- SERRANO ANTÓN, F. (2015): “La influencia del plan de acción BEPS en la tributación española: impacto en la normativa, incremento de la litigiosidad y el papel de los tribunales”, Estudios financieros, *Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, n.º 391, 2015, pág. 99.
- TAX JUSTICE NETWORK (2011): *The cost of tax abuse. A brief paper on the cost of tax evasion worldwide*.
- VILLEGAS, H.; ARGUELLO VELEZ, G., y SPILA GARCIA, R. (1992): “La evasión fiscal en la Argentina”, *Revista Derecho Fiscal*, vol. 337.

Las medidas relativas a la limitación de intereses y a los instrumentos híbridos en la ATAD y su entorno

TERESA PONTÓN ÁRICA
Universidad de Cádiz

I. Introducción. II. La excesiva deducibilidad de los gastos financieros. III. Desimposición lograda mediante el uso de entidades e instrumentos financieros híbridos. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Nos encontramos con diversos ordenamientos tributarios cuyas divergencias en el ámbito de la regulación del Impuesto sobre sociedades producen ciertos efectos económicos desfavorables¹. Reducir la tributación a través de estrategias fiscales artificiales, discordancias entre formales legales y reales, en el marco de la planificación fiscal agresiva es uno de los objetivos de la comunidad internacional, como evidencia la puesta en marcha del plan *Base Erosion and Profit Shifting*, en adelante *BEPS*, promovido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OCDE, y el G20. El proyecto *BEPS* en una primera fase identifica las áreas necesitadas de reflexión; en segundo lugar, realizan propuestas de mejora que ahora se lleva a cabo a través de la acción 15, y de distintas medidas que los Estados han decidido implementar.

La Unión Europea, siguiendo estas mismas líneas de trabajo, ha tomado sus medidas a través de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, en adelante, *ATAD*.

La directiva tiene cinco grandes propósitos, luchar contra: (1) la excesiva deducibilidad de gastos financieros; (2) la desimposición lograda mediante el uso de entidades e instrumentos financieros híbridos; (3) el desplazamiento de rentas a jurisdicciones de baja tributación; (4) la deslocalización de rentas mediante traslado de activos, actividades o domicilio fiscal, y (5) la realización de prácticas abusivas. Debido a la extensión de la materia sólo apuntaremos las dos primeras. Realizaremos un breve repaso de la situación de las mismas pasando por su tratamiento en el proyecto *BEPS*, la *ATAD* y la legislación española.

Antes de comenzar debemos determinar su ámbito, que nos viene dado por el artículo 1 de la misma: “La presente Directiva se aplicará a todos los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades en uno o varios Estados miembros, incluidos los establecimientos permanentes en uno o varios Estados miembros de entidades residentes a efectos fiscales en un tercer país.” Lo que significa que quedan excluidas las entidades que se acojan al régimen de transparencia fiscal.

¹ Así lo constataba en 2005 al estudiar el efecto de las distintas legislaciones europeas a la luz del ordenamiento comunitario, (CARRERA PONCELA, 2005).

II. LA EXCESIVA DEDUCIBILIDAD DE LOS GASTOS FINANCIEROS

Normalmente cuando se financia una operación se puede hacer por dos vías distintas: mediante financiación propia, lo que conllevará una aportación de capital y el posterior reparto de dividendos, no es deducible; o mediante financiación externa, constituyendo la figura del préstamo la herramienta más común, esta última opción será un gasto deducible y habrá una retribución de quién lo recibe.

Si la empresa matriz y la filial están en distintos Estados cambia la situación tributaria, ya que si se trata de un dividendo tributará, pero en caso de tratarse de un interés la carga tributaria es casi nula, con lo que el efecto que se produce es una reducción en la tributación en el conjunto empresarial.

La importancia de este asunto es perfectamente explicada por Sanz Gadea²: “La deducción de los gastos financieros afecta al núcleo del hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades. Se trata de uno de los puntos más delicados de la arquitectura de la fiscalidad internacional sobre los beneficios. Los gastos financieros han sido en el pasado inmediato, y tal vez lo continúen siendo, el cauce más amplio para las operaciones de desviación de beneficios pero, al tiempo, son manifestación de una función empresarial fundamental como lo es la financiera. Unas medidas toscas o ambiguas en este dominio, además de acarrear inseguridad y doble imposición, determinarán distorsiones económicas y pérdida de competitividad.”

Un vez detectado el problema es necesario darle una solución satisfactoria. Antiguamente teníamos la norma de antisubcapitalización³, la cual, intentaba evitar la erosión de bases a través del cálculo del endeudamiento en función de los fondos propios. El endeudamiento neto remunerado no podía ser superior al resultado de multiplicar por tres el importe del capital fiscal de la entidad. Ello plantea muchos conflictos con el derecho de la Unión, aunque las normas anticapitalización eran muy similares en nuestro entorno, pero creaban conflicto por la afectación a la libertad de establecimiento, ya que suele aplicarse a no residentes, a la libre circulación de capitales⁴, y sobre todo por discriminación⁵.

El Tribunal Supremo⁶ considero que la norma no respetaba los Convenios para evitar la doble imposición, en adelante CDI, ya que resultaban discriminatorias lo que se tradujo en la pérdida

² SANZ GADEA (2016) pág. 74.

³ Esta norma se introdujo por medio de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que añadió el apartado 9 al artículo 16 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, estableciendo que:

“Cuando el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad, excluidas las entidades financieras, con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español con las que esté vinculada, exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal, los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos (...).”

⁴ El pronunciamiento estrella en este tema fue la sentencia del TJCE 12 de diciembre de 2002, Asunto C-372/2000, *Lankhorst-Hohorst*, que obligo a la modificación del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

⁵ Sentencias del TJCE de 17 de enero de 2008, Asunto C-105/2007, *Lammers & Van Cleeff*, y de 3 de octubre de 2013, Asunto C-282/2012, *Itelcar*.

⁶ Las más relevantes son las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2009, y de 17 de marzo de 2011.

de eficacia de la norma, hasta que la misma se quedó vacía de contenido, puesto que sólo era aplicable a países terceros con los que España no hubiese firmado un CDI, o para países terceros con CDI sin cláusula de discriminación.

A partir de ese momento se producen las regularizaciones de AEAT, a finales de los 90 principios del 2000, conocidas como “casos de gastos financieros”, se detecta un crecimiento anormal de los gastos financieros y es necesario reaccionar. En un supuesto ejemplificativo de estas regularizaciones tenemos una sociedad matriz residente; sociedades operativas no residentes con bases imponibles negativas, en adelante BIN, pero que no se encuentran en consolidación fiscal. La estrategia era cambiar estructura matriz a una sociedad no residente, por lo que pasa la sociedad española a ser financiada por la no residente que tiene BIN; el resultado es que se produce un gasto legalmente deducible y una efectiva minoración de la tributación de sociedad con BIN. Esto en teoría se podía atacar mediante fraude de ley gracias al artículo 10.3 de la LIS, pero como la operación carece de valoración económica no se pueden utilizar normas de valoración, es decir, es necesario que haya ausencia de sustancia económica para regularizar.

La OCDE en su análisis detecta que hay sociedades tributando al 1% gracias a estas estructuras, por ello se pone en marcha el proyecto *BEPS*, un proyecto nuevo que pretende solucionar problemas muy antiguos que se han puesto aún más de manifiesto gracias a la crisis económica. El siguiente paso evolutivo respecto a la deducibilidad de los gastos financieros vino dado el establecimiento de una limitación de los mismos en la acción 4 a través de *Final Report* de 5 de octubre de 2015. En esta acción se propone un ratio fijo sobre el *EBITDA*⁷, así como unas cláusulas de escape.

No podemos olvidar que la OCDE es un organismo internacional pero sin fuerza vinculante, que emite dos tipos de documentos: estándar mínimo y las recomendaciones. Ahora hemos pasado un tercer modelo de enfoque común, con apoyo y revisión.

La Unión Europea decide continuar con la línea de la acción 4 de plan *BEPS*, evitando que cada ordenamiento doméstico aplique las indicaciones de manera distinta, para que no se pueda generar discriminación entre los Estados miembros. La herramienta para hacerlo es la implementación a través de una directiva que incorporará en todos los ordenamientos esos parámetros de la misma forma; pero no se llega al objetivo ideal por falta de acuerdo, lo que provoca el lanzamiento una directiva de mínimos, en la que incluso se existen elementos opcionales. La *ATAD*, se pone en marcha en seis meses tras, la directiva matriz filial tardo más de dos años, gracias a la corriente internacional creada por el plan *BEPS*.

En el artículo 4 de la *ATAD*⁸ se propone la limitación de los gastos financieros, optando por la metodología de barrera alemana, consiste en una magnitud y un coeficiente del 30% que se apli-

⁷ EBITDA son las siglas en inglés de *Earnings Before Interests, Taxes, Depreciations and Amortizations*.

⁸ “Artículo 4 Norma relativa a la limitación de los intereses

1. Los costes de endeudamiento excedentarios serán deducibles en el período fiscal en que se sufragen únicamente hasta el 30% de los beneficios del contribuyente antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (*EBITDA*, por sus siglas en inglés).

A efectos del presente artículo, los Estados miembros podrán considerar también como contribuyente:

a) una entidad que esté autorizada u obligada a aplicar las normas en nombre de un grupo, según la definición prevista en el Derecho tributario nacional;

b) una entidad de un grupo, como se defina en el Derecho tributario nacional, que no consolide los resultados de sus miembros a efectos fiscales.

En tales circunstancias, los costes de endeudamiento excedentarios y el *EBITDA* podrán calcularse para la totalidad del grupo y englobar los resultados de todos sus miembros.

2. El *EBITDA* se calculará volviendo a incorporar a la renta sujeta al impuesto sobre sociedades en el Estado miembro del contribuyente, los importes corregidos a efectos fiscales de los costes de endeudamiento excedentarios, así como los importes corregidos a efectos fiscales en concepto de depreciación y amortización.

La renta exenta de impuestos quedará excluida del *EBITDA* del contribuyente.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, se podrá otorgar al contribuyente el derecho a:

a) deducir los costes de endeudamiento excedentarios hasta 3.000.000 EUR;

b) deducir íntegramente los costes de endeudamiento excedentarios si el contribuyente es una entidad aislada.

A efectos del apartado 1, párrafo segundo, se considerará el importe de 3.000.000 EUR para el grupo en su conjunto.

A efectos del párrafo primero, letra b), por «entidad aislada» se entenderá un contribuyente que no forme parte de un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera y que no tenga ninguna empresa asociada ni establecimiento permanente.

4. Los Estados miembros podrán excluir del ámbito de aplicación del apartado 1 los costes de endeudamiento excedentarios sufragados en concepto de:

a) empréstitos suscritos antes del 17 de junio de 2016, siempre que la exclusión no se haga extensiva a ninguna modificación a posteriori de dichos empréstitos;

b) empréstitos utilizados para financiar proyectos de infraestructura pública a largo plazo, cuando tanto el promotor del proyecto como los costes de endeudamiento, los activos y la renta estén en la Unión.

A efectos del párrafo primero, letra b), se entenderá por «proyecto de infraestructura pública a largo plazo» todo proyecto destinado a proporcionar, modernizar, operar o mantener un activo de gran envergadura considerado de interés público general por un Estado miembro.

Cuando sea de aplicación el párrafo primero, letra b), toda renta derivada de un proyecto de infraestructura pública a largo plazo quedará excluida del *EBITDA* del contribuyente, y todo coste de endeudamiento excedentario no incluido quedará también excluido de los costes de endeudamiento excedentarios del grupo frente a terceros a los que se alude en el apartado 5, letra b).

5. Cuando el contribuyente sea miembro de un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera, se le podrá otorgar el derecho:

a) bien a deducir íntegramente los costes de endeudamiento excedentarios si puede demostrar que la razón entre sus fondos propios y el total de sus activos es igual o superior a la razón equivalente del grupo, siempre que:

i) la razón entre los fondos propios del contribuyente y el total de sus activos se considere igual a la razón equivalente de grupo, si la razón entre los fondos propios del contribuyente y el total de sus activos es inferior en dos puntos porcentuales como máximo, y

ii) la totalidad de los activos y pasivos se valore utilizando el mismo método que el aplicado a los estados financieros consolidados contemplados en el apartado 8;

b) bien a deducir los costes de endeudamiento excedentarios en una cuantía superior a la que tendría derecho a deducir en virtud del apartado 1. Este límite más elevado de la deducibilidad de los costes de endeudamiento excedentarios será aplicable al grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera del que el contribuyente forma parte y se calculará en dos fases:

i) en primer lugar, la razón del grupo se determinará dividiendo los costes de endeudamiento excedentarios del grupo frente a terceros entre el *EBITDA* del grupo, y

ii) en segundo lugar, la razón del grupo se multiplicará por el *EBITDA* del contribuyente calculado con arreglo al apartado 2.

6. El Estado miembro del contribuyente podrá fijar normas para:

a) traspasar a un período posterior, sin limitación temporal, costes de endeudamiento excedentarios que no puedan deducirse en el período fiscal en curso con arreglo a los apartados 1 a 5;

b) traspasar a un período posterior, sin limitación temporal, y a un período anterior, hasta un máximo de tres años, costes de endeudamiento excedentarios que no puedan deducirse en el período fiscal en curso con arreglo a los apartados 1 a 5, o

c) traspasar a un período posterior, sin limitación temporal, costes de endeudamiento excedentarios y, hasta un máximo de cinco años, la capacidad no utilizada de deducir intereses que no pueden deducirse en el período fiscal en curso con arreglo a los apartados 1 a 5.

7. Los Estados miembros podrán excluir a las sociedades financieras del ámbito de aplicación de los apartados 1 a 6, incluso cuando tales sociedades formen parte de un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera.

ca sobre los gastos financieros netos. La OCDE recomienda una horquilla que fuese del 10 al 30 dando parámetros para moverse en esa horquilla, pero se quedó en el 30 siguiendo el estándar alemán. La base de cálculo es sumamente importante, es el resultado de explotación contable, la OCDE opta por la fiscal, lo que a España le perjudica ya que su norma nacional no es tan restrictiva. Esta barrera tiene otra limitación más, puesto que las empresas que tengan menos de tres millones de gasto financiero no la aplicarán.

Esta *regla* se aplica a todos los sujetos de IS, la OCDE dice que el destinatario natural es quién pueda erosionar bases, es decir, un grupo multinacional; si se quiere aplicar a las entidades nacionales como España es por otros motivos, pero no por las directrices del proyecto *BEPS*. La directiva establece que es aplicable a todos los grupos multinacionales con cuatro excepciones: (1) a las “entidades aisladas” o independientes, en este punto no hay que modificar la norma española ya que es más restrictiva; (2) otra exclusión es la financiación de obras públicas ya que el Estado garantiza que no hay riesgo, esto en España no existe; también se excluyen todos los (3) préstamos concedidos antes del 17 de junio 2016, y (4) los bancos, así como las entidades aseguradoras, ya que la Unión Europea no tiene claro si pueden o no erosionar bases, no hay evidencias clara en ningún sentido, por ello se ha creado un grupo de trabajo que tampoco ha llegado a evidencia alguna, concluyéndose que cada país que analice para detectar problemas y actúe en consecuencia, en resumen por lo que la norma europea es más favorable y no es necesario modificar la española.

Por otra parte establece cláusulas de escape, que son reglas objetivas, ciegas; el proceso de *barrera* es un proceso simplista que no atiende a las necesidades de cada sector, por ello se crean estas cláusulas. Si la empresa española pertenece a un grupo altamente endeudado, y las deudas globales representan el 30% de la base de cálculo, *EBITDA*, se permite la aplicación de la cláusula de escape.

Por otro lado también se fija la regla de arrastre de los gastos financieros no consumidos en el período impositivo generado, la OCDE se oponía este modelo, pero lo acepto pidiendo que se pusiese un límite temporal. La *ATAD* establece un límite temporal de cinco años y tres años hacía atrás, por lo que no es necesario modificar la norma española en este sentido.

En este momento España sigue la línea alemana, estableciendo un coeficiente fijo aplicado sobre el beneficio operativo; en nuestra regulación doméstica el artículo 16.1 LIS⁹, establece la regla

8. A efectos del presente artículo, un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera consiste en un conjunto de entidades que están plenamente incluidas en los estados financieros consolidados elaborados de conformidad con las Normas Internacionales de Información Financiera o con el sistema de presentación de información financiera del Estado miembro.

Podrá otorgarse al contribuyente el derecho a usar estados financieros consolidados elaborados con arreglo a otras normas contables.”

⁹ “1. Los gastos financieros netos serán deducibles con el límite del 30 por 100 del beneficio operativo del ejercicio.

A estos efectos, se entenderá por gastos financieros netos el exceso de gastos financieros respecto de los ingresos derivados de la cesión a terceros de capitales propios devengados en el período impositivo, excluidos aquellos gastos a que se refieren las letras g), h) y j) del artículo 15 de esta Ley.

El beneficio operativo se determinará a partir del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio determinado de acuerdo con el Código de Comercio y demás normativa contable de desarrollo, eliminando la amortización del inmovilizado, la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, el deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado, y adicionando los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio, siempre que se corres-

general del 30% sobre el beneficio operativo ajustado¹⁰; y el 15.h LIS¹¹, regla específica, que consiste en la no deducibilidad de los gastos financieros salvo que exista sustancia económica; constituyen el marco normativo de los gastos financieros, en el que se dice que la compra de empresas del grupo con endeudamiento del grupo no va a ser deducible salvo que exista sustancia económica. El cálculo establecido en el artículo 16 LIS debe ser modificado a la luz de la directiva, pues incluye rentas exentas que no deben formar parte del mismo. En España la barrera económica es de un millón, al ser la norma más restrictiva no habría que cambiarlo ya que la directiva establece mínimos, al pie del comentario al artículo 4 ATAD hemos comentado las modificaciones necesarias.

La transposición obliga al cumplimiento el 1 de enero de 2019, se establece un período transitorio, 8 de agosto de 2016, los países que ya tenían normas limitadoras de los gastos financieros como los del artículo 4 podrán solicitarlo a la Unión antes de junio de 2017. Siendo el plazo transitorio una vía para que la acción 4 de BEPS se convierta en el estándar mínimo, es decir de obligado cumplimiento. España puede decir que tiene una norma igual de buena y el artículo 15.h LIS, por lo que no hay que modificar hasta el 1 de enero de 2019 al cumplir el estándar mínimos.

III. DESIMPOSICIÓN LOGRADA MEDIANTE EL USO DE ENTIDADES E INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS

Las entidades híbridas tienen un tratamiento fiscal distinto en el país que está establecida la matriz y en el país en que se sitúa su filial. Un instrumento híbrido se da en los casos en los que hay una doble no imposición, o una desimposición por distinta calificación jurídica de las diferentes jurisdicciones tributarias; son entidades que reciben un tratamiento legal existente en el ordenamiento tributario de dos jurisdicciones diferentes originando una doble deducción de gasto, o una no imposición en ambas.

En el país de constitución es sujeto pasivo del IS, y su extensión en otra jurisdicción es transparente, o viceversa. La matriz ve a su filial como transparente, como una mera gestora de bienes. En otras palabras, para la legislación de A es una entidad transparente y legal, pero al establecerse en el segundo Estado no se convierte en sujeto del impuesto. No podemos cuestionar que es un híbrido, ni intentar definir todos los supuestos en los que cabe esta posibilidad, ya que la

pondan con dividendos o participaciones en beneficios de entidades en las que, o bien el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea al menos el 5 por 100, o bien el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros, excepto que dichas participaciones hayan sido adquiridas con deudas cuyos gastos financieros no resulten deducibles por aplicación de la letra h) del apartado 1 del artículo 15 de esta Ley.

En todo caso, serán deducibles gastos financieros netos del período impositivo por importe de 1 millón de euros.

Los gastos financieros netos que no hayan sido objeto de deducción podrán deducirse en los períodos impositivos siguientes, conjuntamente con los del período impositivo correspondiente, y con el límite previsto en este apartado.”

¹⁰ El cálculo realiza siguiendo la Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Tributos, en relación con la limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades, publicada el BOE de 17 de julio de 2012.

¹¹ “h) Los gastos financieros devengados en el período impositivo, derivados de deudas con entidades del grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el contribuyente acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones.”

realidad los supera puesto que están en continua evolución. Debemos centrarnos sólo en lo que la norma ataca, es decir en la generación de ingresos huérfanos; la OCDE lo establece un sistema para la identificación, por tanto un instrumento híbrido será lo que el plan *BEPS* diga, lo que la directiva diga y nada más.

Como decimos ha sido objeto de estudio en la acción 2 del plan *BEPS*, debemos partir de un mínimo de dos países ya que no son situaciones internas, una de las premisas es que exista una disparidad de tratamiento, es decir, que un mismo instrumento sea considerado de manera distinta por dos jurisdicciones, o se deduce en los dos, o en una se deduce y en el otro no se ingresa. La norma tributaria de la jurisdicción A dice que la operación es fiscalmente deducible, y la norma de la jurisdicción B establece que es un dividendo por lo que no se incluye; el efecto final es que el ingreso no tributa en ningún sitio. Las dos opciones son igual de correctas, y adecuadas a la legalidad, no se puede decir a quién le corresponde gravar esa renta, es imposible establecer una regla sencilla. Así que se ha optado por establecer a convenciones, en lugar de fijar reglas. Cuando hay un instrumento que genere esta situación dentro del ámbito la OCDE nunca será deducible, si el país B no quiere someterse puede aplicar una regla defensiva, y hacer ese ingreso tributar. A la naturaleza jurídica de ese gasto no se le vuelve a calificar jurídicamente para que sean compatibles con la aplicación de los CDI ya se encuentra determinada. La acción 2 del plan *BEPS* establece que Estado concede la deducción ante esta confrontación, así como unas medidas de defensa secundarias.

La OCDE cataloga los dos tipos de ajustes que se producen y los subdivide en seis categorías, a modo de ejemplo intentando, con ello establecer *toda* la tipología posible a tener en cuenta. A continuación anexamos la tabla con la catalogación¹²:

Mismatch	Arrangement	Specific recommendations on improvements to domestic law	Recommended hybrid mismatch rule		
			Response	Defensive rule	Scope
D/NI	Hybrid financial instrument	No dividend exemption for deductible payments Proportionate limitation of withholding tax credits	Deny payer deduction	Include as ordinary income	Related parties and structured arrangements
	Disregarded payment made by a hybrid		Deny payer deduction	Include as ordinary income	Controlled group and structured arrangements
	Payment made to a reverse hybrid	Improvements to offshore investment regime Restricting tax transparency of intermediate entities where non-resident investors treat the entity as opaque	Deny payer deduction	-	Controlled group and structured arrangements
DD	Deductible payment made by a hybrid		Deny parent deduction	Deny payer deduction	No limitation on response, defensive rule applies to controlled group and structured arrangements
	Deductible payment made by dual resident		Deny resident deduction	-	No limitation on response.
Indirect D/NI	Imported mismatch arrangements		Deny payer deduction	-	Members of controlled group and structured arrangements

¹² Tabla extraída de *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015 Final Report*, pág. 20.

Este tema se encuentra regulado en el artículo 9 de la ATAD¹³, lo primero que llama la atención es la brevedad del mismo frente a la extensión del informe final de plan BEPS. En su apartado 1 establece que cuando exista una doble deducción del mismo gasto en dos Estados miembros, la deducción sólo se aplicará en el Estado miembro en el que se origine el pago; mientras que apartado 2 dice que cuando se trate de una deducción en un Estado miembro sin incluirla como ingreso en el otro, el primero denegará la deducción del gasto. Es decir, nos encontramos en la Directiva con la norma primaria de la acción 2. Pero la ATAD a diferencia de la acción 2 del plan BEPS no tiene medidas de defensa, ya que es de obligado cumplimiento para los sujetos que entran en su ámbito de aplicación, pero pueden darse situaciones en las que sean necesarias frente a terceros Estados por lo que ya hay una propuesta de modificación presentada el 25 de octubre de 2016¹⁴, pero la misma no cuadra con las líneas planteadas en el proyecto BEPS.

En España se regula en los artículos 15. j LIS¹⁵ y 21.1 LIS¹⁶, el cual establece la regla primaria en el país del pagador y la regla secundaria en el país del receptor, es decir, sólo tenemos en nues-

¹³ “Artículo 9 Asimetrías híbridas

1. Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una doble deducción, la deducción solo se concederá en el Estado miembro en el que se haya originado el pago correspondiente.
2. Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una deducción sin inclusión, el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción del pago correspondiente.”

¹⁴ COM(2016) 687 final, *Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries.*

¹⁵ “j) Los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por 100.”

¹⁶ “1. Estarán exentos los dividendos o participaciones en beneficios de entidades, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5 por 100 o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros.

La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo.

Para el cómputo del plazo se tendrá también en cuenta el período en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

En el supuesto de que la entidad participada obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades en más del 70 por 100 de sus ingresos, la aplicación de esta exención respecto de dichas rentas requerirá que el contribuyente tenga una participación indirecta en esas entidades que cumpla los requisitos señalados en esta letra.

El referido porcentaje de ingresos se calculará sobre el resultado consolidado del ejercicio, en el caso de que la entidad directamente participada sea dominante de un grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y formule cuentas anuales consolidadas. No obstante, la participación indirecta en filiales de segundo o ulterior nivel deberá respetar el porcentaje mínimo del 5 por ciento, salvo que dichas filiales reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades con la entidad directamente participada y formulen estados contables consolidados.

El requisito exigido en el párrafo anterior no resultará de aplicación cuando el contribuyente acredite que los dividendos o participaciones en beneficios percibidos se han integrado en la base imponible de la entidad directa o indirectamente participada como dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades sin tener derecho a la aplicación de un régimen de exención o de deducción por doble imposición.

- b) Adicionalmente, en el caso de participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, que la entidad participada haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga

tro ordenamiento el segundo apartado de la ATAD. El artículo 15. h LIS es una regla de mejora de la normativa doméstica, se trata de una norma secundaria que se solo actúa de manera reactiva dependiendo de si en el país del que proviene el hecho es deducible o no. Es decir, en la normativa española no tenemos cubierto el supuesto de la doble deducción del mismo gasto, por lo que será necesario realizar una modificación.

IV. CONCLUSIONES

Tanto la Directiva como el plan *BEPS* tienen por objeto luchar contra operaciones artificiales dentro del mismo grupo internacional que pretenden desplazar los beneficios a una jurisdicción distinta a la que los ha generado.

Respecto a los gastos financieros hemos sufrido una evolución de normas antisubcapitalización a normas barreras con cláusulas de escape, que establecen criterios objetivos vinculados a magnitudes económicas; pero la ATAD deja fuera de su ámbito de aplicación las entidades en países terceros, lo que genera una asimetría en sí misma, pues supone una puerta trasera a la planificación fiscal agresiva. La Unión se comprometió a ampliarlo para terceros estados y establecimientos permanentes, ya que a veces los establecimientos permanentes originan los mismo efectos que los instrumentos híbridos, ya que las normas contenidas para instrumentos híbridos sólo se aplican cuando las dos entidades están en dentro del territorio de la Unión. En España son atacables las entidades híbridas por el artículo 2 de la directiva y los parámetros de la OCDE, el artículo 15. j requiere distinta calificación fiscal por lo cual su aplicabilidad es más limitada, pero no recoge el supuesto del apartado 2 del artículo 9 de la Directiva siendo necesaria su inclusión.

La norma española cumple el estándar mínimo de la ATAD respecto a los gastos deducibles siendo más restrictiva, pero es necesario que se modifique el cálculo de la base de la limitación que ahora mismo incluye ciertos dividendos y rentas de establecimientos permanentes.

a este Impuesto a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa, con independencia de la aplicación de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción sobre aquellos.

A estos efectos, se tendrán en cuenta aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, con independencia de que el objeto del tributo lo constituya la renta, los ingresos o cualquier otro elemento indicativo de aquella.

Se considerará cumplido este requisito, cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información.

En el supuesto de que la entidad participada no residente obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades, la aplicación de esta exención respecto de dichas rentas requerirá que el requisito previsto en esta letra se cumpla, al menos, en la entidad indirectamente participada.

En el supuesto de que la entidad participada, residente o no residente en territorio español, obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades procedentes de dos o más entidades respecto de las que solo en alguna o algunas de ellas se cumplan los requisitos señalados en las letras a) o a) y b) anteriores, la aplicación de la exención se referirá a aquella parte de los dividendos o participaciones en beneficios recibidos por el contribuyente respecto de entidades en las que se cumplan los citados requisitos.

No se aplicará la exención prevista en este apartado, respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora.

Para la aplicación de este artículo, en el caso de distribución de reservas se atenderá a la designación contenida en el acuerdo social y, en su defecto, se considerarán aplicadas las últimas cantidades abonadas a dichas reservas."

Bibliografía

- CARRERA PONCELA, A. (2005): “¿Mercado único europeo con 25 impuestos de sociedades diferentes? La disparidad fiscal en España ante su devenir en la Unión Europea”, *Boletín de Estudios Económicos*, ISSN 0006-6249, vol. 60, N.º 185, 2005, págs. 229-250.
- GARCÍA PRATS, F. A., y BOIX REIG, J. (2014): *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, 2014, ISBN 978-84-8008-374-4, págs. 363-377, Instituto de Estudios Fiscales.
- LÓPEZ RIBAS, S. (2014): “Plan BEPS, acción 2: recomendaciones sobre híbridos”, *Carta Tributaria, Monografías*, ISSN 1133-794X, N.º 11, 2014, págs. 3-17.
- LÓPEZ RIBAS, S. (2016a): “Directiva contra las prácticas de elusión fiscal”, *Carta Tributaria, Revista de Opinión*, ISSN 2443-9843, N.º 17-18, 2016, págs. 11-17.
- LÓPEZ RIBAS, S. (2016b): “El principio de libre competencia y los gastos financieros”, *Carta Tributaria, Revista de Opinión*, ISSN 2443-9843, N.º 12, 2016, págs. 24-30.
- MARRES, O., y BOER, R. de (2015): “BEPS Action 2: neutralizing the effects on hybrid mismatch arrangements”, *Intertax*, ISSN 0165-2826, vol. 43, N.º 1, 2015, págs. 14-41.
- OECD (2015): *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015 Final Report*, OECD Publishing, París, DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>.
- SANZ GADEA, E. (2012): “Restricción y limitación a la deducción de intereses en el Impuesto sobre Sociedades”, *Estudios Financieros, Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios, Casos Prácticos*, ISSN 1138-9540, N.º 355, 2012, págs. 47-104.
- SANZ GADEA, E. (2016): “La directiva antiabuso (I)”, *Estudios Financieros, Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios, Casos Prácticos*, ISSN 1138-9540, N.º 403, 2016, págs. 39-82.

El concepto de establecimiento permanente en la era *postBEPS*: recepción del mismo en la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades y la Directiva Anti-abuso Tributario y su Propuesta de reforma¹

IRUNE SUBERBIOLA GARBIZU

Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea

I. Introducción. II. Concepto de Establecimiento Permanente (EP). III. Concepto de EP en el Derecho de la Unión. 1. Concepto de EP antes de *BEPS*. 2. Concepto de EP tras *BEPS*. 2.1. Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016. 2.2. Propuesta BICIS 2016. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 25 de octubre la Comisión Europea publicó un grupo de medidas fiscales que incluían distintos proyectos de directivas entre las que destacan, por un lado, el relanzamiento de la Propuesta de Base Imponible Común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades (BICIS) y, por otro, la Propuesta de reforma de la Directiva Anti-Abuso Tributario.

Este paquete de reformas se erige como un paso más en el camino que pretende dotar a las sociedades de un conjunto único de normas en materia del impuesto sobre sociedades dentro de la Unión, así como evitar los abusos derivados de las asimetrías fiscales que puedan surgir, tanto entre Estados miembros, como entre estos y terceros países.

Estas mismas prioridades en materia de fiscalidad internacional, que ponen de relieve la necesidad de garantizar el pago del impuesto allí donde se generen los beneficios y el valor, también se han traducido en las recomendaciones de actuación concretas realizadas, desde 2013, en el contexto de la iniciativa contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (*BEPS*) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

El Consejo Europeo aceptó con satisfacción estos trabajos en sus Conclusiones de 13 y 14 de marzo de 2013, y de 19 y 20 de diciembre de 2013, y, en línea con lo anterior, la propia Comisión, en su Comunicación de 17 de junio de 2015, estableció un Plan de Acción para un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea.

Pues bien, los informes finales sobre los quince puntos de acción de la OCDE contra la *BEPS* se hicieron públicos el 5 de octubre de 2015 y fueron acogidos con igual satisfacción por el Consejo en sus Conclusiones de 8 de diciembre de 2015, al subrayar la necesidad de encontrar soluciones comunes y a la vez flexibles, a escala de la UE, que se ajusten a las conclusiones *BEPS* de la OCDE.

¹ Este trabajo se encuadra en el proyecto “La residencia fiscal ante la diversidad de poderes tributarios desde la perspectiva del País Vasco” (DER2015-63533-C4-1-P), cuyo investigador principal es ISAAC MERINO JARA

En esta tesitura, el concepto de establecimiento permanente resulta determinante a la hora de establecer la jurisdicción tributaria a aplicar a una estructura empresarial internacional.

Por ello, su definición figuraba en un papel fundamental en la originaria propuesta de Directiva para el establecimiento de una Base Imponible Consolidada Común del Impuesto sobre Sociedades de 2011, un papel cuyo alcance es necesario volver a calibrar tras la publicación del mencionado plan *BEPS* y la intención de la UE de ajustar su normativa a sus conclusiones.

En este sentido, estas líneas, pretenden determinar el alcance de la definición del establecimiento permanente a la luz de las recomendaciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE en la era *postBEPS*, tanto en la Propuesta de Base Imponible Común Consolidada, como en la Directiva Anti-Abuso Tributario y su propuesta de reforma.

II. CONCEPTO DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE (EP)

La figura del establecimiento permanente resulta de vital importancia a la hora de determinar la jurisdicción tributaria y el alcance de las obligaciones fiscales de las entidades que prestan sus servicios en un entorno transnacional.

En su origen, cuando la Sociedad de las Naciones acuña el término, lo hace en un entorno económico muy territorializado en el que los intercambios internacionales de productos, servicios o mercancías son más bien escasos y se realizan a través de representantes comerciales. Años más tarde, la OCDE hereda el concepto, introduciéndolo en el artículo 5 de sus modelos de convenio (MCOUDE) y adaptándolo a una coyuntura en la que se generaliza el comercio internacional.

La definición de EP contenida en dicho artículo establece dos umbrales distintos, por un lado, la existencia de un lugar fijo de negocios en el que una empresa realice toda o parte de su actividad de modo más o menos duradero (apdo. 1, especificado con distintos ejemplos en el apdo. 2² y en el apdo. 3, en lo que se refiere a obras o proyectos de construcción³), y, por otro, la existencia de una persona que actúe por cuenta de una empresa extranjera y que disponga y ejerza de poderes que la faculen para celebrar contratos en nombre de dicha empresa cuando no sea posible identificar un lugar de negocios (apdo. 5).

Por su parte, el apartado 4 del artículo 5 MCOUDE recoge una serie de actividades que se consideran excepciones a la definición general, y que no constituyen establecimiento permanente, aunque la actividad se realice a través de un lugar fijo de negocios, pues, se entiende que tienen como rasgo común su carácter preparatorio o auxiliar⁴.

² En concreto, la expresión “establecimiento permanente” comprende, las sedes de dirección, las sucursales, las oficinas, las fábricas, los talleres y las minas, pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales.

³ Que constituye establecimiento permanente si su duración excede de doce meses.

⁴ Como veremos, este sería el caso de la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa; el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas; el mantenimiento de un depósito

Así las cosas, dicha definición, es similar a la contenida dentro del ordenamiento patrio en el artículo 13.1.a) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, o el artículo 22. artículo 22.3 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre del Impuesto sobre Sociedades, y, en el ámbito europeo, en distintas directivas, como la Directiva 2003/49/CE del Consejo de 3 de junio de 2003, relativa al régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (art. 3.c) o la Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 de noviembre de 2011 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (art. 2.2).

Ello no obstante, a lo largo de su historia, las dinámicas de los mercados internacionales, en constante evolución tanto desde el punto de vista técnico como comercial, han propiciado diversos cambios en el MCOCDE para, precisamente, acomodar su redacción a las características propias de dichos intercambios transnacionales.

En lo que respecta al artículo 5.º del modelo de convenio, el referido al establecimiento permanente, ya en el año 2000, la OCDE procede a reformular los comentarios al mismo⁵ como antesala a la última reforma objeto de análisis en estas líneas, la realizada tras la publicación en 2015 del informe final del Proyecto de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios.

Según comentábamos, a tenor de lo en él dispuesto, un establecimiento permanente se define con un doble umbral consistente en la existencia de un lugar fijo de negocios y, cuando ello no sea posible, en una persona que actúe por cuenta de una empresa extranjera y que disponga y ejerza de poderes que la faculten para celebrar contratos en nombre de dicha empresa.

Sin embargo, la evolución tecnológica en el ámbito y los negocios de las TIC ha empujado a que deba considerarse un nuevo umbral en virtud del cual puede llegar a identificarse un EP cuando la duración de servicios prestados por una empresa no residente excede de un período temporal específico, y ello sin tener en cuenta si dichos servicios se prestan o no por medio de un lugar fijo de negocios o con poderes suficientes.

Así, y como actualización del informe de 2014, el informe final *BEPS*⁶ recomienda la modificación de la lista de excepciones a la definición de establecimiento permanente contenido en el apartado cuarto, para aquellos casos en que las actividades tengan carácter auxiliar o preparatorio. En efecto, tal y como indica el propio documento, *cuando se introdujeron originariamente las excep-*

de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa; el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa; el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatorio; el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas a condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios que resulte de esa combinación conserve su carácter auxiliar o preparatorio.

⁵ Ver informe publicado al respecto por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE el 22 de diciembre de ese año, disponible en la URL <http://www.oecd.org/tax/treaties/1923380.pdf>.

⁶ Ver, al respecto en lo que se refiere al informe final sobre la acción 7, EISENBEISS, J.: "BEPS Action 7: Evaluation of the Agency Permanent Establishment" (2016) 44, *Intertax*, Issue 6/7, pp. 481-502.

ciones a la definición de EP recogidas en el apartado 4 del artículo 5 del MC OCDE, se consideró que, generalmente, las actividades objeto de dichas excepciones tenían un carácter preparatorio o auxiliar.

Ello no obstante, según decíamos, los significativos cambios e innovaciones en la forma de desarrollar las actividades empresariales,⁷ hacen que, en función de las circunstancias, las actividades antes consideradas meramente preparatorias se hayan convertido en esenciales para determinadas empresas. En este sentido, para asegurar que un determinado país pueda someter a gravamen las ganancias procedentes de las actividades principales o esenciales desarrolladas en su territorio, se ha modificado dicho apartado garantizándose, así, que toda excepción prevista en el mismo se limite a actividades de carácter preparatorio o auxiliar.⁸

En línea con lo anterior, habida cuenta de la facilidad con que las empresas multinacionales pueden alterar sus estructuras para obtener ventajas fiscales, el informe introduce un nuevo criterio anti fragmentación con fines anti elusivos que impide poder acogerse a las excepciones al estatuto de EP mediante la fragmentación de un negocio operativo y cohesionado en varias operaciones pequeñas para alegar que cada una de ellas está vinculada a actividades con un carácter meramente preparatorio o auxiliar a las que resultan aplicables las excepciones previstas en el apartado 4 del artículo 5.

Por su parte, también se modifica la definición de EP para afrontar el uso de mecanismos artificiosos a través de la celebración de ciertos contratos entre empresas estrechamente vinculadas en el marco de obras o proyectos de construcción. La práctica ha demostrado que la excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 5 del MCOCDE, aplicable a obras o proyectos de construcción o de instalación con duración inferior a 12 meses, ha dado lugar a abusos consistentes en el fraccionamiento de contratos entre empresas relacionadas. Para evitar este abuso, el informe propone el uso de la norma PPT o test de los propósitos principales⁹, que se incorpora al texto fruto de la adopción del informe sobre la Acción 6. De igual forma, el informe final proyecta introducir una disposición alternativa en los Comentarios al artículo 5, consistente en una norma automática que disponga que para calcular el umbral de los 12 meses es necesario agregar el tiempo incurrido por empresas íntimamente vinculadas en la misma obra o proyecto de construcción o instalación.

Por otro lado, el informe refleja algunas matizaciones y mejoras en las modificaciones propuestas al artículo 5.5 y al artículo 5.6 MCOCDE. Hasta ahora, el primero de ellos exigía, para la existencia

⁷ Hecho descrito minuciosamente en el Informe relativo a la Acción 1 (Abordar los desafíos fiscales de la economía digital, OCDE, 2016b).

⁸ Se consideran, de esta forma, como excepciones la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa; el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas; el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa; el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa; el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad; el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas.

⁹ *Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales*, que se incorporará al texto del MC OCDE.

de un EP, que una persona distinta de un agente independiente que actuara por cuenta de una empresa extranjera tuviera “autoridad para concluir contratos en nombre de la empresa”.

Sin embargo, el informe final de la Acción 7 se refiere a personas distintas de un agente independiente que actúan en un Estado contratante por cuenta de una empresa y tengan y ejerzan habitualmente en un Estado contratante poderes que les faculten para concluir contratos en nombre de la misma, si habitualmente concluyen contratos o habitualmente desempeñan el rol principal que lleva a la conclusión de contratos que son rutinariamente celebrados sin modificación sustancial por parte de la empresa.

Asimismo, como decíamos, también se han llevado a cabo modificaciones en la redacción propuesta para delimitar la definición de agente independiente del apartado 6 del artículo, reemplazando el concepto de partes relacionadas por el de empresas estrechamente vinculadas, y haciendo referencia al control de las entidades. En este sentido, el informe final incluye ahora casos en los que una persona posee directa o indirectamente más del 50% de las participaciones en otra o, en el caso de entidades, más del 50% del voto agregado y del valor de las acciones o de las participaciones en el capital.

III. CONCEPTO DE EP EN EL DERECHO DE LA UNIÓN

1. Concepto de EP antes de BEPS

Tal y como comentábamos en apartados precedentes, el primer umbral del concepto de EP recogido originariamente en el MCOCDE, el del lugar fijo de negocios es también adoptado en distintas normas dentro del Derecho de la Unión Europea.

Entre otras, la Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, instituye la definición de establecimiento permanente haciendo referencia a la existencia de un centro de actividades fijo situado, en este caso, en un Estado miembro, a través del cual se realice una parte o la totalidad de las actividades empresariales de una sociedad de otro Estado miembro, en la medida en que los beneficios del centro de actividades estén sujetos a imposición en el Estado miembro en el que está situado en virtud de un tratado bilateral en materia fiscal o, en su defecto, en virtud de la legislación nacional.

Esta definición, mantenida en la modificación operada en dicha directiva en 2014¹⁰, se especifica, de manera más detallada, en la Propuesta de directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS)¹¹ de 2011, pero sin hacer una referencia expresa a que la ubicación de dicho establecimiento permanente se encuentre nece-

¹⁰ A través de la Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio de 2014 por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

¹¹ COM(2011) 121 final.

sariamente en la Unión Europea o a que dicho EP pertenezca a un contribuyente residente a efectos fiscales en la Unión.

En efecto, al igual que en los casos anteriores, pero de forma genérica, sin especificar su presencia en la UE, se considera que un sujeto pasivo dispone de un EP en *un Estado distinto de aquel en que está situado su centro de administración y control cuando cuente con un emplazamiento fijo en ese otro Estado a través del cual desarrolle total o parcialmente su actividad*.

En particular, el apartado 1 del artículo 5 de la Propuesta BICCIS 2011 refleja, al igual que su artículo homónimo en el MCOCDE, una serie de dependencias que tienen la consideración de establecimiento permanente, en concreto, los centros administrativos, en lugar de las sedes de dirección contenidas en el modelo OCDE, las sucursales, oficinas, fábricas, talleres, minas, pozos de petróleo o de gas, cantera o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales.

En línea con lo anterior, como se recogiera en el artículo 5 MCOCDE *preBEPS*, a efectos del Proyecto BICCIS 2011, las obras o los proyectos de construcción o instalación solo constituyen un establecimiento permanente en caso de que su duración se prolongue por un periodo superior a doce meses.

Asimismo, el apartado 3 del artículo 5 BICCIS 2011, alberga una serie de excepciones a la norma general excluyendo de la consideración de establecimiento permanente además de las que consistan en la utilización de determinadas instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes al sujeto pasivo o el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con la única finalidad de comprar bienes o mercancías o recopilar información para el sujeto pasivo, aquellas otras que puedan ser consideradas como actividades preparatorias o auxiliares.

Por su parte, el número 4 del artículo de esta Propuesta de Directiva, hace referencia al segundo umbral contenido en el artículo 5 MCOCDE, indicando que cuando una persona, distinta de un agente independiente¹² actúe por cuenta de un sujeto pasivo y disponga en un Estado de poderes, y los ejerza habitualmente, para celebrar contratos en su nombre, se considerará que el sujeto pasivo posee un establecimiento permanente en ese Estado en relación con cualquiera de las actividades que la persona lleve a cabo para él, salvo que las actividades de esa persona se limiten a las excepciones mencionadas, las cuales, si se ejercen a través de un lugar fijo de negocios, no confieren a este último el carácter de establecimiento permanente.

Finalmente, al igual que en el MCOCDE, en la BICCIS 2011 *el mero hecho de que un sujeto pasivo residente en un Estado controle o sea controlado por un sujeto pasivo residente en otro Estado, o que lleve a cabo su actividad en ese otro Estado (a través de un establecimiento permanente o por otros medios), no convertirá a ninguno de los sujetos pasivos en establecimiento permanente del otro*¹³; en otras palabras, la Propuesta admite que la existencia de una subsidiaria no convierte automáticamente a ésta en un establecimiento permanente de la matriz.

¹² Agentes independientes excluidos de ser considerados como EP en el apartado 5 del artículo 5 BICCIS 2011.

¹³ Apartado 6 del artículo 5 BICCIS 2011.

2. Concepto de EP tras BEPS

En junio de 2015, la Comisión publica una comunicación¹⁴ sobre un plan de acción para un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz dentro de la Unión Europea en el que el impulso de la propuesta relativa a la BICIS ocupa un lugar central.

Con esta finalidad, el apartado tercero de la Recomendación (UE) 2016/136 de la Comisión de 28 de enero de 2016 sobre la aplicación de medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales, invita a los Estados miembros a que, en los convenios fiscales celebrados entre sí o con terceros países, apliquen y utilicen las nuevas disposiciones propuestas del artículo 5 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, a fin de combatir la elusión artificiosa del estatuto de establecimiento permanente establecida en el informe final sobre la medida 7 del Plan de lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios.

Con idéntico propósito, el 15 de octubre de 2016, junto con la propuesta de Directiva sobre las asimetrías híbridas que afectan a los terceros países, (que modificará la Directiva de lucha contra la elusión fiscal –ATAD por sus siglas en inglés– y a la que más tarde nos referiremos en relación con el concepto de EP en ella recogida), se presenta una iniciativa de relanzamiento de la BICIS¹⁵ con el objetivo de blindar la legislación fiscal de la UE contra las prácticas de planificación fiscal agresiva.

2.1. Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016

Al igual que BICIS 2016, la ATAD fruto de una propuesta de directiva realizada por la Comisión el 28 de enero del mismo año, COM(2016) 26 final, y la propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la misma, COM(2016) 687 final, comparten con BEPS la necesidad de garantizar el pago del impuesto allí donde se generen los beneficios y el valor.

ATAD, que se encuadra dentro del paquete de medidas anti-elusión, *Anti Tax Avoidance Package*, objeto de discusión en el Consejo ECOFIN del 25 de mayo de 2016, y contempla distintas medidas¹⁶ destinadas a la mejora de la resistencia del mercado interior en su conjunto frente a las prácticas de elusión fiscal transfronteriza.

En este contexto, si bien la Directiva pretende lograr un equilibrio entre la necesidad de un cierto grado de uniformidad en la aplicación de los resultados del proyecto BEPS en toda la UE¹⁷ y las necesidades de los Estados miembros a la hora de adaptar las particularidades de sus sistemas

¹⁴ COM(2015) 302.

¹⁵ COM(2016) 685 final.

¹⁶ De las siete medidas iniciales contempladas en la propuesta de directiva, COM(2016) 26 final, en la Directiva finalmente aprobada únicamente se contemplan 5, la norma relativa a la deducibilidad de intereses (art. 4); la imposición de salida (*Exit tax*) (art. 5); la norma general contra las prácticas abusivas (art. 6); el régimen de sociedades extranjeras controladas -Transparencia fiscal internacional (*CFC rules*) (arts. 7 y 8); y la de las asimetrías híbridas (art. 9).

¹⁷ Habida cuenta de que la mayoría de los Estados miembros se comprometieron a implementar las medidas incluidas en los Informes Finales BEPS y de que la aplicación unilateral y divergente del proyecto BEPS por parte de cada Estado miembro podría fragmentar el mercado único creando políticas nacionales enfrentadas y falseamientos y obstáculos fiscales para las empresas de la UE.

fiscales a esas nuevas normas, la versión final de la Directiva no incluye, como sí hacían las versiones anteriores a la propuesta de 28 de enero, una medida consistente en la articulación de un concepto comunitario de establecimiento permanente alineado con la Acción 7 del Proyecto *BEPS*.

A juicio de Calderón Carrero¹⁸ el hecho de que la versión final no incluya esta medida revelaría los problemas que resultarían de un enfoque de *hard-law* a los efectos de implementar dicho concepto a nivel comunitario, optándose por el enfoque de *soft-law* otorgado por la Recomendación (UE) 2016/136 de la Comisión, sobre la aplicación de medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales, antes mencionada.

En consecuencia, ni la Directiva anti-elusión ni su propuesta de modificación reflejan, en este caso, una definición de establecimiento permanente análoga a la recogida en el informe final sobre la Acción 7 del Proyecto *BEPS*, resultando que su ámbito de aplicación abarca a cualquier tipo de establecimiento permanente, situado, o no, en el seno de la UE.

2.2. Propuesta BICCS 2016

En este marco regulatorio, al compartir un fin común, la Propuesta BICCS 2016, incluye normas para emprender algunas de las acciones prioritarias de la iniciativa de la OCDE sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Para ello, es necesario que ambas iniciativas compartan, también, la definición de un elemento fundamental, como es el de la definición del establecimiento permanente, esencial, como sabemos, para determinar la jurisdicción tributaria aplicable en un determinado caso.

Pues bien, la BICCS 2016, define el concepto de EP siguiendo fielmente la definición *postBEPS* recomendada en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, y ello con el fin de garantizar que todos los contribuyentes afectados compartan una noción común que descarte la posibilidad de una asimetría debido a definiciones divergentes.

Con todo, al contrario de lo que sucedía en la propuesta BICCS de 2011, que no refería la existencia de un EP a su ubicación dentro de un Estado miembro, la definición revisada en BICCS 2016, solo se aplica a los establecimientos permanentes situados en la UE y pertenecientes a un contribuyente residente a efectos fiscales en la Unión. En este sentido, para evitar la compleja interacción que la directiva pudiera ocasionar con los acuerdos internacionales, la Comisión no considera esencial proponer una definición común de los establecimientos permanentes situados en un tercer país, o en la Unión pero pertenecientes a un contribuyente residente a efectos fiscales en un tercer país, por lo que, la dimensión relativa a los terceros países tendrá que resolverse en los convenios fiscales bilaterales y en la legislación nacional.¹⁹

¹⁸ CALDERÓN CARRERO, J. M.: "La dimensión Europea del Proyecto *BEPS*: primeros acuerdos del ECOFIN, la aprobación del mecanismo de intercambio automático de *tax rulings*, y el Paquete Anti-Elusión Fiscal 2016", *Revista Quincena Fiscal*, num. 6/2016, págs. 119-154. Por su parte, la obra de C. BOTELLA GARCIA-LASTRA, *La armonización de la base imponible común consolidada del Impuesto sobre Sociedades y su incidencia en el sistema tributario español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, recoge el estado actual de la cuestión y la evolución seguida hasta llegar a este momento.

¹⁹ El hecho de que BICCS 2016, a diferencia de BICCS 2011 nazca con vocación de aplicación obligatoria en lugar de aplicación voluntaria, no desmerece la consideración de un establecimiento permanente reducido en cuanto a su

Con esta particularidad, al igual que el artículo 5 MCOCDE, la BICCIS 2016, como la de 2011, considera que existe un establecimiento permanente cuando se cuenta con un emplazamiento fijo a través del cual desarrolle total o parcialmente una actividad. El texto incluye, también, una relación de EPs idéntica a la del apartado 2 del referido artículo del modelo de la OCDE salvo en la referencia a las sedes de dirección contenida en el texto de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que se sustituye por la de los centros administrativos. Podríamos decir que la expresión contenida en el texto europeo resulta más invasiva que la contenida en el MCOCDE, y ello porque a tenor de sus comentarios, *la expresión “sede de dirección” se menciona específicamente, puesto que no ha de ser necesariamente una “oficina”*²⁰, noción, la de oficina, que perfectamente podría englobarse dentro del término centro administrativo.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 5 BICCIS 2016, al igual que el apartado 3 del artículo 5 MCOCDE, viene a indicar que las obras o los proyectos de construcción o instalación solo constituirán un establecimiento permanente en caso de que su duración se prolongue por un periodo superior a doce meses. La propuesta de directiva no recoge, empero, los cambios propuestos para los Comentarios en el informe final *BEPS* en relación con el abuso consistente en el fraccionamiento de contratos entre empresas relacionadas y la aplicación del test PPT. Ello no obstante, entendemos que dicha omisión queda salvada por la norma general contenida en el artículo 58 BICCIS 2016²¹, e, incluso, por la norma general contra las prácticas abusivas regulada en el artículo 6.º de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior a la que hemos hecho referencia.

En evitación de cualquier posible elusión artificiosa del estatus del establecimiento permanente acogándose a las excepciones de actividades específicas recogidas en el apartado 4 del artículo 5 BICCIS original, BICCIS 2016 recoge literalmente la propuesta del informe final *BEPS* omitiendo la referencia expresa al carácter auxiliar o preparatorio previamente recogido para las letras e) y f)²², pero, eso sí, a diferencia de lo señalado en la propuesta de la OCDE y en la *non nata* directiva de 2011, manteniéndolo de forma genérica, y sorprendente, para el conjunto de actividades excep-

ámbito territorial, limitado en este caso al territorio UE, toda vez que esta imperatividad podría mitigar los efectos de una concepción de establecimiento permanente con una vocación más universal contenida en una normativa que, sin embargo, se gestó como facultativa para las empresas.

²⁰ Abundando en la discriminación del concepto sede de dirección respecto al concepto de oficina, o lo que a los efectos del ordenamiento UE podría considerarse como centro administrativo, los comentarios del MCOCDE especifican que *cuando la legislación de los dos Estados contratantes no contenga el concepto “sede de dirección” como concepto distinto de “oficina”, la expresión “sede de dirección” puede omitirse en el respectivo convenio bilateral.*

²¹ A cuyo tenor, a efectos del cálculo de la base imponible en virtud de las normas de esta Directiva, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún arreglo o serie de arreglos que, por haberse establecido teniendo como propósito esencial la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la misma, resulten ser engañosos una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes, siendo que tales arreglos podrán estar constituidos por más de una fase o parte.

²² Esto es, el mantenimiento de un emplazamiento fijo de actividad económica con el único fin de llevar a cabo cualquier otra actividad para el contribuyente o el mantenimiento de un emplazamiento fijo de actividad económica con el único fin de llevar a cabo cualquier combinación de las actividades mencionadas en las letras precedentes [a) a e)].

tuadas.²³ Ello, por tanto, obligará a que se tenga que determinar, en cada caso, si las actividades del lugar fijo de negocios constituyen en sí mismas una parte esencial y significativa de las actividades del conjunto de la empresa, y no pueden, por tanto, considerarse como actividades auxiliares o preparatorias. Las reglas generales contra las prácticas abusivas a las que antes hemos hecho referencia, contribuirán, sin duda, a discernir cuándo nos encontramos entre las actividades que tienen un carácter preparatorio o auxiliar y cuándo ante aquéllas que no lo tienen.

El apartado 4 del artículo 5 de la BICIS 2016, se hace eco de las medidas contra la elusión fraudulenta del estatus de EP mediante acuerdos de comisionista y estrategias similares, introduciendo las modificaciones recogidas en el MCOCDE en cuanto a que se considera la existencia de un establecimiento permanente en aquellos casos en los que, sin realizar actividades de carácter auxiliar o preparatorio, una persona actúe por cuenta de un contribuyente y, al hacerlo, concluya contratos de manera habitual o desempeñe de manera habitual el papel principal conducente a la conclusión de contratos que se concluyan de forma rutinaria sin modificaciones sustanciales por parte del contribuyente.

Así, en términos muy similares a los recogidos en el informe final *BEPS*, la propuesta de directiva 2016 exige que dichos contratos se concluyan en nombre del contribuyente, o para la transferencia de la propiedad o para la concesión del derecho a utilizar bienes propiedad del contribuyente o que este tenga derecho a utilizar, o para la prestación de servicios por parte del contribuyente.

Igualmente, BICIS 2016 modifica, como *BEPS*, la definición de EP para delimitar el término de agente independiente del apartado 5 introduciendo la noción de la vinculación entre empresas. En este sentido, se establece que cuando una persona actúe exclusivamente o casi exclusivamente por cuenta de uno o varios contribuyentes con los que esté “estrechamente relacionada”, no será considerada agente independiente por lo que se refiere a estos contribuyentes.

En cualquier caso, como ocurriera con otros conceptos, a los efectos de este apartado 5, el MCOCDE resulta más cerrado que la propuesta de directiva, toda vez que considera que una persona está estrechamente relacionada a una empresa si, en base a los hechos y circunstancias relevantes, una tiene control sobre la otra o ambas están bajo el control de las mismas personas o empresas. Vemos pues como, con independencia de lo que se dijo en páginas precedentes de forma más específica²⁴, este control, puede ser ejercido cualquiera que sea la participación en la propiedad o en la posibilidad de ejercer los derechos de voto, ya que, en función de la atomización de la participación en el capital de determinadas empresas, dicho control puede llegar a ejercerse con porcentajes relativamente pequeños.

La propuesta BICIS 2016, por el contrario, dentro del apartado 5.º del artículo 5, el relativo al agente independiente, no recoge el concepto de control de forma genérica, sino que considera

²³ Esto es al menos de lo que se desprende de la dicción del apartado 3 del artículo 5, según el cual, el término “establecimiento permanente” no incluirá las actividades siguientes, siempre que dichas actividades sean, o la actividad general del emplazamiento fijo de actividad en el caso de la letra f) sea, de carácter auxiliar o preparatorio.

²⁴ En cuanto a que el informe final *BEPS* incluye ahora como ejemplo de esta vinculación la referencia a casos en los que una persona posee directa o indirectamente más del 50% de las participaciones en otra o, en el caso de entidades, más del 50% del voto agregado y del valor de las acciones o de las participaciones en el capital.

que una persona está “estrechamente relacionada” con un contribuyente si una parte posee, directa o indirectamente, el derecho a ejercer más del 50% de los derechos de voto en la otra o un derecho de propiedad superior al 50% del capital de la otra parte o más del 50% de los derechos a participar en beneficios.

Finalmente, fuera del contexto de los agentes independientes, sólo nos queda señalar que, al igual que en el MCOCDE²⁵ y en BICCIS 2011 (con la salvedad de la alusión a la condición de Estado miembro), BICCIS 2016 instituye que *el mero hecho de que un contribuyente residente a efectos fiscales en un Estado miembro controle, o sea controlado por, un contribuyente residente en otro Estado miembro, o que lleve a cabo su actividad en ese otro Estado miembro (a través de un establecimiento permanente o por otros medios) no convertirá a ninguno de los contribuyentes en establecimiento permanente del otro.*

IV. CONCLUSIONES

De lo antedicho se infiere la especial relevancia que tiene el concepto de establecimiento permanente a la hora de fijar la jurisdicción tributaria competente así como el papel que se le otorga, tanto en los ordenamientos tributarios internos como internacionales, para anclar la tributación de los beneficios allí donde se generan.

En el marco de la OCDE, el Informe final *BEPS* ha supuesto, en cuanto a la definición del EP, un avance en la adaptación del marco regulatorio a las necesidades generadas por nuevas formas de operar en el tráfico mercantil así como en la lucha contra el fraude fiscal.

Son precisamente esas mismas inquietudes las que han impulsado a la UE a adoptar un paquete de medidas anti-elusión en las que se encuadran, entre otras, la Recomendación (UE) 2016/136 de la Comisión de 28 de enero de 2016 sobre la aplicación de medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales, la Directiva *ATAD* y su propuesta de modificación y la propuesta BICCIS 2016.

Si bien la filosofía que impregna estas iniciativas es la misma que la recogida en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, es más, como hemos visto, se ha manifestado la voluntad de impulsar la adopción de las mismas medidas dentro de la UE, lo cierto es que, en lo que a la definición de EP se refiere, la implementación del concepto de establecimiento permanente *postBEPS* aún no se ha materializado en la aprobación de normativa alguna.

En este sentido, tras la supresión del apartado referido a la asunción del concepto EP *postBEPS* en la propuesta inicial y Directiva *ATAD*, la ausencia de la misma en su proposición de modificación, y mientras la propuesta de Directiva BICCIS 2016 no sea finalmente aprobada, al día de la fecha no podría afirmarse que dentro de la normativa imperativa de la UE exista, como tal, una adopción de dicho concepto más allá de las encomiendas realizadas al efecto a través de la normativa indicativa o *soft-law*.

²⁵ Que no ha variado en sus términos tras la propuesta del informe final *BEPS*.

Sin duda, la necesaria unanimidad en la aceptación de un *hard-law* que atienda al EP *postBEPS* dificulta su implantación en la normativa UE. Ello no obstante, el acogimiento de dicho establecimiento permanente en los tratados de doble imposición suscritos por los Estados Miembros, y las indicaciones recogidas en el *soft-law* comunitario, sí como la previsión del mismo, en los términos antes indicados, en BICCIS 2016 invita a pensar en su implantación en un futuro relativamente cercano.

COMUNICACIONES

Otras reflexiones sobre el Impuesto sobre Sociedades

La sujeción al Impuesto sobre Sociedades de las sociedades civiles y comunidades de bienes: *¿quo vadis?*

FRANCISCO ÁLVAREZ ARROYO

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Extremadura

1. Sobre la naturaleza jurídica de las comunidades de bienes y las sociedades civiles. 2. La consideración de las comunidades de bienes como obligados tributarios. Artículo 35.4 de la Ley General Tributaria. 3. Comunidad de bienes y sociedad civil: sujeción al IRPF o al Impuesto sobre Sociedades. A. La reforma operada por la Ley 27/2014. B. La confusa posición inicial de la AEAT. C. La posición de la DGT a raíz de las numerosas consultas planteadas. Bibliografía.

1. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COMUNIDADES DE BIENES Y LAS SOCIEDADES CIVILES

Reguladas en el Libro Segundo “De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones”, Título III del Código Civil (arts. 392 y ss.) las comunidades de bienes (en lo sucesivo CB) son definidas por el artículo 392 como:

“Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas.”

La primera consecuencia que se deriva de esta definición, y así es considerado por doctrina y jurisprudencia¹, es que las CB no gozan de personalidad jurídica distinta y diferenciada de la de sus miembros o comuneros. Es, por tanto, una entidad que, conforme al Código Civil, tiene reconocimiento como tal entidad, pero para su actuar en derecho no puede desligarse de los partícipes, en contraposición a lo que ocurre con las sociedades mercantiles, que mediante una ficción jurídica, se convierten en personas jurídicas siendo plenamente capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones.

Ciertamente, la figura está pensada para los diversos casos de copropiedad², y no tanto para el desarrollo de actividades económicas, aunque también resulta cierto que, en el desarrollo de actividades económicas, los bienes y derechos que forman parte de la misma pertenecen, pro indiviso, a las personas físicas que conforman la CB; es más, ningún obstáculo legal impide que ejerzan actividades económicas.

En no pocas ocasiones, la CB se soslaya con la *sociedad civil sin personalidad jurídica*, que viene regulada igualmente en el Código Civil, artículo 1665:

¹ Para una mejor comprensión del tema nos remitimos a la doctrina civilista, así por ejemplo: *Comunidad de bienes*, REYES LÓPEZ, M. J. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; *La comunidad de bienes en el Código civil*, VÁZQUEZ BARROS, S., Bosch, Barcelona, 2005; *La caracterización de la sociedad civil y su diferencia con la comunidad de bienes*, TENA PIAZUELO, I., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

² Son ejemplos, no solo el condominio, sino también otras copropiedades especiales como el régimen económico matrimonial, comunidad hereditaria, e incluso, la propiedad horizontal.

“La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.”

Respecto a las características de la sociedad civil y de la CB, y sin ánimo de entrar en un estudio riguroso y concienzudo, podemos concluir, en primer lugar, que la sociedad civil es un contrato de colaboración por el cual dos o más personas se obligan a poner en común bienes o dinero, trabajo, etc., con ánimo de repartir entre sí las ganancias; mientras que existe CB cuando la propiedad de una cosa o derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas.

Quizá la diferencia fundamental entre ambas viene a ser el origen o título jurídico que da lugar a su creación. Cuando dos o más personas tienen un bien o varios bienes en común (por haberlos recibido por herencia o por haber adquirido la copropiedad por cualquier otro título, por ejemplo la compraventa) se constituye entre ellos una CB, y nada impide que puedan explotarlos e incluso intervenir en el tráfico mercantil. Sin embargo, la sociedad civil, aunque también tiene un patrimonio comunitario, se constituye “expresamente” para su intervención en el tráfico mercantil con el fin de obtener beneficios, aportando cada uno de los socios los bienes, dinero o trabajos necesarios. Resulta ciertamente aclaratoria de la distinción la publicación de Grimaldos García.³

En cualquier caso, la distinción no siempre es clara, y tampoco faltan opiniones jurídicas que consideran que en los casos de sociedades civiles que desarrollen actividades mercantiles, la verdadera naturaleza es la de “sociedad mercantil irregular”⁴ por cuanto se trata de una sociedad mercantil que no ha sido objeto de inscripción en el Registro Mercantil.

Una conclusión final, a los efectos pretendidos en este trabajo, podría extraerse de lo antedicho: la sociedad civil es una entidad destinada al tráfico mercantil; mientras que la CB es la consecuencia de un acto o hecho jurídico, y, accidentalmente, puede destinarse al tráfico mercantil.

2. LA CONSIDERACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE BIENES COMO OBLIGADOS TRIBUTARIOS. ARTÍCULO 35.4 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA

La Ley General Tributaria en su actual redacción, asume un concepto más amplio que su antecesora respecto a los sujetos pasivos de los tributos y define a los obligados tributarios en su artículo 35.1 del siguiente modo:

“Son obligados tributarios las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias.”

Respecto a las “entidades” a las que se refiere este precepto, debemos entender que se refiere a todas aquellas “organizaciones” que no sean ni personas físicas ni jurídicas, de este modo, el apartado 4 del referido artículo 35 considera igualmente que:

³ Vid. “¿Sociedad interna o comunidad de bienes?: de los criterios de distinción en nuestra jurisprudencia. A propósito de la STS de 17 de julio de 2012”, *Diario La Ley*, n.º 8056, 2013.

⁴ Vid. FERNÁNDEZ DE BILBAO, J.: “«Comunidades de bienes» y «Sociedades civiles» para empresa. La sociedad irregular”, *Boletín JADO Academia Vasca del Derecho*, Año X, n.º 22, 2011, pp. 55-131.; de la misma opinión, si bien ya centrado en ámbito fiscal, vid. FALCÓN Y TELLA, R.: “Las «sociedades civiles con objeto mercantil» (que no existen), como nuevos sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades: las sociedades profesionales inscritas”, *Quincena Fiscal*, n.º 5, 2015.

“Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición.”

Es decir, que, a efectos fiscales, la carencia de personalidad jurídica no es óbice para que una CB pueda tener la consideración de obligado tributario, “en las leyes en que así se establezca”.

De hecho, no hay ninguna duda sobre la obligación de las comunidades de bienes de disponer de un número de identificación fiscal propio, así lo manifiesta la propia Dirección General de Tributos en Consulta vinculante n.º ref. V1018-06, de 30 de mayo de 2006:

“En consecuencia, las comunidades de bienes tendrán un Número de Identificación Fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria. Además, según establece el artículo 2 del Real Decreto 338/1990, el Número de Identificación Fiscal será el Código de Identificación que se le asigne, de acuerdo con el Decreto 2423/1975, de 25 de septiembre, por el que se regula el Código de Identificación de las personas jurídicas y Entidades en general.”

En suma, una CB, dependiendo de lo que se contemple en la normativa específica de cada tributo, puede resultar obligada tanto al pago del tributo (obligación tributaria principal) como a cualquiera de las restantes obligaciones tributarias (accesorias, formales, etc.).

Así lo corrobora la propia Dirección General de Tributos en diversas Consultas, por ejemplo:

- Es la comunidad de bienes el sujeto obligado a practicar las oportunas retenciones y no los comuneros (Consultas vinculante n.º ref. V0475-05, de 21 de marzo de 2005; n.º ref. V2236-05, de 2 de noviembre de 2005; V1289-06, de 30 de junio de 2006; V2492-06, de 14 de diciembre de 2006).
- Es la comunidad de bienes quien debe figurar en el correspondiente certificado de retenciones (Consulta vinculante n.º ref. V0346-04, de 29 de noviembre de 2004).
- Es a la comunidad de bienes a quien compete el cumplimiento de las obligaciones formales (Consulta vinculante n.º ref. V0940-14, de 2 de abril de 2014).

A este respecto, resulta interesante traer a colación, la aplicación sobre las C.B. del Impuesto sobre Actividades Económicas, estando prevista dicha circunstancia en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales:

“Son sujetos pasivos de este impuesto las personas físicas o jurídicas y las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria siempre que realicen en territorio nacional cualquiera de las actividades que originan el hecho imponible.”

E igualmente, a título ilustrativo, podemos citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia n.º 1283/2000, de 22 de septiembre, por cuanto rechaza la devolución de las liquidaciones por IAE de una CB, solicitada por un grupo de abogados alegando que ya habían tributado de forma individual, y lo hace en los siguientes términos:

“Sin embargo, por diferentes razones deberá desestimarse la pretensión actora:

1. Su propia actuación contradice su actual pretensión, pues fue la propia CB la que se dio de alta en 1992 a efectos del IAE, dentro del epígrafe 841, servicios prestados a las empresas-servicios jurídicos, en función de la actividad que iba a realizar.

2. No puede negar la actividad sujeta a tributación cuando en este proceso ha sido la propia Comunidad de Bienes la que ha demandado a la Administración, con capacidad procesal, defendiendo intereses colectivos y con autonomía de sus integrantes individuales, lo que estaría en consonancia con su condición de sujeto pasivo diferenciado.

3. La tributación por el IAE de la Comunidad de Bienes y de los abogados que la integran responde a diferentes hechos impositivos, actividades y objetos impositivos, pues distintas son las actividades realizadas, ya que los abogados que la integran desarrollan un actividad profesional como personas físicas, sujeta al epígrafe 731, abogados, mientras que la Comunidad de bienes realiza como sociedad una actividad empresarial como persona jurídica, epígrafe 841, diferente de quienes la integran y no necesariamente ligada a la abogacía, sino al asesoramiento jurídico en general, toda vez que la CB nunca puede actuar como abogado y colegiarse como tal.

Por todo ello, de conformidad a los artículos 33 LGT, 79.1 y 84 LHL, y a la Regla 3.ª 3 del Anexo II del RDL 1175/1990, de 28 de septiembre, procederá determinar que no existe doble imposición a efectos del IAE, debiendo desestimar el recurso contencioso-administrativo.”

3. COMUNIDAD DE BIENES Y SOCIEDAD CIVIL: SUJECCIÓN AL IRPF O AL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Con anterioridad a la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, la sujeción de las CB y las sociedades civiles al IRPF estaba clara, al menos eso era lo que podría deducirse del artículo 7.1 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades:

“Serán sujetos pasivos del impuesto, cuando tengan su residencia en territorio español:

a) Las personas jurídicas, excepto las sociedades civiles.”

Incluso remontándose a periodos preconstitucionales las leyes sobre la imposición directa (renta y sociedades) han mantenido esta exclusión de las CB y de las sociedades civiles del ámbito de aplicación del Impuesto sobre Sociedades (verbigracia, Ley de 16 de diciembre de 1954 reguladora de la Contribución General sobre la Renta; Ley 44/1978, de 8 de septiembre, reguladora del IRPF; Ley 61/1978, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades; etc.).

A. La reforma operada por la Ley 27/2014

Por el contrario, la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, que ha venido a derogar el texto anteriormente citado, ha sembrado una importante polémica en torno a esta cuestión. En efecto, el nuevo artículo 7, en un afán por atraer nuevos sujetos al ámbito de aplicación del IS ha establecido que serán sujetos pasivos del mismo:

“a) Las personas jurídicas, excluidas las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil.”

La contradicción que entrañan los términos de la propia definición, unido al tenor literal del artículo 6 de la propia Ley 27/2014, ya da muestras de la dificultad de interpretar ambos preceptos: si una sociedad tiene objeto mercantil debe ser una sociedad mercantil y no civil, en este sentido coincidimos con Falcón y Tella⁵, si bien, dada la posible existencia de este tipo de entidades, por muy anómalas jurídicamente que sean, de lo que no cabe duda es de su sujeción al IS, tras la reforma mencionada anteriormente. En similares términos, se pronuncia Martínez Lafuente⁶, cuando afirma que “la mención como sujetos pasivos del Impuesto a las sociedades civiles con objeto mercantil es un contrasentido, por lo que si en su constitución no aparecen los requisitos de forma exigibles, estaríamos ante una sociedad mercantil irregular”.

Sí resulta cierto que cabría extraer una primera conclusión, y es que las CB no estarían sujetas al IS por cuanto no tienen personalidad jurídica propia, sino que más bien se trata de personas físicas unidas por bienes y derechos comunes. Ahora bien, en el caso de que se desarrollen actividades económicas podríamos plantearnos la sujeción al impuesto sobre sociedades como “sociedad civil con objeto mercantil”, por cuanto ya no se trataría de una mera copropiedad sino de una entidad destinada al tráfico mercantil.

En mi opinión, toda CB que desarrolle una actividad económica, pierde su naturaleza jurídica en favor de la sociedad civil regulada en el artículo 1665 del Código civil, y por tanto debería estar sujeta al IS y no tributar en régimen de atribución de rentas. Máxime cuando, por el hecho de realizar actividades económicas, son consideradas sujetos pasivos del IVA, como podemos corroborar con numerosas contestaciones a consultas de la DGT⁷.

Y más aún, cuando se excluye cualquier “pacto secreto” al exigirse para la asignación del NIF definitivo de las CB y sociedades civiles⁸: “Original y fotocopia del contrato privado de constitución o, escritura pública en la que figure la identificación de todos los socios o comuneros, su cuota de participación, y el objeto de la comunidad, firmado por todos los comuneros. La socie-

⁵ Vid. “De nuevo sobre las comunidades de bienes y las sociedades civiles”, *Quincena Fiscal*, n.º 22, 2015, donde llega a afirmarse que “no es conceptualmente posible una sociedad civil con objeto mercantil”.

⁶ Vid. “Las sociedades civiles con objeto mercantil y su consideración como sujetos pasivos por el impuesto sobre Sociedades, con especial referencia a las oficinas de farmacia”, *La Ley* n.º 5085, 2015.

⁷ Vid. Consulta vinculante, n.º ref. V2224-13, de 5 de julio de 2013: “En consecuencia, sólo cuando se desarrollen actividades empresariales o profesionales estarán sujetas al impuesto las operaciones realizadas por una comunidad de bienes y deberá repercutir el impuesto a aquél a cuyo favor se realicen estas operaciones sujetas, así como podrá deducir las cuotas que soporte por la adquisición de bienes y servicios necesaria para la realización de estas operaciones sujetas.” En idénticos términos se pronuncian las Consultas vinculantes n.º ref. V0735-10, de 16 de abril de 2010; n.º ref. V0260-06, de 13 de febrero de 2006; n.º ref. V1427-05, de 13 de julio de 2005, y un largo etcétera. De forma análoga, la Consulta vinculante n.º ref. V1347-06, de 5 de julio de 2006, considera que una comunidad de bienes constituida por notarios se considera como sujeto pasivo del IVA. Lo mismo sucede con la Consulta vinculante n.º ref. V1639-06, de 31 de julio de 2006, en la que se considera como sujeto pasivo del IVA a la comunidad de bienes constituida por dos agentes de seguros para la realización de sus actividades.

⁸ Cfr. Instrucciones para la confección del modelo 036 de alta de actividad, disponibles en la página web de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en el siguiente enlace (último acceso 10/01/2017): http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Modelos_y_formularios/Declaraciones/Modelos_01_al_99/036/Canal_1/DocumentacionNIF_036.pdf.

dad civil habrá de constituirse en escritura pública cuando se aporten a ella bienes inmuebles o derechos reales.”

B. La confusa posición inicial de la AEAT

Fruto de este cúmulo de contradicciones, hemos asistido a la publicación de las instrucciones de la AEAT de 22 de diciembre de 2015, en relación con las sociedades civiles como contribuyentes del impuesto sobre Sociedades, en las que se establece, resumidamente, lo siguiente:

“En consecuencia, de acuerdo con las consultas y doctrina de la Dirección General de Tributos:

1. Si la entidad se manifiesta como sociedad civil ante la AEAT en el momento de solicitar el NIF (mencionándolo así en el acuerdo de voluntades) se debe considerar que tiene la voluntad de que sus pactos no se mantengan secretos, lo que le otorgará personalidad jurídica y por tanto, la consideración de contribuyente del Impuesto sobre Sociedades (siempre que tenga objeto mercantil en los términos que se señalan a continuación). En este caso se otorgará un NIF “J” de sociedad civil.

2. Si la entidad no se manifiesta como una sociedad civil ante la AEAT en el momento de solicitar el NIF, sino que se manifiesta como cualquier otra entidad sin personalidad jurídica del artículo 35.4 LGT (mencionándolo así en el acuerdo de voluntades), se debe considerar que tiene la voluntad de que sus pactos se mantengan secretos, lo que no le otorgará personalidad jurídica y por tanto, no se considera contribuyente del Impuesto sobre Sociedades. En estos casos, podemos estar en presencia de una comunidad de bienes, de una herencia yacente o en presencia de cualquier otro ente sin personalidad jurídica. A todos ellos se les otorgará un NIF “E”, cualquiera que haya sido la denominación de dicho ente (diferente de sociedad civil) por el solicitante del NIF.”

En lo que se refiere al objeto mercantil, las referidas instrucciones se remiten a sendas consultas de la Dirección General de Tributos en las que se concluye que:

“Se entiende por objeto mercantil, en línea con diversas resoluciones de la Dirección General de Tributos dictadas sobre el particular, la realización de una actividad económica de producción, intercambio o prestación de servicios para el mercado en un sector no excluido del ámbito mercantil.”

Lejos de ofrecer claridad, entiendo que estas instrucciones provocan una importante inseguridad jurídica, por cuanto, siguiendo sus directrices, la sujeción al IS o al IRPF va a depender de “lo que la entidad manifieste” al solicitar el NIF y no de su verdadera naturaleza jurídica. Tras la publicación de la Orden HAP/5/2016, de 12 de enero, por la que se modifica la Orden EHA/451/2008, por la que se regula la composición del número de identificación fiscal de las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica, lo único que queda claro es que la comunidades de bienes dispondrán de la clave E, mientras que a las sociedades civiles se les otorga la clave J, pero nada se ha aclarado respecto a su objeto mercantil y sigue primando la decisión del contribuyente a la hora de decantarse por la E o por la J.

Como nos pone de manifiesto López Geta⁹ “se ha avanzado considerablemente en el proceso de aclaración de las dudas suscitadas, como ha sido el caso de las actividades agrícolas, ganade-

⁹ Vid. “Las sociedades civiles como contribuyentes en el Impuesto sobre Sociedades”, *Carta Tributaria, revista de opinión*, n.º 12, 2016.

ras, forestales, mineras y profesionales (excluidas en cuanto no reguladas en el Código de Comercio); también se ha producido ese avance aclaratorio de tratarse de aquellas actividades que, por exigencia de la normativa particularmente aplicable, deben ser desarrolladas imperativamente por personas físicas como sucede en el supuesto de farmacias y notarías”.

Ciertamente, la DGT ha rechazado para determinadas actividades la posibilidad de someterse al IS, y ello a pesar de que, bien pudieran considerarse como sociedades civiles con objeto mercantil, pues resulta innegable que tanto las oficinas de farmacia como las notarías disponen de una estructura organizada para participar en el tráfico mercantil y lo hacen con una finalidad lucrativa. Y, todo ello, sin olvidar que tanto las CB como las sociedades civiles, son consideradas “empresarios” y por ende sujetos pasivos del IVA, precisamente por desarrollar una actividad económica.

C. La posición de la DGT a raíz de las numerosas consultas planteadas

En esta tesitura, y ante la necesidad de aclarar su situación, han sido numerosas las consultas planteadas a la DGT en este sentido, y procedemos a reseñar algunas de ellas, con el objeto de intentar extraer algunas conclusiones.

- Consulta n.º V0982-16, de 14 de marzo de 2016: La consultante es una CB que desarrolla la *actividad de comercio al por menor de carne*, a la que la DGT responde que seguirá tributando como entidad en atribución de rentas en el IRPF.
- Consulta n.º V0978-16, de 14 de marzo de 2016: La consultante es una *sociedad civil* que se dedica al *diseño gráfico, diseño web, diseño industrial y formación en las mismas áreas*, a la que la DGT responde que será contribuyente del IS a partir del 1 de enero de 2016.
- Consulta n.º V0973-16, de 14 de marzo de 2016: La consultante es una *sociedad civil* que se dedica a la *formación de licenciados en veterinaria*, a la que la DGT responde que será contribuyente del IS a partir del 1 de enero de 2016.
- Consulta n.º V0971-16, de 14 de marzo de 2016: La consultante es una *sociedad civil* que desarrolla las *actividades de guardería y enseñanza de educación infantil*, a la que la DGT responde que será contribuyente del IS a partir del 1 de enero de 2016.
- Consulta n.º V0803-16, de 29 de febrero de 2016: La consultante es una CB que desarrolla la actividad de *venta menor de productos cárnicos y derivados*, a la que la DGT responde que seguirá tributando como entidad en atribución de rentas del IRPF.
- Consulta n.º V0802-16, de 29 de febrero de 2016: La consultante es una CB que desarrolla la actividad de *reparación de artículos de electricidad para el hogar*, a la que la DGT responde que seguirá tributando como entidad en atribución de rentas del IRPF.
- Consulta n.º V0798-16, de 29 de febrero de 2016: La consultante es una CB que desarrolla la actividad de *construcción y reformas en general*, a la que la DGT responde que seguirá tributando como entidad en atribución de rentas del IRPF.

- Consulta n.º V0796-16, de 29 de febrero de 2016: La consultante es una CB que desarrolla la actividad de *taller de matricería*, a la que la DGT responde que seguirá tributando como entidad en atribución de rentas del IRPF.
- Consulta n.º V0794-16, de 29 de febrero de 2016: La consultante es una CB que desarrolla la actividad de *fabricación de pan, pasteles y otros*, a la que la DGT responde que seguirá tributando como entidad en atribución de rentas del IRPF.
- Consulta n.º V0790-16, de 29 de febrero de 2016: La consultante es una CB que desarrolla la actividad de *tapicería y otras anexas a la industria del mueble*, a la que la DGT responde que seguirá tributando como entidad en atribución de rentas del IRPF.
- Consulta n.º V0789-16, de 29 de febrero de 2016: La consultante es una CB que desarrolla la actividad de *restaurante*, a la que la DGT responde que seguirá tributando como entidad en atribución de rentas del IRPF.
- Consulta n.º V0788-16, de 29 de febrero de 2016: La consultante es una CB que desarrolla la actividad de *comercio al por menor de libros, revistas y copistería*, a la que la DGT responde que seguirá tributando como entidad en atribución de rentas del IRPF.
- Consulta n.º V0787-16, de 29 de febrero de 2016: La consultante es una CB que desarrolla la actividad de *comercio al por menor de todo tipo de artículos*, a la que la DGT responde que seguirá tributando como entidad en atribución de rentas del IRPF.
- Consulta n.º V0780-16, de 25 de febrero de 2016: La consultante es una CB que desarrolla la actividad de *residencia de estudiantes*, a la que la DGT responde que seguirá tributando como entidad en atribución de rentas del IRPF.
- Consulta n.º V0708-16, de 23 de febrero de 2016: La consultante es una *sociedad civil* que desarrolla la actividad de *integración de porcino y agricultura*, a la que la DGT responde que seguirá tributando como entidad en atribución de rentas del IRPF, puesto que las actividades agrícolas y ganaderas están excluidas del ámbito mercantil.
- Consulta n.º V0698-16, de 22 de febrero de 2016: La consultante es una CB que desarrolla la actividad de *taller de chapa y pintura de automóviles*, a la que la DGT responde que seguirá tributando como entidad en atribución de rentas del IRPF.
- Consulta n.º V0667-16, de 17 de febrero de 2016: La consultante es una *sociedad civil* que desarrolla la actividad de *prestar servicios de protésicos e higienistas dentales*, a la que la DGT responde que será contribuyente del IS a partir del 1 de enero de 2016.
- Consulta n.º V0608-16, de 15 de febrero de 2016: La consultante es una *sociedad civil* que se dedica a la actividad *agroganadera*, a la que la DGT responde que seguirá tributando como entidad en atribución de rentas del IRPF, puesto que las actividades agrícolas y ganaderas están excluidas del ámbito mercantil.

A la vista de lo expuesto, cabría, en mi opinión extraer algunas conclusiones:

Primera.—El cambio legislativo operado en este aspecto no ha supuesto ningún cambio apreciable en la realidad de la tributación de las actividades económicas cuando se lleva a cabo por varias personas.

Segunda.—La consideración como sujeto pasivo del IS de CB y sociedades civiles depende de la voluntad del contribuyente al darse de alta.

Tercera.—Quien viniera desempeñando su actividad bajo una forma concreta (CB o sociedad civil) seguirá tributando del mismo modo que hasta ahora.

Cuarta.—Las actividades agrícolas y ganaderas pueden constituir libremente sociedades civiles, incluso con personalidad jurídica, sin que tributen por IS, al estar excluido este sector del tráfico mercantil.

Hay que aclarar que, a mi juicio, nada obsta a que el sector agrario siga sometido al IS cuando opte por constituir sociedades mercantiles o sociedades cooperativas, o incluso sociedades agrarias de transformación (SAT), que siguen siendo sujetos pasivos del IS¹⁰. Dicho lo cual, se pone en evidencia otra disfunción derivada de la reforma.

En conclusión, podría haberse evitado la reforma de la ley. Si la *intentio legis* fue atraer al ámbito de aplicación del IS todas las entidades que desarrollan actividades económicas, el resultado no ha sido nada esperanzador; probablemente hará falta una reforma más clara y, sobre todo, más contundente, si la finalidad es la que se menciona en la exposición de motivos¹¹, a saber, trasladar al IS a los contribuyentes en régimen de atribución de rentas del IRPF.

Mención especial merece la actividad de farmacia, pues aun cuando igualmente pudieran plantearse serias dudas sobre su sujeción al IS, lo cierto es que la propia Dirección General de Tributos, a consulta del propio sector farmacéutico, y por medio de Consulta vinculante, n.º ref. V4142-15, de 30 de diciembre de 2015, ha zanjado la cuestión en los siguientes términos:

“Si bien la consulta anterior [se refiere a la Consulta vinculante n.º ref. V1834-12] se refería a una sociedad mercantil, en concreto a una sociedad de responsabilidad limitada, las consideraciones anteriores son aplicables a cualquier persona jurídica, por lo que al no poder ser una sociedad civil con personalidad jurídica titular de una oficina de farmacia, los rendimientos derivados de dicha oficina en ningún caso tributarían por el Impuesto sobre Sociedades, correspondiendo su tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente a los farmacéuticos titulares de la oficina de farmacia, bien individualmente o en régimen de atribución de rentas, conforme al artículo 8.3 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Resi-

¹⁰ Vid. artículo 7.1 apartados a) y b), de la Ley 27/2014.

¹¹ Cfr. Exposición de Motivos de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades: “En el ámbito de los contribuyentes, se incorporan al Impuesto sobre Sociedades las sociedades civiles que tienen objeto mercantil, y que tributaban hasta la aprobación de esta Ley como contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a través del régimen de atribución de rentas. Esta medida requiere incorporar un régimen transitorio en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que regule la traslación de este tipo de entidades como contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a contribuyentes de este Impuesto.”

dentos y sobre el Patrimonio, en el caso de que la autorización se atribuya, como permite la normativa reguladora de las farmacias, de forma conjunta a varios farmacéuticos, cuya agrupación no puede, por las razones anteriores, tener una personalidad jurídica distinta a la de las personas físicas integrantes.”

Ciertamente la contundencia de la DGT no deja lugar a dudas, sin embargo, no coincidimos plenamente con la argumentación, ya que la CB, única salida que se permite a las oficinas de farmacia, es una figura cuyo sentido no es otro que el reconocimiento de la copropiedad de bienes y derechos, mientras que la oficina de farmacia (cuando hay varios titulares) tendría más rasgos distintivos de la sociedad civil y, aunque con limitaciones, también podría considerarse que tienen objeto mercantil.

A lo expuesto habría que sumar la posible vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, y su correlativo principio de igualdad tributaria (art. 31.1 de la Constitución) por cuanto se está imponiendo un régimen fiscal determinado, impidiendo el legítimo derecho de optar por mecanismos que permitan un cambio en su tributación, resultando una posible discriminación frente a otras profesiones que igualmente necesitan de la vinculación personal a que los farmacéuticos están obligados, sin que, en mi opinión exista una justificación objetiva y razonable para ello. No sucede lo mismo, por ejemplo, para los abogados, procuradores, médicos, veterinarios y un largo etcétera, colectivos que pueden optar por constituir sociedades profesionales, derivando su tributación hacia el Impuesto sobre Sociedades.

Bibliografía

- FALCÓN Y TELLA, R.: “Las «sociedades civiles con objeto mercantil» (que no existen), como nuevos sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades: las sociedades profesionales inscritas”, *Quincena Fiscal*, n.º 5, 2015.
- FALCÓN Y TELLA, R.: “De nuevo sobre las comunidades de bienes y las sociedades civiles”, *Quincena Fiscal*, n.º 22, 2015.
- FERNÁNDEZ DE BILBAO, J.: “«Comunidades de bienes» y «Sociedades civiles» para empresa. La sociedad irregular”, *Boletín JADO Academia Vasca del Derecho*, Año X, n.º 22, 2011, pp. 55-131.
- GRIMALDOS GARCÍA, M. I.: “¿Sociedad interna o comunidad de bienes?: de los criterios de distinción en nuestra jurisprudencia. A propósito de la STS de 17 de julio de 2012”, *Diario La Ley*, n.º 8056, 2013.
- LÓPEZ GETA, J. M.: “Las sociedades civiles como contribuyentes en el Impuesto sobre Sociedades”, *Carta Tributaria, revista de opinión*, n.º 12, 2016.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, A.: “Las sociedades civiles con objeto mercantil y su consideración como sujetos pasivos por el impuesto sobre Sociedades, con especial referencia a las oficinas de farmacia”, *Diario La Ley*, n.º 5085, 2015.
- REYES LÓPEZ, M. J. (coord.): *Comunidad de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- TENA PIAZUELO, I.: *La caracterización de la sociedad civil y su diferencia con la comunidad de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- VÁZQUEZ BARROS, S.: *La comunidad de bienes en el Código civil*, Bosch, Barcelona, 2005.

La deducibilidad de los gastos financieros en la normativa española y comunitaria del Impuesto sobre Sociedades

SANTIAGO ÁLVAREZ GARCÍA

Profesor Titular de Hacienda Pública y Sistema Fiscal Español

ANTONIO APARICIO PÉREZ

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Oviedo

I. Introducción. II. La limitación a la deducción del endeudamiento con personas o entidades vinculadas: la subcapitalización. III. La limitación a la deducibilidad de los gastos financieros en la base imponible del IS. IV. La limitación de la deducibilidad del pago de intereses en la Directiva 2016/1164. V. Compatibilidad de la limitación en la deducción de gastos financieros del artículo 16 de la LIS con el artículo cuarto de la Directiva 2016/1164. Bibliografía.

RESUMEN. La deducibilidad de los gastos financieros ha sido tradicionalmente uno de los temas más controvertidos en el diseño de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. Por una parte, la consideración como gasto deducible de los intereses pagados por el uso de capitales ajenos, frente a la no deducibilidad de las retribuciones por la captación de fondos propios, provoca importantes distorsiones en la estructura financiera de las empresas, favoreciendo el recurso al endeudamiento. Por otro lado, los grupos de sociedades tratan de rentabilizar este beneficio fiscal por medio de la subcapitalización de sus filiales, fundamentalmente las constituidas en el extranjero.

En este contexto, en esta comunicación se estudia la situación actual y las posibles reformas del tratamiento de los gastos financieros en la normativa española y comunitaria. Para ello, en primer lugar, se abordan las alternativas existentes para resolver este problema, tanto desde el punto de vista teórico como aplicado. En segundo lugar, se estudian las soluciones incorporadas a la normativa española, partiendo del tratamiento de la subcapitalización en el artículo 20, primero de la Ley 43/1995, y posteriormente del Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, siguiendo por su modificación por el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, que establece la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros, y su regulación actual, en el artículo 16 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre. A continuación se estudia el artículo 4, relativo a la limitación de los intereses, de la Directiva UE 2016/1164, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. Finalmente, se analiza la compatibilidad de la regulación española con la normativa comunitaria.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principios básicos en el diseño del Impuesto sobre Sociedades (IS) es el de neutralidad, que implica que no debe alterar la asignación de recursos que se produciría en ausencia de impuestos. En otras palabras, no debe condicionar la toma de decisiones empresariales, que tendrían que responder a razones económicas y no a consideraciones estrictamente fiscales.

Este principio de neutralidad tiene varias manifestaciones, que afectan a las decisiones de organización empresarial –elección entre formas societarias y no societarias en función de las dife-

rencias en el tratamiento de los beneficios empresariales en el IS y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas–; de localización internacional, dependiendo del tipo medio soportado por las empresas en distintos territorios; y a las decisiones de inversión y financiación de las empresas, en función del gravamen efectivo sobre las mismas.

La neutralidad del IS respecto de las decisiones de inversión y financiación depende de la configuración de su base imponible. Como ha sintetizado el profesor Albi (2013, p. 120), “el gravamen en el IS del rendimiento normal del capital altera su coste de uso y distorsiona el nivel de la inversión”. El coste de uso del capital es la suma, neta del IS, de la depreciación anual que realmente experimenta, más el coste de oportunidad de la financiación con capital propio (rendimiento normal) y el gasto por endeudamiento. Se puede interpretar como el rendimiento mínimo del capital que se necesita obtener para que la inversión marginal (la última unidad de capital que se utiliza) tenga lugar. Como el IS convencional admite la deducibilidad de la amortización y del gasto financiero por endeudamiento, pero no la del beneficio empresarial, la tributación del rendimiento normal del capital (dentro de ese beneficio) altera su coste de uso.

Las principales distorsiones que afectan a la inversión empresarial se originan por el criterio de imputación temporal de ingresos y gastos –si se aplica el criterio de devengo se grava la renta; si se sigue el de caja se somete a tributación el consumo (Jerez, 2010, p. 74)–, los métodos de amortización aplicados y la divergencia entre la depreciación económica de los activos y la deducibilidad fiscal de las amortizaciones, la existencia de beneficios fiscales a la inversión, la compensación de la inflación y la consideración fiscal de los costes de financiación.

Las distorsiones de la política de financiación empresarial se producen por la consideración como gasto deducible de los intereses pagados por el uso de capitales ajenos, frente a la no deducibilidad de las retribuciones por la captación de fondos propios¹. Esa divergencia ha provocado importantes distorsiones en la estructura financiera de las empresas, favoreciendo un excesivo endeudamiento. Por otra parte, como ha puesto de manifiesto el profesor Rubio Guerrero (2014, p. 146), las sociedades han podido generar gastos financieros sin límite de deducibilidad, lo que ha provocado que en algunos casos los beneficios se transformen en pérdidas fiscalmente compensables, principalmente para compensar ganancias en grupos consolidados. Finalmente, los grupos de sociedades han tratado de rentabilizar este beneficio fiscal por medio de la subcapitalización de sus filiales, fundamentalmente las constituidas en el extranjero.

Para corregir esta distorsión caben dos posibilidades: suprimir la deducibilidad de los costes correspondientes a la financiación ajena, de forma que los intereses dejen de ser fiscalmente deducibles; permitir la deducción de todos los costes de financiación, tanto ajena como propia, de forma que los dividendos pasen a tener la consideración de gasto deducible.

En este contexto, se han realizado diversas propuestas de reforma que suponen una alteración sustancial de la estructura tradicional del IS (Rubio Guerrero, 2014, p. 143; Jerez Barroso, 2010, pp. 76 y ss.).

¹ Por otra parte, el hecho de que los beneficios no distribuidos solamente tributen en el IS, frente a la doble tributación en el IS y el IRPF de los dividendos, en ausencia de medidas de corrección de la doble imposición interna, distorsiona las decisiones sobre la distribución de dividendos, la creación de reservas o el recurso a otras formas de retribución de los accionistas.

Entre las principales cabe citar la realizada por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos en 1992, denominada *Comprehensive Business Income Tax (CBIT)*, que supone la supresión de la deducción de los costes de la financiación ajena de la base imponible del impuesto y el gravamen del capital únicamente a nivel empresarial o los impuestos sobre el Valor Añadido tipo renta, como el Impuesto Regional sobre las Actividades Productivas (IRAP) aprobado en Italia en 1998.

En el lado contrario encontramos las propuestas de IS con deducción del coste de oportunidad de los fondos propios, conocido como sistema *ACE* o *Allowance for Corporate Equity*, desarrollada en el Reino Unido en 1991, que permite la deducción de la retribución normal de los fondos propios, entendido como la rentabilidad exigida por los socios para mantener su inversión en la empresa. Algunas variantes de esta propuesta fueron adoptadas en Croacia entre 1994 y 2000, en Austria, entre los años 2000 y 2004 y el Bélgica desde 2006.

Reformas más puntuales en la base imponible del IS se han orientado a limitar la deducción de los gastos financieros, siguiendo las recomendaciones de la Unión Europea en 2010, para corregir el excesivo apalancamiento de las sociedades europeas. En este apartado debemos enmarcar las soluciones aprobadas en nuestro país por el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, que establece la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros, y su regulación actual, en el artículo 16 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del IS. Limitaciones que tenían un precedente en las medidas para evitar los problemas derivados de la subcapitalización, incorporadas en el artículo 20, primero de la Ley 43/1995, y posteriormente del Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

II. LA LIMITACIÓN A LA DEDUCCIÓN DEL ENDEUDAMIENTO CON PERSONAS O ENTIDADES VINCULADAS: LA SUBCAPITALIZACIÓN

La subcapitalización nominal o capitalización encubierta se considera “aquella situación en la que la empresa, a pesar de estar dotada de los recursos o medios financieros adecuados, presenta una desproporción entre los recursos propios o ajenos cuyo resultado es el desplazamiento de la responsabilidad o del riesgo empresarial propios del accionista hacia los acreedores, entre los cuales se pretende establecer aquél, siquiera en parte” (Palacín, y Alonso, 2010, p. 509).

Se trata, por tanto, de un problema fundamentalmente mercantil, en la medida en que modifica la responsabilidad patrimonial de las entidades respecto del riesgo empresarial, que se desplaza hacia los acreedores (Cordón, y Gutiérrez, 2003, pp. 395-396). Las consecuencias tributarias de esta situación se generan, como hemos visto en el epígrafe anterior, por las ventajas fiscales que se derivan de la financiación vía endeudamiento frente al capital propio, que no solamente se circunscriben al ámbito del IS, sino también a la modalidad de Operaciones Societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en la medida en que somete a tributación la constitución, el aumento y la disminución del capital de las Sociedades.

En la legislación española la subcapitalización se regula por primera vez por la Disposición Adicional Quinta de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas

Físicas, que modifica el artículo 16, relativo a operaciones vinculadas, de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades².

Posteriormente, con la reforma del Impuesto sobre Sociedades realizada mediante la aprobación de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, se reguló en el artículo 20, que en su redacción original decía:

“1. Cuando el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español, excluidas las entidades financieras, con las que esté vinculada exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 de la cifra del capital fiscal, los intereses devengados que corresponda al exceso tendrán la consideración de dividendos.

2. Para la aplicación de lo establecido en el apartado anterior, tanto el endeudamiento neto remunerado como el capital fiscal se reducirán a su estado medio a lo largo del período impositivo.

Se entenderá por capital fiscal el importe de los fondos propios de la entidad, no incluyéndose el resultado del ejercicio.

3. Cuando medie un convenio para evitar la doble imposición y a condición de reciprocidad, los sujetos pasivos podrán someter a la Administración tributaria, en los términos del artículo 16.6 de esta Ley, una propuesta para la aplicación de un coeficiente distinto del establecido en el apartado 1. La propuesta se fundamentará en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiere podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas.”

Posteriormente, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó el apartado tercero, que quedó redactado de la siguiente forma:

“3. Los sujetos pasivos podrán someter a la Administración tributaria, en los términos del artículo 16.6 de esta Ley, una propuesta para la aplicación de un coeficiente distinto del establecido en el apartado 1. La propuesta se fundamentará en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas.

Lo previsto en este apartado no será de aplicación a las operaciones efectuadas con o por personas o entidades residentes en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales.”

Finalmente, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, estableció la no aplicación de las normas reguladoras de la subcapitalización cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

Esta modificación se produjo en respuesta a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002 (*Sentencia Lankhorst-Hohorst*), que considera que la reca-

² “Cuando el endeudamiento directo o indirecto de una sociedad con otra persona o entidad no residente y relacionada con ella en el sentido de los apartados cuatro y cinco de este artículo, exceda del resultado que se determine reglamentariamente a la cifra del capital fiscal, los intereses satisfechos que correspondan al exceso tendrán la consideración fiscal de dividendos.”

El coeficiente se fijó en 2 por la Disposición Adicional Segunda, Uno, del Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre (CORDÓN, y GUTIÉRREZ, 2002, p. 404).

lificación automática de ciertos pagos de intereses como distribución encubierta de beneficios, cuando la empresa prestamista reside en otro país comunitario, constituye una restricción a la libertad de establecimiento, ya que esta recalificación no tiene lugar cuando la empresa prestamista es residente (*vid*, Almudí, y Serrano, 2006).

Se añadió así un apartado 4 al artículo 20, redactado de la siguiente forma:

“4. Lo previsto en este artículo no será de aplicación cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.”

Con las modificaciones citadas, este artículo se mantiene en el Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

III. LA LIMITACIÓN A LA DEDUCIBILIDAD DE LOS GASTOS FINANCIEROS EN LA BASE IMPONIBLE DEL IS

El tratamiento fiscal de los gastos financieros fue objeto de una profunda reforma en el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

Esta norma introdujo un nuevo gasto no deducible en la determinación de la base imponible del IS, reformando el apartado 1 del artículo 14 mediante la introducción de un nuevo apartado h³ y reformó el artículo 20, relativo a la subcapitalización, que pasó a denominarse limitación a la deducibilidad de los gastos financieros

Estos cambios legislativos implicaron, en primer lugar, la no deducibilidad de los gastos financieros contraídos con empresas del mismo grupo. En segundo lugar, permitió la plena deducibilidad de los gastos financieros netos del período impositivo hasta un importe de 1 millón de euros. Por encima de esta cuantía, limitó la deducción de los gastos financieros netos al 30 por ciento del beneficio operativo del ejercicio. Finalmente, permitió que los gastos financieros netos no aplicados en el ejercicio pudieran compensarse en los 18 ejercicios inmediatos y sucesivos.

El profesor Rubio Guerrero (2014, p. 147), a pesar de valorar positivamente los efectos de esta medida para limitar el excesivo endeudamiento de las sociedades españolas, refiere los problemas que puede plantearles en sus operaciones internacionales, ya que el tratamiento general, a nivel comparado sigue siendo la plena deducibilidad de los gastos financieros.

Con la reforma del IS, operada mediante la aprobación de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, tenemos las siguientes limitaciones a la deducibilidad de los gastos financieros:

³ “Los gastos financieros devengados en el período impositivo, derivados de deudas con entidades del grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el sujeto pasivo acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones.”

- a) En primer lugar, el artículo 15, letra a, establece que no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles los que tengan la consideración de retribución de fondos propios, incluyendo la correspondiente a los valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades, con independencia de su consideración contable. También tendrán la consideración de retribución de fondos propios la correspondiente a los préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.
- b) En segundo lugar, el mismo artículo 15, letra h, incorpora la no deducibilidad de deudas con entidades del grupo recogida en el artículo 14.1 h) de la normativa anterior.
- c) Finalmente, la limitación general a la deducibilidad de los gastos financieros del artículo 20 del Real Decreto-ley 12/2012 se incorpora en el artículo 16 de la Ley 26/2014 que, en su redacción actual, dice:

“1. Los gastos financieros netos serán deducibles con el límite del 30 por ciento del beneficio operativo del ejercicio.

A estos efectos, se entenderá por gastos financieros netos el exceso de gastos financieros respecto de los ingresos derivados de la cesión a terceros de capitales propios devengados en el período impositivo, excluidos aquellos gastos a que se refieren las letras g), h) y j) del artículo 15 de esta Ley.

El beneficio operativo se determinará a partir del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio determinado de acuerdo con el Código de Comercio y demás normativa contable de desarrollo, eliminando la amortización del inmovilizado, la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, el deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado, y adicionando los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio, siempre que se correspondan con dividendos o participaciones en beneficios de entidades en las que, o bien el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea al menos el 5 por ciento, o bien el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros, excepto que dichas participaciones hayan sido adquiridas con deudas cuyos gastos financieros no resulten deducibles por aplicación de la letra h) del apartado 1 del artículo 15 de esta Ley.

En todo caso, serán deducibles gastos financieros netos del período impositivo por importe de 1 millón de euros.

Los gastos financieros netos que no hayan sido objeto de deducción podrán deducirse en los períodos impositivos siguientes, conjuntamente con los del período impositivo correspondiente, y con el límite previsto en este apartado.

2. En el caso de que los gastos financieros netos del período impositivo no alcanzaran el límite establecido en el apartado 1 de este artículo, la diferencia entre el citado límite y los gastos financieros netos del período impositivo se adicionará al límite previsto en el apartado 1 de este artículo, respecto de la deducción de gastos financieros netos en los períodos impositivos que concluyan en los 5 años inmediatos y sucesivos, hasta que se deduzca dicha diferencia.

3. Los gastos financieros netos imputados a los socios de las entidades que tributen con arreglo a lo establecido en el artículo 43 de esta Ley se tendrán en cuenta por aquellos a los efectos de la aplicación del límite previsto en este artículo.

4. Si el período impositivo de la entidad tuviera una duración inferior al año, el importe previsto en el párrafo cuarto del apartado 1 de este artículo será el resultado de multiplicar 1 millón de euros por la proporción existente entre la duración del período impositivo respecto del año.

5. A los efectos de lo previsto en este artículo, los gastos financieros derivados de deudas destinadas a la adquisición de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades se deducirán con el límite adicional del 30 por ciento del beneficio operativo de la propia entidad que realizó dicha adquisición, sin incluir en dicho beneficio operativo el correspondiente a cualquier entidad que se fusione con aquella en los 4 años posteriores a dicha adquisición, cuando la fusión no aplique el régimen fiscal especial previsto en el Capítulo VII del Título VII de esta Ley. Estos gastos financieros se tendrán en cuenta, igualmente, en el límite a que se refiere el apartado 1 de este artículo.

Los gastos financieros no deducibles que resulten de la aplicación de lo dispuesto en este apartado serán deducibles en períodos impositivos siguientes con el límite previsto en este apartado y en el apartado 1 de este artículo.

El límite previsto en este apartado no resultará de aplicación en el período impositivo en que se adquieran las participaciones en el capital o fondos propios de entidades si la adquisición se financia con deuda, como máximo, en un 70 por ciento del precio de adquisición. Asimismo, este límite no se aplicará en los períodos impositivos siguientes siempre que el importe de esa deuda se minore, desde el momento de la adquisición, al menos en la parte proporcional que corresponda a cada uno de los 8 años siguientes, hasta que la deuda alcance el 30 por ciento del precio de adquisición.

6. La limitación prevista en este artículo no resultará de aplicación:

a) A las entidades de crédito y aseguradoras.

A estos efectos, recibirán el tratamiento de las entidades de crédito aquellas entidades cuyos derechos de voto correspondan, directa o indirectamente, íntegramente a aquellas, y cuya única actividad consista en la emisión y colocación en el mercado de instrumentos financieros para reforzar el capital regulatorio y la financiación de tales entidades.

El mismo tratamiento recibirán, igualmente, los fondos de titularización hipotecaria, regulados en la Ley 16/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titularización Hipotecaria, y los fondos de titularización de activos a que se refiere la Disposición adicional quinta. 2 de la Ley 3/1994, de 14 abril, por la que se adapta la legislación española en materia de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero.

b) En el período impositivo en que se produzca la extinción de la entidad, salvo que la misma sea consecuencia de una operación de reestructuración.”

IV. LA LIMITACIÓN A LA DEDUCIBILIDAD DEL PAGO DE INTERESES EN LA DIRECTIVA 2016/1164

El 12 de julio de 2016 el Consejo de la Unión Europea aprobó la Directiva 2016/1164, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior que, en su artículo 4, limita la deducción de los denominados

“costes de endeudamiento excedentarios”. Trata con ello de desincentivar la erosión de las bases imponibles mediante el pago de intereses excesivos.

Con carácter previo, define:

- Los costes de endeudamiento, como “los gastos por intereses sobre cualquier forma de deuda, otros costes económicamente a los intereses y gastos derivados de la obtención de financiación, tal como estén definidos en la legislación nacional, incluidos, entre otros, los pagos en régimen de préstamos participativos, los intereses imputados sobre instrumentos como los bonos convertibles o las obligaciones cupón cero, importes correspondientes a sistemas de financiación alternativos como el sistema financiero islámico, el elemento de coste de financiación de los contratos de arrendamiento financiero, los intereses capitalizados incluidos en el valor contable según balance de un activo correspondiente, o la amortización de intereses capitalizados, importes medios en referencia a una renta financiera en el marco de normas sobre determinación de precios de traslado, en su caso, importes de intereses notariales en el marco de instrumentos de derivados o disposiciones de cobertura relativas al endeudamiento de una entidad, algunos beneficios de cambio en el mercado de divisas y las pérdidas correspondientes al endeudamiento o los instrumentos relacionados con la obtención de financiación, los costes de garantía de los mecanismos financieros, las comisiones de apertura y costes similares relacionados con los préstamos suscritos”.
- Los costes de endeudamiento excedentarios como “el importe en que los costes de endeudamiento deducibles de un contribuyente superan los ingresos imponibles en concepto de intereses y otros ingresos imponibles, económicamente equivalentes, obtenidos por el contribuyente conforme al ordenamiento jurídico nacional”.

Partiendo de estos conceptos, el artículo 4 establece:

- a) La limitación de la deducibilidad de los costes de endeudamiento excedentario, en el período fiscal en que se sufraguen, hasta el 3% de los beneficios del contribuyente antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (*EBITDA*). A estos efectos, el *EBITDA* se calculará, volviendo a incorporar a la renta sujeta al IS en el Estado miembro del contribuyente, los importes corregidos a efectos fiscales de los costes de endeudamiento excedentarios, así como los importes corregidos a efectos fiscales en concepto de depreciación y amortización. La renta exenta de impuestos quedará excluida del *EBITDA*.
- b) La posibilidad de otorgar al contribuyente el derecho a deducir los costes de endeudamiento excedentarios hasta 3.000.000 de euros (límite conjunto para un grupo consolidado) y de deducir íntegramente los costes de endeudamiento excedentarios, si el contribuyente es una entidad aislada. Por entidad aislada se entiende un contribuyente que no forme parte de un grupo consolidado a efectos de entidad financiera y que no tenga ninguna empresa asociada ni establecimiento permanente.
- c) Cuando el contribuyente sea miembro de un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera, se le podrá otorgar el derecho a:

1. Bien deducir íntegramente los costes de endeudamiento excedentarios, si puede demostrar que la razón entre sus fondos propios y el total de sus activos es igual o superior a la razón equivalente del grupo, siempre que:
 - La razón entre los fondos propios del contribuyente y el total de sus activos se considere igual a la razón equivalente del grupo, si la razón entre los fondos propios del contribuyente y el total de sus activos es inferior en dos puntos porcentuales como máximo.
 - La totalidad de los activos y pasivos se valore utilizando el mismo método que el aplicado a los estados financieros consolidados.
 - En primer lugar, se dividirán los costes de endeudamiento excedentario del grupo entre el *EBITDA* del grupo.
 - En segundo lugar, se multiplicará el cociente anterior por el *EBDITA* del contribuyente.
2. Bien deducir los costes de endeudamiento excedentarios, en una cuantía superior a la que tendría derecho con carácter general, con un límite que se aplicará de forma conjunta al grupo consolidado del que el contribuyente forma parte y que se calculará en dos fases:
 - d) Se faculta a los Estados miembros para fijar normas que permitan:
 - Trasladar a un período posterior, sin limitación temporal, los costes de endeudamiento excedentario que no puedan deducirse en el período fiscal en curso.
 - Trasladar a un período posterior, sin limitación temporal, y a un período anterior, hasta un máximo de tres años, los costes de endeudamiento excedentario, que no puedan deducirse en el período fiscal en curso.
 - Trasladar a un período posterior, sin limitación temporal, los costes de endeudamiento excedentario y, hasta un máximo de cinco años, la capacidad no utilizada de deducir intereses, que no puedan deducirse en el período fiscal en curso.
 - e) Los Estados miembros podrán excluir del ámbito de aplicación de esta limitación los costes de endeudamiento excedentario sufragados en concepto de:
 1. Empréstitos suscritos antes del 17 de junio de 2016, siempre que la exclusión no se haga extensiva a ninguna modificación posterior de los mismos.
 2. Empréstitos utilizados para financiar proyectos de infraestructura pública a largo plazo, cuando tanto el promotor del proyecto como los costes de endeudamiento, los activos y la renta estén en la Unión Europea. En este supuesto, toda renta derivada de un proyecto de infraestructura pública a largo plazo quedará excluido del *EBITDA* del contribuyente, y todo coste de endeudamiento excedentario no incluido, quedará también excluido de los costes de endeudamiento excedentario del grupo frente a terceros.
 - f) Los Estados miembros podrá excluir del ámbito de aplicación de la limitación a las entidades financieras y aseguradoras.

V. COMPATIBILIDAD DE LA LIMITACIÓN EN LA DEDUCCIÓN DE GASTOS FINANCIEROS DEL ARTÍCULO 16 DE LA LIS CON EL ARTÍCULO CUARTO DE LA DIRECTIVA 2016/1164

De la comparación de ambos preceptos, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- a) Los conceptos “gastos financieros netos” y “coste de endeudamiento excedentario”, cuya deducibilidad se limita son prácticamente equivalentes, si excluimos la no deducibilidad de los intereses correspondientes a préstamos participativos y deudas con entidades del grupo, expresamente excluidos en la normativa española. Sin embargo, la regulación comunitaria prevé que “además de la norma de limitación de intereses dispuesta en la presente directiva los Estados miembros podrán utilizar también normas específicas contra la financiación intragrupo de la deuda mediante participación de capital, en particular normas en materia de subcapitalización. Los ingresos exentos de impuestos no debería compensarse con los gastos financieros deducibles”.
- b) El límite cuantitativo elegido para limitar la deducción de gastos de intereses se fija en el 30% del beneficio operativo en la LIS y el 30% del *EBIDTA* en la Directiva 2016/1164. Se trata de dos magnitudes muy similares; además, la Directiva permite a los Estados miembros “adoptar una medida distinta relativa a los beneficios del contribuyente antes de intereses e impuestos (*EBIT* por sus siglas en inglés) establecida de tal modo que equivalga a la razón basada en el *EBITDA*”.
- c) La LIS fija el importe mínimo de deducción de los gastos financieros netos del ejercicio en 1 millón de euros; la Directiva comunitaria establece que se podrá otorgar al contribuyente la posibilidad de deducir los costes de endeudamiento excedentarios hasta 3 millones de euros. En este caso, la legislación española es más restrictiva que la europea, que además faculta a los Estados miembros a “reducir el umbral monetario fijado para garantizar un nivel de protección más elevado para su base imponible nacional”.
- d) Sin duda, la principal diferencia entre ambas normativas es que el artículo cuatro de la Directiva 2016/1164 permite excluir de su ámbito de aplicación a las entidades aisladas, al considerar que el peligro de erosión de bases imponibles mediante el pago de intereses excesivos se produce fundamentalmente entre entidades asociadas, lo que no se produce en la normativa española.
- e) Ambas normativas excluyen de su ámbito de aplicación a las entidades financieras y aseguradoras.
- f) Finalmente, la normativa española permite trasladar los gastos financieros que no hayan podido ser objeto de deducción a los períodos impositivos siguientes, sin limitación temporal, posibilidad contemplada en la Directiva 2016/1164. Vuelve a ser más estricta que esta norma, ya que no contempla la posibilidad de traslación a un período impositivo anterior.

En síntesis, podemos decir que la regulación contenida en el artículo 16 de la LIS resulta plenamente compatible con el artículo cuarto de la Directiva 2016/1164, máxime teniendo en cuenta el carácter de mínimos de esta norma. En todo caso, su carácter más restrictivo nos lleva a re-

cordad la objeción ya citada del profesor Rubio Guerrero cuando se introdujo mediante el Real Decreto-ley 12/2012, en el sentido de que las sociedades españolas tendrán que afrontar unos costes de endeudamiento netos de impuestos superiores a los de sus competidoras domiciliadas fiscalmente en otros países de la UE que realicen una trasposición más favorable para sus empresas de la Directiva comunitaria.

Bibliografía

ALBI IBÁÑEZ, E. (2013): *Reforma Fiscal*, Cívitas, Cizur Menor.

ALMUDÍ CID, J. M., y SERRANO ANTÓN, F. (2005): “STJCE 12 de diciembre de 2002: Lankhorst-Honorst GMBH, As. C-324/00. Impuesto sobre Sociedades. Subcapitalización. Coherencia del régimen fiscal. Evasión fiscal”, *Crónica Tributaria*, 117, pp. 164-167.

CORDÓN EZQUERRO, T., y GUTIÉRREZ LOUSA, M. (2003): “El tratamiento jurídico-tributario de la subcapitalización”, en RUBIO GUERRERO, J. J. (dir.): *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 395-431.

JEREZ BARROSO, L. (2010): *El Impuesto de Flujos de Caja Empresarial: una alternativa al Impuesto sobre la Renta de Sociedades*, Fundación de las Cajas de Ahorros, Madrid.

PALACÍN SOTILLOS, R., y ALONSO SALCEDO, I. (2010): “La subcapitalización”, en RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A. (dir.): *El Impuesto sobre Sociedades*, Cívitas, Cizur Menor, pp. 509-523.

RUBIO GUERRERO, J. J. (2014): “La fiscalidad societaria en España: situación actual y perspectivas de reforma”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 1/2014, monográfico dedicado a “Propuestas para la reforma fiscal”, pp. 127-156.

Alcance de la nueva Directiva relativa a la publicación de la información país por país (CBCR) para grupos multinacionales

JUAN CALVO VÉRGEZ

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Extremadura

I. Consideraciones generales. II. Principales rasgos configuradores de la Directiva relativa a la publicación de la información país por país (CBCR) para grupos multinacionales. III. Reflexiones finales.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Con fecha 13 de abril de 2016 el Comisario de Servicios Financieros de la Unión Europea (UE) procedió a presentar un Plan de enmienda de la Directiva Contable de 2013 (Directiva 2013/34/UE) a través del cual se contemplaba la posibilidad de que aquellas multinacionales que contaran con ingresos anuales superiores a 750 millones de euros y que operasen en el ámbito de la Unión quedaran obligadas a desglosar públicamente los siguientes datos: la naturaleza de su actividad; el número de empleados; sus ingresos (incluidos los provenientes de otras filiales del grupo); el beneficio antes de impuestos; los impuestos sobre los beneficios que deberían pagarse en el país ese año; los impuestos efectivamente abonados; y las ganancias acumuladas¹.

Con carácter general desde el seno de la Comisión se pretendía hacer pública determinada información relativa al Impuesto sobre Sociedades de los grupos de sociedades, así como de las entidades independientes que operen en la Unión Europea y que cuenten con un volumen de negocios neto consolidado superior a los 750 millones de euros al objeto de incrementar la transparencia empresarial y, por ende, el control público del Impuesto sobre Sociedades abonado por las entidades que operan en la Unión Europea, pudiendo incluso llegar a incidir sobre multinacionales residentes en terceros Estados que lleven a cabo su actividad económica en territorio europeo a través de filiales o sucursales².

¹ Véase http://ec.europa.eu/finance/company-reporting/country-by-country-reporting/index_en.htm#cocr-tax (consultada el 14 de abril de 2016). Si bien a resultas del citado Consejo del ECOFIN no se llegó a alcanzar un acuerdo sobre la Directiva anti-abuso, discutiéndose a tal efecto acerca de si habría de incluirse en la Directiva la cláusula de inversión (*switch-over*) así como acerca de la regulación aplicable relativa a la transparencia fiscal internacional (téngase presente que determinados Estados consideraban que la referencia a un tipo impositivo efectivo podría entenderse como un tipo mínimo, lo que lesionaría la soberanía fiscal de los Estados, concurriendo además discrepancias acerca de si la regulación de la transparencia fiscal internacional debe aplicarse en el interior de la UE/EEE) y sobre la inversión de la carga de la prueba (prevista en el Proyecto de la Directiva y que permite al contribuyente evitar la norma antiabuso siempre y cuando se acrediten razones comerciales válidas y una actividad económica basada en elementos sustantivos objetivos), sí que fue objeto de aprobación la reforma de la Directiva 2011/16/UE para regular el intercambio obligatorio automático del *Country by Country Report (CbCR)*, adoptándose además unas conclusiones sobre la Comunicación de la Comisión relativa a la estrategia de imposición exterior y sobre la Recomendación de la Comisión sobre medidas contra el abuso de Tratados.

² Tal y como se afirmaba en la propia Exposición de Motivos de la citada propuesta de Directiva, se hace necesaria: “Una mayor transparencia por parte de las empresas para permitir un control público de si el impuesto se paga en el

La presente reforma introducida se orienta a combatir la elusión del Impuesto sobre Sociedades (IS), que se estima que supone para el conjunto de los Estados de la UE una pérdida de ingresos de entre 50.000 y 70.000 millones de euros al año. Así, se pretende abrir camino hacia una mayor transparencia del Impuesto sobre Sociedades mediante la introducción de obligaciones de divulgación de información para las empresas más grandes que operan en la Unión Europea.

Como seguramente se recordará ya en el mes de junio de 2015 la Comisión Europea inició una amplia evaluación sobre el impacto de posibles medidas de introducción de la obligación de publicar información para las multinacionales que operan en territorio comunitario, lo que implicó un análisis a fondo de las diferentes opciones estratégicas, así como consultas específicas, con el fin de ponderar objetivos, beneficios, riesgos y salvaguardias en relación con una mayor transparencia del Impuesto sobre Sociedades³.

Pues bien la citada Propuesta de Directiva fue consecuencia de los resultados obtenidos del desarrollo de dicho trabajo, hallándose además estrechamente relacionada con la revisión de la Directiva sobre cooperación administrativa, que recibió el acuerdo político de los Estados miembros de la UE en marzo de 2016 y que exige a ciertas empresas multinacionales presentar información por país a las autoridades fiscales de la UE. Como es sabido esta revisión aplica el Plan de acción de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) contra la erosión de la base imponible del Impuesto y el traslado de beneficios aprobado por los líderes del G-20 en la Cumbre de Antalya (Turquía) celebrada en noviembre de 2015.

La citada Propuesta normativa imponía a las multinacionales que operan en la UE con ingresos mundiales superiores a 750 millones de euros anuales⁴ la obligación de publicar información fundamental sobre el país o países comunitarios en los que obtienen sus beneficios y el país o países donde pagan sus impuestos. Es el llamado Informe “País por País”, que entraría en vigor en 2018. Está previsto que estas mismas normas se apliquen a las multinacionales no europeas que operen en Europa. Por otra parte las citadas empresas habrían de publicar una cifra agregada relativa al total de impuestos pagados fuera de la UE, persiguiéndose con ello aumentar la imposición de las grandes multinacionales sin afectar a su competitividad, siendo de aplicación a millares de

lugar donde se generan los beneficios. La presente propuesta exige a las EMN que hagan público, en un informe específico, el impuesto de sociedades que pagan, junto con otros datos fiscales pertinentes. Las EMN, tanto si tienen su sede en la UE como en un tercer país, con un volumen de negocios superior a 750 millones EUR, deberán cumplir estos requisitos de transparencia adicionales.”

³ En efecto, al objeto de determinar si resultaba necesaria una mayor transparencia en la información sobre los ingresos, la Comisión llevó a cabo en su día un análisis exhaustivo reflejado en la evaluación de impacto que acompaña a la Propuesta presentada, conteniendo un resumen ejecutivo. La Comisión consultó a una amplia gama de expertos y partes interesadas a partir del verano de 2015 en adelante y también se puso en marcha una consulta pública. Más de 400 participantes en representación de las empresas, asociaciones industriales, organizaciones no gubernamentales, ciudadanos y grupos de expertos respondieron a esta consulta, elaborándose un informe resumen de todas las actividades de consulta realizadas por la Comisión para apoyar esta iniciativa. Así las cosas la presente Propuesta es el resultado de esta amplia actuación.

⁴ Adviértase por tanto que el umbral de la obligación es el mismo que el utilizado en la Acción 13 del Plan BEPS y que el propuesto en la modificación de la Directiva 2011/16/UE sobre cooperación administrativa, por lo que se adecúa al consenso internacional alcanzado en la OCDE y respaldado por el G-20.

empresas de gran tamaño, pero no afectando en cambio a las pequeñas y medianas. Con carácter adicional se establecen exigencias de transparencia más estrictas para las actividades de las empresas en países que no aplican las normas internacionales de buena gobernanza en el ámbito de la fiscalidad, basándose la Comisión en su estrategia de imposición exterior con el fin de establecer lo antes posible la primera lista común de la UE de esos territorios fiscales⁵.

Determinada información contextual relativa a volumen de negocios, número de trabajadores y naturaleza de las actividades ha de posibilitar obtener un análisis cualificado que se divulgará a cada Administración tributaria de cada país de la UE en el que opere la empresa, así como sobre los territorios fiscales que no disponen de normas fiscales de buena gobernanza (paraísos fiscales). Con carácter adicional habrá que proporcionar cifras agregadas relativas a las operaciones en otros territorios fiscales del resto del mundo. Ahora bien se ha de garantizar que no se publique información empresarial confidencial.

Los datos en cuestión habrían de publicarse en un Informe específico que tendría que enviarse a un registro mercantil y estar accesible durante al menos cinco años en la *web* de la compañía. La normativa diseñada al efecto obligaría además a publicar toda esta información por cada país de la UE en el que la empresa operara y por cada país incluido en una eventual lista europea de paraísos fiscales, añadiéndose además un dato agregado para el resto del mundo, pudiendo llegar a obligarse a las empresas a desvelar cuánto abonan en cada país del mundo, independientemente de si se trata de un país europeo o de una jurisdicción fiscal no cooperativa. Cabe no obstante plantearse hasta qué punto dicha exigencia podría conducir a revelar información confidencial de la compañía, perjudicando así la competitividad de la UE y su capacidad de atraer inversiones.

De cualquier manera a través de dicha divulgación se espera que la información también contribuya a los esfuerzos encaminados a conocer mejor los sistemas fiscales de los Estados miembros y a detectar las lagunas y desajustes existentes, arrojando más luz sobre las causas y consecuencias de la elusión del Impuesto de Sociedades. En este sentido dicho control habría de contribuir a alcanzar los beneficios atribuidos a la transparencia, concretados en los siguientes: garantizar que los beneficios se graven efectivamente en el lugar en que se generen; reforzar la confianza de los ciudadanos en la equidad de los sistemas tributarios nacionales; fomentar la responsabilidad social de las empresas; contribuir al bienestar mediante el pago de impuestos en el país donde desarrollan su actividad; promover una competencia fiscal más leal en la UE fomentando un debate más fundamentado en torno a las posibles deficiencias de la legislación

⁵ En efecto, con la finalidad de identificar tales países o jurisdicciones fiscales, la Comisión fundamentará su actuación en su estrategia de imposición exterior destinada a establecer lo antes posible la primera lista común de la UE de territorios o países que no aplican las normas internacionales de buena gobernanza en el ámbito de la fiscalidad. A tal efecto el artículo 48 *octies* de la Propuesta de Directiva otorga a la Comisión poderes para adoptar actos delegados para la elaboración de una lista común de las jurisdicciones fiscales, que será objeto de revisión periódica, que no cumplan los criterios relativos a transparencia e intercambio de información, competencia leal en materia fiscal, normas establecidas por la OCDE y/o el G20 y otras normas pertinentes, entre ellas las establecidas por el GAFI (véase “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Estrategia exterior para una imposición efectiva”, publicada el 28 de enero de 2016 en el marco del Paquete ATAD).

fiscal; aumentar la imposición de las empresas; y fomentar una competencia más leal entre las empresas con independencia de su tamaño.

En resumen, la Propuesta de Directiva presentada al efecto, que habría de reformar la Directiva 2011/16/UE, aunque conectada con la obligación de información país por país (CbCR) derivada de la Acción 13 de BEPS⁶, perseguiría instrumentar a nivel de la UE un sistema automático de información fiscal relativa a empresas multinacionales que operen en territorio comunitario, incluyendo una obligación de publicación de la documentación país por país distinta a la regulada en la citada Acción 13. Dicha obligación de publicación se articula a través de la reforma de la Directiva 2013/34/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas⁷ y toma como base jurídica el artículo 50.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), de manera que su aplicación debía articularse a través del procedimiento legislativo ordinario (mayoría cualificada) y no atendiendo a la regla de la unanimidad propia de las normas de la UE en materia tributaria.

Téngase presente además que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 89 de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE, los grupos bancarios establecidos en la Unión Europea están obligados desde el 1 de enero de 2015 a publicar, junto con sus estados financieros, informes por país con información prácticamente idéntica a la solicitada por la Propuesta de Directiva relativa a la publicación de información “país por país” para grupos multinacionales a la que posteriormente nos referiremos⁸.

⁶ El Informe de la OCDE relativo a la citada Acción 13 del Plan BEPS reconoce que uno de los objetivos fundamentales de las obligaciones documentales sobre precios de transferencia es facilitar a la Administración tributaria información útil para inspeccionar en profundidad las prácticas de precios de transferencia de los obligados tributarios ubicados en su respectiva jurisdicción. Véase a este respecto OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013. Tal y como ha señalado PATÓN GARCÍA, G.: “La documentación sobre precios de transferencia y el informe *Country by Country* en el escenario Post-BEPS”, *Quincena Fiscal*, núm. 15, 2016 (consultado en www.aranzadigital.es), refiriéndose al alcance de esta Acción 13, “el objetivo de transparencia perseguido se concretaría en una documentación que comprendería en lo sucesivo tres bloques: la referida al grupo multinacional como un todo (*master file*), la que versa sobre las operaciones vinculadas realizadas por las entidades que lo componen (*local file*) y la que describe la distribución de la renta del grupo multinacional entre las diversas jurisdicciones fiscales, así como los impuestos satisfechos en cada una de ellas (*country-by-country report*)”.

⁷ Esta Directiva fue objeto de modificación por la Directiva 2014/95, obligándose a las llamadas “grandes empresas” (entidades de interés público) a incluir en el informe de gestión un estado no financiero con información necesaria para comprender la evolución de los negocios, los resultados, la situación de la empresa y el impacto de su actividad relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno.

⁸ Debido a ello, y tal y como apunta LÓPEZ RIBAS, S.: “Información fiscal pública país por país: siete datos para la transparencia”, *Carta Tributaria Opinión*, 2016 (consultado en www.laleydigital.com), a dichos grupos bancarios se les exceptúa de la obligación de presentar el informe referido a la tributación del Impuesto de Sociedades siempre que el informe publicado en cumplimiento del artículo 89 de la Directiva 2013/36/UE comprenda las actividades de la matriz última y de todas sus empresas comprendidas en sus estados financieros consolidados de dicha matriz. Como bien

Finalmente fue objeto de aprobación la Directiva (UE) 2016/881, del Consejo de 25 de mayo de 2016, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad y en la que se tienen en cuenta las normas de la OCDE a la hora de establecer las normas sobre el informe país por país. De acuerdo con lo previsto en la citada Directiva (UE) 2016/881 (que entró en vigor el día de su publicación, por tanto, el 3 de junio de 2016):

“Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 4 de junio de 2017, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir lo dispuesto en la presente Directiva.

Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones.

Aplicarán dichas disposiciones a partir del 5 de junio de 2017.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, estas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.”

La citada Directiva regula la información país por país y la obligatoriedad de su intercambio automático en el seno de la Unión Europea, con la intención de alcanzar un cierto grado de homogeneidad en la aplicación de la Acción 13 del Plan *BEPS* por parte de los distintos Estados miembros⁹. A través de dicha Directiva se persigue, como se ha dicho, mejorar la transparencia de las entidades multinacionales en materia fiscal, si bien permitiendo a los ciudadanos examinar el comportamiento fiscal de las multinacionales y facilitando el control público de si el impuesto se paga en el lugar donde se generan los beneficios¹⁰. Para ello, se impone a los grupos

apunta esta autora: “Dado que los bancos que operan en la Unión Europea con matriz situada en un tercer país no están bajo el ámbito de la Directiva 2013/36/UE, quedarán obligados a publicar el informe referido a la tributación del Impuesto sobre Sociedades en los términos generales dispuestos en la propuesta de Directiva. De igual forma, la excepción tampoco es aplicable a las industrias extractivas y madereras sujetas a la Directiva 2013/34/UE ya que, aunque también les impone obligaciones de publicación de cierta información, no exige la totalidad de la contenida en el informe referido a la tributación del Impuesto sobre Sociedades.”

⁹ A tal efecto en los propios Considerandos de la Directiva se alude de manera expresa a la necesidad de: “Tener en cuenta las normas de la OCDE a la hora de establecer las normas del informe país por país (...). En su acción en el ámbito de la información país por país, la Unión debe seguir prestando especial atención a la futura evolución a escala de la OCDE. Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros deben utilizar el informe final de 2015 sobre la acción 13 del proyecto relativo a la erosión de la base imponible y el traslado de los beneficios de la OCDE y el G-20, elaborado por la OCDE, como fuente de ilustración o interpretación de la presente Directiva y a fin de garantizar la coherencia en la aplicación en los distintos Estados miembros.” Se afirma además en el Considerando Cuarto de la citada Directiva que: “El aumento de la transparencia respecto de las autoridades tributarias podría servir de acicate para que los «grupos de empresas multinacionales» abandonen ciertas prácticas y paguen la cuota impositiva que les corresponde en el país en que se obtienen los beneficios. Por lo tanto, potenciar la transparencia de los «grupos de empresas multinacionales» es una parte esencial de la lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de los beneficios.” De este modo queda vinculada la principal iniciativa perseguida por la Directiva con la adecuada localización de los beneficios empresariales allí donde se obtengan.

¹⁰ Véase a este respecto LÓPEZ RIBAS, S.: “Información fiscal pública país por país: siete datos para la transparencia”, ob. cit. (consultado en www.laleydigital.com), quien pone de manifiesto que: “Los datos facilitados en la Exposición de

multinacionales que operan en la UE la obligación de elaborar y divulgar anualmente, poniéndolo a disposición de los ciudadanos —esta es la principal novedad—, un informe sobre el Impuesto sobre Sociedades a nivel mundial —el ámbito espacial es otra novedad— con información relativa a los beneficios obtenidos e impuestos pagados en cada Estado miembro de la Unión Europea y de forma acumulada (salvo paraísos fiscales) en terceros países, junto con cierta información relacionada.

La citada obligación de publicación se proyecta, no ya solo sobre los grupos multinacionales con su matriz última en la UE y con una facturación mundial superior a los 750 millones de euros, sino también sobre aquellas entidades nacionales que alcancen el citado umbral, así como sobre filiales o sucursales y establecimientos permanentes de grupos extracomunitarios con tal facturación cuando en el país de la matriz última no se publique la información país por país. Y ello a pesar de que, como es sabido, el intercambio de datos entre las Administraciones tributarias establece limitaciones a efectos del uso de la información en aquellos casos en que pueda implicar la revelación de secretos industriales, comerciales, profesionales o cuya revelación pudiera contrariar el orden público.

II. PRINCIPALES RASGOS CONFIGURADORES DE LA DIRECTIVA RELATIVA A LA PUBLICACIÓN DE LA INFORMACIÓN PAÍS POR PAÍS (CBCR) PARA GRUPOS MULTINACIONALES

Con carácter general cuando la llamada “sociedad matriz última”, esto es, aquella que elabora las cuentas consolidadas del grupo, esté situada en un Estado miembro, será ella quien deba elaborar y publicar el Informe referido a la tributación del Impuesto sobre Sociedades. En cambio cuando dicha “sociedad matriz última” no esté situada en la Unión Europea, la citada obligación recaerá sobre sus filiales medianas y grandes (a saber, aquellas que superen dos de los tres límites numéricos establecidos en el art. 3, apdos. 3 y 4 de la Directiva 2013/34/UE, que son los relativos al volumen neto de negocios de 8 millones de euros¹¹, importe total del balance de 4 millones de euros¹² y un número medio de empleados durante el ejercicio de 50) situadas en Estados miembros o sobre sus sucursales de tamaño comparable (siempre que el grupo no comunitario no tenga un filial en la UE y que la sucursal cumpla los umbrales numéricos relativos al volumen neto de negocios definidos en el art. 3.2 de la Directiva 2013/34/UE) establecidas en el territorio de un Estado miembro, a menos que la matriz haga pública en su web la información solicitada en el informe referido a la tributación del Impuesto sobre Sociedades con anterioridad a los doce meses siguientes a la fecha de cierre del balance en el que, además, se identifique el nombre y domicilio social de la filial o sucursal situada en la Unión Europea responsable de la

Motivos estiman que las obligaciones de la Directiva afectarán a unas 6.000 empresas multinacionales, de las que 2.000 tienen sede europea, por lo que solo afectan a un pequeño porcentaje de los siete millones y medio de empresas europeas. Hay que recordar que los datos facilitados por la OCDE sitúan el número de empresas afectadas por la Acción 13 del Plan BEPS entre el 10% y el 15% de las empresas multinacionales que, sin embargo, representan un volumen de negocios total del 90%.”

¹¹ Existe no obstante la posibilidad de que los Estados miembros incrementen dicho límite hasta 12 millones de euros.

¹² No obstante se contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan incrementar dicho límite hasta 6 millones de euros.

publicación registral del informe. *A priori* cabe estimar que dicha obligación de publicidad ha de ser satisfecha por todas y cada una de las filiales situadas en la Unión Europea.

De acuerdo con el contenido que ha de presentar la presente obligación de información (que, como se ha señalado, difiere de la recogida en la Acción 13 de la OCDE y de la Propuesta de Directiva destinada a modificar la Directiva 2011/16/UE) la información en cuestión habrá de facilitarse de manera desagregada sólo para países de la UE, mientras que en relación con el resto de Estados habrá de presentarse de forma conjunta, si bien como excepción a este último criterio se prevé la presentación de la información desagregada en relación con aquellas jurisdicciones respecto de las cuales se entienda que no cumplen con los estándares de buena gobernanza en materia de fiscalidad, esto es, transparencia e intercambio de información (automática y previo requerimiento), competencia fiscal justa, estándares que establezca el G-20 y la OCDE y otros estándares relevantes, incluyendo los establecidos por FATF en materia de blanqueo de capitales.

Tal y como ya se ha precisado con anterioridad esta obligación de información país por país se publicará en la página web de las sociedades que tienen la obligación y en un registro creado a estos efectos, asumiendo los auditores la obligación de verificar el cumplimiento de esta obligación y siendo objeto de sanción los eventuales incumplimientos. En efecto, los órganos de administración, dirección y supervisión de la sociedad matriz última serán los responsables de garantizar que el informe referido a la tributación del Impuesto se redacte, se publique y sea accesible en los términos recogidos en la Directiva cuando dicha matriz resida en la Unión Europea. Y, recayendo la obligación en la filial o en la sucursal europea de una matriz última situada en un tercer Estado, la responsabilidad será de los miembros de los órganos de administración, dirección y supervisión de la filial o de las personas encargadas de las formalidades de publicidad de la sucursal, respectivamente. Debe precisarse no obstante que en dichos supuestos la Directiva circunscribe su responsabilidad colectiva a garantizar que, en la medida de su conocimiento y capacidad, el informe referido a la tributación del Impuesto de Sociedades se redacte, se publique y sea accesible con arreglo a lo dispuesto en aquélla. En todo caso, como se ha señalado, los auditores quedan obligados a comprobar que el informe referido a la tributación del IS se ha presentado y es accesible siguiendo lo dispuesto en la Directiva debiendo indicar en el informe de auditoría si dicho informe no se ha presentado o no es accesible.

A nuestro juicio la nueva regulación aprobada plantea un escenario de intercambio automático de información novedoso concerniente a grupos europeos multinacionales y que pretende, como regla general, que se faciliten a las autoridades del Estado miembro donde resida la cabecera, determinada información de carácter global sobre sus magnitudes y estructuras operativas en cada jurisdicción, obligando a más de 6.000 multinacionales a publicar su factura fiscal país por país difundiendo la información de manera clara y sencilla.

Los siete datos sobre el negocio en cada país europeo donde operen que dichas multinacionales habrían de publicar se concretan en los siguientes: naturaleza de su actividad, número de empleados, facturación total, beneficios antes de impuestos, impuestos devengados (factura teórica), impuestos pagados (factura real) y ganancias acumuladas. Sobre su actividad fuera de la UE, en cambio, únicamente habrían de aportar datos totales no segregados país por país, salvo la actividad localizada en jurisdicciones que se califiquen como “paraísos fiscales”.

Este intercambio automático entre los Estados miembros concernidos de la información fiscal “país por país” a elaborar por las multinacionales europeas afectaría a los ejercicios económicos iniciados a partir de 1 de enero de 2016, diseñándose a tal efecto un mecanismo de *secondary reporting* obligatorio para filiales europeas de multinacionales cuya matriz última se encuentre radicada fuera de la Unión Europea, a diferencia de lo que sucede con el mecanismo arbitrado en el Proyecto *BEPS*, si bien su aplicación resultaría opcional respecto del ejercicio 2016, siendo en cambio imperativa ya para el ejercicio 2017¹³.

La Directiva contempla asimismo la posibilidad de que una de las filiales comunitarias de un grupo extracomunitario sea designada específicamente como obligada a efectos del suministro de la información, proponiéndose además que el incumplimiento de las obligaciones informativas a cargo de las filiales por no poder obtener la información requerida por la informativa, al margen de las posibles sanciones que origine, pueda constituir un indicio de la conveniencia de una inspección de las operaciones vinculadas del grupo correspondiente¹⁴.

En todo caso resulta exigible la elaboración de un informe referido a la tributación del IS con información de todas las actividades de las empresas del grupo multinacional que consoliden en los estados financieros del ejercicio. Dicha información que se solicita es aquella cuya publicidad se ha considerado necesaria y suficiente para compaginar el objetivo de permitir un control público efectivo, con la necesidad de salvaguardar la competitividad de las empresas europeas, quedando integrada por los siguientes datos: breve descripción de la naturaleza de las actividades del grupo; número de empleados; importe del volumen de negocios neto, incluido el relativo a las partes vinculadas; importe de los beneficios o pérdidas antes del Impuesto de Sociedades; importe del IS devengado en el ejercicio; importe del IS pagado en el ejercicio; e importe de las ganancias acumuladas.

La naturaleza de las actividades descritas podría fundamentarse en las categorías expuestas en el Cuadro 2 del Anexo III del Capítulo V del Informe final de la Acción 13 del Plan *BEPS*, el cual identifica actividades tales como investigación y desarrollo; fabricación; aprovisionamiento; ventas, distribución y *marketing*; titularidad o gestión de propiedad intelectual; seguros, etc.

El importe del Impuesto devengado en el ejercicio será el gasto fiscal corriente registrado por los beneficios o pérdidas imponibles del ejercicio en curso de las empresas y sucursales residentes a efectos fiscales en la jurisdicción fiscal pertinente sin incluir, en consecuencia, los impuestos diferidos. En cuanto al importe del Impuesto de Sociedades pagado en el ejercicio, éste se refiere al importe de los impuestos abonados durante el ejercicio de que se trate por las empresas y sucursales residentes a efectos fiscales, en la jurisdicción fiscal pertinente.

En todo caso, y por lo que respecta a ambos conceptos impositivos, resulta exigible la inclusión de una exposición global que explique los casos de discrepancias importantes a nivel de grupo

¹³ Véase en este sentido CARMONA FERNÁNDEZ, N.: “Intercambio automático de información fiscal (país por país) entre Estados miembros de la Unión Europea”, *Carta Tributaria Opinión*, 2016 (consultado en www.laleydigital.com).

¹⁴ Téngase presente a este respecto que ya el propio artículo 51 de la Directiva 2013/34/UE establece que los Estados miembros deberán establecer sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones que se adopten con arreglo a la Directiva garantizando, asimismo, su aplicación. Dichas sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

entre los importes de los impuestos anuales devengados y de los importes de los impuestos pagados, tomando en consideración los importes correspondientes a ejercicios anteriores.

La información exigida debe presentarse desglosada para cada Estado miembro y de forma agregada en relación con las empresas situadas en el resto del mundo, excepto las situadas en terceros países que se nieguen a respetar las normas de buena gobernanza en materia fiscal y plantean problemas fiscales específicos, para las que se exige su desglose por país.

III. REFLEXIONES FINALES

La Directiva (UE) 2016/881, del Consejo, de 25 de mayo de 2016, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad y en la que se tienen en cuenta las normas de la OCDE a la hora de establecer las normas sobre el informe país por país, establece que la Administración tributaria de cada Estado miembro habrá de recabar el informe país por país de las matrices últimas de las multinacionales que sean residentes en su territorio y trasladarlo, automáticamente, a las Administraciones de aquellos otros Estados en los que residan el resto de entidades del grupo. Dicho informe resultará exigible a los grupos de empresas multinacionales cuyos ingresos consolidados totales sean iguales o superiores a 750 millones de euros, debiendo facilitar, cada año y para cada territorio fiscal en el que operen, el importe de sus ingresos, los beneficios antes de impuestos, el IS pagado y devengado, el número de empleados, el capital declarado, los resultados no distribuidos y los activos materiales, además de indicar las actividades económicas ejercidas por cada entidad del grupo. La citada Directiva prevé, asimismo, que el intercambio de los informes país por país entre las Administraciones tributarias de los diferentes Estados miembros tenga un carácter obligatorio y automático.

Desde nuestro punto de vista, del conjunto de datos expuestos aquel que adquiere una mayor trascendencia es el relativo a los impuestos devengados, ya que obligaría a las compañías a facilitar una explicación convincente sobre la diferencia entre los impuestos debidos como consecuencia de sus beneficios y los impuestos realmente pagados. Si bien dicha diferencia podría hallarse justificada en base a la aplicación de deducciones disponibles para cualquier empresa, habría de hacerse frente a aquellas actuaciones de ingeniería fiscal a través de las cuales se pretende aprovechar la presencia en varios países para pagar menos impuestos que las empresas que sólo operan en un Estado.

Igual trascendencia ha de adquirir el dato relativo a las ganancias acumuladas. Si bien *a priori* nos hallamos en presencia de una práctica ilegal, sí que adquiriría este último carácter en el supuesto de que la entidad en cuestión mantuviese recursos depositados en ciertas jurisdicciones con la finalidad de potencial la elusión fiscal y no pagar los impuestos en su país de origen. A este respecto, si bien ya con anterioridad la banca y las industrias extractivas tenían obligación de rendir cuentas “país por país”, la nueva norma endurece el control sobre las extractivas y amplía la obligación de informar país por país a los bancos internacionales.

Repárese por otra parte en el hecho de que, por lo que respecta a los grupos con sede europea, los datos solicitados en el Informe figuran en los estados financieros de las entidades individual-

mente consideradas o en los estados financieros consolidados. Con carácter adicional debe disponerse de dicha información, dado que estos mismos grupos están obligados a suministrar a la Administración tributaria del país de residencia de la matriz la información relativa al informe país por país de la Directiva de cooperación administrativa procedente de la Acción 13 del Plan BEPS.

Destaca además la circunstancia de que el Informe “país por país” solicite mayor información y más desglosada que el informe referido a la tributación del Impuesto sobre Sociedades, ya que el único dato exigido en este último que no aparece recogido en el citado Informe “país por país” es el relativo a la explicación de las diferencias existentes entre los impuestos devengados y los pagados en el año. Así las cosas, y dada la trascendencia que dicha diferencia podría llegar a adquirir en dichos supuestos, cabría la posibilidad de que llegara a incluirse en la información adicional a que se refiere el Cuadro 3, del Anexo III del Capítulo V del Informe final de la Acción 13 de BEPS.

Por otra parte, si bien se ha de reconocer que la información solicitada en el informe referido a la tributación del Impuesto sobre Sociedades figura en las cuentas anuales de las entidades obligadas depositadas en un registro público (lo que facilita la consulta de la información allí depositada) la nueva regulación incorporada en la Propuesta de Directiva posibilita disponer de toda la información referida al grupo multinacional de manera completa, accesible y comparable.

Esta iniciativa se halla además en línea con la adoptada en el seno del G-5 (formado por Reino Unido, Alemania, Francia, Italia y España) consistente en impulsar la implantación de un sistema automático de intercambio de información internacional para que pueda conocerse la identidad de los propietarios reales de las sociedades opacas, y que sería presentado asimismo en el seno del G-20. El principal objetivo de la citada iniciativa consiste en acometer la creación de un sistema automatizado de intercambio de información sobre la propiedad efectiva de sociedades, sean fondos fiduciarias, sociedades instrumentales u otras entidades no transparentes. El siguiente paso se concretaría en desarrollar un sistema de registro de información interconectado con la supervisión de la OCDE para establecer estándares internacionales¹⁵. En todo caso adviértase que la Propuesta de Directiva no se proyecta sobre la armonización de legislación fiscal sino, como se ha analizado, sobre la obligación de publicar información financiera, en concreto, información sobre la tributación en el Impuesto de Sociedades.

La Propuesta de Directiva debía ser presentada al Parlamento Europeo y al Consejo de la UE, al objeto de poder ser adoptada mediante el procedimiento de codecisión. A tal efecto se estimó pertinente su aprobación por mayoría simple en el Parlamento Europeo y, posteriormente, por mayoría cualificada en el Consejo con el voto favorable del 55% de los Estados miembros que representen al menos el 65% de la población de la Unión Europea. La Directiva entraría en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, debiendo ser objeto de transposición por parte de los Estados miembros a su normativa interna en el plazo de un año

¹⁵ Téngase presente a este respecto que el G-5 había pedido ya al G-20 crear una lista negra de paraísos fiscales y sancionar a los países que no colaboren, proponiendo listas que identifiquen los verdaderos propietarios de compañías, fondos, fundaciones y otras entidades que se esconden de las autoridades fiscales al objeto de poder implementar sanciones a los países que no respeten las reglas.

a contar desde su entrada en vigor. En suma, una vez adoptada, la nueva Directiva habría de incorporarse a la legislación nacional de todos los Estados miembros de la UE en el plazo de un año a contar desde su entrada en vigor¹⁶.

Tal y como se ha precisado la información en cuestión habría de ser revelada por cada país de la UE en el que la empresa tenga actividad, así como para los paraísos fiscales. Las cifras totales también se proporcionarán para tener conocimiento de las operaciones en otras jurisdicciones fiscales en el resto del mundo. El Informe en cuestión debe incluir explicaciones sobre las discrepancias entre las cantidades de impuestos efectivamente pagados y los devengados, quedando la información a disposición en un único lugar accesible al público durante al menos cinco años en el sitio web de la compañía.

Repárese no obstante en el hecho de que, al amparo de la nueva regulación aprobada, sólo se requiere a las multinacionales que publiquen información país por país para las actividades dentro de la UE y de los paraísos fiscales, en una lista que aún no se ha publicado en la UE. Para el resto del mundo las empresas comunitarias sólo tendrán que revelar una cifra global. Cabe plantearse además hasta qué punto el umbral de 750 millones de euros de volumen de negocios de las empresas puede llegar a ser demasiado elevado, pudiendo llegar a propiciar que la mayoría de las compañías multinacionales no tenga que revelar información acerca de dónde se encuentran y lo que están haciendo. Piénsese que las pequeñas y medianas empresas no entran en las obligaciones que impone la Propuesta¹⁷, cuyo ámbito de aplicación se centra en las empresas multinacionales (caso de las filiales de tamaño mediano o más grandes empresas de fuera de la UE multinacionales con una facturación superior a 750 millones de euros) que participan en las actividades de planificación de impuestos, es decir, las más grandes. En este sentido una alternativa podría ser apostar por la rendición de cuentas corporativa, imponiéndose la obligación de presentar una propuesta genuina país por país en la presentación de informes públicos.

Para finalizar se ha de señalar que en fechas pasadas el Consejo Económico y Social Europeo (CESE) puso de manifiesto que la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información relativa al Impuesto sobre Sociedades por parte de determinadas empresas y filiales excluye de su ámbito de aplicación entre el 85% y el 90% de las empresas multinacionales, al fijar como ya se ha analizado un umbral de 750 millones de euros a partir del cual es obligatorio presentar el informe país por país.

¹⁶ En este sentido el artículo 48 *decies* de la Propuesta de modificación de la Directiva 2013/34/UE prevé que por parte de la Comisión se elabore un Informe a los cinco años de la fecha de transposición de la Directiva con una evaluación acerca de si dicho Informe referido a la tributación del Impuesto de Sociedades ofrece unos resultados adecuados y proporcionados, teniendo presente la necesidad de garantizar un nivel suficiente de transparencia así como un entorno competitivo para las empresas. Como bien ha señalado LÓPEZ RIBAS, S.: "Información fiscal pública país por país: siete datos para la transparencia", ob. cit., (consultado en www.laleydigital.com), dicho Informe: "Será de singular importancia para conocer si las obligaciones de transparencia fiscal impuestas a los grupos multinacionales y el control público que se pretende facilitar con ellas han contribuido a que el principio de tributación en el lugar de obtención de los beneficios sea una realidad."

¹⁷ A este respecto la Propuesta parece presumir que no hay necesidad de someter a las pequeñas empresas a medidas similares, dada su incapacidad, en general, para desplazar los beneficios de una jurisdicción a otra.

A tal efecto considera el CESE que dicho umbral resulta demasiado alto y discriminatorio ya que, al dejar a la mayoría de las empresas multinacionales fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, pueden reducirse los efectos esperados de su aplicación. De acuerdo con lo señalado en el Informe publicado por el citado Consejo, aunque las normas propuestas por la Comisión son mínimas y más reducidas que las establecidas por la OCDE en lo concerniente a los datos que deben declararse, la Propuesta de Directiva sí requiere su publicación, a fin de velar por la coherencia con las declaraciones éticas y la responsabilidad pública de las empresas afectadas ante todos los consumidores, socios y contribuyentes de la Unión Europea. Debido precisamente a ello el conjunto de datos que habría de proporcionarse debería ser el prescrito por las normas del Plan *BEPS*, ya adoptado por la UE y por la mayoría de los Estados miembros, dado que la normativa en examen tiene por objeto el principio de transparencia y no se destina a revisar a la baja los compromisos internacionales adquiridos en la actualidad.

En todo caso el CESE acoge favorablemente la iniciativa de la Comisión y apoya sus esfuerzos por combatir la planificación fiscal agresiva que realizan determinadas multinacionales, al estimar que aquélla contribuye a erosionar las bases imponibles de los Estados miembros por un valor estimado en varias decenas de miles de millones de euros anuales. A juicio del Consejo el paquete de medidas de la Comisión contra la elusión fiscal contribuye a mejorar la transparencia de las prácticas fiscales y ejerce una presión legítima para garantizar un marco equitativo de competencia y eficiencia económica entre las empresas que disponen de medios para practicar una planificación fiscal y las que trabajan sólo en el mercado interior, contribuyendo a instaurar una transparencia mayor en cuanto a su aplicación, en respuesta a la petición expresada por la opinión pública europea. La Propuesta de la Comisión contribuye a hacer más transparentes los regímenes fiscales a través de los informes por país y considera que esta medida puede reforzar la confianza de los ciudadanos de la Unión Europea.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior considera el CESE que entre los datos que se deben incluir habría de estar también la declaración por la empresa de las operaciones que en su caso haya efectuado en el territorio de las jurisdicciones tributarias, incluidas en la lista prevista en la propia Directiva, para las no colaborativas, opinando además que para que la aplicación de la Directiva conduzca a los resultados esperados la lista de los datos que deben declararse habría de incluir también los datos relativos a los activos y las ventas de la empresa, así como la lista de todas sus filiales o sucursales, tal como recomienda el Plan de Acción *BEPS* de la OCDE. Y ello en la medida en que la presentación consolidada de los datos puede llegar a ocultar determinadas operaciones de planificación fiscal agresiva y conducir a una pérdida de eficacia en la aplicación de la Directiva.

El CESE recomienda por tanto a la Comisión que prevea que el Informe país por país se publique de forma detallada para cada jurisdicción tributaria en las que la sociedad matriz posea sucursales o filiales, respaldando además la posibilidad de aprobar una lista europea de las jurisdicciones que se niegan a aplicar las normas de buena gobernanza en el ámbito fiscal¹⁸. Desde el

¹⁸ Como es sabido en la actualidad la mayoría de los Estados miembros dispone de su propio sistema de listas y sanciones respecto de las operaciones financieras con estas jurisdicciones.

Consejo se defiende que el establecimiento de una lista elaborada a escala de la Unión que establezca normas claras con el fin de determinar las jurisdicciones que se niegan seguir las normas, así como la aplicación de sanciones uniformes en todos los Estados miembros, podría constituir un instrumento mucho más eficaz para luchar contra la elusión fiscal y la planificación fiscal agresiva.

Por último el CESE apoya las medidas presentadas por la Comisión en su estrategia para facilitar el proceso de trabajo y reducir la carga administrativa de las empresas y recomienda que la Directiva establezca un formato estándar común para todos los Estados miembros que permita procesar los datos con arreglo a un régimen abierto, de conformidad con los compromisos contraídos en el marco de la Alianza para el Gobierno Abierto.

La pretendida reforma del Impuesto sobre Sociedades de 2015: un fracaso anunciado

DOMINGO CARBAJO VASCO

Economista. Licenciado en Derecho. Licenciado en Ciencias Políticas.

Inspector de Hacienda del Estado.

Delegación Central de Grandes Contribuyentes. Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT)

1. Consideraciones generales. El alcance de la reforma del Impuesto sobre Sociedades. 2. El alcance de la pretendida reforma del Impuesto sobre Sociedades.

1. CONSIDERACIONES GENERALES. EL ALCANCE DE LA REFORMA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

La nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), constituye una de las llamadas “cuatro patas” de la Reforma Fiscal de 2015.

Si uno lee detenidamente el Preámbulo de la LIS, en la cual se justifica la necesidad de una modificación global de la normativa del impuesto, en particular, sus apartados I y II, existirían razones de peso para alterar de manera sustantiva el gravamen, en atención al cumplimiento de una serie de fines, concretamente:

- a) Neutralidad, igualdad y justicia.
- b) Incremento de la competitividad económica.
- c) Simplificación del impuesto.
- d) Adaptación de la norma al derecho comunitario, etc.¹

¹ De hecho, puede decirse que todo el apartado II de la Exposición de Motivos de la LIS está dedicado a exponer de manera premiosa las diversas razones que apoyan la reforma del impuesto:

“... otros objetivos claros que han inspirado esta reforma, destacándose como principales los siguientes:

a) Neutralidad, igualdad y justicia. Estos tres principios constitucionales se convierten en objetivo primordial de la actual reforma, de manera que la aplicación de los tributos no genere alteraciones sustanciales del comportamiento empresarial, salvo que el Impuesto resulte indispensable para cubrir determinadas ineficiencias producidas por el propio mercado. Fuera de estos supuestos, el Impuesto sobre Sociedades sigue manteniendo y agudizando su carácter neutral e igualitario. Como ejemplos a la aplicación de estos principios, basta destacar la aproximación entre el tratamiento de la financiación ajena y propia, la aproximación entre el tipo de gravamen nominal y el efectivo o la eliminación de incentivos fiscales.

b) Incremento de la competitividad económica. Resulta imprescindible en el momento actual favorecer, con carácter primordial, la competitividad empresarial y garantizar el crecimiento sostenido de la actividad económica. En este sentido, la reducción del tipo de gravamen general, del 30 al 25 por 100, constituye un elemento primordial en la consecución de este objetivo. Asimismo, el tratamiento de las rentas internacionales favorece la repatriación de dividendos sin coste tributario y se convierte en un instrumento esencial en la internacionalización de la empresa española. Por último, también es destacable la novedosa extensión del régimen de exención en el tratamiento de las rentas procedentes de participaciones en entidades españolas.

c) Simplificación del Impuesto. Resulta necesario introducir una mayor sencillez del Impuesto, que contribuya al mejor cumplimiento de la norma. En este punto son dignas de mención medidas como la simplificación de las tablas de amortización, la ra-

Todas estas finalidades se mencionan expresamente en el apartado II de la precitada Exposición de Motivos de la LIS.

Este énfasis en el carácter, no sólo de revisión de la normativa del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS) vigente hasta la entrada en vigor de la nueva LIS² ³, sino también en la pulsión

cionalización de las normas aplicables a las operaciones vinculadas, la eliminación de diferentes tipos de gravamen, en consonancia con las recomendaciones de organismos internacionales, o la aplicación de un régimen de exención generalizado en las rentas procedentes de participaciones significativas.

d) Adaptación de la norma al derecho comunitario. El entorno comunitario constituye, hoy en día, un elemento indispensable a tener en cuenta en cualquier reforma del sistema tributario español. En este sentido, dentro de las medidas que buscan esta adaptación, requiere una especial consideración el tratamiento del sistema de eliminación de la doble imposición establecido en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que había sido cuestionado por la Comisión Europea, de manera que esta Ley pretende dar cumplimiento al ordenamiento comunitario, equiparando el tratamiento de las rentas internas e internacionales. Igualmente, las modificaciones realizadas en los regímenes especiales de consolidación fiscal y reestructuraciones pretenden, entre otros objetivos, favorecer el cumplimiento de la indispensable compatibilidad con el ordenamiento comunitario. En definitiva, esta Ley procura ser especialmente rigurosa desde la perspectiva de su compatibilidad con el ordenamiento comunitario.

e) Estabilidad de los recursos y consolidación fiscal. No debe olvidarse de nuevo la caída recaudatoria del Impuesto sobre Sociedades en los últimos años, que ha hecho y hace necesaria la adopción de medidas que traten de paliar el déficit de recursos, con el objeto de alcanzar la estabilidad necesaria que la sostenibilidad del sector público requiere. En este sentido, se adoptan medidas que tratan de ampliar la base imponible del Impuesto, como es el caso de la extensión de la no deducibilidad del deterioro de valor a todos los elementos patrimoniales del inmovilizado empresarial, o las modificaciones introducidas en la limitación a la deducibilidad de gastos financieros, así como la eliminación de determinadas deducciones.

f) Endeudamiento-capitalización. En el año 2012 se introdujo una limitación en la deducibilidad de gastos financieros, estableciendo un criterio específico de imputación temporal distinto al contable, con la finalidad de favorecer indirectamente la capitalización empresarial. En esta misma tendencia, resulta necesario incidir en la neutralidad en la captación de financiación empresarial, estabilizando una balanza que durante mucho tiempo se ha inclinado a favor de la financiación ajena. En este objetivo incide especialmente la nueva reserva de capitalización, así como las modificaciones que se incorporan en el tratamiento de los gastos financieros.

g) Seguridad jurídica. La reforma trata, asimismo, de incrementar la seguridad jurídica necesaria en una norma de esta naturaleza. Las características especiales de este Impuesto, que trata de proporcionar un marco jurídico en una realidad económica tan cambiante, hacen necesario intentar reducir la litigiosidad. Esta Ley recoge criterios doctrinales y jurisprudenciales, y aclara cuestiones que generan o puedan generar una conflictividad no deseada, garantizando la transparencia necesaria para acometer cualquier decisión de inversión. En este ámbito pueden mencionarse las reglas aplicables a operaciones a plazos, la no integración en la base imponible de aquellos ingresos que proceden de la reversión de gastos no deducibles o la posibilidad de aplicar parcialmente el régimen de operaciones de reestructuración.

h) Lucha contra el fraude. Por último, aunque no por ello menos importante, resulta esencial incrementar las medidas que favorezcan una efectiva lucha contra el fraude fiscal, no solo a nivel interno sino en el ámbito de la fiscalidad internacional. Precisamente en este ámbito, los últimos trabajos elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y materializados en los planes de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, constituyen una herramienta fundamental de análisis del fraude fiscal internacional. En este marco, la presente reforma anticipa medidas encaminadas a este objetivo, como es el caso del tratamiento de los híbridos, o las modificaciones realizadas en materia de transparencia fiscal internacional u operaciones vinculadas.”

² La cual, de acuerdo a su Disposición final duodécima. Entrada en vigor, era la siguiente:

“La presente Ley entrará en vigor el día 1 de enero de 2015 y será de aplicación a los períodos impositivos que se inicien a partir de la expresada fecha, salvo las Disposiciones finales cuarta a séptima, que entrarán en vigor al día siguiente de la publicación de esta Ley en el «Boletín Oficial del Estado» y serán de aplicación en los términos en ellas establecidos.”

³ En este sentido, puede decirse que el precitado apartado I de la Exposición de Motivos de la LIS mencionaba específicamente las causas que obligaban a una “revisión” del tributo, mientras que el mencionado apartado II exponía las razones para “reforma” el impuesto; de hecho, el primer inciso del ya citado apartado II empieza:

“Adicionalmente a la ya comentada necesaria revisión global de la norma aplicable al Impuesto sobre Sociedades, deben añadirse otros objetivos claros que han inspirado esta reforma, destacándose como principales los siguientes:...”

Pasando inmediatamente a señalar los ya expuestos en la nota a pie de página número 1 de esta comunicación *ut supra*.

reformadora, auténticamente modificativa del “nuevo” gravamen sobre la renta societario⁴, se inscribe, asimismo, en lo que el Gobierno de turno calificaba como “Reforma Fiscal” de 2014.

De esta forma, la LIS venía acompañada de otras dos Leyes reformadoras de gravámenes que integran la clave de bóveda del sistema tributario español, concretamente, de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, de reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF)⁵ y la Ley 28/2014, de idéntica fecha, que alteraba el Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA)⁶, completándose, posteriormente, esta tríada reformadora por los cambios en la cúspide, la norma básica de nuestro Ordenamiento Tributario: la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), alterada de manera significativa por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la LGT (BOE de 22), cuyo retraso en la publicación respecto de las Leyes tributarias precitadas se debió a razones procedimentales⁷.

En consecuencia, si hiciéramos caso al discurso oficial, la reforma del IS vendría justificada por múltiples razones y, además, vendría reforzada en su sentido y causa por su coordinación con los cambios introducidos en la misma fecha por el paquete de la Reforma Fiscal de 2014.^{8 9}

De esta forma, la modificación del IS sería un apoyo más, una columna de la Reforma Fiscal de 2014 que supondría un aspecto más de la estrategia reformista de un Gobierno que ha sacado a España de la profunda crisis económica iniciada en 2007, sirviendo la precitada Reforma para apuntalar la recuperación económica y la salida de la crisis; es más, las estimaciones macroeconómicas, utilizadas para apoyar la Reforma Fiscal, afirmaban que la misma tendría un impacto positivo en el PIB del 0,55%, suponiendo una disminución recaudatoria de unos 9.000 millones de euros.¹⁰

⁴ Recuérdese que el hecho imponible del impuesto es “... la obtención de renta por el contribuyente, cualquiera que fuese su fuente u origen”, artículo 4.1 LIS.

⁵ O, para ser más exactos, incluyendo toda la rúbrica de la disposición legislativa: 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 (*Boletín Oficial del Estado*; en adelante, BOE de 28).

⁶ Ley 28/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, y la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras (BOE de 28 de noviembre).

⁷ Por la necesidad de solicitar informes preceptivos, aunque no vinculantes, a numerosos órganos, verbigracia, el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial.

En general, acerca de este asunto, puede verse: MONTERO DOMÍNGUEZ, ANTONIO: “La reforma de la Ley General Tributaria”, Ed. Tirant lo Blanch, colecc. *Temas Tributarios*, Valencia, 2015.

⁸ *Passim*. www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2014/S.E.%20HACIENDA/23-06-14%20Presentacion%20Rueda%20Prensa%20Reforma%20Fiscal.pdf.

⁹ Para un análisis más detallado de esta crítica, nos remitimos a nuestra presentación: “¿Sólo es posible un IRPF dual?”, en *III Encuentro de Derecho Financiero y Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2 y 3 de octubre de 2014.

¹⁰ Una de las cuestiones que debe hacernos sospechar, como economistas, de la validez de estos cálculos es la pobreza de las estimaciones incorporadas a las distintas “Memorias” de los Proyectos de Ley de Reforma Fiscal; es más, cabe

Es decir, el propio discurso oficial reconocía que la Reforma Fiscal conllevaría una “pérdida recaudatoria” significativa, lo cual contrastaba significativamente, por otra parte, con la obsesión teórica por el cumplimiento de los objetivos de déficit público (que siguen siendo sistemáticamente incumplidos a finales de 2016, como demuestra la amenaza de sanciones por parte de la propia Unión Europea; en adelante, UE) y por la clara constatación de que el sistema tributario español había entrado en crisis fiscal desde 2007, tal y como demostraban, entre otros, los datos de presión fiscal de la OCDE, donde se expone que la caída de la recaudación impositiva en España ha sido dramática, pasando la presión fiscal absoluta del 36,5% sobre el PIB en 2007 al 32,3% en 2008 y situándose en 2013 en solamente en 32,7%.¹¹

Tal descenso de los ingresos públicos, se suponía, se “devolvería” al bolsillo de los españoles, con lo que éstos, ante el aumento de sus rentas netas, procederían a un mayor consumo y, en consecuencia, se generaría un impulso a la recaudación derivada de los impuestos indirectos, fundamentalmente, el IVA, lo que potenciará la demanda privada que sustituye, como variable económica, a unas exportaciones, cuya evolución es cada vez más ambigua, en un contexto de estancamiento económico de la UE, a la cual siguen dirigiéndose cerca del 70% de nuestras actividades de comercio exterior.¹²

Por lo tanto, una visión lafferiana de la Reforma Fiscal que, en el plano del IS, debería suponer que, al recuperarse los beneficios de las empresas, los efectos de las ventajas fiscales de la LIS, por ejemplo, la minoración de alícuotas de gravamen, se “compensarían” en la recaudación más que de sobra por el aumento de las bases imponibles en la imposición sobre la renta societaria.

Es más, tal recuperación de ingresos, vía consumo privado, sería compatible, según el discurso oficial, con una nueva minoración del déficit público (a situarse en el 4,2% del PIB, frente al 5,5% previsto para finales de 2014)¹³ y tendría un importante componente social, ya que los mayores beneficiados serían las rentas bajas y las clases medias, especialmente, mediante la Reforma del IRPF.¹⁴

señalar que las “Memorias de Impacto Normativo” de estos Proyectos (legalmente obligadas) apenas se han difundido y, en el caso del propio IS, ha resultado materialmente imposible encontrarla; violándose, de esta manera, principios esenciales de transparencia y buena gobernanza, teóricamente apuntalados hacia la misma época reformista por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE de 10).

¹¹ OECD: *Revenue Statistics of Country Members, 1965-2015*, 3 December 2015, www.oecd.org/tax/tax-policy/revenue-statistics-19963726.htm.

¹² El Gobierno preveía que la demanda interna supusiera 1,8 puntos porcentuales del aumento del PIB previsto para el período 2015, mientras que el sector exterior sólo contribuiría 0,2 puntos porcentuales a tal aumento. Los resultados, todavía estimados, fueron en esa línea.

¹³ Sobre las perspectivas económicas oficiales que incorporaban los “beneficios” de la Reforma Fiscal, remitimos a la documentación adjunta al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2015, ver www.sepg.pag.minhap.gob.es/sitios/sepg/es-ES/Presupuestos/ProyectoPGE/Documents.

¹⁴ VVAA: *Evaluación de la Reforma del IRPF 2015*, Ed. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Secretaría de Estado de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2015.

De este texto son significativas, al menos, dos cuestiones: a) la ausencia de un documento similar relativo al impacto de la reforma del IS, lo que constata nuevamente la pobreza de los cálculos estadísticos y económicos que se ejecutaron al respecto, y b) el énfasis en demostrar el carácter redistributivo de la mencionada reforma, como demuestra la aparición de dos Capítulos en la obra dedicados específicamente a: “Análisis de la redistribución” y “Análisis de pobreza”.

De acuerdo con el *mantra* de la Reforma Fiscal, los contribuyentes, trabajadores y autónomos, con ingresos inferiores a los 12.500 euros no pagarían IRPF, ni tampoco serían objeto de pagos a cuenta de este tributo (eliminándose de esta forma la llamada “trampa de la pobreza” e igualándose el salario neto y el bruto).

Por su parte, muchas familias verían mejorada su situación fiscal y su renta neta, al disminuir la tarifa general del IRPF y aparecer mayores mínimos exentos personales y familiares.

Asimismo, colectivos especialmente desfavorecidos, verbigracia, contribuyentes de los que dependen personas discapacitadas, recibirían nuevos ingresos, mediante la introducción de impuestos negativos (sobre la discapacidad y sobre la familia numerosa) que serán cobrados de manera anticipada.

Por lo tanto, la Reforma Fiscal suponía estáticamente una disminución de los ingresos públicos que sería más que compensada por el aumento de las rentas en manos de los contribuyentes y su traslación al consumo.

Estos fenómenos se aceleraron cuando, en 2015, se adelantó el proceso de disminución de los tipos de retención en el IRPF, mediante el Real Decreto-ley 9/2015 de 10 de julio, de medidas urgentes para reducir la carga tributaria soportada por los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras medidas de carácter económico.

Ahora bien, los análisis de impacto económico del IS prácticamente no existieron, se marginó evaluar la incidencia de este tributo en la actividad económica y empresarial, que no estimaron, en suma, los efectos de la LIS y, por último, que se entró en una contradicción clara: el déficit público en 2014 no se había reducido lo suficiente para lo que demandaban las políticas de ajuste de la UE y la pérdida de recursos que supuso la Reforma Fiscal de 2014 en su conjunto está, junto con otros factores, detrás del fracaso en el cumplimiento de la senda de minoración del déficit que, en 2014, se situó en el 5,9% del PIB y se evalúa que será del 5,1% en 2015.¹⁵

2. EL ALCANCE DE LA PRETENDIDA REFORMA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Por lo tanto, podemos constatar, ya en 2016, que la Reforma Fiscal de 2014 no ha sido una “Reforma”, porque no ha supuesto un cambio significativo de los principios del sistema tributario, una alteración en la jerarquía de los mismos o una modificación integral de la normativa del modelo, empezando porque no puede calificarse como “Reforma” Fiscal integral, un elenco de disposiciones fiscales que no han incidido ni sobre la financiación autonómica ni sobre la composición de los ingresos locales.

En este sentido, esta “Reforma Fiscal” se parece mucho a la de 2006, incluso, en su estructura jurídica, allí se hizo una Ley, modificación formal, *ex novo* para el IRPF (Ley 35/2006) y aquí, curiosamente, se hace una Ley *ex novo* para el Impuesto sobre Sociedades. Otra cosa es el fondo y la sustancia de las reformas introducidas.

¹⁵ Para datos acerca de la evolución del déficit público en España, nos remitimos a: www.datosmacro.com/paises/espana/.

Significativamente, sí existieron otras propuestas de Reforma Fiscal integral; incluso, una, el denominado “Informe Lagares”¹⁶, encargo previo del Gobierno para iluminar sus propósitos de cambio fiscal, el cual sí contenía un proyecto de reforma fiscal completo porque afectaba a la inmensa mayoría de los tributos del sistema, propugnaba otros nuevos (ecológicos) y suprimía algunos de los integrantes del sistema previo (patrimonio).

Pretendía, además, cambiar los principios del sistema tributario (neutralidad y eficiencia, en principio, matizados por la necesidad coyuntural del equilibrio presupuestario); alteraba el orden de importancia de los impuestos: primero, el IVA, luego, el IRPF y se coordinaba con otras ideas de Política Económica: devaluación fiscal más devaluación salarial y de rentas (por la crisis) en aras, se supone de una mayor competitividad para la economía española.

El modelo planeado en ese Informe estuvo apoyado, por otro lado, por el Fondo Monetario Internacional y la propia UE, en la medida que recogía, entre otras premisas, viejos dogmas de alguna corriente de pensamiento fiscal, tal como el que establece una relación directa entre la subida del IVA y la bajada en las cotizaciones sociales con la creación de empleo neto y el logro de mayores cotas de competitividad para la economía española.

Cuestión, no obstante de difícil verificación empírica, mas bien al contrario, tal como muestran ejemplos como los de Grecia y Portugal, donde tras procesos intensos de ajuste fiscal (recortes en el gasto y subidas en la carga fiscal) y reformas varias el resultado obtenido no está significando ni mayor competitividad, ni por supuesto más empleo.

El hecho de que afirmemos que el “Informe Lagares” define una reforma fiscal en toda regla, no implica que compartamos sus principios y sus contenidos.

Dicho sea de paso, a nuestro entender, el modelo Lagares nos llevaría al desastre fiscal en un corto plazo, arrastrando consigo mayores dosis de empobrecimiento para una parte significativa de nuestra sociedad y en sus aspectos esenciales no funcionaría, a tenor de como de nuestra propia experiencia en materia de Reformas Fiscales previas ha operado¹⁷.

En buena medida, en última instancia, el diseño tributario que alumbra a este Informe contrasta con lo establecido en el artículo 31.1 de la Constitución Española en lo que se refiere a la cualidad de progresivo que se exige para nuestro sistema tributario.

Pero no sólo es que no hubiera tal “Reforma Fiscal” en 2014, sino que la misma está siendo causa, por su incapacidad para aumentar los ingresos tributarios, de lo que ya es una constante desde 2008: la insuficiencia de nuestro sistema tributario para cumplir otro de los *mantra* esenciales de la Política Económica del Gobierno y de la UE: la reducción del déficit público.

En lo que respecta, a la denominada “reforma del IS”, que no podemos aislar, lógicamente, de las críticas anteriores, su fracaso ha sido todavía más contundente, por causas y razones propias.

¹⁶ Cuyo título oficial es *Informe de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario Español*, Madrid, febrero de 2014, www.minhap.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2014/Documents/Informe%20expertos.pdf.

¹⁷ Recuérdense a este respecto el resultado de la experiencia SOLCHAGA sobre IVA y cotizaciones de Seguridad Social, que podemos sintetizar en la expresión *de te fabula narratur*.

En primer lugar, como hemos enunciado con anterioridad, el grado de detalle, de análisis y de estimación de los impactos de un gravamen tan relevante para la actividad de una economía de mercado como es la española, como resulta ser el IS, fue mínimo o, al menos, se han ocultado a la opinión pública y a los estudiosos.

Es decir, se hizo una reforma del IS sin disponer de un adecuado elenco de estudios de impacto en materias como su incidencia recaudatoria, su distribución sectorial, su impacto en la competitividad de las empresas y, en algo tan relevante, en los momentos actuales, como es la competitividad internacional de la empresa española, etc.

Pero es que, incluso, formalmente, la LIS no puede calificarse como un texto reformador.

Bajo la apariencia de una alteración significativa de la estructura del IS, lo cierto es que los cambios normativos incluidos en la LIS, si se comparan con su antecedente legislativo básico: el Texto Refundido de la LIS, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, especialmente, tras las modificaciones integradas en el mismo por las políticas anti-crisis desde 2012¹⁸, son muy escasos y, en muchos supuestos, la redacción legislativa es equivalente, excepto las permutas de orden necesarias en la numeración de los artículos de la LIS.

Es más, muchas de las pretendidas “reformas” del IS no son tales, por ejemplo, la conservación de los tipos efectivos de gravamen, mediante la bajada de las alícuotas nominales del tributo, a cambio de una reducción de los beneficios fiscales, no es cierta, pues han aparecido nuevos gastos fiscales, verbigracia, las llamadas “reservas” de capitalización y nivelación, de escasa racionalidad.

De esta forma, una de las pretendidas “modernizaciones” del impuesto, consistente en aproximar los tipos nominales a los tipos efectivos de gravamen, vía reducción de las alícuotas generales (que pasan, básicamente, del 30 al 28 y al 25%, en 2015 y 2016, respectivamente), compensando tal minoración por reducciones en los incentivos fiscales, no es tal.

Cierto es que desaparecen algunos beneficios fiscales, por ejemplo, la deducción por reinversión del artículo 42 TRLIS, pero como hemos indicado surgen otros nuevos y, asimismo, el derecho transitorio permite mantener durante un período de tiempo largo la incidencia recaudatoria negativa de los incentivos fiscales en el IS.

En este sentido, las propias estimaciones oficiales señalan que el importe de la recaudación que suponen los beneficios fiscales del IS para el ejercicio 2015 (antes de la entrada en vigor de la LIS) ascendería a 3.949,74 millones de euros, cuantía que supone el 14,3% de la recaudación prevista del IS¹⁹.

¹⁸ Un elenco claro de estas medidas fiscales anti-crisis económica puede encontrarse en el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público (BOE, de 31).

¹⁹ Presupuestos Generales del Estado, *Memoria de Beneficios Fiscales 2015*, www.minhap.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2014/Documents/Informe%20expertos.pdf.

Para 2016, incluyendo ya la incidencia de la LIS, apenas reconocen una disminución interanual del 2,8% en estas cifras, generando los beneficios fiscales post-reforma 3.840, 94 millones de euros, el 13,4%.²⁰

Si a estas “previsiones” les añadimos que la recaudación del IS no ha logrado sus objetivos en 2016, ver *infra*, resulta evidente que la disminución de la alícuota de gravamen ha sido beneficiosa, en particular, para las grandes empresas, no ha aproximado los tipos nominales y los tipos efectivos (con las distorsiones que ello conlleva) y que nuestro IS sigue teniendo un grave problema de proliferación de incentivos tributarios.

En otro orden de cosas, la estructura de la LIS no ha incorporado, ni siquiera planteado, reflexiones muy significativas respecto al papel que ha de jugar un moderno impuesto societario, caso de las derivadas del llamado Informe Mirrlees; pero sobre todo ha sido totalmente incapaz de extraer conclusiones sobre la, a nuestro entender, desastrosa experiencia histórica del IS durante el período de crisis económica, 2007/...

Nuestro LIS sigue siendo una exacción de base contable desde 1996, como demuestra la redacción del artículo 10.3 LIS, clave de bóveda del tributo²¹, pero la experiencia contable con la implantación y desarrollo del conocido como modelo NIIF/NIC debería haber llevado, siquiera, a una reflexión al respecto, en particular, acerca de la incidencia que en la capacidad recaudatoria del gravamen tiene una contabilidad donde la volatilidad de los resultados financieros y las ganancias de capital es inherente al sistema.

En realidad, desde el punto de vista puramente formal, la LIS no es una “reforma” de la imposición sobre la renta de las sociedades y otros entes, sino un texto mal cosido de disposiciones, carentes de unidad interna, con objetivos poco definidos y con graves errores (queridos o no) en su configuración, los cuales han dañado gravemente objetivos esenciales en el IS, empezando por su capacidad recaudatoria.

Lógicamente, y sin entrar en mayores detalles para los cuales no disponemos tiempo, el mayor error (dudamos si querido o para favorecer a las grandes empresas) se ha producido en relación al principio de suficiencia.

En realidad, de haberse dedicado algún tiempo a evaluar la incidencia de la LIS, ya se hubiera comprobado que la situación en materia de suficiencia del IS era, cuando menos, compleja y que, además, la caía en los ingresos derivados de este impuesto, manifestada en una cifra tan espectacular como el hecho de que, en 2007, el IS proporcionó 44.823 millones de euros a la Hacienda Pública y, en 2012, sólo 21.435 millones de euros, no era fácilmente reversible sin implantar cambios radicales en la LIS.

²⁰ Presupuestos Generales del Estado, *Memoria de Beneficios Fiscales 2016*, www.sepg.pap.minhap.gob.es/Presup/PGE2016Proyecto/MaestroTomos/PGE-ROM/doc/L_16_A_A2.PDF.

²¹ “En el método de estimación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas.”

Es decir, lo grave no eran esas cifras sino que la propia dinámica del tributo, sus problemas estructurales y el constante uso de pagos a cuenta y medidas restrictivas “coyunturales”, por ejemplo, las restricciones a la deducibilidad de las amortizaciones, para tratar de mantener la recaudación y, asimismo, la proliferación del régimen de grupos consolidados, con una normativa muy laxa, eran la semilla para que los ingresos del IS, aun sin la crisis, no se recuperasen, a no ser que se modificaran parámetros esenciales en el IS.

Y este problema se conocía con anterioridad a la entrada en vigor de la LIS²² y, por mucho que se superasen los beneficios empresariales, si, como ha hecho la reforma del IS se minoraban los tipos de gravamen, se conservaban los beneficios fiscales, se ampliaban las facilidades para declarar en el régimen fiscal especial de los grupos de sociedades y, además, se declaraban exentos los dividendos y las plusvalías, artículo 21 LIS (auténtico “agujero negro” recaudatorio del nuevo impuesto), lo único que se podría producir es una nueva insuficiencia del IS.

Y esto, sencillamente, es lo que ha pasado en 2016: no se cubrieron las previsiones recaudatorias.

De esta forma, en los Presupuestos Generales del Estado para 2016 se preveía una recaudación de 24.868 millones de euros y, en septiembre de 2016, la disminución de ingresos por este gravamen había caído un 22,5%²³.

Pero, en vez de replantearse con profundidad las causas de este problema estructural del IS y construir un IS del siglo XXI, se ha optado por el coyunturalismo y la peor de las soluciones para la seguridad jurídica y la propia estabilidad recaudatoria del impuesto, pues la “solución” ha consistido en la introducción de un nuevo pago a cuenta que proporcione 8.000 millones de euros... a devolver eso sí en ejercicios próximos.

De cualquiera de las formas, la necesidad de crear un impuesto mínimo (*sic*) mediante el Real Decreto-Ley 2/2016 ha sido, al final, un simple reconocimiento oficial del fracaso de la mal llamada “reforma” del IS de 2014.

Un fracaso que, por otra parte, alguna doctrina habíamos anticipado y anunciado.²⁴

²² Vid. GASCÓN CATALÁN, JESÚS: “Análisis estadísticos de los datos estadísticos del Impuesto sobre Sociedades”, *Crónica Tributaria*, núm. 150, págs. 99 a 130.

²³ AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA: *Informe mensual de recaudación tributaria*, septiembre de 2016, www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Estudios/Estadisticas/Informes_Estadisticos/Informes_mensuales_recaudacion_tributaria/2016/IMR_16_09.pdf.

²⁴ TORRE DÍAZ, FRANCISCO DE LA: “El fracaso de la reforma del Impuesto sobre Sociedades”, *El Economista*, 13 de junio de 2016, pág. 21.

El régimen español de *patent box* y su adecuación al “enfoque del nexo” de la OCDE”

DANIEL CASAS AGUDO

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Granada

1. Introducción. Los regímenes de *patent box*, el incentivo fiscal del desarrollo tecnológico y la innovación y la elusión fiscal. 2. El *enfoque del nexo* como estrategia antielusión. 3. Grado de adecuación del régimen español de *patent box* al enfoque del nexo. 4. Consideración final. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN. LOS RÉGIMENES DE *PATENT BOX*, EL INCENTIVO FISCAL DEL DESARROLLO TECNOLÓGICO Y LA INNOVACIÓN Y LA ELUSIÓN FISCAL

Una vez concluido un proceso de I+D+i, en el caso de haber obtenido un intangible como resultado, el rendimiento de este puede ser susceptible de beneficiarse de algún tratamiento fiscal especial (como reducciones en la base, exenciones o tipos de gravámenes reducidos). Así de importante resulta en este sentido promover la inversión en procesos de innovación tecnológica como la explotación de los resultados de la I+D+i, dado que la ausencia de incentivos puede desembocar en un bajo registro de patentes y en una baja comercialización de nuevos productos¹.

El *Intellectual Property box regime (IP box regime)* o régimen del *patent box* (también conocidos como *innovation boxes*) constituye, en términos generales, un régimen por el que se incentivan fiscalmente, en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades (en adelante IS), las rentas derivadas de la cesión o uso de la explotación de ciertos activos intangibles (patentes, planos, fórmulas o procedimientos secretos, *know-how*, etc.). Supone una de las posibilidades más interesantes para las empresas que hayan decidido establecer una política de inversión en I+D para poder seguir beneficiándose de los incentivos fiscales al desarrollo de proyectos innovadores, así como para dinamizar el intercambio de conocimiento generado como consecuencia de la inversión en activos intangibles². La finalidad perseguida por los Estados que implementan este tipo de regímenes no es otro, pues, que el de hacer la innovación más atractiva y beneficiosa para las empresas.

El origen del *patent box* se encuentra en la Directiva 49/2003 de la Comunidad Europea y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (en ade-

¹ Mientras los llamados *input incentives* suponen un apoyo para una inversión mayor en I+D+i, los *output incentives* representan un incentivo adicional para la subsecuente explotación o comercialización de los resultados obtenidos en el anterior proceso. GIL GARCÍA, E.: “El *patent box* en la era post-BEPS: ¿futuro perfecto o incierto?”, en AAVV: “IV Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (3.ª parte)”, GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (coord.), ed. Instituto de Estudios Fiscales, DOC. n.º 15/2016, pág. 60.

² DE HARO IZQUIERDO, M.: “Régimen fiscal del *patent box*”, *Revista Quincena Fiscal*, núm. 6/2010, pág. 1.

lante EEMM)³. Se trata de un beneficio fiscal típicamente europeo, dado que hasta once EEMM han implementado este tipo de instrumentos a fin de estimular, además de actividades de I+D+i, la transferencia de tecnología, además de atraer patentes y otros intangibles a sus territorios⁴.

No obstante su orientación a los fines señalados, los regímenes de propiedad industrial e intelectual como el *patent box* pueden promover también la elusión fiscal y ser susceptibles de provocar la *erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios (base erosion and profit shifting, en adelante BEPS)*. Este fenómeno, generado sustancialmente por los grupos multinacionales hacia las jurisdicciones fiscales de baja o nula tributación, constituye un problema de gran dimensión mundial, pues mina los principios de justicia material tributaria a la par que genera una competencia fiscal desleal con otros contribuyentes que no están en situación de llevar a cabo estas prácticas.

Concretamente, la aplicación de un régimen del tipo *IP box* permite hacer tributar a un tipo reducido el resultado de las actividades de investigación y desarrollo externalizadas –incluso en el territorio de otros Estados– a través de esquemas de *outsourcing*. Debido a esto, las empresas multinacionales han utilizado fundamentalmente el mecanismo de los pagos de derechos de explotación de bienes intangibles para que fluya su beneficio a través de países que aplican dichos regímenes fiscales privilegiados sin que haya que acudir a formas de elusión de los hechos imponibles. Con esta fórmula, el traslado de beneficios estaba posteriormente facilitado por el uso de precios de transferencia que escondieran las posibles formas de elusión y evasión fiscal, aprovechándose también de las carencias estructurales del funcionamiento de la asistencia mutua en materia fiscal entre los Estados.

Los sistemas de *patent box* han constituido, pues, una de las posibilidades de regímenes especiales que, ante la pérdida de competitividad fiscal a nivel internacional (en especial en el ámbito de la tributación de los ingresos de las empresas), han ido introduciendo progresivamente las distintas jurisdicciones fiscales y que, de hecho, han contribuido a erosionar la soberanía impositiva de otros países⁵. Como reacción a estos fenómenos, los Planes de Acción promovidos tanto

³ SALGADO BARCA, M.^a B., y PALLARÉS RODRÍGUEZ, M.^a R.: “El *patent box* en España: análisis del artículo 23 del TRLIS”, *Revista Quincena Fiscal*, núm. 19/2014, pág. 2.

⁴ La normativa fiscal holandesa fue la primera que introdujo, dentro de los países del ámbito comunitario, la aplicación de un régimen particular para las actividades relacionadas con el *Patent box*, seguida por otros países como Bélgica y Luxemburgo (los regímenes de estos países se remontan al año 2007). Además de estos tres países, han introducido *IP regimes* en el entorno europeo Chipre, Francia, Italia, Hungría, Malta, Portugal, España y Reino Unido. También Liechtenstein y el Cantón Suizo de Nidwalden. Irlanda ha comunicado su intención de reintroducir un régimen de *patent box* e incluso Alemania, tradicionalmente contraria a este incentivo fiscal, ha comenzado recientemente a debatir su introducción. SANZ GÓMEZ, R.: “The OECD’s nexus approach to IP boxes: a European Union Tax Law Perspective”, *WU International Taxation Research Paper Series*, núm. 2015-12, pág. 2.

⁵ En este sentido, los *IP box regime* resultaban totalmente comparables a los regímenes *offshore* –como el de Gibraltar, objeto de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de noviembre de 2011, *Comisión y España contra el Gobierno de Gibraltar y el Reino Unido (C-106/09 y C-107/09)*– o a la concesión de *tax rulings* favorables como los que están siendo objeto de investigación en los procedimientos realizados por la Comisión en materia de ayudas de Estado en los casos *Fiat Finance*, *Amazon*, *Apple*, *Starbucks*, *MacDonalds*, y el procedimiento contra Bélgica por el sistema de tributación de excedentes de ingresos del grupo (en lo referente a esta última, el 11 de enero de

por la OCDE (el plan *BEPS*⁶) como por la Unión Europea –en adelante UE– (el plan *EU-BEPS*, orientado al relanzamiento de la Base Imponible Común Consolidada en el IS –*BICIS*– como solución integral al traslado de beneficios) han tratado de abordar, de modo global, estas prácticas fiscales perniciosas que permiten a los grupos multinacionales ejecutar la planificación fiscal agresiva descrita mediante el refuerzo de los requisitos de *sustantividad* en los actuales estándares internacionales. Ambas estrategias coincidieron en señalar la adecuación al *enfoque del nexo* –*nexus approach*– (previsto en el Informe Final de la Acción 5) como requisito para la pervivencia de los regímenes de *patent box*.

Por lo que se refiere al concreto sistema de *patent box* español, contenido en el artículo 23 de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, el 1 de julio de 2016 entró en vigor una modificación de éste⁷ específicamente referida al requisito exigido al sujeto pasivo inversor, requiriéndose –en líneas generales–, para que pueda disfrutar plenamente de la reducción establecida, que participe directamente de manera significativa en el desarrollo o invención de los intangibles. En la presente comunicación nos proponemos llevar a cabo una revisión del grado de adecuación del régimen de *patent box* actualmente en vigor y resultante de la citada reforma a los criterios de actuación recomendados por la OCDE.

2. EL ENFOQUE DEL NEXO COMO ESTRATEGIA ANTIELUSIÓN

Como régimen preferencial potencialmente susceptible de instrumentalizarse en prácticas de planificación fiscal agresiva –como ya hemos visto⁸, el *patent box* ha sido sensible a los Planes de Acción promovidos por la OCDE, en especial a través del desarrollo de la Acción 5 del Plan *BEPS*, cuyo Informe Final propuso la adecuación al “enfoque del nexo” como forma de vincular los gastos en I+D+i con la concesión de beneficios fiscales, esto es, como vía para cumplir el requisito de *sustantividad*. En efecto, el cumplimiento de dicho enfoque –al que debían adaptarse los distintos sistemas de *patent box* nacionales, como fecha límite, hasta el 30 de junio de 2016⁹– implica la existencia de una actividad económica *sustantiva* y real detrás de la renta procedente del

2016 la Comisión Europea declaró que dicho sistema violaba la normativa europea en materia de ayudas de Estado, anunciando los correspondientes procedimientos respecto de las sociedades que se han beneficiado de él). PISTONE, P.: “La planificación fiscal agresiva y las categorías conceptuales del Derecho tributario global”, *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 170/2016, pág. 4.

⁶ OECD (2013): *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, París.

⁷ Introducida por el artículo 62 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

⁸ Para que un régimen sea considerado *preferencial* debe, primero, referirse a rentas procedentes de activos que por su naturaleza son fácilmente desplazables, como dividendos, cánones u otras rentas derivadas de intangibles. En segundo término, debe conceder cualquier forma de beneficio fiscal (reducción en la base, alícuotas reducidas o deducciones en la cuota) en comparación con los principios tributarios generales del país en cuestión. OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5: Final Report*, París, 2014, pág. 19.

⁹ En este sentido, en noviembre de 2014 el Grupo “Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas” convino que los EEMM debían presentar un informe sobre los procesos legislativos necesarios para modificar los respectivos regímenes nacionales de reducción de rentas procedentes de determinados activos intangibles.

intangible, de modo que sólo la renta derivada del intangible cuyo origen esté en una actividad de I+D+i subyacente llevada a cabo por el propio contribuyente podría beneficiarse del régimen de *patent box*.

El *nexus approach* atiende, pues, a si el *IP regime* condiciona sus beneficios al alcance o extensión de las actividades de I+D de los obligados tributarios que obtienen tales rendimientos. El enfoque atiende al principio básico de los incentivos de I+D que pivota sobre el nivel de costes correlacionados con la actividad de investigación y desarrollo. El *nexus approach* extiende este principio propio de *front end regimes* a *back-end regimes* que se aplican a la renta obtenida después de la creación y explotación del intangible¹⁰. El enfoque no consiste en limitar la aplicación de los beneficios fiscales que derivan de los regímenes de *patent box* en función de los costes correlacionados con la creación del intangible, sino en establecer un vínculo entre la renta que se beneficia de tales ventajas fiscales y los costes correlacionados con tal renta. El principio de política fiscal subyacente reside en limitar la aplicación de los *IP regimes* a los contribuyentes que realicen de forma efectiva actividades de I+D¹¹. En este sentido, debe señalarse que la mayoría de los regímenes de *patent box* establecidos por los EEMM de la UE no articulan una conexión operativa entre la actividad de I+D realizada por el contribuyente y el beneficio fiscal derivado de tal incentivo a la explotación del intangible, que se ajuste al enfoque del nexo establecido por la OCDE.

Debe tenerse en cuenta de igual modo la Declaración conjunta germano-británica, de 11 de noviembre de 2014, en la que se propusieron de forma conjunta nuevas reglas para los regímenes preferenciales de explotación de la propiedad intelectual. El acuerdo germano-británico basculó esencialmente sobre el *modified nexus approach* (en adelante *MNA*), que fue acordado en el contexto del Grupo “Código de Conducta” a finales de 2014. El *MNA* flexibilizó el concepto de *costes cualificados (qualifying expenditures)* –o *gastos elegibles*, esto es, los directamente relacionados con el proceso de I+D+i–, permitiendo realizar un incremento del 30% de tales costes cualificados en casos en los que el contribuyente hubiese incurrido en costes de adquisición de IP (patentes u otra tecnología) o hubiese subcontratado actividades de I+D con entidades vinculadas¹².

¹⁰ CALDERÓN CARRERO, J. M.: “Revisitando la transparencia fiscal internacional al hilo de la sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el caso Olsen”, *Revista Quincena Fiscal*, núm. 1/2015, págs. 19 y 20.

¹¹ La renta elegible a efectos de este régimen tributario se calcula a través de la siguiente fórmula:

$$\frac{\text{Gastos elegibles en el desarrollo del intangible}}{\text{Gastos totales en el desarrollo del intangible}} \times \text{Renta derivada del intangible} = \text{Renta que recibe beneficios}$$

En esta fórmula, constituyen *gastos elegibles* los directamente relacionados con la creación del activo intangible. En particular, los *gastos* en I+D+i incurridos por el propio contribuyente y los *gastos* por contratar I+D+i a partes o entidades independientes. Por el contrario, los *gastos totales* incluyen, además de las dos categorías anteriores, los costes por la adquisición de activos intangibles y los *gastos* por subcontratación de I+D+i a entidades vinculadas. GIL GARCÍA, E.: “El impacto de BEPS en el régimen español de *patent box*”, *Revista Quincena Fiscal*, núm. 9/2016, pág. 3.

¹² En el Informe del Grupo “Código de Conducta” al Consejo Ecofin de 3 de noviembre de 2016, el citado ente señaló que el régimen francés de reducción de las rentas procedentes de determinados activos intangibles debía considerarse *potencialmente pernicioso* al implicar un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior (15%) al tipo impositivo general en Francia (33’3%).

Finalmente, resulta interesante destacar cómo el *enfoque del nexo* puede concebirse como una norma especial antiabuso (*Special Anti-Avoidance Rule* –SAAR–), que, como es sabido, establece una vinculación entre la elusión fiscal y la ausencia de *motivos económicos válidos*. En este sentido, la adecuación por parte de un régimen de propiedad industrial o intelectual al enfoque del nexo implicaría la existencia de una actividad económica real que ha dado lugar al rendimiento generado por la explotación del intangible.

3. GRADO DE ADECUACIÓN DEL RÉGIMEN ESPAÑOL DE *PATENT BOX* AL ENFOQUE DEL NEXO

En España, este incentivo o reducción fiscal fue incorporado a nuestra legislación interna del IS por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional basándose en la normativa de la Unión Europea, y mediante la Disposición Adicional Octava de esta, cuando se modificase el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo. Se trató de una normativa de aplicación para los periodos impositivos que fueron iniciados a partir del 1 de enero de 2008¹³.

A pesar de las numerosas virtudes que presenta en nuestro país este beneficio fiscal¹⁴, desde que se introdujo en nuestro ordenamiento no ha tenido la demanda esperada. Quizá esta infratilización ha sido el motivo que ha llevado al legislador a introducir determinadas modificaciones en el incentivo, en particular, la que tuvo lugar con ocasión de la aprobación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización. El artículo 26, apartado 2, de esta norma (incluida en su Título II –sobre “apoyos fiscales y en materia de Seguridad Social a los Emprendedores”–) modificó determinados aspectos con la finalidad, efectivamente, de incrementar el atractivo de este incentivo¹⁵. La norma relajó y flexibilizó las exigencias para su aplicación con respecto a su regulación original. Pasó a aplicarse también a los supuestos de transmisión de los activos intangibles, además de a la cesión del derecho de uso o de explotación. Asimismo, como uno de los elementos más destacables, la –entonces– nueva redacción del artículo contempló procedimientos de valoración y calificación de activos intangibles por parte de la Administración tributaria con carácter previo a la cesión.

¹³ El fundamento con el que se introdujo este incentivo de reducción de los ingresos procedentes de determinados activos intangibles en nuestro país fue estimular a las empresas españolas para que desarrollasen este tipo de actividades y, al mismo tiempo, redujesen la dependencia tecnológica del exterior. El español es, pues, un incentivo que prolonga la actividad de I+D+i que haya obtenido un resultado positivo para la empresa desarrolladora del proyecto. DE HARO IZQUIERDO, M.: “Régimen fiscal del *patent box*”, *op. cit.*, pág. 1.

¹⁴ A saber, se puede beneficiar de esta medida cualquier empresa, independientemente de su tamaño y sector, es compatible con subvenciones, bonificaciones y prácticamente todas las deducciones fiscales a las que las que la empresa en cuestión se acoja, sin olvidar el hecho de que también resulta de aplicación cuando la patente o el intangible se cedan entre empresas que pertenezcan a un mismo grupo.

¹⁵ La nueva Ley modificó también la propia rúbrica del precepto, pasando a la de “reducción de las rentas procedentes de determinados activos intangibles”. La sustitución de un término por otro, conllevó una sustancial modificación en la aplicación del incentivo, que hasta ese momento se caracterizaba por carecer de incompatibilidades en su aplicación y disfrute por parte de las empresas. SALGADO BARCA, M.ª B., y PALLARÉS RODRÍGUEZ, M.ª R.: “El *patent box* en España: análisis del artículo 23 del TRLIS”, *op. cit.*, pág. 2.

Por su parte, la modificación de este régimen aprobada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016, que entró en vigor el 1 de julio de dicho año¹⁶, tuvo –como se explicitó en la Exposición de Motivos de esta norma– una motivación diversa a la introducida por la llamada *Ley de Emprendedores*: la adopción de criterios internacionales de actuación recomendados por la OCDE y la UE a través de los análisis y grupos de trabajo desarrollados en el entorno *BEPS* (en este caso, en concreto, en la conocida Acción 5, como hemos visto).

La modificación principal que se ha introducido se refiere al requisito exigido al sujeto pasivo inversor, exigiéndosele que, para disfrutar plenamente de la reducción establecida para las rentas derivadas de los citados intangibles (fijada en un 60%), participe *directamente* en el desarrollo o invención de estos de modo significativo, es decir, que no externalice dicha actividad de I+D en terceros vinculados en un porcentaje superior al 23% de la inversión total (si se supera dicho umbral, la reducción podría seguir aplicándose, pero en un porcentaje inferior).

De este modo, en el nuevo régimen se ha eliminado un requisito procedente de la modificación que introdujo en este precepto la *Ley de Emprendedores* conforme al cual se requería que la entidad cedente hubiese contribuido al menos en un 25% en el coste de creación del intangible. La fórmula elegida ahora por el legislador para modular la reducción del 60% prevista para las rentas del intangible generado (art. 23.1 LIS) determina, no obstante, en la misma línea que el Informe Final de la Acción 5, que la reducción será mayor o menor en función del volumen de gastos directamente relacionados con la creación del intangible. Concretamente, es de aplicación a estas rentas una *ratio* o coeficiente que viene dado –en sintonía con el Informe Final de la Acción 5– por la relación entre los gastos directos de creación del activo intangible incurridos por la entidad cedente y los gastos derivados de la subcontratación con terceros no vinculados (que integrarían los llamados *gastos elegibles* o *costes cualificados*), incrementado todo ello en un máximo del 30%, frente a los gastos totales incurridos por el cedente en la creación, subcontratación o adquisición de activos¹⁷. Con esta modificación se ha perseguido evitar las localizaciones artificiosas de las entidades vinculadas a las que se subcontrata al efecto, con motivación fiscal u otra, de desplegar las actividades requeridas para desarrollar los intangibles que generan las rentas bonificadas.

¹⁶ A pesar de cual se ha permitido a los contribuyentes que han venido beneficiándose del régimen de *patent box* previo a esta modificación seguir aplicándolo –de acuerdo con el régimen de plazos previsto en el Informe Final de la Acción 5– hasta el 30 de junio de 2021, fecha a partir de la cual las cesiones y transmisiones de intangibles deberán aplicar obligatoriamente el nuevo régimen.

¹⁷ La ausencia, en la redacción original del precepto, de la exigencia de que la entidad cedente hubiese creado los activos objeto de cesión en, al menos, un 25% de su coste, conducía a entender que el coste de creación de los activos recaía en su totalidad sobre la propia entidad creadora, de modo que con esta exigencia de inversión y asunción de costes por parte de las empresas en la creación del activo en cuestión, se reducía el grado de participación de una empresa en la creación del activo objeto de cesión en un 75%. A pesar del gran aliciente que implicaba para las empresas tan significativa rebaja de este requisito –al poder acogerse a una medida de ahorro fiscal sin tener que realizar un desembolso tan grande, la incorporación de este requisito fue objeto de crítica por un sector de la doctrina (vid. SALGADO BARCA, M.^ª B., y PALLARÉS RODRÍGUEZ, M.^ª R.: “El *patent box* en España: análisis del artículo 23 del TRLIS”, *op. cit.*, págs. 7 y 10) por entender que desvirtuaba el propósito original de este incentivo –el impulso del I+D+i en España– en favor de un nuevo fin centrado en la comercialización del I+D existente y buscando ser más competitivos en materia fiscal con la finalidad de atraer inversiones extranjeras a nuestro país.

Aunque tal vez debiera haberse adoptado alguna solución para el caso de subcontrataciones con terceros vinculados para el desarrollo de los activos intangibles que la entidad cedente hubiera acordado con *racionalidad empresarial y fiscal* (a fin de evitar que esta saliera perjudicada con la minoración del 60% que resulta de esta fórmula, solución que debería haber ido más allá del simple margen del 23% para subcontrataciones vinculadas frente a la inversiones totales por este concepto que resulta de la misma)¹⁸, como hemos visto, la fórmula descrita, por la que ha optado el legislador español, prevé un incremento de un máximo del 30% de los gastos elegibles con el fin de beneficiar a aquellos contribuyentes que llevan a cabo procesos de I+D+i por sí mismos (sin penalizar en exceso las subcontrataciones entre partes vinculadas o la adquisición de patentes), previsión que está en perfecta correspondencia con las directrices fijadas por la OCDE en el Informe Final de la Acción 5¹⁹.

Junto con la base del incentivo, el segundo parámetro esencial de alineación con el *enfoque del nexo* de un régimen preferencial sobre el resultado de actividades de I+D+i por parte de las empresas radica en el ámbito objetivo de estos, es decir, en cuáles son los intangibles susceptibles de aplicación del incentivo (los llamados *activos aptos*²⁰). Conforme a las directrices de la OCDE, los *activos aptos* deben referirse a patentes e intangibles “funcionalmente equivalentes”, equivalencia funcional que descansará en la concurrencia en estos bienes de una protección legal y de acceso al registro. El ámbito material de aplicación del régimen español se limita a intangibles comerciales o de producción, con lo que se alinea así con los criterios marcados a este respecto por los trabajos desarrollados en el *BEPS*, al contar en el régimen español este otro tipo de intangibles (a saber, los *dibujos, modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos*) con protección legal (que variará en función del tipo de intangible) y acceso al registro²¹.

4. CONSIDERACIÓN FINAL

La provisión de medidas fiscales de apoyo y desarrollo que den continuidad a todo el proceso de regímenes preferenciales propios establecidos para las acciones de investigación y desarrollo generadas por la empresas –como los regímenes de *patent box* que han proliferado por toda Europa– tiene un claro entronque en la apuesta clara por parte de las economías modernas por desarrollo de acciones de I+D+i de cara a conseguir una sociedad del conocimiento. De un modo paralelo a este fenómeno, las tendencias actuales de fiscalidad internacional pasan por mayores

¹⁸ TURRADO, M.: “*Patent Box*: una nueva aproximación a los criterios fijados por la OCDE/BEPS”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 916/2016, pág. 1.

¹⁹ GIL GARCÍA, E.: “El impacto de *BEPS* en el régimen español de *patent box*”, *op. cit.*, pág. 11.

²⁰ FERRER JARÁIZ, J.: “El nuevo régimen fiscal de la cesión de uso de determinados activos intangibles (art. 23 LIS). Cuestiones prácticas”, *Carta Tributaria, Monografías*, núm. 11, Quincena del 1 al 15 de junio de 2010, pág. 8.

²¹ Hubiera sido deseable, no obstante, que se hubiese delimitado el concepto de aquellos intangibles que dan derecho a la reducción conocidos como *know-how*, a los que la norma se refiere como “informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas”, dada la inseguridad que, en algunas ocasiones, genera el alcance de tales términos. En este sentido, debería haberse habilitado un registro especial de los mismos, ante el Registro de Patentes ante un órgano administrativo alternativo, que siguiera un régimen de inscripción similar al de patentes y otros intangibles. TURRADO, M.: “*Patent Box*: una nueva aproximación a los criterios fijados por la OCDE/BEPS”, *op. cit.*, pág. 1.

exigencias de sustancia económica, lo que comprende, en particular, la fundamentación jurídico-económica de las operaciones y estructuras, mayores exigencias de actividad económica tanto para fundamentar la validez o aceptación tributaria de las estructuras como la propia imputación de la renta, así como una mayor conexión entre la aplicación de incentivos y la realización de actividades sustanciales por parte de los beneficiarios de estos²².

En esta línea, la generalización del *enfoque del nexo* como criterio estándar para constatar la concurrencia de ese requisito de actividad sustancial subyacente se erige en una clara manifestación de estas tendencias. La reciente reforma operada en nuestro *patent box*, aprobada por la Ley de Presupuestos Generales de Estado para 2016, debe calificarse de meritoria pues adopta diligentemente estos criterios internacionales si bien su fórmula resulta ser incluso más restrictiva que la establecida en el Informe Final de la Acción 5 pues tanto la base del incentivo como su ámbito objetivo son más reducidos que los fijados por la OCDE, lo que podría llevar a considerar²³ si esta homologación de nuestro sistema a los estándares internacionales podría haberse realizado de un modo más provechoso en términos de competitividad.

Bibliografía

- CALDERÓN CARRERO, J. M.: “Revisitando la transparencia fiscal internacional al hilo de la sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el caso Olsen”, *Revista Quincena Fiscal*, núm. 1/2015.
- DE HARO IZQUIERDO, M.: “Régimen fiscal del *patent box*”, *Revista Quincena Fiscal*, núm. 6/2010.
- FERRER JARÁIZ, J.: “El nuevo régimen fiscal de la cesión de uso de determinados activos intangibles (art. 23 LIS). Cuestiones prácticas”, *Carta Tributaria, Monografías*, núm. 11, Quincena del 1 al 15 de junio de 2010.
- GIL GARCÍA, E.: “El *patent box* en la era *post-BEPS*: ¿futuro perfecto o incierto?”, en AAVV: “IV Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (3.ª parte)”, GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (coord.), ed. Instituto de Estudios Fiscales, DOC. n.º 15/2016.
- GIL GARCÍA, E.: “El impacto de *BEPS* en el régimen español de *patent box*”, *Revista Quincena Fiscal*, núm. 9/2016.
- PISTONE, P.: “La planificación fiscal agresiva y las categorías conceptuales del Derecho tributario global”, *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 170/2016.
- SALGADO BARCA, M.ª B., y PALLARÉS RODRÍGUEZ, M.ª R.: “El *patent box* en España: análisis del artículo 23 del TRLIS”, *Revista Quincena Fiscal*, núm. 19/2014.
- SANZ GÓMEZ, R.: “The OECD’s nexus approach to IP boxes: a European Union Tax Law Perspective”, *WU International Taxation Research Paper Series*, núm. 2015-12.
- TURRADO, M.: “*Patent Box*: una nueva aproximación a los criterios fijados por la OCDE/*BEPS*”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 916/2016.

²² CALDERÓN CARRERO, J. M.: “Revisitando la transparencia fiscal internacional al hilo de la sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el caso Olsen”, *op. cit.*, pág. 19.

²³ GIL GARCÍA, E.: “El impacto de *BEPS* en el régimen español de *patent box*”, *op. cit.*, pág. 16.

Reforma Impuesto sobre Sociedades

RAFAEL COSIN OCHAITA

Jefe de Equipo Nacional de Inspección de la DCGC.

Anterior Subdirector General del Impuesto sobre las Personas Jurídicas

I. Capacidad Recaudatoria del Impuesto sobre Sociedades. I.1 Antecedentes. I.2 Situación actual. II. Reforma del Impuesto sobre Sociedades: Posibilidades. II.1 Disminución tipos impositivos; competitividad. II.2 Neutralidad: Ampliación de la base imponible. II.3 Responsabilidad Social. Opinión pública fiscalidad. II.4 Coordinación internacional: BEPS y BICCCIS. II.4.1 La Propuesta Europea: Base Imponible Consolidada (BICCCIS).

RESUMEN. La reciente caída de la recaudación del Impuesto sobre Sociedades (en adelante I s/S) ha puesto de manifiesto la debilidad de esta figura impositiva, creciendo la opinión entre los expertos de calificarlo como un impuesto en crisis. Esta opinión surge del comportamiento recaudatorio errático mostrado en la última década. Así la recaudación impositiva sufre fuertes oscilaciones que van desde el 4,8% del PIB y 4,2 % del PIB de los ejercicios 2007 y 2006 hasta el 2,0% del PIB en el 2014 y cifras mucho menores en la actualidad. En líneas generales las variaciones experimentadas por la actividad económica no tienen la justa correspondencia que deberían tener con las del impuesto societario. Ahora bien, durante esta época no solo fue errático el comportamiento del I s/S sino también la política monetaria implantada a nivel mundial por el Grupo de los Siete. Esta política monetaria fue seguida por la Reserva Federal de Estados Unidos durante los años 2001 a 2005 en contra de la tradicional política fijada por la “Taylor Rule” y tuvo su reflejo en nuestro país en los años 2006 y 2007, surgiendo la ilusión monetaria (burbuja) que traducida a nivel impositivo constituye la “Ilusión Recaudatoria” del impuesto societario. Por tanto partiendo de estos datos ilusorios por su excepcionalidad, resulta exagerado calificar al impuesto como inerte por su baja recaudación.

Por otra parte, el impuesto durante esta época ha servido al interés nacional de expansión transfronteriza de la empresa española, ayudando a crear en tan solo una década las siete grandes multinacionales españolas, en un proceso solo superado por China e India, con poblaciones infinitamente superior a la española.

Han contribuido a esta expansión los mecanismos del artículo 12.5 del TRLIS Amortización del Fondo de Comercio Financiero y del artículo 21 del TRLIS de exención de la Doble Imposición Internacional. En el ámbito de la UE se propuso hace tiempo un impuesto societario europeo, el BICCCIS como mecanismo para evitar los flujos transfronterizos de los países con alta tributación europea a los de baja o nula tributación. Los Informes de la Sra. Primarolo del trabajo del “Código de Conducta” no han obtenido los resultados deseados en el desmantelamiento de los regímenes perjudiciales de los que viven pequeños estados de la unión. Sin embargo se resucita este impuesto societario con la esperanza de que desaparezcan con el tiempo dichos regímenes y sobre todo para atajar un nuevo problema societario, como es la competencia fiscal entre los estados grandes, todos ellos con fuertes déficits públicos.

La situación actual de nuestro país ha cambiado y creo que ya no es necesario el fomento de la internacionalización de la empresa española. Ahora su supervivencia se mide en términos de competitividad. El impuesto societario debe amoldarse a este nuevo marco en sus dos vertientes la europea con la BICCCIS y en la externa a esta, con la reforma del artículo 21 de la Ley 27/2014.

En el presente artículo se plantean ambas vertientes con sus ventajas y sus inconvenientes, y en ambos casos, se formula un modelo territorial de cálculo de la BICIS y del artículo 21 de la Ley 27/2014, de forma que siguiendo el Modelo Gordon-Shapiro se distribuya correctamente la cadena de valor de las sociedades en la UE y fuera de ella a nivel mundial. En Europa, para que no se produzca el desequilibrio de situar las zonas negativas o nulas de valor de las empresas europeas en nuestro país y fuera de este ámbito, para que no se declare exento la renta de las zonas de alto valor añadido situadas fuera de nuestro territorio. Tanto para las multinacionales exteriores españolas como para las empresas nacionales que, por reestructuraciones de funciones, están situando estas zonas en territorios de baja tributación, dejando en España actividades básicas de comercio o de producción bajo aparente maquila de bajo valor añadido. Situación que se traduce en fuertes bajadas recaudatorias.

En definitiva, un impuesto como el societario está al servicio de los intereses nacionales en sus dos vertientes, la recaudatoria y la de incentivar la actividad de nuestras empresas, según los criterios del gobierno establecido. No es nunca un impuesto inerte si sirve a ambos fines.

I. CAPACIDAD RECAUDATORIA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

I.1. Antecedentes

El Impuesto sobre Sociedades en su etapa democrática, surge en la Ley 61/1978, en cuya memoria del Proyecto de Ley, Alfonso Gota Losada como Vocal de la comisión Fuentes Quintana señala su eficacia basada en dos componentes: su viabilidad administrativa y su aceptación política.

Esta Ley transcurrió durante un dilatado periodo al margen de las normas contables que determinaban el resultado contable existiendo en el ámbito empresarial la bipolaridad resultado contable-base imponible, limitándose las normas fiscales a la determinación de su resultado fiscal (Base Imponible).

La gran casuística que planteaba esta divergencia aconsejaba que las Leyes fiscales del Impuesto, corrigieran el resultado contable, constituyendo este dato como base o partida para determinar la base imponible. Nace del consenso político la Ley 43/1995 que en su artículo 10 consagra la incardinación de la norma contable en la determinación de la base imponible.

“La base imponible se calculará, corrigiendo mediante la aplicación de los preceptos establecidos en la presente Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas establecidas en el Código de Comercio.”

Surgen los sistemas de integración entre el Impuesto sobre Sociedades y el IRPF con el régimen de Transparencia Fiscal así mismo, por reflejo de las normas americanas *CFC Controlled Foreign Companies*, nace el sistema de transparencia fiscal Internacional como atracción a la jurisdicción mediante el empleo de transparentar Rentas generadas en compañías no residentes. El sistema de Transparencia Internacional se incorpora como capítulo XI a la Ley 43/1995.

Estos regímenes de fiscalidad internacional concebidos para atraer y evitar que rentas internacionales queden sin tributación, darán lugar a las actuales estructuras de planificación fiscal

internacional, que van a provocar el efecto contrario. Valiéndose de esta normativa incorporan las entidades híbridas que se comportan: en una jurisdicción como transparentes y en la otra como corporaciones, dando lugar a la alteración de la calificación fiscal de los intereses en dividendos o bien generando deducción por doble imposición en una jurisdicción cuando no ha existido tributación en la otra. El desmantelamiento de estas estructuras es hoy en día una de las medidas prioritarias en la reforma del Impuesto sobre Sociedades.

La Ley 14/2000 inicia la normativa que acompañara a las grandes empresas en su salida al exterior, creándose durante este periodo las multinacionales españolas.

El establecimiento del método de exención (art. 21) en Sociedades y en Establecimientos Permanentes (art. 22) así como en el Régimen Español de *Holding* ETVE (capítulo XIV) crean las bases de la normativa fiscal de nuestras recientes multinacionales, dotándolas de neutralidad fiscal (interna-externa) en el ámbito exterior.

A su vez se inician dos separaciones regulatorias en el I s/S: Las normas de no residentes creándose automáticamente el impuesto sobre la Renta de no Residentes IRNR y un capítulo XII de incentivos fiscales para las entidades de Reducida Dimensión.

Estos incentivos configuran un verdadero régimen especial aplicable a las pymes en nuestro país. Comienza a desglosarse los dos regímenes: Generales y de Pymes cuyo tronco común será la propia Ley que los recoge.

Es importante hacer mención a esta separación ya que en términos numéricos las Pymes en nuestro país representan el 95% del total. En términos recaudatorios son las grandes entidades los que soportan la mayoría de la tributación.

Es la Ley 24/2001 la que establece las normas sustentadoras de la gran actividad de expansión internacional incorporándose medidas como la deducción del fondo de comercio financiero (art. 12.5), modificación del régimen de consolidación fiscal, etc.

Por otra parte, se suprime el Régimen de Transparencia Fiscal en concordancia con el declive del sistema de imputación o de integración de beneficios en el IRPF. Surgen los impuestos duales para que, sin perder equidad, el tratamiento del ahorro e inversión sea competitivo. Esta dualidad se manifiesta en el tratamiento de las ganancias de capital e intereses en el IRPF con tipos impositivos diferentes y una base imponible muy estrecha con pocas deducciones.

El IRPF queda en la Ley 46/2003 separado en la cuota del ahorro y en la cuota general (sistema dual plus).

En los ejercicios siguientes la reforma societaria giró sobre “el efecto contagio”, que se tradujo como primera medida, la rebaja del tipo impositivo del 35% al 30%.

Curiosamente esta medida “neo liberadora”, implementada por Reagan y Thatcher que concebían el I s/S como un coste de uso de capital, es establecida por el gobierno socialista de Zapatero. En los albores de una crisis económica de enormes magnitudes, no tenía sentido rebajar los tipos impositivos dada la ausencia de presión internacional competitiva. Por otra parte, esta me-

didada no vino acompañada por una ampliación de la base, manteniéndose las deducciones en la cuota del impuesto Societario. El resultado es que siguió aumentando la recaudación, llegando al máximo en el año del desplome (4,8% del PIB) 2007.

Las empresas, obligadas fiscalmente al esfuerzo, se encontraron sin recursos de liquidez en el inicio de la crisis. El resultado se aprecia en los porcentajes de recaudación respecto del PIB 4,8% en el 2007, y un 2,9% en el 2008, un desplome de casi un 2% del PIB, después que la cifra del PIB se contrajo con la llegada de la crisis.

El esfuerzo empresarial al que se sometió durante el gobierno socialista de Zapatero con recaudación del 11,6% (2006) 12,8% (2007) y 8,7% (2008) respecto del total, se traducirá en incrementos muy reducidos en su negativa contribución a los ingresos totales del Estado durante los siguientes años de la crisis.

Tratando de corregir ese continuo tirón de la recaudación del I s/S ese gobierno adoptó una medida fiscal sin racionalidad económica. Nos referimos a la libertad de amortización, primero con mantenimiento de empleo (2008) pero luego eliminaron la condición de mantenerlo en el 2010 y 2011; en plena crisis de liquidez y con elevados riesgos se implanta una medida sin recoger un mínimo de requisitos (activos nuevos, entrada en funcionamiento, mantenimiento...), técnicas jurídicas que evitan que se extrapole dichas medidas a cualquier clase de adquisición. En definitiva el resultado fue la generación de pérdidas indiscriminadamente. El nuevo gobierno del partido popular en el 2012, nada más recuperar el gobierno, suprimió la libertad de amortización difiriendo el derecho a la compensación por pérdidas.

Sucintamente se ha analizado las reformas del I s/S más significativas. Sin embargo ha existido una reforma que por silenciosa ha dado lugar a bajadas significativas de la recaudación. Nos referimos a la reforma contable iniciada en el 2005 para entidades que coticen en Bolsa y culminada en el 2007 en aplicación de la Ley 16/2007 con la aprobación de los planes generales de contabilidad. El ejercicio 2007 y 2008 son básicos para comprender la evolución del I s/S en la iniciación de la crisis, así como en los resultados que arrastran las Sociedades españolas desde ese momento. En el 2007 ejercicio en el que se produce la disminución de los tipos impositivos y 2008 en el que se introduce la reforma contable.

Ejercicio 2007

Como sabemos el tipo medio de gravamen se establece mediante el cociente entre la cuota íntegra y la base imponible positiva. La evolución de los tipos medios de gravamen es lo que figura en el cuadro adjunto. El comportamiento hasta el 2006 se mantiene estable en torno al 32% de media con un tipo nominal del 35% (establecido desde 1983 hasta el 2006) siendo el tipo impositivo de la empresa de reducida dimensión del 30%.

Durante ese periodo de 2006 las variaciones del tipo medio global del impuesto se encontraban en el peso relativo de varios colectivos que tributaban a un tipo reducido.

En el ejercicio 2007 se produce una bajada de 2,8 puntos porcentuales motivada por la modificación en los tipos nominales de gravamen que comenzó a aplicarse en el 2007. El gravamen

general paso del 35% al 32,5% reduciéndose 2,5 puntos porcentuales y en las Pymes se rebajaron 5 puntos del 30% al 25%. La crisis económica comienza a pasar factura y la cuota íntegra se reduce un 13,2%, es decir la bajada del tipo medio de gravamen es mucho mayor ya que se deriva por un lado en la disminución del tipo nominal y por otro en la disminución de la cuota íntegra.

A su vez se amplió la base imponible reduciendo los coeficientes de las diferentes deducciones así como de los límites de aplicación, lo que supuso una reducción de un 12,1% respecto del ejercicio anterior. El resultado es que la modificación del 2007 supuso un acercamiento entre los tipos medio y efectivo de gravamen.

Ejercicio 2008: Reforma contable

La reforma contable se inició en el 2005 para las entidades de cotización bursátil y tuvo su extensión a todas las entidades españolas en el ejercicio 2008. La bajada de recaudación del 4% del PIB (2007) al 2,3% del PIB del 2008 obliga a plantear una pregunta; ¿la Reforma contable ha tenido una neutralidad fiscal o bien cabe achacar dicha disminución a la reforma contable?

Si se contemplan los ajustes del resultado contable desde el ejercicio 2005 hasta el 2010 se observan unas fuertes variaciones en una partida simplemente sensible en el aspecto fiscal. Nos referimos a las depreciaciones en las carteras de valores (fijos o variables) en términos del anterior PGC de 1990 o de deterioro de valor en términos del actual.

Las cifras en millones de euros serían:

	POSITIVO	NEGATIVO	SALDO
	Ajuste no deducible	Aplicaciones o ajuste deducción	
2004	34.730.608	20.32.775	14.407.833
2005	28.834.616 (-16,98%)	21.133.177 (+3,99%)	7.701.438 (-46.55%)
2006	33.012.069 (+14,49%)	2.990.093 (+4,05%)	11.021.976 (+43.12%)
2007	37.471.711 (+13,51%)	23.081.318 (+4.96%)	14.390.394 (+30.56%)
2008	49.25.553 (+31,10%)	39.96.883 (+73.15%)	9.148.669 (-36.42%)
2009	55.627 (+13,23%)	54.880 (+37,2%)	747 (-0,99%)

Como puede observarse la implantación en el 2008 de la reforma contable no ha sido neutral fiscalmente. Se ha producido incrementos de los ajustes negativos del 73,15% frente a los positivos del 31% reduciéndose el saldo siempre positivo en un 36,42%.

Si es cierto que en este ejercicio se produjeron deterioros importantes de las carteras de valores, pero no justifican totalmente los datos puntuales del ejercicio 2008. Tan en crisis se estaba en el año 2008 como en el año 2009, presentando este último ejercicio una situación más equilibrada.

Estamos hablando de saldos de 14.000 (2004) 7.000 (2005) 11.000 (2006) y 14.000 (2007) millones de euros que en dos ejercicios se liquidan 9.000 en 2008 y casi ninguno en 2009 (747 millones de euros).

La DGT en su informe del I s/S de 2009 “Análisis de los datos estadísticos del ejercicio” no hace mención alguna a que desaparezca un saldo de 9 billones de euros; la única referencia es (pp. 126 del informe; partida 4.3).

“El ajuste por otras previsiones no deducibles fiscalmente, con un saldo positivo de 3.597 millones de euros. El importe por los aumentos al resultado contable por este concepto ascendió a 22.473 millones de euros, y estos fueron consignados en 8.431 declaraciones.”

Ninguna referencia a las pérdidas/ revalorización de valor por 30.591,4 y 30.880,5 millones de euros partida 4.1 que es la más significativa.

Esta situación culmina con las restricciones a las deducciones por deterioro y a la compensación de pérdidas.

I.2. Situación actual

Lo peor que le puede suceder a un impuesto es no saber para qué sirve además de a su función principal de recaudar. Esto es lo que está sucediendo al actual Impuesto Societario, que después de tener muy clara su función “canalizadora de la inversión empresarial” en el exterior durante el primer quinquenio del presente siglo, fue sometido, sin reaccionar, a los vaivenes de la reforma contable, puerto seguro de duplicidades contables y fiscales, y a las correcciones que vinieron después, primero a raíz de la crisis financiera y después a las medidas puramente recaudatorias frente al endeudamiento del Estado. Es hoy en día un impuesto “desnortado” y como tal todos hacen leña del mismo, unos lo califican como impuesto en crisis y lo sustentan en su baja recaudación comparada con los niveles alcanzados en el 2007. Otros lo consideran como un impuesto a suprimir al trasladar su recaudación al IRPF de los socios o partícipes.

España ha seguido los pasos de reforma de sus países competidores y así se han aplicado medidas de reforma consistentes en variar los tipos impositivos; ampliar la base imponible o eliminar deducciones a la cuota. Todas ellas se han introducido en el ámbito europeo, como medidas para mejorar la competitividad empresarial.

Sin embargo después de implantar dichas medidas la realidad resultante es que el impuesto no responde a las expectativas de los actores sociales: los empresarios se quejan de que se les impongan normas limitadoras de compensación de sus bases imponibles negativas; el ciudadano es cada vez más consciente que soporta la carga tributaria en sus nominas y el estado ve mermado sus ingresos por este impuesto.

II. REFORMA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: POSIBILIDADES

Toda reforma del impuesto sobre Sociedades puede concretarse en dos medidas incrementales; o bien, mantener la estructura actual, estableciendo modificaciones puntuales, o bien cambiar la

estructura del impuesto. Cualquiera de ellas debe cumplir a nuestro entender cuatro principios básicos: principio de competencia, neutralidad, coordinación internacional y responsabilidad social.

II.1. Disminución tipos impositivos; competitividad

En la década de los 80 se inició la disminución de tipos impositivos en el I s/S desde el 45% hasta los tipos medios del 26% en la OCDE. En el gráfico adjunto puede observarse esta evolución en los países de la OCDE y en los tres grandes grupos económicos mundiales; EEUU, Japón y UE (15 miembros). Esta medida fiscal tenía como principal objetivo estar al servicio de la competitividad, sobre todo a nivel internacional en los países del entorno (*yardstick*). Así mismo, constituye una medida de atracción de capitales de las empresas multinacionales, compensando los intentos de situar rentas y beneficios en lugares de baja tributación, tal y como ha señalado Gordon y Hines (2002).

El estudio de Gordon de 1986 llega a la conclusión que la extensión de esta política fiscal derivará en la desaparición del I s/S tradicional.

En economías pequeñas y abiertas, se producen salidas de capital que hacen aumentar la rentabilidad del menor stock de capital que queda en la economía. Esta salida se compensa mediante el impuesto, pero el sistema fiscal se desplaza hacia los factores menos móviles que el capital (trabajo e inmovilizados).

Este efecto inicial se va acelerando con salidas más frecuentes de capital, reduciendo tipos del I s/S y mayores gravámenes sobre los factores inmóviles llegando a la desaparición del I s/S tradicional. Es una situación muy parecida a la que se está produciendo en nuestro país.

La atracción de capital que esperan obtener estos países como el nuestro, se convierte en “nominal” al situar las multinacionales en estas jurisdicciones “entidades pantalla”, sin una implantación real de utilización de factores de producción, limitándose a las de menor representación.

Balwin y Krugman (2004) estudian el “efecto aglomeración” que se produce en las inversiones en determinadas áreas geográficas. A nivel de estos países no se alcanza el objetivo deseado de mayor inversión y riqueza, pero sin embargo se producen unos efectos perniciosos, en las retribuciones de las asignaciones de factores productivos a los países grandes, alterando la neutralidad impositiva que debe acompañar a las relaciones internacionales.

La decisión de inversión en un determinado lugar no se basa fundamentalmente en los impuestos, teniendo esta circunstancia una importancia secundaria en la localización empresarial.

Los costes de mano de obra y los de transporte en sentido genérico de logística, son los que más influyen en esa decisión. Junto con el entorno jurídico y macroeconómico. Todo ello dentro de lo que se ha denominado cultura de gestión empresarial por la comunidad.

La influencia de las decisiones de inversión depende del tipo de país, teniendo que distinguir entre países ricos, medianos y pequeños. Los países ricos con un nivel alto de integración, no les afectará en principio la competencia fiscal internacional, poseen niveles altos de infraestructuras, redes eficaces de proveedores y clientes, un buen mercado de trabajo con un nivel alto tecnológico. Estas condiciones protegen a sus rentas de localización, frente a las entradas y salidas de países con bajas tributaciones.

Son países sede de multinacionales globales, estas multinacionales aprovechan las condiciones de los países pequeños y abiertos para llevar a cabo inversiones “nominales” con creación de “entidades pantalla” que disminuyen la tributación, tanto en los países intermedios como en el de la sede de la multinacional. Esta situación genera que los gobiernos de los países ricos no obtienen recursos de la tributación de las multinacionales para costear estas condiciones de protección, surgiendo potenciales competidores en su propio mercado, lo que va a alterar “el efecto de aglomeración” a medio plazo, exigiendo a sus gobiernos disminuciones del tipo impositivo.

Los países intermedios se consideran “periféricos” en relación al efecto aglomeración en un área geográfica y su atracción de inversiones se basa en tratar de alcanzar unas condiciones de protección (infraestructura, mercados laborales, tecnología de formación del empleado...) en las que destaca esencialmente los niveles impositivos. En estos países se produce la paradoja de que la industria auxiliar de las multinacionales se la somete a reducidos tipos impositivos, lo mismo que a la multinacional que se quiere atraer. Si a este efecto “simbiótico” se le añade el “parasitario” de los territorios de baja o nula tributación el resultado es la quiebra en el sistema de recaudación por I s/S que soporta los países periféricos como el nuestro.

Como hemos descrito, todos los países a nivel mundial han entrado en la competición de reducir los tipos impositivos para mejorar la competitividad internacional. Los países ricos para recomponer sus condiciones de protección de sus aglomerados, los periféricos para mantenerse simbióticamente con las multinacionales establecidas en el mismo y los países pequeños y abiertos para ser plataforma de estructuras utilizadas por las multinacionales. Sin embargo, la cuestión que surge es ¿cuál ha sido el efecto de la bajada de tipos?

Hasta antes de la crisis, el efecto se ha denominado “paradoja tipo impositivo-recaudación” llevando consigo un incremento de la recaudación.

Inicialmente se pensaba que el aumento de recaudación se debía a que la mayoría de los países disminuía el tipo impositivo aumentando la base imponible. El informe de la OCDE (2007) analizó la recaudación de los tipos medios y marginales efectivos del I s/S, lo que implicaba que la reducción de los nominales tenía mayor impacto sobre los tipos efectivos que la ampliación de la base. A raíz de esto se analizaron por Averbach (2006) y Clausing (2007) otros factores no fiscales como los exclusivamente económicos. El resultado es que cada uno de estos factores será más o menos relevante para explicar las tendencias de la recaudación de cada país.

II.2. Neutralidad: Ampliación de la base imponible

Muchas de las reducciones del tipo impositivo nominal se han acompañado de la ampliación de la base imponible por lo que la disminución de la presión fiscal ha sido más aparente que real. Ya hemos visto que es un factor más que explica la paradoja de reducción de tipos con aumento de la recaudación.

Surgen los tipos de gravamen efectivos (marginales o medios) del I s/S. Estos tipos de gravamen afectan de forma diferente a las decisiones de inversión directa, cuya medición utiliza el tipo impositivo marginal efectivo (TMR) y el tipo impositivo medio efectivo (TME).

Ahora bien, esta ampliación de la base imponible a la vez que la bajada de tipos no responde a un maquillaje fiscal, si no a la necesaria *neutralidad* que debe acompañar a la competitividad.

Los argumentos de neutralidad son los que justifican la eliminación de los incentivos generales a la inversión, ya que estos incentivos generan una falta de neutralidad. Esta falta da lugar a que tipos efectivos diferentes gravan los distintos proyectos de inversión. No tiene ningún efecto directo en la relación atracción de inversiones, fiscalidad, considerándose como un incentivo añadido.

No deben descartarse como incentivos para el mantenimiento de multinacionales en una jurisdicción fiscal, a pesar del elevado coste recaudatorio de la complicada liquidación del impuesto y de la complicada gestión para la administración. Además estos incentivos crean externalidades a través de las actividades que incentivan por ejemplo inversiones en I+D, inversiones medio-ambientales o en formación de capital humano.

La tendencia a la ampliación de la base imponible culmina en Europa con la introducción de las NIC (Normas Internacionales de Contabilidad) surgiendo una base imponible homogeneizada que se derive de un resultado contable obtenido a partir de unas únicas normas contables, a este suceso debe añadirse el desmantelamiento de los regímenes fiscales especiales, declarados como perjudiciales por el código de conducta de las empresas, así como el desmantelamiento de los regímenes que constituyen ayudas de Estado.

Determinados países, entre ellos España, ha mantenido incentivos a la inversión, crecimiento del empleo o económico, como por ejemplo las medidas de libertad de amortización con mantenimiento del empleo decretadas en el 2009, eliminándose la condición de mantenimiento del empleo y manteniendo la libertad de amortización hasta el 2015.

Las posturas del Comité de Expertos para la reforma del sistema fiscal inciden en el desmantelamiento de determinadas deducciones, aumentando la neutralidad de nuestro sistema impositivo. Es necesario realizar este desmantelamiento para que nuestro tipo medio efectivo disminuya hasta alcanzar a los países de nuestro entorno (UE 15)

La Comisión Europea (2011) analizó los tipos efectivos del I s/S teniendo en cuenta los tipos nominales, la ampliación de las bases imponibles así como todas las cargas adicionales que soportan las sociedades, (carga tributaria efectiva) el resultado de este análisis se refleja en el cuadro adjunto.

El tipo medio efectivo del I s/S se mantiene en el 32,8% frente al 26,2% del grupo EU 15 o frente al 16,4% en el grupo EU 12, como puede verse existe un margen elevado para reducir este escalón de competitividad y neutralidad.

II.3. Responsabilidad social. Opinión pública fiscalidad

Hemos analizado que por razones de competitividad y neutralidad es preciso reducir el tipo nominal del I s/S y ampliar la base imponible reduciendo los incentivos fiscales. Por tanto la política fiscal en materia del I s/S globalmente no va a contribuir al incremento recaudatorio, sino más bien al contrario. Sin embargo es necesaria una política que ayude a mejorar la competitividad

(productividad) y un mayor crecimiento económico. Esto conseguirá incrementar el PIB y como consecuencia aumentar la relación I s/S respecto del PIB.

La creación de un “ambiente fiscal” que anime a la inversión, innovación, asunción de riesgos y espíritu empresarial. Este ambiente debe basarse en el diferimiento de I s/S en entidades creativas, de manera que la Hacienda Pública asuma el riesgo de introducción, con posiciones de tutela parecida a la actuación del CDETI, en sus inversiones conjuntas con las entidades privadas de I+D. este objetivo se debe completar con el principio de que los impuestos distorsionen lo menos posible el comportamiento empresarial.

Por otro lado, si la Hacienda Pública se convierte en asesor empresarial compartiendo riesgos en justa reciprocidad, se debe emprender unas actuaciones contra el “Fraude Fiscal”, verdadero factor de distorsión del comportamiento empresarial.

II.4. Coordinación internacional: *BEPS* y *BICIS*

El cuarto principio básico que debe atender la reforma del I s/S es su coordinación internacional. Esta coordinación lleva consigo un “efecto de emulación” es decir, de imitación de la conducta de los demás países. Sobre la mesa están las medidas *BEPS*, la modificación de las directivas Matriz-Filial/fusiones y la propuesta de Directiva de Base Común consolidada de (*BICIS*) como ejemplos de esta coordinación en el ámbito de la OCDE y la UE.

II.4.1. *La Propuesta Europea: Base Imponible Consolidada (BICIS)*

La propuesta de Directiva de Base Común consolidada (*BICIS*) fue aprobada por el Consejo de la CE el 15 de marzo de 2011 manteniéndose inactiva a nivel de discusión entre los países de la unión. Con la implantación de las normas *BEPS* se ha revitalizado proponiéndose un horizonte a corto plazo para su aprobación. Si esto se produjera tendríamos en España tres sistemas de imposición societaria:

- El sistema nacional cuya base imponible se obtiene a partir del resultado contable.
- El sistema *BICIS* para sociedades individuales cuya base imponible común se determina a partir de normas diferentes del resultado contable.
- El sistema *BICIS* para grupos de sociedades, cuya determinación de bases imponibles individuales y consolidadas del grupo se obtiene aplicando normas fiscales diferentes a las contables. Resulta cierto que se siguen las normas contables NIC, pero también lo es que, existen por lo menos quince reglas fiscales diferentes de las contables, si se analizan las normas fiscales alemanas, que presumiblemente serán las que se apliquen a nivel europeo.

Esta situación de nuestra fiscalidad societaria debe conducir a la armonización de los tres sistemas, como ya lo ha iniciado el gobierno mediante la supresión de las deducciones y la aprobación de una tabla única resumen de coeficientes de amortización fiscal. Se tendrá que modificar los métodos de amortización adoptando el “sistema Pool” para todos los activos de vida útil superior a 15 años que no sean inmuebles.

Esta pérdida de recaudación se verá compensada por la mejora de la recaudación derivada de la distorsión fiscal sobre el resultado contable de las normas BICIS y por la aplicación de los métodos de deducción por doble imposición frente a nuestro generoso método de exención. Para nuestro país exportador de servicios a ámbitos fuera de la UE exigirá que se mantengan los regímenes de exención, lo que dará lugar a la aparición de situaciones de arbitraje en los retornos de rentas de nuestras multinacionales. No podemos desarrollar estas situaciones dada la limitación de la extensión de este artículo.

La ordenación del poder tributario estatal como paso hacia la justicia tributaria en Europa

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AMOR

Profesor de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Barcelona

I. Introducción. II. El Tribunal de Justicia de la Unión europea y la conflictividad entre competencias tributarias nacionales y los derechos y libertades europeos. III. La ordenación del poder tributario por medio de las Directivas relacionadas con los tributos directos. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de esta comunicación es presentar aspectos del desarrollo de una línea de investigación, seguida en los últimos años, sobre la efectividad del principio tributario de justicia a nivel nacional e internacional. En este sentido, se ha explorado la efectividad del principio fundamental en el contexto del derecho europeo, siendo el fundamento de esta exposición los trabajos de análisis ya realizados¹ y la proyección de continuidad de la actividad de estudio.

La derivación desde el derecho europeo de un principio de justicia en materia de tributación requiere partir de una premisa. Como consecuencia de la situación que supone la pertenencia de unos Estados a una organización internacional a la que han cedido competencias para construir un mercado común, se producen conflictos entre ambas instancias en el ámbito de la fiscalidad y la tributación. Por un lado, los Estados miembros (en adelante EEMM) tienen el deber de, entre otros, aprobar normas con las que se proteja su capacidad de obtener ingresos a través de recursos tributarios. Por otro lado, la Unión Europea (en adelante UE) reconoce a las personas una serie de derechos y libertades que les permiten su movilidad, establecimiento y libre competencia en aquel mercado. Ambos aspectos presentan momentos de contradicción en tanto que, con el ejercicio de las competencias estatales en materia tributaria, puede afectarse la efectividad de los derechos y libertades comunitarias. Por su parte, esa efectividad condiciona la regulación de la protección de las capacidades recaudatorias de los Estados favoreciendo, además, la competencia fiscal entre ellos.

De esta tensión se deriva otra consecuencia para el orden interno de los Estados. La movilidad de las capacidades económicas gravables, facilitada por los derechos y libertades europeas, permite su deslocalización y, por ende, dificulta su gravamen. Así pues, para garantizar un volumen de ingresos, los Estados pueden verse abocados a gravar aquellas capacidades con menos

¹ Esta línea de investigación ha dado lugar a los trabajos siguientes: FERNÁNDEZ AMOR, J. A., y MASBERNAT, P.: "La vigencia de los principios de justicia tributaria en España: aportaciones para un debate", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 2, 2013, págs. 495-546; FERNÁNDEZ AMOR, J. A.: "Fundamentos de un principio universal de Justicia Tributaria", *Quincena Fiscal*, n.º 3, 2016, y FERNÁNDEZ AMOR, J. A.: "La Jurisprudencia del TJUE sobre el Derecho de establecimiento como marco de los Impuestos sobre Sociedades de los Estados miembros", de próxima publicación en el Libro *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades. Cuestiones fiscales, mercantiles e internacionales*.

movilidad (trabajo, bienes inmuebles...) lo que puede dar lugar a desigualdades a la hora de distribuir la carga de los gastos públicos.

La hipótesis de trabajo de la investigación que se presenta conjuga los elementos anteriores formando el siguiente enunciado: la ordenación del poder tributario estatal desarrolla el principio de justicia tributaria nivel europeo. Con el estudio de diferentes fallos y textos normativos esa idea previa deviene conclusión que se fundamenta en los dos apartados siguientes, resumen de los estudios efectuados. El primero se dedica a tratar con sentencias motivadas por el conflicto entre la efectividad de los derechos y libertades comunitarios y la aplicación de medidas antifraude estatales. El segundo estudia como la efectividad de la regulación europea de determinados aspectos de la tributación directa es exceptuada si a los contribuyentes se les atribuyen comportamientos fraudulentos, así como también el progreso que supone en este punto la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

II. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CONFLICTIVIDAD ENTRE COMPETENCIAS TRIBUTARIAS NACIONALES Y LOS DERECHOS Y LIBERTADES EUROPEOS

La comprensión de la contribución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en el desarrollo de un principio de justicia europeo exige establecer alguna premisa. Para empezar, asumiendo que la fiscalidad es un elemento fundamental en la construcción de la UE, se ha de tener en cuenta que hay un desequilibrio en su desarrollo jurídico si se comparan los ámbitos de la imposición directa e indirecta lo que no deja de tener ciertas consecuencias.

En relación con los tributos directos se aspira a la coordinación de la regulación de los EEMM, mientras que, por lo que respecta a los tributos indirectos, se pretende la armonización. Ambos términos son ligeramente diferentes. El primero es un concepto más bien de carácter político con el que se hace referencia a la necesidad de acercamiento de los EEMM en determinados temas en los que pueda haber distorsiones perjudiciales para la efectividad del Derecho europeo. El segundo, en cambio, es un concepto jurídico y supone la competencia de la UE para establecer regulaciones a las que los EEMM se han de someter dependiendo del tipo de norma en las que se encarnen (reglamentos, directivas, decisiones...). Si se profundiza un poco más, el primero depende de la voluntad de los Estados y el segundo de la capacidad reguladora de la propia UE.

Esta diferencia se extrae del derecho primario a poco que se observe su articulado. El artículo 113 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea regula la competencia de la UE en materia de armonización de legislaciones relativas a impuestos sobre el volumen de negocios, impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos. Ese precepto, a su vez, implica una limitación a la capacidad de actuación de la organización internacional, que no puede extenderse a la imposición directa. En consecuencia, los avances que se realizan en ese ámbito, se insiste, dependen de la apreciación que tengan los EEMM de la necesidad de coordinarse y regularla desde la UE.

Para fundamentar la regulación europea en materia de tributación directa –lo que, dicho sea de paso, presupone la previa voluntad y coordinación estatal mencionada– se acude al artículo 115

del TFUE. Según este precepto, en el seno del Consejo, se pueden adoptar, por unanimidad y con arreglo a un procedimiento legislativo especial, directivas para la aproximación de normas de los Estados que incidan en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior.

Ambos ámbitos de fiscalidad han de respetar la efectividad de los derechos y libertades europeos (p. ej. derecho a la libre circulación de personas, servicios y capitales de los arts. 45 y ss. del TFUE o el derecho de establecimiento de los arts. 49 y ss. del TFUE) siendo un aspecto común. Sin embargo, la diferencia en la distribución de competencias en materia de fiscalidad que se deriva de la regulación expuesta repercute en el equilibrio que ha de darse entre los derechos y libertades europeos y la efectividad teórica de la justicia y la equidad en la distribución de las cargas públicas a nivel interno de los Estados miembros.

Ese principio informa las relaciones tributarias entre el Estado y el ciudadano y se hará efectivo de acuerdo con el ejercicio del poder tributario del primero y los derechos reconocidos al segundo. Pero, si se considera lo anterior, puede trazarse una diferencia en el marco de la UE. Los EEMM han atribuido a la organización una competencia de armonización de la legislación en materia de imposición indirecta lo que presupone dos ideas: primera, ha sido una opción adoptada por los EEMM por lo que se refiere a su ajuste con el principio de justicia tributaria y, segunda, la regulación interna en la materia será consustancialmente respetuosa con los derechos y libertades comunitarios. No es igual el caso de la imposición directa en la que la efectividad del principio depende del ejercicio del poder tributario estatal, mientras que la efectividad de los derechos y libertades comunitarios ha de ser garantizada por la UE y sus organismos. Así es que puede darse, y de hecho se da, un conflicto de competencias entre los EEMM y la UE en el momento en que los primeros regulan su sistema tributario y se garantizan unos recursos para los gastos públicos y con ello ponen en cuestión la aplicabilidad plena de las libertades y derechos comunitarios.

El conflicto enunciado cuyo fundamento es la contraposición de dos ámbitos competenciales hace que destaque el papel del TJUE. La sistematización de su jurisprudencia en esta cuestión puede comenzar con una referencia a la Sentencia *Schumacker*² de 14 de febrero de 1995. En el parágrafo veintiuno de su texto, el Tribunal establece que la competencia en materia de tributos directos no está incluida, como tal, en el conjunto de las de la UE de lo que se deriva, en buena lógica, que son los EEMM los que han de regularla. No obstante, esta misma sentencia (junto con otras como *Wielockx*³ de 11 de agosto de 1995) también establece que la competencia estatal no es libre o amplia, sino que ha de ceñirse al Derecho europeo. De manera que, por un lado, el TJUE evidencia la ausencia de competencias europeas en materia de tributación directa y, por otro lado, que el ejercicio de la suya por parte de los EEMM ha de enmarcarse en el Derecho que él mismo ha de interpretar y aplicar.

Los derechos y libertades que prevé el Derecho europeo son, siguiendo la jurisprudencia del TJUE, límites a la capacidad de los EEMM de establecer medidas tributarias. Si se asume que con

² *FinanzamtKöln-Altstadt y RolandSchumachker*, As. C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31.

³ *G. H. E. J. Wielockx y Inspecteur der directebelastingen*, As. C-80/94, ECLI:EU:C:1995:271.

ellas se pretende obtener ingresos optimizando la distribución de la carga tributaria entre los ciudadanos, se concluye que aquel Derecho enmarcará el principio de justicia tributaria al ordenar la competencia fiscal nacional.

Se pueden encontrar ejemplos de lo afirmado en diferentes sentencias. En relación con el derecho de establecimiento, en la Sentencia *ICI*⁴ de 16 de julio de 1998, el Tribunal trata una medida establecida por el Reino Unido. Según la norma las sociedades consorciadas domiciliadas en el Estado miembro podían desgravar pérdidas procedentes de filiales residentes, no admitiendo la misma posibilidad si se trataba de filiales no residentes. Una de las justificaciones del Gobierno británico a esta restricción a los no residentes era que se pretendía reducir el riesgo de evasión fiscal que podía darse si se transferían pérdidas a empresas ubicadas en el Reino Unido y beneficios a las filiales que no se hallasen en su territorio. El Tribunal entiende que el Estado había justificado su medida tributaria en una presunción genérica de evasión fiscal lo que no es acorde con el derecho de establecimiento dado que lo perjudica por falta de concreción en el fundamento de la medida tributaria.

En la misma línea se encuentra la Sentencia *Hughes de Lasteryrie du Saillant*⁵ de 11 de marzo de 2004. En esta ocasión, el Tribunal juzgó si un gravamen sobre potenciales plusvalías de valores mobiliarios, producidas por un traslado del propietario fuera de Francia, era acorde con el ordenamiento comunitario. El Estado justificó la medida ante el Tribunal por, entre otros motivos, su carácter de instrumento contra comportamientos de ciertos contribuyentes de carácter elusivo. Este consistiría en cambiar el domicilio a territorios con menor gravamen sobre la plusvalía producida por la transmisión efectiva del bien mueble. El Tribunal falló en el sentido de que el derecho de establecimiento condiciona las disposiciones fiscales nacionales por lo que restringe un libre ejercicio de la competencia tributaria de los Estados miembros a la hora de establecer tributos (párrafo cuarenta y cuatro). Por este argumento, no pueden establecer figuras tributarias con las que se pretendan corregir comportamientos presuntamente evasivos o cercanos al fraude fiscal.

La ordenación del poder tributario nacional que supone el Derecho europeo no alcanza solo a medidas cuya imposición se justifica por un principio de equidad al combatir comportamientos fraudulentos. También abarca medidas que tienen ese mismo fin (la justicia en la distribución de cargas públicas) pero tienen como objetivo proteger o evitar la disminución de los niveles de recaudación del Estado. Siguiendo la ya citada sentencia *ICI*, la disminución de recaudación no es considerada por el Tribunal como una razón de interés general que justifique medidas contrarias a las libertades fundamentales. Se expone en la sentencia que la disminución de recaudación no se puede equiparar a una razón de interés general que justifique medidas que flexibilicen las libertades europeas. El TSJUE se afirma en esa línea en *Metallgesellschaft LTD y otras, Hoechst AG y Hoechst (UK) Ltd contra Commissioners of Inland Revenue HM Attorney General*⁶ de 8 de marzo de 2001. En esta sentencia, el Reino Unido alegaba un perjuicio en la recaudación para

⁴ *Imperial Chemical Industries (ICI) contra Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, As. C-264/96 ECLI:EU:C:1998:370.

⁵ *Hughes de Lasteryrie du Saillant y Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, As. C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138.

⁶ *Metallgesellschaft LTD y otras, Hoechst AG y Hoechst (UK) Ltd contra Commissioners of Inland Revenue HM Attorney General*, As. C-397/98 y C-410/98, ECLI:EU:C:2001:134

justificar un diferente trato en la tributación sobre sociedades entre filiales residentes de sociedades matrices no residentes y las filiales residentes de sociedades matrices residentes. El Tribunal europeo rechaza el argumento diciendo que la disminución de ingresos fiscales no puede considerarse una razón imperiosa de interés general que pueda ser invocada para justificar una medida contraria a una libertad fundamental.

Estas sentencias demuestran lo que se ha apuntado más arriba. Las libertades y los derechos previstos en el Derecho europeo condicionan los poderes tributarios nacionales en general y, en particular, la regulación de medidas que persigan la elusión o evasión fiscales o la protección de los niveles de recaudación. Dada la vinculación de estas medidas con un principio de justicia en la distribución de las cargas públicas –a través de disuadir la realización de comportamientos insolidarios el primero o de garantizar la recaudación necesaria para la distribución de recursos públicos y, por ende, de renta del segundo– se puede afirmar que su efectividad está condicionada por la ordenación del poder tributario estatal siguiendo la aplicación efectiva de los derechos y libertades europeos a los que nos hemos referido.

Desde esta posición se puede ir un poco más allá si se atiende a la Sentencia *Halifax* de 21 de febrero de 2006⁷. De ella se desprende que el particular tiene derecho a optimizar conforme a sus opciones sus obligaciones fiscales. Por lo tanto, es legítimo que haga uso de la normativa de la UE para fundamentar una planificación que le permita reducir su carga tributaria, usando las ventajas que se ofrezcan en el seno del mercado único. Un mercado que, aunque suene reiterativo, se basa en los derechos y libertades previstos en el Derecho europeo para el funcionamiento del mercado único y no para la justicia tributaria a nivel nacional.

Por consiguiente, los Estados han de ajustar el ejercicio de su competencia tributaria al marco del orden europeo a lo que se añade que los ciudadanos pueden utilizarlo para optimizar su carga fiscal. La consecuencia directa es que quien ha de velar por la justicia en la carga que implican los gastos públicos ha de ceñirse también al marco jurídico europeo. Este es establecido por un ente supranacional que vela por garantizar unos derechos entre los que destaca la libre circulación y el libre establecimiento que, aunque sea a su amparo, favorecen la deslocalización de las capacidades económicas susceptibles de gravamen.

El fenómeno de la deslocalización y, junto a él, el de la competencia fiscal entre Estados con el objeto de atraer inversiones sitúa a un Estado impositor en una difícil tarea: la de mantener los niveles de prestaciones que le caracterizan con una base imponible que puede variar de forma importante en función de la circulación de la riqueza. Esta movilidad conlleva, además, que la mayor parte del gravamen pueda recaer sobre aquellas manifestaciones de riqueza que no tienen capacidad de traslado. En particular, entre este tipo estará la producida por medio del trabajo dependiente convirtiéndose en la fuente fundamental de recursos para cubrir el gasto público. Puede ligarse, por tanto, una debilidad paradójica del principio de justicia en la distribución de las cargas públicas con la efectividad de las libertades europeas cuyo objetivo es la libre competencia en un mercado abierto.

⁷ *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd. contra Commissioners of Customs & Excise*, As. C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121.

Esa realidad, no obstante, tiene su contrapeso en la necesaria búsqueda de un equilibrio necesario en el ejercicio de las competencias tributarias nacionales y las competencias de la UE. La aplicación al extremo de ambas conduce a su anulación mutua y ninguno de los ámbitos competencia supone la capacidad de regulación exclusiva y excluyente. Desde el mismo TFUE se pueden derivar la necesaria búsqueda de compatibilidad si se atiende, por ejemplo, al artículo 65 de su articulado cuando, regulando el derecho a la libre circulación, establece que no habrá de impedir la adopción de normas nacionales cuyo objetivo sea combatir las infracciones al Derecho nacional, mencionando particularmente a las de naturaleza fiscal.

Esta lógica de sistematizar las capacidades de los Estados y la UE en virtud de lo que se desprende del TFUE se completa con pronunciamientos del TJUE en torno al interés general nacional. En la sentencia *Futura*⁸ de 15 de mayo de 1997 el TJUE indica que la eficacia de los controles fiscales que han establecido o pueden establecer los EEMM son una razón de interés general que puede justificar una matización de los derechos comunitarios. La sentencia *Lammers&Van Cleef*⁹ de 17 de enero de 2008 fija la posición del tribunal de Luxemburgo cuando indica que una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede justificarse si tiene por objeto combatir los montajes artificiales de carácter fiscal para eludir la legislación tributaria. En sentencias como *Comisión Europea contra República Federal de Alemania*¹⁰ de 16 de abril de 2015, el TJUE explica que el derecho de establecimiento no puede ser objeto de restricción, pero añadiendo que (párrafo sesenta y dos):

“No obstante, es preciso determinar si esa restricción puede justificarse objetivamente por razones imperiosas de interés general reconocidas por el Derecho de la Unión.”

El interés general de los Estados es, por tanto, el elemento que puede modular la efectividad de los derechos y libertades si bien de forma acorde con un principio de proporcionalidad. Este principio está expresamente previsto en el art. 5 del Tratado de la Unión Europea y en su virtud, si bien es posible condicionar la efectividad, se ha de hacer con medidas proporcionales al fin perseguido. En la sentencia *HermannSchräeder*¹¹ de 11 de julio de 1989, el TJUE estableció que el principio de proporcionalidad forma parte de los principios generales del Derecho europeo. Por él, la legalidad de medidas que imponen cargas financieras a los operadores está subordinada a que sean apropiadas y necesarias para los objetivos que, legítimamente, persiga la normativa que se trate. Así pues, cuando deba elegirse entre medidas apropiadas se habrá de escoger la menos gravosa y la más ajustada al fin que se persiga que bien puede identificarse con el interés general asociable con la justicia tributaria.

Tras lo dicho y como primera conclusión de la investigación que compendia esta comunicación, se ha determinado que en el ámbito de la imposición directa se da una situación de contradicción entre la tarea a realizar por los EEMM a la hora de regularlo de forma acorde con un princi-

⁸ *Futura Participations SA, Singer y Administration des contributions*, As. C-250/95 ECLI:EU:C:1997:239.

⁹ *Lammers& Van Cleef NV y Belgische Staat*, As. C-105/07, ECLI:EU:C:2008:24.

¹⁰ *Comisión Europea y República Federal de Alemania*, As. C-591/13, ECLI:EU:C:2015:230.

¹¹ *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG y Hauptzollamt Gronau*, As. C-265/87, ECLI:EU:C:1989:303.

pio de justicia y la competencia de la UE para hacer efectivos los principios y libertades fundamentales. Las fricciones entre ambas acciones han de ordenarse de manera que la jurisprudencia del TJUE adquiere peso específico al limitar las capacidades de los Estados en virtud de esos principios y libertades, si bien atendiendo el interés general de los Estados que puede concretarse en la justicia tributaria, aunque siempre dentro de un principio de proporcionalidad.

III. LA ORDENACIÓN DEL PODER TRIBUTARIO POR MEDIO DE LAS DIRECTIVAS RELACIONADAS CON LOS TRIBUTOS DIRECTOS

El Derecho primario y la labor jurisprudencial son las vías identificadas por las que penetra la aplicación de los ordenamientos estatales para proscribir determinados comportamientos contrarios a la equitativa distribución de las cargas públicas dentro de los Estados. También en el derecho secundario o derivado se han abierto cauces con fin similar. El artículo 1.2 de la Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 de noviembre, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, establece que:

“La presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos.”

De tenor parecido es el artículo 5 de la Directiva 2003/49/CE del Consejo de 3 de junio, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros. En su apartado 1 establece que:

“La presente Directiva no se opondrá a la aplicación de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a impedir el fraude fiscal y los abusos.”

Y en su apartado 2 prevé que los Estados miembros pueden denegar los derechos de la directiva o su aplicación a cualquier transacción si el...

“(…) móvil principal o uno de cuyos móviles principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso.”

Más expresivo es el texto del artículo 15.1.a) de la Directiva 2009/133/CE de 19 de octubre, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una Sociedad Anónima Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro. El precepto dispone que se pueda negar la aplicación total o parcial de lo dispuesto en los artículos 4 a 14 o retirar total o parcialmente el beneficio que regula, cuando las operaciones:

“1) Tengan como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos (...), pueden constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal.”

Las normas que se recogen siguen, por tanto, la línea dibujada más arriba. Regulan aspectos concretos de la tributación directa a los que han de ceñirse los Estados si bien cabe que estos

excepcionen su aplicación. La efectividad de la norma no habrá de darse si las acciones de los particulares, susceptibles de beneficio fiscal o de aplicación de la normativa europea, se ligan a objetivos de fraude o evasión fiscal debido a su conexión con comportamientos antijurídicos y contrarios a la justicia en la distribución de la carga tributaria.

En esta línea de definir el marco ordenador en el que los EEMM pueden ejercer su poder tributario se está avanzando más. La Propuesta de Directiva del Consejo de 16 de marzo de 2011 COM (2011) 212, relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades, ha sido uno de ellos. El Proyecto ha tenido como objetivo la armonización de las regulaciones estatales en torno a la base imponible del impuesto sobre sociedades. Con ello se pretende reducir el gravamen que implica, para las corporaciones multinacionales, el tener que responder ante tantas responsabilidades tributarias como EEMM, en los que realizan su actividad, existan. En definitiva, se trata de hacer efectivo principios ya familiares como el de libre establecimiento o la libre circulación, sin que estén condicionadas por cuestiones ajenas a la conveniencia comercial o empresarial como pueden ser las tributarias.

Pero el equilibrio necesario entre las capacidades de los EEMM de hacer efectivo un principio de justicia combatiendo el fraude fiscal y de la UE de fomentar el buen funcionamiento del mercado interior al que se ha aludido se pone de manifiesto cuando, como ocurre en las otras directivas, se establece, en el art. 80 de la Propuesta, que las operaciones artificiales, realizadas con el único fin de eludir impuestos, "(...) no se tendrán en cuenta a efectos de cálculo de la base imponible." El precepto precisa que, si concurre la buena fe en el sujeto pasivo a la hora de optar entre operaciones que conducen a bases imponibles diferentes, no habrá de impedirse la aplicación plena de la regulación.

La Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior es el último paso dado hasta el momento. El objetivo de la misma es establecer los mínimos sobre los cuales cada EEMM puede ejercer su potestad tributaria y protegerse contra la planificación fiscal abusiva en el mercado interior si bien centrándose en el impuesto sobre sociedades. El artículo 6 de la mencionada directiva establece una norma general contra las prácticas abusivas que, por lo que respecta a la imposición sobre sociedades, desarrolla las cláusulas antes señaladas. Según el precepto los EEMM no han de tener en cuenta, para calcular la deuda tributaria del impuesto sobre sociedades, ningún resultado que derive de operaciones realizadas por el sujeto pasivo que impliquen ventajas fiscales que desvirtúen la normativa tributaria mediante datos falseados producto de razones comerciales no válidas.

Como segunda conclusión del trabajo realizado se puede afirmar que la normativa tributaria europea en torno a la imposición directa ordena la competencia de los EEMM a la hora de ejercer su poder tributario. La causa fundamental es hacer que la regulación nacional que pueda promulgarse no resulte un obstáculo al desarrollo del mercado interior. No obstante, esa ordenación ha de tener en cuenta la necesidad de los Estados de protegerse de comportamientos fraudulentos lo que provoca que, además, la UE establezca una regulación mínima en este campo. En este sentido, se advierte que la UE ha barajado tanto la remisión a la legislación nacional contra com-

portamientos contrarios a la justicia tributaria, como su definición y el establecimiento de consecuencias en normativa europea.

IV. CONCLUSIONES

Como síntesis de las conclusiones anteriores se puede decir que la UE está en un proceso de ordenación de las competencias de los EEMM en materia de tributación directa. La causa fundamental para ello es la mejora del funcionamiento del mercado europeo por medio de la vía que prevé el artículo 115 del TFUE. La organización de las exigencias fiscales de las empresas con presencia en diversos estados se entiende como un factor de desarrollo económico.

Pero dicha regulación tampoco puede obviar que la potenciación de las libertades comunitarias para hacer más eficaz el mercado interior conlleva la competencia fiscal entre los Estados. Esto va acompañado de la posibilidad de aprovechar las posibilidades que ofrece la normativa europea únicamente para eludir responsabilidades fiscales en los Estados de residencia mediante la deslocalización de beneficios.

La jurisprudencia del TJUE ha puesto en evidencia la necesidad de compatibilizar estas circunstancias. Mediante diversos pronunciamientos, el Tribunal ha ido admitiendo o rechazando medidas tributarias nacionales de protección contra comportamientos inapropiados en función de su compatibilidad, por proteger el interés general, con el marco europeo de regulación. A esta tarea se suma que el legislador europeo ha tenido en cuenta, bien sea con remisiones a la legislación nacional, bien sea estableciendo su propia regulación, la necesidad de facilitar esa tarea a los EEMM.

Mediante la ordenación del ejercicio del poder tributario en materia de tributación directa y de medidas antifraude, se ordena la competitividad fiscal entre Estados –de forma paralela a la ordenación de la competitividad entre particulares, esencia del mercado común– y se les dota de un marco para establecer una regulación armonizada y compatible con el ordenamiento europeo en materia de lucha contra el fraude y la evasión fiscal. Por tanto, a juicio del que escribe, es posible derivar una conclusión principal: la justicia a la hora de distribuir las cargas públicas se ha introducido en la regulación del marco europeo al que ha de ceñirse el poder tributario estatal. Si bien no hay una positivización del principio si se ha constatado que ha de ser tenido en cuenta a la hora de hacer efectivos las libertades y derechos europeos, pues no deja de ser una exigencia básica procedente de los ordenamientos nacionales.

El futuro de la limitación de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: perspectiva española y europea¹

MANUEL LUCAS DURÁN

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Alcalá. Madrid

1. Introducción. 2. Perspectiva española: el artículo 16 LIS. 3. Reflexiones críticas sobre el artículo 16 LIS. 4. Perspectiva europea: el artículo 4 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016. 5. ¿Confluencia o divergencia? 6. Adaptación a la Directiva (UE) 2016/1164. 7. ¿Conformidad a Derecho de tales reglas de limitación de gastos financieros? 8. Consideraciones finales. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El problema que late detrás de la limitación en la deducibilidad de gastos financieros podría exponerse sintéticamente con una serie de postulados: 1) la financiación que requiere toda empresa para su funcionamiento puede provenir de aportaciones realizadas a su capital por socios (recursos propios) o bien de préstamos concedidos por terceros (recursos ajenos); 2) al mismo tiempo, la financiación empresarial puede provenir de entidades asociadas o de terceros sujetos no vinculados; 3) el pago de intereses resulta deducible en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, mientras que el pago de dividendos no conlleva este derecho a deducción; 4) en el caso de endeudamiento intragrupo, el pago de intereses puede implicar traslados de base imponible de unas a otras empresas del conglomerado, si bien en la medida en que todas ellas tributen bajo tipos de gravamen idénticos o similares, la operación no comportará, por lo general, un ahorro fiscal (lo que deje de pagar la entidad prestataria lo pagará la entidad prestamista); 5) sin embargo, cuando se trata de empresas multinacionales, existe una tendencia natural a conceder préstamos en lugar de realizar aportaciones de capital, máxime cuando las empresas prestamistas se ubican en territorios con baja o nula tributación, pues en tal caso el traslado de bases imponibles implicará un ahorro fiscal; 6) finalmente, la elección por una forma u otra de financiación no tiene incidencia relevante en el funcionamiento de un entramado empresarial.

Por tal motivo, en los años 80 y 90 España y otros países de su entorno han adoptado medidas diversas para evitar la erosión de sus ingresos tributarios hacia territorios de una tributación más baja a través de alteraciones en las estructuras de financiación de empresas asociadas. De este

¹ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad “La residencia como punto de conexión para la aplicación del Derecho. Especial referencia a la fiscalidad” (DER2015-63533-C4-2-P), del cual el autor es investigador principal, proyecto coordinado con otros tres: “La residencia fiscal ante la diversidad de poderes tributarios desde la perspectiva del País Vasco” (DER2015-63533-C4-1-P), cuyo investigador principal es ISAAC MERINO JARA; “La residencia fiscal como elemento vertebrador de los distintos niveles de imposición en el ámbito de Derecho común” (DER2015-63533-C4-3-P), cuyo investigador principal es JUAN CALVO VÉRGEZ, y “La residencia fiscal desde la perspectiva del ordenamiento foral de Navarra” (DER2015-63533-C4-4-P), cuyo investigador principal es ANTONIO VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA.

modo se aprobaron cláusulas anti-subcapitalización que daban tratamiento fiscal de dividendos a los intereses que superaran determinados umbrales de endeudamiento².

Por otro lado, y desde otra perspectiva, algunos países reconocieron la deducibilidad de *intereses nocionales*, esto es, de un interés ficticio por financiarse la empresa con capitales propios en lugar de con capitales ajenos³. Adicionalmente se han establecido incentivos a la financiación propia⁴, y todo ello con el objeto de reducir las diferencias fiscales con la financiación ajena.

Ello no obstante, las normas anti-subcapitalización se probaron en gran medida ineficaces por varios motivos: en primer lugar, porque su configuración inicial discriminaba a no residentes frente a los residentes, lo que planteó varios problemas de vulneración del Derecho de la Unión Europea⁵ e incluso del Derecho Internacional⁶. Pero cabe decir, adicionalmente, que las citadas normas antielusivas tenían una eficacia limitada, habida cuenta de que podían ser a su vez defraudadas bien mediante estructuras financieras concatenadas⁷, o bien con interposición en la cadena de financiación de terceras partes (*back to back loans*) que hicieran formalmente inaplicables tales normas, con elevados problemas probatorios para la Administración en este último caso.

Por todo ello, a partir del Decreto-Ley 12/2012, de 13 de julio, se derogó en España (territorio común) la regla anti-subcapitalización para abrazar un nuevo método más objetivo: la limitación en la deducibilidad de gastos financieros⁸. Y tal precepto se ha mantenido, con algunas modificaciones, en el art. 16 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS)⁹.

² Cfr., entre otros, OECD (1998); PALAO TABOADA, C. (2010); LUCAS DURÁN, M. (2014).

³ Cfr. DEL BLANCO GARCÍA, A. (2014).

⁴ Cfr. reservas de capitalización y nivelación previstas en los artículos 25 y 105 LIS. Vid. sobre el particular CALVO VÉRGEZ, J.: "Las nuevas reservas de capitalización y de nivelación aplicables en el nuevo Impuesto sobre Sociedades y el fomento de la financiación propia de las empresas", *Actum Fiscal* núm. Extra 107, 2016, págs. 3-11.

⁵ Cfr. SSTJUE *Lankhorst-Hohorst* de 12 de diciembre de 2002 (asunto C-324/00); *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, de 13 de marzo de 2007 (asunto C-524/04); *Lammers&Van Cleeff NV* de 17 de enero de 2008 (asunto C-105/07); *Itelcar*, de 3 de octubre de 2013 (asunto C-282/12). Vid. asimismo, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2010).

⁶ Vid., entre otros, CALDERÓN CARRERO, J. M. (1995), así como SSTS de 1 de octubre de 2009 (recurso de casación núm. 1596/2004), de 17 de marzo de 2011 (recurso de casación núm. 5871/2006) y de 2 de noviembre de 2011 (recurso de casación núm. 3181), entre otras.

⁷ Cfr. FALCÓN Y TELLA, R. (2009).

⁸ Lo mismo ocurrió en Navarra (Cfr. Ley Foral 29/2014, de 24 de diciembre, de reforma de la normativa fiscal y de medidas de incentivación de la actividad económica, así como Ley Foral 23/2015, de 28 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias). Ello no obstante, en País Vasco se ha mantenido el régimen de subcapitalización [Cfr. LUCAS DURÁN (2014)].

⁹ Habida cuenta de la similitud entre el artículo 16 LIS y el artículo 38 de la Ley Foral 24/1996, de 30 de diciembre, del Impuesto Sobre Sociedades, a lo largo de este trabajo las referencias al primero de los preceptos se entenderán realizadas, igualmente, al segundo.

Con ello se seguía, de hecho, la estela de países como Alemania¹⁰ o Italia¹¹, posteriormente continuada en otros como Suecia¹² o Finlandia¹³. En cambio, países que tenían otras reglas de limitación en la deducibilidad de intereses (v. gr. Francia)¹⁴ o que no tenían reglas específicas anti-subcapitalización (v. gr. Holanda) se verán obligados en los próximos años a adaptar su normativa a la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016, según se indicará en los epígrafes 4 y 6 siguientes¹⁵. Por su parte, países como el Reino Unido, que próximamente no pertenecerán ya a la Unión Europea, también han anunciado la aplicación futura (probablemente a partir de abril de 2017) de reglas de limitación en la deducibilidad de gastos financieros, en consonancia con la acción 4 BEPS.

En las páginas que siguen no se pretende realizar un estudio a fondo de la regulación en España o en la Unión Europea sobre limitación en la deducibilidad de gastos financieros, cuestión que excede del propósito de este trabajo por razones de limitación de espacio. Más bien pretende plantearse la cuestión en términos genéricos tanto a nivel nacional (epígrafes 2 y 3), como en un entorno europeo (epígrafe 4). Seguidamente se analiza si existe confluencia o divergencia entre los distintos ámbitos analizados (epígrafe 5), así como si habrá de modificarse el artículo 16 LIS –y otras normas forales– con motivo de la aprobación de la Directiva 2016/1164 (epígrafe 6). Pero lo que es más importante, se comentará en qué medida las normas vigentes, tanto a nivel nacional como europeo, pueden entenderse conformes a Derecho desde la perspectiva constitucional de los Estados miembros y de la propia Unión Europea (epígrafe 7). El trabajo acaba con unas consideraciones finales recapitulativas (epígrafe 8).

2. PERSPECTIVA ESPAÑOLA: EL ARTÍCULO 16 LIS

Como se ha indicado previamente, la limitación en la deducibilidad de gastos financieros apareció en el horizonte español en 2012 (de la mano del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, modificado sólo unos meses después por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio), con efectos para los ejercicios iniciados a partir de 2012. En realidad, como se ha comentado, el legislador patrio no hacía más que unirse a una corriente internacional que ya habían seguido otros países de nuestro entorno. De hecho la norma española se asimila a la aprobada en Alemania

¹⁰ País pionero en instaurar este tipo de medidas en 2007 [nuevo art. 4.h) de la *Einkommensteuergesetz* (en adelante, EStG) incorporado por la reforma de 14 de agosto de 2007, en relación con el artículo 8 apartados 2 y 3 de la *Körperschaftsteuergesetz*]. Es preciso indicar que el Tribunal Supremo (*Bundesfinanzhof*) ha elevado al Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) al menos dos cuestiones de constitucionalidad (2013 y 2015) en relación con la regla de limitación en la deducibilidad de gastos financieros. Cfr. RODRIGO CHAQUES, G. (2013); NIEHUS, U.; WILKE, H., y MÜLLER, A. (2013); así como LAMPERT,; MEICKMANN, y REINERT (2016).

¹¹ Cfr. artículo 96 del *Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR)*, aprobado por Decreto del Presidente de la República n. 917 de 22 de diciembre de 1986, según redacción dada por Ley n. 244/2007 de 24 de diciembre de 2007 y Decreto Ley n. 112/2008 de 25 de junio de 2008.

¹² Cfr. KNUTSSON (2012).

¹³ Artículo 18(2) del *Business Income Tax Act*. Cfr. PENTTILÄ, y NIEMINEN (2013).

¹⁴ Cfr. artículo 212 bis del *Code Général des Impôts*.

¹⁵ Sobre la normativa en diversos países de la UE vid. ARMESTO GARCÍA (2013).

que, como se indicará más adelante, es la que ha inspirado también el artículo 4 de la Directiva 2016/1164. Con todo, la norma aprobada en nuestro país contiene singularidades destacables respecto de la germana y una técnica legislativa menos depurada.

En la actualidad, la regulación sobre los límites a la deducibilidad de gastos financieros se contiene en el artículo 16 LIS [además, de en los apartados g), h) y j) del art. 15 LIS, así como en el art. 83 LIS], con una cierta complejidad que no puede ahora examinarse¹⁶.

A los efectos de este trabajo baste indicar que, de acuerdo con dicho precepto, únicamente serán deducibles los gastos financieros *netos* que no excedan alguno de los límites siguientes: 1) un millón de euros (o la parte proporcional de dicha cuantía si el periodo impositivo fuera menor que el año), y 2) el 30 por ciento del “beneficio operativo” del ejercicio.

Sin embargo, existen dos exclusiones expresas a la regla de limitación de deducibilidad antes referida: por un lado, las entidades de crédito y aseguradoras, por cuanto que se estima que su negocio consiste, en gran medida, en el cobro y pago de intereses; por otro lado, las entidades que se extingan y para el periodo de se produzca tal circunstancia, siempre que la extinción no sea consecuencia de una operación de reestructuración¹⁷.

Es necesario aclarar que por *gasto financiero*, a los efectos del precepto analizado, debe entenderse todo gasto devengado en el periodo impositivo declarado y que se encuentre relacionado con la deuda asumida por la entidad¹⁸. Es preciso indicar que la norma se refiere a un gasto financiero neto, esto es, una vez restados los ingresos financieros igualmente obtenidos por la entidad. Por otro lado, no se incluirán en dicho concepto los gastos a los que se refieren las letras g), h) y j) del art. 15 LIS, toda vez que los mismos no resultan deducibles por expresa indicación de referido precepto.

Por su parte, el *beneficio operativo* –siguiendo la corriente principal en los países de nuestro entorno y los postulados de la OCDE– se asimila a lo que en términos anglosajones se conoce como *EBIDTA* (abreviatura de *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization*), esto es, al beneficio de la entidad antes de descontar del mismo intereses, impuestos, gastos

¹⁶ Cfr. sobre el particular con mayor detalle, entre otros, LUCHENA MOZO (2012); SANZ GADEA (2012b); SUÁREZ DE CENTI MARTÍNEZ, y VIANA BARRAL (2012); RODRIGO CHAQUES (2013); CENCERRADO MILLÁN (2015); CENCERRADO MILLÁN, y SOLER ROCH (2015); LUCAS DURÁN (2016), y GARCÍA NOVOA (2016). Vid. igualmente la Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Tributos (DGT en adelante) y la Nota núm. 1/15, de 3 de febrero de 2015, de la AEAT, relativa a la limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades.

¹⁷ Sobre las razones de esta exclusión, vid. SUÁREZ DE CENTI MARTÍNEZ, y VIANA BARRAL (2012, pág. 33).

¹⁸ Según la Resolución de 16 de julio de 2012, de la DGT, antes citada, tal concepto comprendería los intereses de obligaciones y bonos, intereses de deudas, dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros, intereses por descuento en operaciones de *factoring* y similares, costes de emisión y transacción de operaciones, comisiones, deterioro del valor de los créditos, diferencias de cambio, coberturas financieras, resultados de los contratos de cuentas en participación en relación con las cantidades debidas al partícipe no gestor, etc. Debe tenerse en cuenta que la aprobación de la LIS con posterioridad a la referida Resolución puede conllevar alguna variación, siquiera mínima [cfr. CENCERRADO MILLÁN (2015, págs. 1210 y 1211)]. Asimismo, es dudoso que algunas de los supuestos que considera la DGT como gasto financiero puedan efectivamente considerarse como tales [cfr. LUCAS DURÁN (2016, pág.69)].

de depreciación y amortización de activos. Sin embargo, el artículo 16 LIS recoge una serie de singularidades al respecto: en primer lugar, se refiere al *resultado de explotación* en el que, por definición, están excluidos los ingresos y gastos financieros (que sólo se toman en consideración en el *resultado financiero*) y, lógicamente, los impuestos sobre beneficios que solo se toman en consideración en el *resultado del ejercicio*¹⁹. Ahora bien, el precepto indica que deben *eliminarse* también las *amortizaciones del inmovilizado* (apdo. 8.º de la cuenta de pérdidas y ganancias en el PGC) y la *imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras* (apdo. 9.º de la cuenta de pérdidas y ganancias en el PGC), así como el *deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado* (apdo. 11.º de la cuenta de pérdidas y ganancias en el PGC). Y, paralelamente, deben *adicionarse* los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio [apdo. 12.º a) de la cuenta de pérdidas y ganancias en el PGC], siempre que se correspondan con *dividendos o participaciones en beneficios de entidades* en las que, o bien el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea al menos el 5 por 100, o bien el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros (*i. e.* art. 21 LIS). La lógica de tales adiciones y eliminaciones no llega a quedar clara, aun cuando se ha intentado justificar por la tantas veces citada Resolución de la DGT de 16 de julio de 2012. Además, la propia conformación del beneficio operativo a los efectos del cálculo del límite de gastos deducibles deberá adaptarse a la Directiva 2016/1164, como se indicará en el epígrafe 6 siguiente.

Existe, adicionalmente, la posibilidad de “llevar hacia delante” (*carry forward*) –indefinidamente– los gastos financieros que no hayan podido ser deducidos por superar los límites indicados, y que por ende podrán ser deducidos en años sucesivos siempre y cuando no se superen en tal ejercicio los límites fijados por el precepto estudiado; y, por otro lado, existe la posibilidad de utilizar en los cinco periodos impositivos siguientes la capacidad de deducibilidad no utilizada en ejercicios previos por no haberse alcanzado el límite previsto en el artículo 16 LIS (*carry back*). Con ello se intenta contemplar un horizonte temporal más amplio que el mero ejercicio anual, en el que se tome en consideración la situación de la empresa no en un solo instante o periodo impositivo sino en varios, de igual forma que ocurre en relación con la compensación de bases imponibles negativas, todo ello de cara a una mayor adecuación a postulados de justicia tributaria.

3. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EL ARTÍCULO 16 LIS

Varias son las cuestiones jurídicas que concita la actual regulación española:

Así, por un lado, podrían oponerse reparos de *técnica normativa* y en relación con el *principio de reserva de ley* por el hecho de que el régimen se haya instaurado y modificado, en primera instancia y en lo que concierne al territorio común, por una sucesión de Reales Decretos-Leyes y que, adicionalmente, se haya desarrollado y aclarado el mismo con una resolución de la DGT y una nota de la AEAT en lugar de en la propia Ley o en el desarrollo reglamentario de la misma.

¹⁹ Cfr. modelo de cuenta de pérdidas y ganancias según lo dispuesto en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (PGC en adelante).

Otra cuestión significativa es que dicho régimen tributario se haya extendido a ejercicios iniciados antes de la aprobación de tales normas, esto es, al propio ejercicio de 2012, que habrá sido iniciado en la mayoría de los casos el 1 de enero de dicho año. Y no sólo eso, sino que siendo los préstamos contratos con un horizonte temporal amplio, se afecte con la regla citada a negocios jurídicos cerrados con antelación de la aprobación de la norma y que quizá nunca se hubieran celebrado de haberse conocido que iba a aprobarse una norma así. En efecto, ello pudiera conllevar una posible vulneración de los *principios de seguridad jurídica y confianza legítima*²⁰. Como se verá en el siguiente epígrafe, esta es una cuestión que aborda la Directiva 2016/1164 con una mayor cautela, otorgando a los Estados miembros la opción de excluir de la aplicación de la norma los contratos de préstamos celebrados antes de una determinada fecha.

Por otro lado, se debate sobre la *naturaleza de la norma examinada*. Tal discusión no es una cuestión en absoluto baladí o una mera elucubración académica infructuosa, sino que por el contrario permitirá una adecuada interpretación de la regla de deducibilidad, así como el análisis de su conformidad con la Constitución española y el Derecho de la UE. Así, la propia exposición de motivos del Decreto-Ley 1272012 indica que “en la práctica” el precepto examinado se configura como una regla de imputación temporal, postura que se ha mantenido por algún sector doctrinal²¹. Por el contrario, en mi opinión la norma se configura más bien como una regla de limitación en la deducibilidad de gastos –si bien matizada con la posibilidad de imputar a otro periodo impositivo los gastos no deducibles– con una finalidad antielusiva²². Hay quienes entienden que la limitación en la deducibilidad de los gastos financieros es una norma orientada a preservar la erosión de bases imponibles y que no se trata en modo alguno de evitar posibles elusiones fiscales²³. Sin embargo, entiendo, por un lado, que la preservación de las bases imponibles y las normas antielusivas no son conceptos contrarios sino más bien confluyentes; y, por otro lado, sustituyendo la regla examinada el anterior precepto de subcapitalización, es lógico pensar que pretende evitar el mismo problema: la erosión de bases imponibles derivada de *acuerdos abusivos* de financiación intragrupo. Consecuentemente, podría indicarse que el mecanismo de imputación temporal es algo accesorio y lo que se configura como la esencia de dicho precepto es evitar la erosión de bases imponibles por estructuras elusorias. Esto es, se trata en esencia de una cláusula antiabusiva de carácter específico, lo cual tendrá relevancia a la hora de determinar el objetivo de la misma y la posibilidad de cumplir tal fin con normas que afecten en menor medida el principio de capacidad económica (juicio de necesidad del principio de proporcionalidad). Sobre ello volveremos en el epígrafe 7 siguiente.

Una cuestión poco clara es el *motivo por el que se adopta uno u otro criterio de beneficio*, el cual resultará relevante a la hora de aplicar el porcentaje del 30 por 100 previsto por la norma y determinar el límite de deducibilidad de los gastos financieros. En efecto, el artículo 16 LIS toma como “beneficio operativo” un concepto similar al *EBITDA* pero alterado en varios elementos. Ello

²⁰ Sobre el particular *vid.* SUÁREZ DE CENTI MARTÍNEZ, y VIANA BARRAL (2012, pág. 23), así como CENCERRADO MILLÁN, y SOLER ROCH (2015, pág. 69).

²¹ *Cfr.* CENCERRADO MILLÁN (2015) *passim*.

²² *Cfr.* RODRIGO CHAQUES (2013, pág. 66).

²³ *Cfr.* VAN OS (2016, pág.192).

es así porque, por un lado, existen algunos supuestos excluidos que parecen desconectarse del principio de capacidad económica, como sería no tomar en consideración determinadas subvenciones de capital y, por otro lado, las resultas de enajenaciones de inmovilizado. Así, y sin perjuicio de que con motivo de la próxima adaptación normativa a la Directiva 2016/1164 probablemente hayan de eliminarse tales exclusiones, como se indica en el epígrafe 6 siguiente, lo cierto es que no se encuentra un sentido claro para tal disposición; y siendo ello así, podría inferirse que la ausencia de justificación resulta en una arbitrariedad legislativa o, cuanto menos, en una vulneración del principio de proporcionalidad como se desarrollará más adelante.

Adicionalmente, y en relación con la *exclusión de las amortizaciones de inmovilizado*, aunque en este sentido el legislador español sigue la tónica general de los países de nuestro entorno, la doctrina de la OCDE y el criterio adoptado por la propia Directiva 2016/1164, quizá hubiera sido más razonable adoptar un criterio como el *EBIT (Earnings Before Interest and Taxes)*. Ello se debe a que la exclusión de amortizaciones no resulta fiscalmente neutro en relación con otros gastos que sí serían deducibles (v. gr. alquileres) y que pueden tener un efecto sustitutivo en relación con las necesidades empresariales de uso de inmuebles o maquinaria. Siendo ello así, un tratamiento dispar de los gastos referidos pudiera conllevar una vulneración del principio de igualdad que rige en el Derecho Tributario (art. 31.1 de nuestra Constitución)²⁴.

Llama la atención, asimismo, que la norma española no haya establecido alguna *válvula de escape* para supuestos en los que la elusión fiscal a través del endeudamiento no se plantea, como sería el caso de las empresas que no formen parte de un grupo (*stand still clause*) o tomando en consideración la *ratio* del grupo (*world wide ratio rule*). Ambas posibilidades figuran en la normativa alemana, inspiradora de la regulación española²⁵, así como –en calidad de opción para los

²⁴ Las razones aportadas por las OCDE para preferir el *EBITDA* antes que el *EBIT* –y parece ser que compartidas sin discusión por la UE– se refieren a cuestiones fácticas y económicas que no resultan, en mi opinión, consistentes desde una perspectiva jurídica para solventar la problemática antes aludida. Así, se indica al respecto: “El *EBITDA* es la medida de beneficio empresarial más común que usan los países con test basados en el beneficio. Excluyendo los dos mayores costes no asociados a flujos monetarios en una cuenta de pérdidas y ganancias típica (depreciación de inmovilizado y amortización de activos intangibles), el *EBITDA* es una guía de la capacidad que tiene una entidad para cumplir las obligaciones de pago de intereses. Es también una medida de beneficio empresarial que es utilizada frecuentemente por prestamistas al decidir el umbral de gastos financieros que puede soportar razonablemente una entidad. Por otro lado, usar el *EBITDA* favorece potencialmente a las entidades que operen en sectores con altos niveles de inversión en inmovilizado. La razón es que el *EBITDA* no incluye el apunte de los costes capitalizados como inversiones en planta y maquinaria, mientras que toma en cuenta la mayoría del resto de costes en los que incurren las entidades de otros sectores.” [OECD (2015) párrafo 78.] Sin embargo, y aunque lo indicado anteriormente puede tener una lógica económica clara desde la perspectiva del prestamista, dado que a efectos fiscales un menor *EBITDA* implicará un límite inferior de deducibilidad de gastos financieros, no se entiende bien por qué el *EBITDA* –frente al *EBIT*– beneficiaría a las empresas intensivas en el uso de capital. A continuación, el informe referido concluye: “Se recomienda que la regla de ratio fija debería medir los beneficios usando el *EBITDA*. Sin embargo, un país puede aplicar la regla de ratio fija usando *EBIT* en la medida en que los otros elementos de la regla sean consistentes con las mejoras prácticas previstas en este informe.” [OECD (2015) párrafo 82.] (Traducción del autor a partir de la versión inglesa.)

²⁵ Cfr. artículo 4.h) 2 apartados b) y c) de la *EStG*, a cuyo tenor la regla de limitación de deducibilidad de gastos financieros no es aplicable a las empresas aisladas (que no forman parte de un grupo empresarial) o a las que tengan una ratio capital propio/ajeno mayor que la del grupo de empresas.

Estados miembros– en la Directiva 2016/1164, según se indicará en el siguiente epígrafe. Además, tales cláusulas aparecen recomendadas en el informe sobre la acción 4 del proyecto BEPS²⁶. El desprecio por parte de la norma española –acaso con la finalidad de obtener una mayor recaudación tributaria– de tales cláusulas podría determinar la inconstitucionalidad del precepto analizado, como se indicará en el epígrafe 7 siguiente.

Adicionalmente, existe una duda relevante en relación con la *posibilidad de usaren años posteriores la capacidad no utilizada de gastos financieros deducibles (carry back)* por no superarse no ya el límite del 30 por 100 previsto en la norma, sino el límite del millón de euros. Pues bien, a pesar de que la Administración tributaria ha declarado a través de la Resolución DGT de 16 de julio de 2012, no parece evidente que ello sea así de acuerdo con la literalidad de la norma e, incluso, desde una interpretación teleológica de la misma²⁷.

Cuestiones adicionales y más sustanciales tienen que ver con la adecuación de la norma al *principio de proporcionalidad* que sirve como parámetro de constitucionalidad tanto a nivel nacional como de la Unión Europea (en relación con las libertades fundamentales), cuestión que será analizada en el epígrafe 7 de este trabajo.

4. PERSPECTIVA EUROPEA: EL ARTÍCULO 4 DE LA DIRECTIVA (UE) 2016/1164 DEL CONSEJO DE 12 DE JULIO DE 2016

Lo anteriormente referido apunta a las acciones realizadas por el legislador español en relación con el problema planteado. Ahora bien, la Unión Europea se ha preocupado también por tal cuestión en la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior²⁸.

Pues bien, el artículo 4 de la citada directiva recoge una regla de limitación en la deducibilidad de gastos financieros, con una serie de matices respecto a lo previsto en el artículo 16 LIS, antes analizado:

Así, en primer lugar, abraza expresamente el *criterio EBITDA* como parámetro que ha de tenerse en cuenta para aplicar el porcentaje establecido por el derecho nacional²⁹; y, asimismo, excluye –en su caso– las rentas exentas que se haya computado en el *EBITDA*³⁰.

²⁶ Criticando la inexistencia de alguna válvula de escape *vid.*, asimismo, RODRIGO CHAQUES (2013, pág. 67).

²⁷ *Cfr.* LUCAS DURÁN (2016, págs. 74-75).

²⁸ Sobre dicha norma, de forma genérica, *vid.*, entre otros, ALONSO ARCE (2016); LÓPEZ RIBAS (2016); RIGAUT (2016); SANZ GADEA (2016), y GUTMANN, *et al.* (2017).

²⁹ Aun cuando el texto de la norma es claro al referirse al *EBITDA*, la exposición de motivos refleja una cierta flexibilidad en el planteamiento al indicar: “Dado que se trata de establecer unas normas mínimas, los Estados miembros podrían adoptar una medida distinta relativa a los beneficios del contribuyente antes de intereses e impuestos (*EBIT*, por sus siglas en inglés) establecida de tal modo que equivalga a la razón basada en el *EBITDA*.”

³⁰ El apartado 2 del artículo 4 de la Directiva estudiada indica que el *EBITDA* “se calculará volviendo a incorporar a la renta sujeta al impuesto sobre sociedades en el Estado miembro del contribuyente, los importes corregidos a efectos

En segundo lugar, recoge un *límite* de gastos deducibles de hasta el 30 por 100 del EBITDA, a diferencia de lo indicado por el informe de la acción 4 BEPS, que recomienda un porcentaje de deducibilidad de entre el 10 y el 30 por 100³¹. Con todo, porcentajes menores del 10 por 100 no serían razonables de acuerdo con el principio de proporcionalidad que actúa como parámetro de constitucionalidad de –entre otras– las normas tributarias.

Hasta aquí la configuración básica del régimen previsto en el art. 4 de la norma europea estudiada. Sin embargo, en la misma se recogen adicionalmente una serie de opciones para los Estados miembros, la mayoría de las cuales no constaban en la propuesta formulada por la Comisión y se incluyeron en la fase de negociación de la Directiva³². Como se deriva del desarrollo del presente trabajo, muy probablemente la implementación en España de algunas de tales opciones sería necesario si se pretende que la norma nacional no resulte contraria al principio de proporcionalidad (tanto desde una perspectiva interna como comunitaria), tal y como se referirá en el epígrafe 7.

Así, en primer lugar, se concede la posibilidad de que los Estados miembros fijen una *regla de minimis* permitiendo la deducción de gastos financieros hasta un determinado umbral que en ningún caso superará los 3 millones de euros³³. Ello parece justificarse en criterios de simplificación tanto para de la gestión administrativa como de los contribuyentes cuando los riesgos de erosión de bases no son significativos³⁴.

Adicionalmente permite la Directiva analizada la expresa *exclusión de las entidades “aisladas”*, entendiendo por tal “un contribuyente que no forme parte de un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera y que no tenga ninguna empresa asociada ni establecimiento permanen-

fiscales de los costes de endeudamiento excedentarios, así como los importes corregidos a efectos fiscales en concepto de depreciación y amortización”. Tal redacción pudiera llegar a pensar que existe, a tenor de la Directiva examinada, la necesidad de volver a calcular el EBITDA incorporando en dicho beneficio los costes de endeudamiento excedentarios para, una vez incrementado tal beneficio empresarial, aplicarle otra vez el porcentaje fijado por el Derecho nacional a fin de calcular el límite definitivo de deducibilidad de gastos financieros, que necesariamente será superior (en el caso de haber operado el límite de deducibilidad) al inicialmente determinado. Tal interpretación debe, no obstante, rechazarse por ilógica: primeramente, el texto transcrito hace referencia también a la eliminación de los gastos de depreciación y amortización, que ya habían sido eliminados del EBITDA para calcular el límite de deducibilidad a tenor del apartado 1 del mismo precepto. Pero, adicionalmente, el proceso de incorporar los intereses excedentarios al EBITDA a la hora de calcular un nuevo límite no tendría fin, pues cada modificación del EBITDA conllevaría un ajuste de los intereses excedentarios. Todo lo anterior lleva a pensar que la referencia al EBITDA del apartado 2 del precepto examinado no implica un nuevo cálculo del límite de deducibilidad sino que, exclusivamente, está refiriéndose al beneficio que habrá de gravarse posteriormente por el IS de cada país.

³¹ Cfr. OECD (2015, pág. 50).

³² Cfr. RIGAUT (2016, pág. 501).

³³ La propuesta de directiva [COM(2016) 26 final] fijaba inicialmente un umbral de 1 millón de euros, que fue finalmente elevado a 3 millones en línea con la normativa alemana.

³⁴ Así lo recoge la exposición de motivos al indicar: “A fin de reducir los costes administrativos y derivados del cumplimiento de las normas sin reducir significativamente su efecto recaudatorio, puede ser conveniente establecer una cláusula de seguridad (*safe harbour*) para que los intereses netos sean siempre reducibles hasta un importe determinado, cuando ello conduzca a una deducción mayor que la correspondiente a la razón basada en el EBITDA. Los Estados miembros podrían reducir el umbral monetario fijado para garantizar un nivel de protección más elevado de su base impositiva nacional.”

te”. La justificación de tal opción, como indica al respecto la exposición de motivos, se debe a que “[d]ado que la *BEPS* se produce en principio a través del pago de intereses excesivos entre entidades que son empresas asociadas, es adecuado y *necesario* permitir que se excluya a entidades aisladas del ámbito de aplicación de la norma de limitación de intereses, dado que el riesgo de elusión fiscal es limitado” (énfasis añadido).

Adicionalmente, se recoge la posibilidad para los Estados miembros de aprobar una *cláusula de derechos adquiridos*, esto es, que los mismos apliquen las normas de limitación de deducibilidad de gastos financieros a préstamos concertados a partir del momento en que se haya conocido por los operadores económicos la aprobación inminente de tales reglas³⁵.

Del mismo modo, la Directiva analizada fija la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación de la regla (tanto para entidades aisladas como para grupos) los costes de endeudamiento excedentarios de préstamos utilizados para financiar *proyectos de infraestructura pública a largo plazo*³⁶, siempre que tanto el promotor del proyecto como los costes de endeudamiento, los activos y la renta tengan lugar en el ámbito territorial de la UE³⁷. Ello no obstante, en el caso de exclusión de tales proyectos, los beneficios derivados de los mismos no se incluirán en el *EBITDA* de ejercicios futuros a efectos de la deducibilidad de gastos financieros examinada.

Además, se fija como posibilidad en la norma estudiada que los Estados miembros tomen en consideración, para aumentar el límite de gastos deducibles, la *ratio* entre fondos propios y activos de una entidad respecto de la del grupo, o bien la *ratio* de endeudamiento y de costes de financiación del grupo. Ello es así porque la regla examinada tiene como finalidad declarada atajar determinados supuestos de financiación intragrupo que erosionen las bases imponibles de un Estado. Consecuentemente, si tal circunstancia no se presenta –porque la entidad en concreto tiene una menor tasa de endeudamiento o bien porque el grupo tiene elevados costes de endeudamiento con terceros– la regla antielusiva no tendría, en puridad, justificación.

Finalmente, la Directiva examinada prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan *trasladar a periodos impositivos futuros el exceso de gastos financieros* que no hayan podido deducirse por superar el límite anual de porcentaje sobre el *EBITDA*. Y, asimismo, la opción de trasladar a ejercicios futuros (con el límite de 5 años) las *posibilidades de deducción no utilizadas*.

³⁵ La Directiva 2016/1164 recoge como fecha el 17 de junio de 2016, fecha en la cual el ECOFIN alcanzó un acuerdo general para aprobar el proyecto de Directiva ahora referida. Ello no obstante, cabe entender que en los países en los que se ha adoptado con anterioridad una regla similar se podría fijar un momento anterior (el de aprobación de la norma en el respectivo Estado Miembro). Indica al respecto la exposición de motivos de dicha norma, como justificación de dicha medida, que “[c]on el fin de facilitar la transición a la nueva norma sobre limitación de intereses, los Estados miembros podrían introducir una cláusula de derechos adquiridos que cubriese los empréstitos existentes cuando sus condiciones no se hubieran modificado posteriormente”.

³⁶ Entendiendo por tales “todo proyecto destinado a proporcionar, modernizar, operar o mantener un activo de gran envergadura considerado de interés público general por un Estado miembro”.

³⁷ La exposición de motivos justifica tal posibilidad de exclusión por el escaso riesgo de erosión de bases imponibles que tienen tales proyectos, si bien “los Estados miembros deben demostrar adecuadamente que estos regímenes financieros para proyectos de infraestructura pública tienen características particulares que justifican este tratamiento en comparación con otros regímenes de financiación sometidos a la norma restrictiva”.

Algunos autores han planteado si la propia Directiva 2016/1164 podría considerarse contraria a las libertades fundamentales fijadas en el Derecho originario de la UE (particularmente en relación con el principio de proporcionalidad y la libertad de establecimiento)³⁸. Sin embargo, habida cuenta del elevado número de opciones que contempla la norma europea, es difícil encontrar supuestos realmente desproporcionados con los fines que la norma persigue, máxime cuando los Estados miembros adopten todas las opciones contenidas en el artículo 4 de la Directiva.

5. ¿CONFLUENCIA O DIVERGENCIA?

De lo indicado anteriormente se percibe una cierta confluencia entre las reglas de limitación en la deducibilidad de gastos financieros aprobadas en España y en la Unión Europea. De hecho, parece que la acción 4 BEPS ha logrado concitar bastantes apoyos y, de facto, está armonizando las reglas de conformación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades en lo que a los intereses y otros gastos financieros respecta, por mucho que tenga un efecto de mera recomendación³⁹.

Como se ha referido, la Directiva examinada se alinea con la normativa alemana aprobada en 2007. Y aunque tal norma es en gran medida inspiradora de la regulación española, lo cierto es que el artículo 16 LIS incorpora menos matices (como serían algunas de las opciones recogidas en la norma europea) que acaso salvarían la conformidad a Derecho de la norma española en la medida en que se reduciría la problemática jurídica en relación con el principio de proporcionalidad, como se analiza en el epígrafe 7 de este trabajo.

6. ADAPTACIÓN A LA DIRECTIVA (UE) 2016/1164

Ciertamente, la aprobación de una nueva norma europea obliga necesariamente a adaptar el derecho nacional de los Estados miembros a la misma. Así, tanto los países de la UE cuyo derecho interno ya contuviera reglas de limitación de deducibilidad de gastos financieros ya existentes (v. gr. Alemania, España, Finlandia, Italia o Suecia), como los que no las contemplaban aún en un formato similar al que propone el informe de la acción 4 BEPS –seguido bastante fidedignamente por la UE–, como sería el caso, entre otros, de Francia u Holanda, habrán de adaptar su normativa interna en mayor o menor medida⁴⁰.

En el caso de España, tanto en *territorio común* como en *Navarra* (que tienen una redacción muy parecida) la adaptación a la Directiva habrá de realizarse en, al menos, dos aspectos:

³⁸ Cfr. VAN OS (2016) *passim*.

³⁹ Habida cuenta de que las recomendaciones de la acción 4 BEPS se dirigen a modificaciones en la normativa interna (en cuanto conformación de la base imponible del IS), no existe referencia a la misma en la Convención Multilateral de 24 de noviembre de 2016 para implementar las medidas referidas a los convenios para evitar la doble imposición para evitar la erosión de bases y el cambio de beneficios (*multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*). Se espera que exista un acuerdo futuro entre los miembros de la OCDE sobre el particular.

⁴⁰ Ciertamente, y habida cuenta de la confluencia en el proceso de elaboración de la norma entre la regla germana y europea, probablemente sea Alemania el país que menos habrá de modificar su derecho interno.

- 1) En la *definición de “beneficio operativo”*, pues la norma europea se refiere exclusivamente al *EBITDA* –o, eventualmente al *EBIT*⁴¹–; esto es, sin consideración expresa a la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, o al resultado por enajenaciones de inmovilizado, que en el Derecho español (común y foral navarro) se encuentran excluidas de referido “beneficio operativo”. Adicionalmente habrá que excluir los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio en la medida en que los mismos se encuentren exentos por el juego del artículo 21 LIS⁴².
- 2) Eliminar la exclusión del régimen previsto en el artículo 16 LIS para el *período impositivo en que se produzca la extinción de la entidad*, pues la misma no aparece contenida en la Directiva ahora analizada.

Pero también deben considerarse la multitud de opciones que plantea la Directiva para, probablemente, adecuar mejor el derecho interno a nuestra Carta Magna y, por otro lado, ajustarse a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad que rigen en el Derecho de la UE⁴³. De tales opciones que contempla la norma europea, el legislador español sólo ha recogido en la normativa vigente dos: la regla de *minimis* y, por otro lado, las posibilidades de *carry forward* y *carry back* de los gastos financieros excedentarios.

En relación con el régimen de subcapitalización del País Vasco, todo parece indicar que los Territorios Históricos deberán incluir en su normativa fiscal una regla de limitación en la deducibilidad de gastos financieros que, con carácter general, habrá de tener un límite del 30 por 100 del *EBITDA*⁴⁴. Sin embargo, podrían incorporarse algunas de las opciones que contempla la Directiva y que garantizan el respeto a los derechos adquiridos (por préstamos suscritos con anterioridad al 17 de junio de 2016), o bien la exclusión de las entidades aisladas y la toma en consideración de la situación financiera del grupo⁴⁵. Por su parte, la Directiva señala que la limitación en la deducibilidad de gastos financieros resulta compatible con otras medidas dirigidas al mismo objeto de erosión de bases vía intereses⁴⁶. Sin embargo, probablemente no tenga sentido mantener el régimen de subcapitalización ahora existente en el País Vasco junto con una nueva regla de limitación en la deducibilidad de gastos financieros.

En cuanto a los plazos de incorporación, a tenor del artículo 11 de la Directiva esta debe implementarse en el Derecho interno de los Estados miembros antes de 2019. Sin embargo, como excepción, recoge tal precepto en su apartado 6.º que aquellos países “que tengan normas nacionales específicas para impedir los riesgos en materia de *BEPS* en la fecha de 8 de agosto de

⁴¹ Cfr. nota a pie núm. 29 de este trabajo.

⁴² En un sentido similar *vid.* LÓPEZ RIBAS (2016, pág. 13).

⁴³ I. artículo 5 y protocolo núm. 2 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE).

⁴⁴ En el mismo sentido, *vid.* ALONSO ARCE (2016, pág. 11).

⁴⁵ En términos parecidos–aunque refiriéndose al artículo 16 LIS, *vid.* LÓPEZ RIBAS (2016, pág. 13). Sobre el particular *vid.* asimismo ALONSO ARCE (2016).

⁴⁶ Volviendo a la exposición de motivos, se recoge en la misma que “[a]demás de la norma de limitación de intereses dispuesta en la presente Directiva, los Estados miembros podrían utilizar también normas específicas contra la financiación intragrupo de la deuda mediante participación de capital, en particular normas en materia de subcapitalización”.

2016, que sean igualmente eficaces a efectos de la norma de limitación de intereses establecida en la presente Directiva, podrán aplicar dichas normas específicas hasta que termine el primer ejercicio presupuestario siguiente a la fecha de publicación del acuerdo entre los miembros de la OCDE que figure en el sitio web oficial sobre unas normas mínimas en relación con la acción 4 del *BEPS*, pero a más tardar hasta el 1 de enero de 2024”.

Ciertamente, el problema derivado de la redacción anterior es la interpretación del término “igualmente eficaces”⁴⁷. En relación con el territorio común y la Comunidad Foral de Navarra no parece existir duda de que el plazo de trasposición alcanzaría hasta la publicación del acuerdo de los miembros de la OCDE en relación con la acción 4 *BEPS* o, en su defecto, hasta 2024⁴⁸. En el caso de los Territorios Históricos del País Vasco, probablemente deba estarse a la modificación de su normativa antes de 2019.

7. ¿CONFORMIDAD A DERECHO DE TALES REGLAS DE LIMITACIÓN DE GASTOS FINANCIEROS?

Una vez examinadas la perspectiva española y la de UE en relación con la regulación de la limitación en la deducibilidad de los gastos financieros, cabe preguntarse si tales normas son –más allá de lo indicado en el epígrafe 3– conformes o no con el ordenamiento jurídico (tanto español como de la UE).

En relación con el *Derecho español*, y desde una óptica estrictamente interna, podría discutirse la conformidad del artículo 16 LIS –y equivalente precepto navarro– con nuestra Carta Magna. Ello es así porque denegar la deducibilidad de gastos financieros a una determinada entidad pudiera conllevar que no se grave a la misma por su verdadera capacidad económica⁴⁹. En efecto, se trata de una tensión dialéctica entre, por un lado, el deber de contribuir salvando mecanismos elusivos y, por otro lado, el principio de capacidad económica, ambos contenidos en el artículo 31 de nuestra Constitución. Como ya se ha argumentado en otro lugar, referido antagonismo debe resolverse recurriendo al principio de proporcionalidad⁵⁰. Pues bien, habida cuenta de la naturaleza atribuida a la regla de limitación en la deducibilidad de gastos financieros (cláusula antielusiva), en tanto la normativa española no contemple válvulas de escape que permitan probar la inexistencia motivos elusorios (v. gr. cláusula de empresa aislada o de comparación con la situación financiera del grupo) no puede decirse que la limitación a la capacidad económica

⁴⁷ *Vid.* sobre el particular RIGAUT (2016, pág. 502). El artículo 10.3 de la Directiva referida indica al respecto: “Los Estados miembros indicados en el artículo 11, apartado 6, comunicarán a la Comisión antes del 1 de julio de 2017 toda la información necesaria para evaluar la eficacia de las normas nacionales específicas para impedir los riesgos en materia de erosión de la base imponible y traslado de beneficios”. Y, por su parte, el artículo 10.1 de la norma europea citada indica al respecto: “La Comisión evaluará la aplicación de la presente Directiva, en particular las repercusiones del artículo 4, dentro de un plazo máximo que terminará el 9 de agosto de 2020 y presentará al Consejo un informe al respecto. El informe de la Comisión irá acompañado, si procede, de una propuesta legislativa”.

⁴⁸ En términos similares *cfr.* LÓPEZ RIBAS (2016, pág. 13).

⁴⁹ Aunque exista la posibilidad de imputar los gastos financieros no deducidos en un ejercicio a periodos impositivos futuros, no existe garantía de que tal imputación pueda realizarse y, en todo caso, existirían unos costes financieros por ello.

⁵⁰ *Cfr.* LUCAS DURÁN (2016, págs. 85-88).

que impone la regla estudiada sea proporcional (al no verificarse el juicio de necesidad de dicha norma). Y lo mismo cabría decir, como se indicó en su momento, respecto de la inexistencia de una cláusula de derechos adquiridos que pudiera contrariar los principios de seguridad jurídica y confianza legítima igualmente previstos en nuestra Norma Suprema. Ciertamente, la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de algunas de las opciones contempladas por la Directiva 2016/1164 salvaría probablemente la mayor parte de los problemas jurídicos que ahora se denuncian⁵¹. Y todo ello aparte de las críticas vertidas en el epígrafe 3 anterior en relación con otros ámbitos del propio artículo 16 LIS (posible vulneración del principio de reserva de ley y de igualdad tributaria).

Pero, además, cabría preguntarse si la norma española respeta el *Derecho de la UE*, más allá de las adaptaciones a la Directiva 2016/1164 que habrán de realizarse en un futuro. El hecho de que el artículo 16 LIS no distinga entre residentes y no residentes es significativo para que pueda considerarse *a priori* como una norma no discriminatoria y, por ende, conforme con las libertades comunitarias contempladas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE en adelante). Ello no obstante, se ha señalado que la extensión de los efectos tributarios a los residentes podría ocultar una discriminación indirecta en la medida que la norma fuera dirigida, en esencia, a no residentes⁵². Sin embargo, no parece que este sea el caso del artículo 16 LIS, toda vez que según la OCDE la regla en cuestión tiene menor efecto en las empresas multinacionales que en las no multinacionales (y que, por tanto, podrían considerarse internas de un determinado Estado miembro), sin que en cualquier caso la diferencia sea significativa⁵³. Y si bien es cierto que según la jurisprudencia del TJUE una norma limitativa de la deducibilidad de intereses podría resultar en restricciones a la libertad de establecimiento cuando no se identifiquen montajes puramente artificiales con fines exclusivamente fiscales⁵⁴, también lo es que al resultar tal norma antielusiva armonizada por la Directiva 2016/1164, la misma tiene *a priori* el amparo del Derecho de la UE y por ello el TJUE será generalmente más reticente a declarar la medida antielusiva como contraria al principio de proporcionalidad⁵⁵. Adicionalmente, y dado el amplio margen que confiere la norma europea, podría argumentarse que una concreta implementación de la Directiva comentada –en la que, por ejemplo, no se incluyan referencias a las circunstancias del grupo– contraviene igualmente el Derecho originario de la UE al no resultar las limitaciones instauradas por la misma proporcionales con otros principios y libertades comunitarios.

Por último, y en teoría, *podría cuestionarse si la propia Directiva comentada contraviene acaso los tratados fundacionales*, habida cuenta de que existe una relación de jerarquía natural entre derecho originario y derivado. Así, cabría entender que, aunque la regla adoptada por la Directiva no resulte –lógicamente– discriminatoria, sí podría resultar en restricciones de la libertad de establecimiento contenida en los artículos 49 y ss. TFUE o, más cabalmente, en vulneraciones de

⁵¹ *Vid.*, en términos similares, GUTMANN, *et al.* (2017, pág. 6).

⁵² *Cfr.* COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA (2007, pág. 6).

⁵³ *Cfr.* OECD (2016), tabla I.B.3.

⁵⁴ *Cfr.* STJUE, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, de 13 de marzo de 2007 (asunto C-524/04).

⁵⁵ *Cfr.* VAN OS (2016 págs.195-197).

los principios de proporcionalidad y subsidiariedad (art. 5 y protocolo núm. 2 TUE)⁵⁶. Incluso cabría la posibilidad de argumentar, a nivel comunitario, la vulneración del principio de capacidad económica por resultar una medida desproporcionada para el fin antielusivo propuesto⁵⁷.

8. CONSIDERACIONES FINALES

Como palabras conclusivas del presente trabajo podríamos preguntarnos: ¿qué futuro tiene la regla española de limitación de deducibilidad de gastos financieros? Pues bien, para responder tal cuestión cabría acaso realizar varias afirmaciones:

- 1) Por un lado, y en el ámbito del derecho interno, surgen dudas sobre la constitucionalidad del artículo 16 LIS –y equivalente precepto del ordenamiento navarro– en relación con los principios de legalidad (por los instrumentos jurídicos por los que se introdujeron en el Derecho español), de seguridad jurídica y confianza legítima (al no prever un periodo transitorio para préstamos concertados antes de la aprobación de la norma), de igualdad (al tratar de forma dispar capacidades económicas similares, como serían los costes de amortización y alquiler de inmovilizado) y, finalmente, de capacidad económica (al no resultar proporcionada la limitación de este principio para lograr un fin antielusivo, en la medida que habría otras vías menos lesivas para el mismo de lograr el mismo objetivo).
- 2) Por otro lado, la aprobación de la Directiva 2016/1164 pone de manifiesto la necesidad de modificar la normativa española, tanto en territorio común como foral.
- 3) Así, en lo que concierne al artículo 16 LIS –y el equivalente precepto del ordenamiento navarro– habrá de variar el cálculo del “beneficio operativo” sobre el que se aplica el porcentaje del 30 por 100 para calcular el límite en la deducibilidad de gastos financieros; y, por otro lado, eliminar la exclusión del régimen previsto en el artículo 16 LIS para el período impositivo en que se produzca la extinción de la entidad. Tales reformas no tienen, en principio, más horizonte que el año 2024. Ahora bien, y dado que las normas españolas han de modificarse

⁵⁶ En un sentido similar ALONSO ARCE (2016, pág. 15) interpreta que la exclusión del régimen de subcapitalización en la norma europea (vigente ahora en el País Vasco) para considerar de forma excluyente el de limitación en la deducibilidad de gastos financieros pudiera ser un exceso de la Directiva en cuanto que contrario al principio de subsidiariedad, toda vez que ambos regímenes persiguen la misma finalidad, existe discusión doctrinal sobre la mayor perfección de uno u otro –sobre todo, habida cuenta de la problemática jurídica que afronta el régimen de limitación en la deducibilidad de gastos financieros contenido en la Directiva según lo ya indicado– y, consecuentemente, podría haberse dado a los Estados miembros la libertad de elegir entre uno y otro régimen. Particularmente el autor citado indica, refiriéndose aún a la propuesta de Directiva, que “la Comisión quiere imponer un modelo unívoco de lucha contra las prácticas de erosión de bases imponibles y de deslocalización de beneficios que va más allá de lo imprescindible para un adecuado funcionamiento del mercado interior”.

⁵⁷ Recogiendo esta idea *vid.* VAN OS (2016) *passim*. Adicionalmente, a tenor del artículo 6.3 TUE: “Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.” En tal sentido debe entenderse que los principios de capacidad económica (en relación con los tributos) y seguridad jurídica son, por ello mismo, principios generales del ordenamiento de la UE, resultando extensibles los reparos antes señalados en relación con el derecho interno.

necesariamente, podría aprovecharse tal revisión legislativa para incluir una serie de matices en las mismas (al menos la exclusión de entidades aisladas y la comparación con situación financiera del grupo empresarial), opciones todas ellas contempladas en la norma comunitaria y que conllevarían una mayor consistencia de la misma en el sentido de resultar menos atacable jurídicamente. No debe olvidarse que si eventualmente la regla de limitación de gastos financieros se declarara contraria a derecho, se habrían de devolver ingentes cantidades de ingresos tributarios indebidos que podrían poner en una situación difícil nuestras finanzas públicas, aún no recuperadas de la última crisis financiera.

- 4) Adicionalmente, los Territorios Históricos del País Vasco deberán necesariamente incluir una regla de limitación en la deducibilidad de los gastos financieros, probablemente antes de 2019. El mantenimiento del régimen de subcapitalización en referidos territorios forales, supuesto a la nueva regla, es improbable.
- 5) Finalmente, podría incluso plantearse si, por un lado, la Directiva 2016/1164 (en lo que respecta a la regla que incorpora la limitación en la deducibilidad de gastos financieros) o, por otro lado, las normas nacionales que implementen la misma, podrían contravenir el Derecho de la UE (libertad de establecimiento, principios de proporcionalidad y subsidiariedad, así como los principios generales del Derecho comunitario de capacidad económica y seguridad jurídica). En mi opinión cuantas menos opciones se hayan adoptado de la norma comunitaria, mayores serán las posibilidades de eventuales contravenciones del Derecho europeo.

Bibliografía

- ALONSO ARCE, I. (2016): “La propuesta de Directiva anti-elusión fiscal y sus repercusiones en el Impuesto sobre Sociedades foral”, *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa* núm. 219, págs. 8-15.
- ARMESTO GARCÍA, D. (2013): “Limitaciones a la deducción de los gastos financieros: comparación de la normativa aplicable en España y en otros países europeos”, *Quincena Fiscal* núm 1/2013, págs. 91-97.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. (1995): “Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad con los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario”, *Crónica Tributaria* núm. 76, págs. 13-60.
- CALVO VÉRGEZ, J.: “Las nuevas reservas de capitalización y de nivelación aplicables en el nuevo Impuesto sobre Sociedades y el fomento de la financiación propia de las empresas”, *Actum Fiscal* núm. Extra 107, 2016, págs. 3-11.
- CENCERRADO MILLÁN, E. (2015): “Norma general de limitación a la deducibilidad de los gastos financieros”, en SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional* (2), 6.ª ed., CEF, págs. 1195-1254.
- CENCERRADO MILLÁN, E., y SOLER ROCH, M. T. (2015): “Limit base erosion via interest deduction and others”, *Intertax* vol. 43, núm. 1, págs. 58-71.
- COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA (2007): *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo-Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa –dentro de la UE y en relación con terceros países*, de 10 de diciembre de 2007, COM (2007) 785 final.

- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2010): Resolución del Consejo 8 de junio de 2010 sobre la coordinación de las normas sobre transparencia fiscal internacional (SEC) y subcapitalización en la Unión Europea (2010/C 156/01).
- CUESTA DOMÍNGUEZ, J. (2012): “La limitación a la deducibilidad de los gastos financieros en el impuesto sobre sociedades recogida en el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2, 2012, págs. 49-55.
- DEL BLANCO GARCÍA, A. (2014): “La deducción del interés nocial en el Impuesto sobre Sociedades: un estudio comparado”, *Crónica Tributaria*, Número Extraordinario (*Boletín de actualidad*) núm. 1, págs. 3-10.
- FALCÓN Y TELLA, R. (2009): “La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal de riesgo”, *Quincena Fiscal* núm. 22, págs. 7-13.
- GARCÍA NOVOA, C. (2016): *La deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto de Sociedades*, Marcial Pons, Madrid.
- GUTMANN, D.; PERDELWITZ, A.; RAINGEARD DE LA BLÉTIÈRE, E.; OFFERMANN, R.; SCHELLEKENS, M.; GALLO, G., GRANT HAP, A., y OLEJNICKA, M. (2017): “The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey”, *European Taxation*, January 2017, págs. 2-20.
- KNUTSSON, M. (2012): “New Swedish limitation of interest deductions”, *International Tax Review*, July/August 2012, págs. 20-21.
- LAMPERT, S.; MEICKMANN, T., y REINERT, M. (2016): “Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German 'Interest Barrier' Rule”, *European Taxation*, vol. 56, núm. 8, págs. 323-327.
- LÓPEZ RIBAS, S. (2016): “Directiva contra las prácticas de elusión fiscal”, *Carta Tributaria* núm. 17-18, págs. 11-17.
- LUCAS DURÁN, M. (2014): “Subcapitalización e imposición societaria en el País Vasco”, *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa* núm. 201, págs. 32-61.
- LUCAS DURÁN, M. (2016): “La limitación de deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades”, en MERINO JARA, I. (dir.), y GARCÍA LUIS, T. (coord.): *La reforma del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, págs. 53-93.
- LUCHENA MOZO, G. (2012): “Thin Capitalization: An Unanswered Question Following Recent Spanish Amendments”, *European Taxation*, august, págs. 409-421.
- NIEHUS, U.; WILKE, H., y MÜLLER, A. (2013): “El régimen alemán de limitación de la deducibilidad de gastos financieros (Zinsschranke)”, *Crónica Tributaria* núm. 146, págs. 221-248.
- OECD (1998): *Thin capitalisation*, documento adoptado el 26 de noviembre de 1986, contenido en *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)*, vol. II, R(4).
- OECD (2015): *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4-2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, París.
- PENTTILÄ, S., y NIEMINEN, M. (2013): “Interest deduction limitation rules introduced”, *European Taxation*, vol. 53, num. 5, págs. 237-242.
- RIGAUT, A. (2016): “Anti-Tax Avoidance directive (2016/1164): New EU Policy Horizons”, *European taxation* vol. 56, núm. 11, págs. 497-505.
- RODRIGO CHAQUES, G. (2013): “La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades, comparabilidad y análisis constitucional”, *Revista de contabilidad y tributación CEF*, núm. 362, 2013, págs. 59-80.

- SANZ GADEA, E. (2010): “La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales”, *Crónica Tributaria* núm. 136, págs. 169-182.
- SANZ GADEA, E. (2012a): “Ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales. Reflexiones bajo el Real Decreto-Ley 12/2012 (II)”, *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad* 6/2012, págs. 51-61.
- SANZ GADEA, E. (2012b): “Restricción y limitación a la deducción de intereses en el Impuesto sobre Sociedades”, *Revista de Contabilidad y Tributación CEF* núm. 355, págs. 47-104.
- SANZ GADEA, E. (2016): “La directiva antiabuso (I)”, *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: comentarios, casos prácticos* núm. 403, págs. 39-82.
- SUÁREZ DE CENTI MARTÍNEZ, L., y VIANA BARRAL, V. (2012): “La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: análisis normativo y comentario crítico”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 33-2012, trabajo disponible on-line en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3584/documento/A1.pdf?id=4386> (consultado el 4-1-2017).
- VAN OS, P. (2016): “Interest limitation under the adopted anti-tax avoidance directive and proportionality”, *EC Tax Review*, vol. 25, núm. 4, págs. 184-198.

La publicidad de la información país por país: nuevos mecanismos de lucha contra el fraude fiscal de las multinacionales

LUIS ALFONSO MARTÍNEZ GINER

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Alicante

I. Introducción. II. Contenido de la obligación de publicidad de la información país por país.
III. Consideraciones críticas.

I. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tendencias en materia de transparencia están adquiriendo cada vez mayor relevancia, poniendo el acento en la transparencia pública como elemento necesario para mejorar la lucha contra el fraude fiscal a escala internacional.

Esta necesidad de fomentar la transparencia e incidir en la buena gobernanza en materia tributaria tiene como un objeto preferente la lucha contra planificaciones fiscales agresivas que tratan de eludir el pago de los impuestos de las multinacionales allí donde se han generado los beneficios.

La necesidad de reaccionar frente a tales estrategias fiscales agresivas y de conseguir una mayor transparencia que permita incentivar, sobre todo, a los grupos de empresa multinacionales a pagar de forma equitativa sus impuestos en el país donde realmente obtenga sus beneficios es el válido deseo que ha llevado a desarrollar un paso más en la estrategia de lucha contra el fraude fiscal a través de la transparencia y el intercambio automático de información en materia tributaria. La iniciativa más importante en este sentido ha sido la incorporada en la Acción 13 del plan *BEPS* de la OCDE y que parte de un triple enfoque que persigue en relación con la documentación de los precios de transferencia, facilitar a las Administraciones Tributarias información útil que puedan utilizar en la realización de una inspección exhaustiva sobre precios de transferencia¹. Para conseguir ese objetivo *BEPS* propone un triple nivel de documentación e información consistente en: (i) el archivo maestro (*master file*), que recoge información estandarizada correspondiente a todos los miembros del grupo multinacional; (ii) el archivo local que se refiere específicamente a las operaciones significativas del contribuyente local, y (iii) el informe país por país, que contiene cierta información acerca de la distribución mundial de los beneficios y los impuestos pagados, junto con determinados indicadores de la ubicación de la actividad económica dentro del grupo multinacional.

Es precisamente en este último aspecto en el que ponemos nuestra atención desde el momento en que es importante que la Administración Tributaria pueda obtener directamente o mediante intercambio, la información localizada más allá de las fronteras de su país.

¹ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Action 13, 2015 Final Report. *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*. Párrafo 5, pág. 12.

Y en este sentido la acción 13 BEPS de la OCDE ha sido reveladora por ser la primera en tratar esta cuestión incorporando además la necesidad del intercambio automático de la información país por país. La iniciativa se ha estructurado mediante una reforma del capítulo V de las *Transfer Pricing Guidelines on Documentation* y mediante la incorporación de una serie de anexos a este capítulo V, entre los que se encuentra el modelo de acuerdo multilateral sobre intercambio automático de información país por país. La UE ha seguido, sin ambages, el proyecto de la OCDE y ha aprobado en relativamente corto plazo², una modificación de la Directiva 2011/16/UE para incorporar el intercambio automático de la información país por país, mediante la Directiva 2016/881, de 25 de mayo³.

De acuerdo con el informe Final de la Acción 13 BEPS: “El informe país por país exige agregar información fiscal a nivel de cada jurisdicción en lo que respecta al reparto mundial de los beneficios y los impuestos pagados, así como ciertos indicadores de la localización de las actividades económicas en las jurisdicciones fiscales en las que opera el Grupo multinacional. El informe exige asimismo enumerar todas las Entidades Integrantes cuya información financiera se presente, haciendo constar la jurisdicción fiscal de constitución cuando fuera diferente de la jurisdicción fiscal de residencia y la naturaleza de las principales actividades económicas ejercidas por la Entidad Integrante⁴.”

El mecanismo de intercambio automático de la información país por país que ha configurado la OCDE a través de la acción 13 BEPS ha sido trasladado casi palabra por palabra al ámbito de la Unión Europea donde la Directiva 2016/881, de 25 de mayo de 2016 ha modificado la Directiva 2011/16 para incorporar un nuevo supuesto de intercambio automático de información.

La Directiva 2016/881 mantiene el mismo objetivo declarado por la OCDE que no es otro que potenciar la transparencia de los grupos de empresas multinacionales para profundizar en la lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de los beneficios. Si bien, la Directiva 2016/881 se ha aprobado con posterioridad al Informe final de la acción 13 BEPS, lo cierto es que esta iniciativa se debe enmarcar en el Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal de 6 de diciembre de 2012, en el que la Comisión destacó la necesidad de promover enérgicamente el intercambio automático de información como la norma europea e internacional de transparencia e intercambio de información en el ámbito fiscal para el futuro.

Esta medida debe ser completada con el análisis de otra iniciativa diferente pero con un alcance similar en cuanto al efecto buscado y que está causando una cierta crítica entre las multinacionales que operan en la Unión Europea. Me estoy refiriendo a la propuesta de 12 de abril de 2016 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación relativa al impuesto sobre sociedades por parte de determinadas empresas filiales⁵. Como se deduce de lo

² La propuesta de Directiva que modifica la Directiva 2011/16 en este punto es de 12 de abril de 2016, (COM, 2016/198 final, y su aprobación en forma de Directiva 2016/881 se produce el 25 de mayo.

³ DOUE de 3 de junio de 2016.

⁴ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Action 13, 2015 Final Report. *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*. Párrafo 24, pág. 16.

⁵ COM 2016, 198 final de 12 de abril de 2016.

analizado en relación con la Directiva 2016/881 la información país por país intercambiada entre Estados no se hace pública y tiene por finalidad orientar sus inspecciones y garantizar el cumplimiento. Sin embargo la propuesta de modificación de la Directiva 2013/34 complementa a la Directiva 2011/161, puesto que lo que pretende es que las empresas multinacionales hagan públicas algunas de las informaciones presentadas a las autoridades tributarias al objeto de que pueda ser accesible para cualquier ciudadano. Esta medida pretende dotar de mayor transparencia para que pueda existir un control público sobre si un determinado impuesto se paga donde se ha generado el beneficio.

Los Estados miembros, una vez aprobada esta propuesta de Directiva, exigirán a tales empresas la redacción y publicación anuales de un informe referido a la tributación del impuesto de sociedades. Y ello porque en opinión de las autoridades de la Unión Europea los ciudadanos deben poder controlar todas las actividades de un grupo cuando este disponga de varios establecimientos en la Unión Europea. Se mantiene por parte de la Comisión que: “El aumento del control público del impuesto de sociedades abonado por empresas multinacionales que desempeñan actividades en la Unión es un elemento crucial para fomentar la responsabilidad empresarial, contribuir al bienestar a través del pago de impuestos, promover una competencia fiscal más leal en la Unión a través de un debate público mejor fundamentado y restaurar la confianza de los ciudadanos en la equidad de los sistemas tributarios nacionales. Tal control público puede lograrse mediante la presentación de informes referidos a la tributación del impuesto de sociedades, independientemente del lugar donde esté establecida la sociedad matriz última del grupo multinacional⁶.” En definitiva, la norma pretende que los ciudadanos puedan controlar todas las actividades de un grupo cuando disponga de varios establecimientos en la UE.

En definitiva se pretende mejorar la transparencia y el control público del impuesto sobre sociedades, adaptando el marco jurídico vigente relativo a las obligaciones impuestas a empresas y sociedades en lo que respecta a la publicación de informes⁷.

II. CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE PUBLICIDAD DE LA INFORMACIÓN PAÍS POR PAÍS

El ámbito subjetivo de aplicación de la propuesta de Directiva que analizamos es el mismo que aplica el proyecto *BEPS* y la Directiva 2016/881, esto es sociedades matrices de grupos cuyo volumen de negocios neto consolidado supere los 750.000.000 €⁸. Sobre la base de este umbral, la OCDE considera que únicamente entre un 10% y un 15% de las empresas multinacionales estarían obligadas a presentar el informe país por país, si bien el volumen de negocio de éstas representara aproximadamente el 90% del volumen de negocios de todas ellas. En este

⁶ Considerando 5 de la Propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información relativa al impuesto de sociedades por parte de determinadas empresas y filiales, COM 2016, 198 final de 12 de abril de 2016.

⁷ Considerando 12 de la Propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información relativa al impuesto de sociedades por parte de determinadas empresas y filiales, COM 2016, 198 final de 12 de abril de 2016.

⁸ Artículo 48 ter de la Directiva 2013/34/UE, según propuesta COM 2016, 198 final de 12 de abril de 2016.

sentido, hay que señalar que el Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo ha recomendado revisar a la baja el límite cuantitativo que determina el ámbito subjetivo de aplicación de la medida⁹.

En cuanto al contenido de ese informe que se hará público, el denominado informe referido a la tributación del impuesto sobre sociedades, éste debe facilitar información relativa a todas las actividades de la empresa o de todas las empresas ligadas de un grupo controlado por una sociedad matriz última. La información debe basarse en las especificaciones para la elaboración del informe de la acción 13 del BEPS y limitarse a lo necesario para permitir un control público efectivo, al objeto de velar por que la divulgación no dé lugar a riesgos o inconvenientes desproporcionados. El informe debe incluir asimismo una breve descripción de la naturaleza de las actividades. Dicha descripción podría basarse en las categorías expuestas en el cuadro 2 del anexo III del capítulo V de las Orientaciones relativas a la documentación sobre precios de transferencia de la OCDE. El informe debe incluir una exposición general que explique los casos de discrepancias importantes a nivel de grupo entre los importes de los impuestos devengados y los de los impuestos pagados, teniendo en cuenta los importes correspondientes a ejercicios anteriores. Además para garantizar una mejor evaluación de la información por parte de los ciudadanos, la información debe desglosarse por Estado miembro¹⁰. En todo caso, no se trata de una información coincidente en su totalidad a la establecida por la Directiva 2016/881 en relación con el informe país por país a intercambiar automáticamente, puesto que hay parte de esa información que no se habría pública como la información agregada relativa al importe de los ingresos, el capital declarado, los resultados no distribuidos, o los activos materiales distintos del efectivo y equivalentes de efectivo con respecto a cada territorio en el que opere el grupo de empresas

⁹ ECO/407, EESC-2016-02391-00-00-AC-TRA, Public Tax Transparency, de 21 de septiembre de 2016). Publicado en el *Diario de la Unión Europea* de 28 de diciembre de 2016, C-487. Apartado 1.11: “El CESE estima que el umbral de 750 millones EUR es demasiado alto y pide que se revise a la baja, o bien que se prevea un calendario para reducirlo de forma progresiva”. Apartado 3.3: “La propuesta de Directiva excluye de su ámbito de aplicación entre el 85% y el 90% de las empresas multinacionales al fijar un umbral de 750 millones EUR a partir del cual es obligatorio presentar un IPP. El CESE considera que ese umbral es demasiado alto y discriminatorio. En efecto, al dejar a la mayoría de las empresas multinacionales fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, pueden reducirse los efectos esperados de su aplicación”.

¹⁰ Así se establece en el propuesto artículo 48 *quater* de la Directiva 2013/34/UE, cuando establece que el contenido del informe referido a la tributación del impuesto sobre sociedades contendrá los siguientes datos:

- a) una breve descripción de la naturaleza de las actividades;
- b) el número de empleados;
- c) el importe del volumen de negocios neto, incluido el relativo a las partes vinculadas;
- d) el importe de los beneficios o las pérdidas antes del impuesto de sociedades;
- e) el importe del impuesto de sociedades devengado (durante el ejercicio en curso), es decir, los gastos fiscales corrientes reconocidos sobre los beneficios o pérdidas imponibles del ejercicio por las empresas y sucursales residentes a efectos fiscales en la jurisdicción fiscal pertinente;
- f) el importe del impuesto de sociedades abonado, es decir, el importe de los impuestos abonados durante el ejercicio de que se trate por las empresas y sucursales residentes a efectos fiscales en la jurisdicción fiscal pertinente, y
- g) el importe de las ganancias acumuladas.

multinacionales¹¹. Además el segundo grupo de información relativa a la composición y residencia de los miembros del grupo tampoco sería objeto de publicidad a la luz de la norma proyectada. Puede afirmarse que la información relativa al impuesto sobre sociedades que se publicara a la luz de esta reforma es menos detallada en términos tributarios que la información que se facilita confidencialmente a las autoridades tributarias en virtud del informe país por país contemplado en la Directiva 2016/881.

El informe consolidado referido a la tributación del impuesto de sociedades se publicará en un registro mercantil, con el objetivo de garantizar la seguridad y la disponibilidad a lo largo del tiempo. Por otra parte, ya que el objeto de la presente iniciativa consiste en permitir el control público, tales informes también se ofrecerán al público en los diferentes sitios web de las empresas o del grupo. Para que sea posible efectuar comparaciones temporales, los informes permanecerán accesibles en los sitios web durante al menos cinco años consecutivos¹².

Tanto la Directiva 2016/881 como la propuesta de modificación de la Directiva 2013/34 presentan medidas que pueden considerarse como complementarias, con finalidades diferentes pero concurrentes en su objetivo remoto. En el fondo podemos convenir que con la modificación de la Directiva 2011/16 “nos encontramos ante el hecho cierto de que una recomendación –esto es un estándar mínimo aprobado por la OCDE– se convierta a través de la citada Directiva en *hard law* y norma de obligado cumplimiento en el ámbito comunitario¹³”. Por otro lado, se ha manifestado parte de la doctrina críticamente al considerar que esta medida del intercambio de información país por país “puede producir la tentación de que una Administración tributaria trate de utilizar la vía de hecho para gravar cualquier creación de valor identificada en su territorio por tal información¹⁴”.

Igualmente y valorando la necesidad de una mayor publicidad de la información país por país la *Tax Justice Network* se ha pronunciado manifestando que las dos objeciones que se han puesto a la publicidad de la información país por país resultan totalmente injustificadas. Así, consideran que ni el argumento de que este sistema genera perjuicios a los intereses de las sociedades que desvelan sus datos comerciales sensibles, ni el argumento de que si la información no se encuentra estandarizada sería difícilmente comprensible, son objeciones insalvables que puedan

¹¹ De hecho el informe del Consejo Económico y social Europeo ha considerado necesario revisar este contenido del informe incorporando además otra información añadida más acorde con la considerada por la OCDE en la acción 13 *BEPS*. Apartado 3.5: “Del mismo modo, para que la aplicación de la Directiva conduzca a los resultados esperados, la lista de los datos que deben declararse, previstos en el artículo citado, debería incluir también los datos relativos a los activos y las ventas de la empresa, así como la lista de todas sus filiales o sucursales, tal como recomienda la norma *BEPS* de la OCDE”. Publicado en el Diario de la Unión Europea de 28 de diciembre de 2016, C-487.

¹² Artículo 48 *ter*.1, 48 *ter*.4, 48 *quater*.5, y 48 *quinquies* de la Directiva 2013/34 en su redacción planteada por la Propuesta de modificación COM 2016, 198 de 12 de abril de 2016.

¹³ CARMONA FERNÁNDEZ, N.: “Intercambio automático de información fiscal (país por país) entre Estados miembros de la Unión Europea”, *Carta Tributaria*, n.º 14, 2016, pág. 35

¹⁴ CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ: “El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones, *BEPS*: ¿El final, el principio del final o el final del principio?”, *Quincena Fiscal* n.º 1-2, 2014.

desmontar las bondades del sistema. Al contrario, cada vez más la sociedad reclama el derecho a saber qué multinacionales operan en su territorio, qué es lo que hacen y como contribuyen al bienestar de la sociedad. La información país por país y su intercambio es esencial para que el mercado global rinda cuentas localmente¹⁵.

Podemos afirmar que recientes casos con relevancia pública como *Lux Leaks* han mostrado la escasa tolerancia pública hacia estrategias de elusión fiscal transfronteriza de las multinacionales. Un régimen jurídico de publicidad tal y como establece la propuesta de Directiva que comentamos, significaría que las multinacionales deberían ser capaces de defender públicamente sus estrategias de planificación fiscal. Sin embargo permitir la disponibilidad de la información solo para las Administraciones tributarias significaría que es probable que las multinacionales sólo tengan que defender los esquemas más flagrantes. Es evidente que el efecto disuasorio es más poderoso cuando hay un escrutinio público¹⁶.

En este sentido hay que hacer referencia a los resultados de la consulta pública sobre los efectos sobre la transparencia en los impuestos sobre la renta de las sociedades de estas medidas¹⁷. Según esta consulta pública resulta revelador la diferente opinión manifestada por las multinacionales-sociedades, frente a la opinión que ha manifestado las ONG y los individuos en particular. Así, se dice que aunque la mayoría de las sociedades y multinacionales encuestadas consideran que no es necesario ningún cambio para fortalecer la transparencia, o que la UE debe confiar en iniciativas internacionales, hay, por el contrario, un apoyo rotundo de las organizaciones de la sociedad civil a que la UE tome la iniciativa y lidere las estrategias en este esfuerzo global hacia una mayor transparencia en el impuesto sobre sociedades de las multinacionales que operan en la UE. Un asombroso 96% de las ONG y sindicatos encuestados cree que la UE debería estar a la vanguardia y posiblemente ir más allá que *BEPS* en relación con el informe país por país y ampliar mucho más los requisitos actuales de divulgación y publicidad de la información. Una abrumadora mayoría (88%) de los individuos, personas físicas, declaró lo mismo.

Resulta interesante profundizar un poco más en la opinión de los operadores jurídicos en relación con el objetivo de la publicidad de la información relativa al impuesto sobre sociedades. Así las asociaciones empresariales e industriales consideran mayoritariamente que la publicidad de esa información no ayudará a conseguir el objetivo declarado de conseguir que las empresas paguen sus impuestos allí donde se obtenga el beneficio y exista una competencia más justa entre multinacionales y pequeñas y medianas empresas. Se dice que una divulgación pública de la información relacionada con los impuestos distorsionaría la competencia entre las multinacio-

¹⁵ MURPHY, R.: "Country by Country Reporting", en *Tax Justice Focus, The CbC Reporting issue*, vol. 9, n.º 1, 2014.

¹⁶ De hecho el Comité Económico y Social Europeo en sus recomendaciones de 21 de septiembre de 2016 ha considerado que para cumplir con el objetivo de una política que logre una mayor transparencia con respecto a la tributación de las sociedades, ha recomendado el establecimiento de un registro público nacional administrado por las autoridades tributarias de los Estados miembros para que el informe país por país sea pública y libremente accesible. (ECO/407, EESC-2016-02391-00-00-AC-TRA, *Public Tax Transparency*, de 21 de septiembre de 2016). Publicado en el Diario de la Unión Europea de 28 de diciembre de 2016, C-487.

¹⁷ Brussels, 20th January 2016, FISMA/B3 *Factual Summary of the responses to the public consultation on assessing the potential for further transparency on corporate income taxes*.

nales y las PYME y sería perjudicial para el objetivo de alinear los beneficios con la actividad económica¹⁸. Por el contrario, en opinión de las ONGs y sindicatos, la divulgación pública de información relacionada con los impuestos contribuiría a los objetivos mencionados de la UE y la aplicación de *BEPS* a nivel de la UE ayudaría a las autoridades fiscales a orientar sus inspecciones a las empresas. Finalmente hay un apoyo incontestable y casi unánime entre los particulares a que la revelación pública de la información sobre el impuesto sobre sociedades de las multinacionales es un elemento esencial que permitirá la consecución de los objetivos de lucha contra el fraude fiscal de la UE.

Hay un acuerdo unánime entre las empresas de que una divulgación pública tendría muchos más riesgos y pondría en peligro muchos más elementos, en lugar de traer beneficios a la UE. Los riesgos más destacados que se han puesto de manifiesto incluyen: la exposición pública de la estrategia empresarial de las empresas de la UE; la distorsión de la competencia socavando el éxito de las multinacionales europeas, especialmente frente a las empresas estadounidenses; la pérdida de ingresos fiscales para los Estados miembros; un deterioro de las relaciones entre Europa y las administraciones fiscales de terceros países; o posibles daños a la reputación de las empresas europeas, ya que la publicación de datos en bruto puede dar lugar a interpretaciones erróneas. Estos argumentos han reforzado la opinión de que la divulgación pública de información tributaria sensible a los competidores plantearía riesgos inherentes al crecimiento y a la inversión a largo plazo en la UE.

III. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Considero que resulta necesario detenerse y valorar críticamente la controvertida medida propuesta referente a la publicidad de los informes país por país de las multinacionales¹⁹. Según la Exposición de motivos de la propuesta que comentamos, solo se divulgará la información que sea necesaria y suficiente para cumplir los objetivos declarados de esta iniciativa, a saber: la naturaleza de las actividades, el número de personas empleadas, el volumen de negocios neto (incluido el relativo a las partes vinculadas), los beneficios antes de impuestos, el importe del impuesto de sociedades adeudado en el país por los beneficios obtenidos durante el ejercicio en curso, los pagos efectivos abonados a la Hacienda del país durante tal ejercicio y el importe de las ganancias acumuladas. Asimismo y con el fin de garantizar un grado de detalle que permita a los ciudadanos evaluar mejor la forma en que las Empresas multinacionales contribuyen al bienestar en cada Estado miembro, la información debe desglosarse por Estado miembro.

Ya en su resolución de 16 de diciembre de 2015, sobre el aumento de la transparencia, la coordinación y la convergencia en las políticas de tributación de las sociedades en la Unión, el Parlamento Europeo, reconoció que el aumento de la transparencia en el ámbito de la tributación de

¹⁸ Brussels, 20th January 2016, FISMA/B3 *Factual Summary of the responses to the public consultation on assessing the potential for further transparency on corporate income taxes*, pág. 11.

¹⁹ COM(2016) 198 final de 12 de abril de 2016, Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información relativa al impuesto de sociedades por parte de determinadas empresas y filiales.

las sociedades puede mejorar la recaudación tributaria, hacer que el trabajo de las autoridades fiscales sea más eficiente y aumentar la confianza de la ciudadanía en los sistemas fiscales y los Gobiernos.

En mi opinión resulta cuestionable mantener que la publicidad de esa información es un elemento que posibilita la lucha contra el fraude fiscal o mejora la recaudación. Considero que el hecho de dar accesibilidad a la información sensible relativa al impuesto sobre sociedades de las multinacionales en nada favorece o fomenta una mayor recaudación o una mejora en la lucha contra la evasión o elusión fiscal. Esa tarea de mejora de la recaudación compete únicamente a las autoridades tributarias de cada país, sin que sus ciudadanos dispongan de ningún mecanismo para colaborar en tales menesteres.

La propuesta de modificación de la Directiva 2013/34/UE tiene por objeto mejorar la transparencia y el control público del impuesto de sociedades, adaptando el marco jurídico vigente relativo a las obligaciones impuestas a empresas y sociedades en lo que respecta a la publicación de informes, con el fin de proteger los intereses de socios y terceros. De nuevo considero que el válido objetivo de la norma propuesta se ve desbordado con la regulación y el ámbito de la publicidad tan amplio que establece –manteniendo esa publicidad hasta cinco años en la web del grupo empresarial–²⁰. Esa publicidad se nos antoja excesiva y carente de un sentido práctico y efectivo, justificándose en mi opinión en la exposición pública de una información a los efectos de dar acceso a los ciudadanos a unas funciones que son propias de los órganos y autoridades tributarias de cada Estado.

En cuanto al contenido de la información que se ha de publicitar, tal y como hemos explicado anteriormente, se trata de una información demasiado detallada que puede afectar a la libre competencia entre empresas. En mi opinión, la libre competencia entre empresas y el principio de proporcionalidad es el elemento esencial que debe analizarse para valorar esta medida de publicidad, desde el momento en el que las personas jurídicas quedan al margen de la aplicación de la normativa sobre protección de datos, aplicable exclusivamente a personas físicas.

La transparencia hacia los ciudadanos –de la que habla la Exposición de motivos de la norma propuesta– tiene un efecto distorsionador y en mi opinión no se coherencia con la finalidad última de la norma que es la de luchar contra la evasión y elusión fiscal. Al ciudadano no le interesa esa información que incluso no le sirve de nada, más allá de tener un conocimiento sobre aspectos internos de funcionamiento de las multinacionales. La confidencialidad de la información publicitada que es –sin ninguna duda– sensible, queda en entredicho. Más allá de las autoridades fiscales de los Estados miembros, considero que no es necesario un control ciudadano sobre aspectos que quedan fuera de su ámbito de control. Este tipo de medidas da pie a conductas de búsqueda de información sensible por parte de los ciudadanos que nada tiene que ver con la finalidad de lucha contra la evasión y elusión fiscal. Los ciudadanos no son capaces de valorar si algunos beneficios de las empresas han sido transferidos fuera de la UE, y aún más, aunque

²⁰ El artículo 48 *quater* de la propuesta COM 2016, 198 final, establece que el informe debe permanecer en la web del grupo empresarial cinco años, lo cual excede el propio plazo de prescripción nacional previsto en la Ley General Tributaria, careciendo de efectos una publicidad por encima del plazo de prescripción tributaria.

puedan tener una opinión sobre el cumplimiento fiscal de las multinacionales, serán en todo caso las autoridades fiscales de cada Estado las que deben actuar.

La norma propuesta establece que en ningún caso se publicará información comercial confidencial. En mi opinión este deseo bienintencionado del legislador, resulta poco realizable desde el momento en que se publica el número de empleados, e impuesto pagado, beneficios, pérdidas..., eso en mi opinión es claramente información confidencial. No creo que con esta propuesta se consiga promover la competencia más libre y leal entre empresas con independencia del volumen de negocios, tal y como señala el propio texto; antes al contrario la publicidad de esa información puede ser utilizada por otros competidores con fines espurios que pudieran distorsionar una leal competencia empresarial.

Coincidimos con el objetivo declarado por la Comisión en múltiples ocasiones relativo al hecho de que la transparencia es un elemento esencial en la lucha contra la evasión y elusión fiscal. Ahora bien, el nuevo concepto que introduce esta propuesta es el de transparencia pública; en mi opinión ese concepto no consigue alcanzar el objetivo de la lucha contra conductas elusivas. El hecho de poner un apellido a la transparencia –transparencia *pública*– no añade nada al propio concepto de transparencia en relación con su objetivo de mejorar la recaudación de los Estados y conducir a éstos por la senda del buen gobierno en el ámbito tributario.

En último término podemos plantearnos si debe haber un escrutinio público sobre los impuestos pagados por los contribuyentes, que es lo que parece que persigue la norma propuesta. Por mi parte, considero que las normas tributarias deben tener otros destinatarios y perseguir de manera eficaz el fraude fiscal.

A la luz de lo analizado, considero que con la medida propuesta parece que se invierte la carga de la prueba, de tal manera que serán los contribuyentes –las compañías multinacionales– las que han de demostrar que pagan sus impuestos allí donde obtienen los beneficios y operan. En mi opinión, esa es y debería ser la labor de las autoridades fiscales. El proceso de autoliquidación y posterior comprobación administrativa parece que se invierte con esta medida de publicidad, estableciendo instrumentos que obligan al contribuyente a demostrar que no eluden el pago de tributos. Y aun cuando pudieran establecerse normas coactivas en un sentido similar, lo que de ningún modo parece acorde con la finalidad de lucha contra la elusión y evasión fiscal, es que esa información deba hacerse pública ante toda la ciudadanía.

En todo caso, coincidimos en que debe fomentarse la responsabilidad de las empresas en el pago de tributos y que contribuyan al bienestar de la sociedad de la manera más justa, pero ese bienintencionado deseo no puede llevarse a cabo por encima de otros principios como el de confidencialidad y proporcionalidad.

Por otro lado y en relación con la intención declarada de conseguir un debate democrático mejor informado por parte de los ciudadanos sobre las medidas tributarias y la política fiscal a llevar a cabo es algo positivo, pero eso no puede ser una finalidad en sí misma, sino que debe servir para algo, y es obvio que la política tributaria queda en mano de las autoridades tributarias de los Estados; por ello considero que conseguir una opinión pública mejor informada para el debate de-

mocrático es algo secundario, que debe ceder frente a la confidencialidad de la información y la libre competencia. En todo caso, es evidente que esta medida puede ser útil para detectar lagunas y desajustes entre sistemas tributarios, lo cual puede ser una buena finalidad que debe circunscribirse al ámbito de las autoridades tributarias de los Estados.

España se ha adelantado a todo este proceso mediante la aprobación del Real Decreto 634/2015 que establece el Reglamento del impuesto sobre Sociedades²¹. En su artículo 13 se refiere a las entidades que están obligadas a realizar el informe país por país mientras que en su artículo 14 se establece la obligación de realizar el informe país por país. Además, recientemente se ha publicado la norma que establece el modelo 231 de declaración de la información país por país²². La Comisión Europea ya advirtió de que los Estados miembros que hubieran implementado el informe país por país derivado de *BEPS* antes de la aprobación de la Directiva, deberían haberlo hecho de manera que no difiriera mucho de lo establecido en la propia Directiva y de forma coherente y suficientemente coordinada. De hecho la propia Directiva constituye la implementación en la Unión Europea del informe país por país. De otra forma si no fuera así, se correría el riesgo de que aparecieran conflictos entre las políticas nacionales y por consiguiente surgieran obstáculos en el mercado interior, generando desajustes y otros falseamientos²³.

Resulta evidente que la opinión pública cada vez está más sensibilizada ante asuntos relativos a la evasión fiscal o a la planificación fiscal agresiva. Ello ha servido para que, las multinacionales tengan que dar cada vez más información económica y tributaria. El intercambio automático de la información país por país no es sino un paso más en la consecución de la transparencia que ayudará inevitablemente a conseguir una tributación más justa de las multinacionales, que tendrán más dificultades para llevar a cabo en este nuevo campo de juego sus regates fiscales

Recientemente, el Gobierno del Reino Unido ha aceptado una enmienda de fondo a la *Finance Bill 2016*, que otorga al Tesoro de *Her Majesty*, facultades para introducir la publicidad del informe país, por país (*CBCR*). La enmienda permite, pero no obliga, a la Hacienda del Reino Unido, llevar a cabo regulaciones normativas para requerir a grupos incluir el informe país por país en su estrategia fiscal colectiva publicada. Así, el 15 de septiembre de 2016, se introdujo una enmienda al proyecto de ley en la Ley de Finanzas 2016 sobre la Publicación de Estrategias Fiscales. En particular esta enmienda se introdujo y se adopta en el apéndice 19, párrafo 17 de la mencionada Ley. Esa norma establece que, “el Tesoro puede por reglamento exigir que la estrategia tributaria de grupo incluya un informe país por país”. En definitiva, lo que la norma permite es que dentro del ámbito de la publicidad de las estrategias fiscales de las multinacionales que operan en el Reino Unido, pueda publicarse igualmente la información propia del informe país por país.

²¹ La normativa española refleja los requerimientos y recomendaciones de la OCDE expresados en la Acción 13 *BEPS* (RODRÍGUEZ; FOX, y COOPER: “Spain adopts Country by Country Reporting”, *Tax Planning International Review*, vol. 42, n.º 9, septiembre 2015, pág. 18).

²² *BOE* de 30 de diciembre de 2016.

²³ Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva que modifica la Directiva 2011/16 en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad. COM (2016), 25 final, de 28 de enero de 2016.

Según el apéndice 19 de la *Finance Act 2016*, se establece en su párrafo 16 que “el jefe del grupo debe asegurarse de que la preparación y publicidad en nombre del grupo de la estrategia tributaria colectiva para el grupo que contiene la información requerida por el párrafo 17”. Además la estrategia tributaria colectiva deberá publicarse antes del final del ejercicio en curso. La estrategia fiscal colectiva debe ser publicada en *Internet* por cualquiera de las empresas británicas que sean miembros del grupo para que sean accesibles al público de forma gratuita (independientemente de que se publique o no de otra forma), y puede publicarse como documento separado o como parte autónoma de un documento más amplio. Por otro lado, el jefe del grupo debe asegurarse de que la estrategia fiscal colectiva publicada en *Internet* siga siendo accesible al público de forma gratuita.

Esta medida pone de manifiesto la inevitable tendencia de profundizar en la transparencia pública y en la publicidad de la información del impuesto sobre sociedades en el ámbito europeo.

No obstante una reciente decisión del Consejo Constitucional de Francia sobre la publicidad del informe país por país ha puesto en entredicho todo el entramado de la transparencia pública sobre la base del derecho nacional. Así, en el control previo de constitucionalidad, la Decisión n.º 2016-741 de 8 de diciembre de 2016 del Consejo Constitucional francés ha declarado contrarios a la Constitución algunos preceptos de la ley relativa a la transparencia, a la lucha contra la corrupción y la modernización de la vida económica.

El proyecto de ley analizado por el Consejo Constitucional francés establecía en su artículo 137 que las sociedades que elaboren cuentas consolidadas, cuyo volumen de negocios fuera más de 750 millones deben unir al informe mencionado en los artículos L. 225-100, L. 225-102, L. 225-102-1 y L. 233-26 del Código de Comercio, un informe público anual sobre el impuesto sobre la renta a la que están sujetos, en los términos y condiciones establecidos en ese mismo artículo. La información que según el proyecto de ley sobre transparencia francesa debía incluir ese informe público sobre el impuesto sobre sociedades era: una breve descripción de la naturaleza de las actividades; el número de empleados; el importe de las ventas netas; el importe de los ingresos antes de impuestos sobre la renta; la cantidad de impuesto sobre la renta para el año en curso, con exclusión de los impuestos diferidos y las provisiones que se hayan hecho respecto del gasto por impuestos inciertos; el importe del impuesto pagado en los beneficios, con una explicación de cualquier discrepancia con la cantidad de impuesto debido, en su caso, teniendo en cuenta las cantidades correspondientes a los ejercicios anteriores; el importe de las ganancias acumuladas.

El Consejo Constitucional francés en su párrafo 103 ha señalado de manera contundente que la exigencia de algunas empresas de publicar sus indicadores económicos y fiscales relativos a la información país por país, es de tal relevancia que es probable que permita al conjunto de los operadores económicos que intervienen en los mercados en los que se ejercen estas actividades, y especialmente a sus competidores, identificar los elementos esenciales de su estrategia industrial y comercial. Por ello, esta obligación referida a la libertad de emprendimiento supone una intervención manifiestamente desproporcionada a la luz del objetivo perseguido. Por lo tanto, sin la necesidad de examinar la otra queja, el párrafo I del artículo 137 de la referida Ley es inconstitucional. Lo mismo es cierto en el resto de este artículo, que es inseparable.

Por ello, en la Ley relativa a la transparencia, a la lucha contra la corrupción y la modernización de la vida económica de 9 de diciembre de 2016, publicada en el diario oficial de 10 de diciembre de 2016, se establece expresamente que las disposiciones del artículo 137 han sido declaradas no conformes con la Constitución francesa.

Como conclusión podemos señalar que la nueva estrategia que en el ámbito de la Unión Europea está desarrollándose hacia el nuevo concepto de la transparencia pública, supone dar un paso más frente a las medidas propias del proyecto *BEPS* de la OCDE que abogan por la transparencia y por la evitación de pérdidas recaudatorias o erosión de bases imponibles. La publicidad del informe sobre el impuesto sobre sociedades que se propone imponer a las multinacionales en la Unión Europea supone una diferenciación en relación con la transparencia propia que impone el *country by country report*. Algunos Estados han iniciado la regulación interna de estas medidas de publicidad de información tributaria relevante de las multinacionales. No obstante las dudas que este tipo de medidas de publicidad plantea en términos de libre competencia, permite una interpretación crítica de la medida que deberá ser analizada por los órganos jurisdiccionales. En mi opinión, no parece que la lucha contra el fraude fiscal de las multinacionales pueda justificar un control por parte de los ciudadanos sobre una información, que por otro lado, no siempre estarán en condiciones de interpretar. Asistimos, pues, a la implantación de una nueva estrategia de transparencia pública en la Unión Europea, que se desarrollará en el corto plazo y que deberá ser analizada críticamente.

Metodología para la concordancia de los intercambios intragrupo con la generación de valor

ENRIQUE DE MIGUEL CANUTO

Universidad de Valencia

1. Introducción. 2. Principio de plena competencia. 3. Transacción efectiva. 4. Análisis de comparabilidad. 5. Reconocimiento de la operación. 6. A quién se atribuye el riesgo. 7. Remuneración de la contribución. 8. Ventajas sinérgicas. 9. Políticas gubernamentales. 10. Tributación del beneficio. 11. Comparabilidad de los mercados. 12. Estrategias empresariales. 13. Problemática de la subjetivización. 14. Carga de la prueba. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La multiplicación de los intercambios transfronterizos intra-grupo de bienes y servicios de empresas multinacionales ha llevado a la necesidad de profundizar en la imputación o atribución de los beneficios resultantes a las empresas asociadas, desde el punto de vista de su tributación.

La praxis mercantil y fiscal ha evidenciado la tendencia a una imputación o atribución de beneficios a las empresas asociadas que se aleja gradualmente de la actividad económica generadora de valor en el mercado, en ocasiones para maximizar beneficio mediante la *capiti* disminución de la tributación.

La respuesta fiscal son las reglas para la determinación de los “precios de transferencia”, reglas que están basadas en el principio de plena competencia o principio del operador independiente en el mercado, como modelo de ordenación de las relaciones intra-grupo de las empresas multinacionales.

La metodología a seguir para la tributación de los beneficios empresariales en el impuesto sobre sociedades pasa por un análisis funcional y de comparabilidad de la operación y su cuantificación que permita a la Administración “represtinar” la transacción efectiva y sus autores y determinar las exactas partidas del precio fiable, manejando criterios de equivalencia.

Partiendo de los objetos a comparar son puestas en juego las variables comparativas o “factores de comparabilidad” desde la perspectiva del *tertium comparationis*, que es el punto de referencia tomado como base de la comparación, lo que permitirá llegar a elaborar criterios de equivalencia¹. ¿Cuál es el auténtico *tertium comparationis* o base de la comparación?

El examen de la jurisprudencia comunitaria pone de relieve la necesidad de clarificar la estructura subjetiva de las empresas intervinientes en cuanto es relevante para la propia definición de la operación, la determinación del precio o beneficio y ulterior delimitación de su fiscalidad.

¹ Elaborar criterios de equivalencia a partir de la realidad económica desde reglas del Derecho no significa utilizar una metodología económica. Esa elaboración ha de efectuarse con las pautas del Derecho y su resultado podrá ser controlado por el juez. En un Estado de Derecho el sistema económico está integrado en el Derecho y no al revés.

La Fiscalidad internacional de las empresas no puede ser manejada por analogía con la conducta ante una oportunidad de mercado. La volatilidad de los precios de los activos y la variabilidad de los lugares y niveles operacionales, no guarda analogía, desde ningún punto de vista, con la necesidad de asentamiento de la fiscalidad.

2. PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA

El principio de plena competencia en el comercio internacional supone que el precio fijado en las operaciones o transacciones internacionales vinculadas entre empresas asociadas o vinculadas debe ser el mismo que el precio que se fijaría entre empresas independientes en operaciones internacionales no vinculadas en condiciones y circunstancias comparables o similares en el mercado.

Estas condiciones y circunstancias económicas son los “atributos económicos fundamentales” o características económicas relevantes en operaciones internacionales que jugarán como factores de comparabilidad. Si las condiciones de la transacción difieren de las que rigen entre empresas independientes en circunstancias comparables en el mercado internacional entonces deberá ajustarse el cálculo de los beneficios.

Cuando son distintas las reglas contables empleadas en la cuantificación relativa a la operación vinculada y en la relativa a la operación no vinculada será necesario homogeneizar la contabilización de las operaciones. Las diferencias en los resultados a que llevan los variados sistemas contables son muy notables.

Para practicar un “ajuste de comparabilidad”, al alza o a la baja, el enfoque más fiable será referirse como objeto de comparación a operaciones no vinculadas comparables en ese mismo mercado geográfico entre empresas independientes que realicen funciones similares, asumiendo riesgos similares y utilizando activos similares².

Las reglas sobre determinación de los precios de transferencia postulan la evidencia de atribuir los beneficios de explotación a quien ordenando los factores de producción realiza las actividades económicas generadoras de valor, a nivel internacional, frente a la artificiosa ubicación, contractual o conductual, de esos beneficios.

Ello no debe llevar a preterir la consideración de las consecuencias fiscales en la imposición sobre sociedades respecto al Estado de residencia de la matriz o la casa central o la empresa conjunta de la imputación de los beneficios en la fuente a la empresa operativa en el mercado internacional.

En ocasiones se presentaran operaciones comerciales entre empresas multinacionales asociadas en geografías inconexas fuera de mercados organizados, lo que pondrá a prueba, llevándolo a sus límites, el paradigma de la plena competencia o libre competencia en el mercado internacional, pero no el empleo de las reglas del Derecho guiado por el sentido común.

² Se pretenderá dar expresión cuantitativa a factores que en ocasiones tienen una dimensión predominantemente cualitativa (“aritmomanía”).

3. TRANSACCIÓN EFECTIVAMENTE REALIZADA

El primer cometido para la Administración es la delineación de la transacción real o efectiva entre las entidades vinculadas en el grupo internacional de empresas. *La operación real se definirá en relación al riesgo*³. Para ello será necesario el análisis no solo de las condiciones contractuales sino también la observación de la conducta económica de la empresa. Se rechazarán los acuerdos contractuales que no reflejen la realidad económica.

Caso de condiciones contractuales incompletas entre las asociadas, si la ulterior conducta de la empresa es incompatible con lo pactado la consecuencia será que la conducta de la empresa constatada complementará o incluso reemplazará a las condiciones contractuales.

Caso de ausencia de racionalidad comercial en la transacción intra-grupo entre asociadas cabe que la Administración tributaria recalifique la operación e incluso la Administración podrá ignorar los acuerdos o ignorar u omitir la operación realizada.

En los casos en que el reconocimiento de la operación “real” traiga ignorar o sustituir la apariencia de operación, si la Administración estatal recíproca no comparte la postura en cuanto al modo de estructurar la operación cabría incurrir en doble imposición.

Proyección: el análisis de la contribución o aportación, según la función desempeñada, los activos empleados y los riesgos asumidos de la transacción efectivamente realizada, permitirá cuantificar la remuneración de la contribución de la empresa en el mercado internacional.

No hay operación sin operador. Por ello será relevante la exacta delimitación, desde la perspectiva fiscal, de las empresas intervinientes, autoras de la operación, con vistas a definir los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades en presencia. Hay que “identificar las partes que realizan las funciones”.

Desde el punto de vista dinámico la tendencia a la atomización y dispersión internacional de las actividades integrantes de cada función nuclear de la empresa, como producir o distribuir, anteriormente ejercidas de manera integral, traerá consigo la transformación de las transacciones en estudio realizadas por la empresa, como objeto de comprobación.

4. ANÁLISIS DE COMPARABILIDAD

La transacción efectiva y el precio de transferencia serán determinados previa realización de un análisis de comparabilidad. La operación vinculada de la empresa asociada es comparada tomando como punto de referencia una operación no vinculada de una empresa independiente en condiciones comparables.

Cinco son los factores de comparabilidad de la operación real, y de la determinación del precio, que son llamados *categorías*: la función, el mercado, el bien o servicio, la estrategia y el contrato.

³ Seamos conscientes de la fragilidad de la teoría del riesgo, atendido que sus premisas, la cuantificación de posibles resultados futuros y la probabilidad de producción de cada resultado, son fruto de un juicio subjetivo y no son expresión de hechos de la realidad.

A un tiempo estos factores identificarán el campo de juego y delatarán las diferencias que dan lugar a ajustes en partidas determinadas del precio.

Respecto a la “función” se trata de funciones económicas desarrolladas por la empresa en cuanto generadoras de valor, presupuesto de las operaciones, dentro del grupo o asociación, como lo son la función de producción y la función de comercialización de determinado producto. La historia evidencia que las funciones nucleares han sido desagregadas o subdivididas en numerosas sub-funciones, por la tendencia a la especialización funcional.

Podemos encontrar una equivalencia funcional del equipo entre estructuras organizativas bien diferentes. Diferente organización, misma función. Por otro lado pueden variar en el tiempo las funciones desempeñadas por una misma estructura organizativa. Semejanza organizativa, diferencia funcional.

La teoría económica actual postula que a la dirección de la empresa corresponde la constante necesidad de cuestionar, desafiar y cambiar las cosas para reforzar la adaptación y el aprendizaje y rechaza incluso proteger lo que siempre se ha hecho bien.

En el método de distribución del resultado, en ausencia de datos comparables, se acudirá al valor relativo de las funciones desarrolladas por cada empresa asociada que participa en la operación como criterio de distribución del beneficio.

La organización del mercado y el concreto bien o servicio objeto de la operación son variables comparativas que pueden introducir peculiaridades en la competencia entre empresas que deban ser evaluadas en el juicio de comparación, dando lugar a ajustes por diferencias⁴.

Determinadas estrategias empresariales, como la de penetración en el mercado o el incremento de la cuota de mercado, son variables comparativas que pueden incidir en las condiciones de competencia a considerar originando la necesidad de practicar ajustes de comparabilidad⁵.

En ocasiones el comportamiento real de la empresa, e incluso la identificación de un activo como intangible, también se mostrarán como fruto del análisis de las cinco categorías o características económicas relevantes mencionadas: función, mercado, bien o servicio, estrategia y contrato.

La operación real es vista como el ejercicio de una opción entre alternativas que las empresas tienen a su disposición, con distintos niveles de riesgos, opción por la mejor oportunidad comercial desde el punto de vista de la creación de valor para la empresa o para el grupo o asociación de empresas.

Deberán guardar coherencia las actuaciones y se deberá actuar consecuentemente con las opciones tomadas en los distintos niveles operacionales. Podrán examinarse las personas, los objetivos, los métodos y el contexto operacional.

La racionalidad de la opción puede ser objeto de comprobación. La Administración puede comparar la conducta ante las opciones de una empresa vinculada con la conducta que ante tales op-

⁴ *Ut infra* 11. Comparabilidad de los mercados.

⁵ *Ut infra* 12. Estrategias empresariales.

ciones de una empresa independiente, para, en ese universo lógico, alcanzar un criterio de equivalencia.

Se deberán efectuar “ajustes de comparabilidad”, al alza o a la baja, si hay diferencias en las partidas del precio presentes en las situaciones comparables que afecten significativamente a la comparación. En tales casos se concluye el rechazo del recurso a imputar a la empresa los rendimientos promedio del sector. La carga de la prueba de los hechos fundadores de un ajuste incumbe a quien lo invoca.

Anotamos que en las Acciones 8-10 del Plan *BEPS* se maneja una noción muy amplia de operación de transferencia que tiende a identificarse con la función desempeñada por la empresa. Cabría hablar de operación-función u operativa funcional expresada en el comportamiento de la empresa.

Presupuesto lógico del análisis de comparabilidad es la exacta identificación de cada empresa actuante implicada en la transferencia⁶. Si la empresa actúa empleando como disfraz la forma de otra empresa u otro atavío externo, de lo que hay evidencia empírica, la Administración habrá de retirar la máscara.

Un supuesto es comparar con una operación realizada entre dos empresas independientes en un mismo mercado internacional. Otro supuesto es comparar con operaciones realizadas entre una empresa vinculada y una empresa independiente. Los objetos de comparación son diferentes y siendo así en mi opinión es dudoso que deban recibir el mismo trato.

5. RECONOCIMIENTO DE LA OPERACIÓN

La efectividad de la operación supone la existencia de la operación y la autenticidad en la configuración. La operación real debe ser reconocida incluso aunque no pueda ser observada entre partes independientes, siempre que la operación tenga una *lógica comercial* que esté presente en acuerdos entre empresas independientes en circunstancias económicas comparables en el mercado.

La lógica comercial en la operación real es opuesta a la concurrencia de circunstancias de “irracionalidad” comercial en la actuación. La lógica comercial podrá ser identificada a partir de la conducta de la empresa en el mercado junto a las razones y pruebas aportadas. Caso de circunstancias “irracionalidad” en la actuación comercial cabe recalificar la operación e incluso omitir la consideración de la operación.

Cuando no existen en el mercado operaciones y entidades y productos que sean comparables deberá efectuarse el análisis de los hechos y las circunstancias relevantes que incluye la consideración de las funciones desempeñadas, los riesgos asumidos y los activos, tangibles o intangi-

⁶ El artículo 22.V de la Ley 27/2014 del impuesto sobre sociedades dice que “se considerarán rentas de un establecimiento permanente aquellas que el mismo hubiera podido obtener si fuera una entidad distinta e independiente, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la entidad a través del establecimiento permanente”. En la dinámica aplicativa de este supuesto la consideración de la función, los activos y los riesgos podrá coadyuvar a la propia identificación del establecimiento permanente como tal frente a su casa central.

bles, utilizados por las empresas asociadas en cuestión, en busca de la manifestación de capacidad económica.

Después la Administración determinará el precio de plena competencia atribuible a la operación de la empresa en el mercado, previa realización de los ajustes de comparabilidad en las partidas específicas que sean precisos. Las variables “comparativas” permiten configurar los criterios de equivalencia previa la hipótesis de trabajo sobre lo que se busca.

El método comparativo de precios de operaciones presupone que existe correspondencia ente objetos comparados lo que permitirá llegar a formular resultados equivalentes.

6. A QUIÉN SE ATRIBUYE EL RIESGO

La operación real en los intercambios intra-grupo es definida en relación al riesgo económico. ¿A quién se atribuye el riesgo? ¿Quién lo asume? El riesgo económico es atribuido a la empresa asociada que teniendo la *capacidad financiera* para asumirlo además ejerce el *control efectivo* del riesgo.

La asignación contractual de riesgos y consiguiente atribución de ingresos puede no corresponderse con la actividad efectivamente desarrollada. Por ello se postula el respeto al reparto contractual del riesgo solo si está respaldado por la toma real de decisiones. Los precios de transferencia no pueden basarse en acuerdos contractuales que no reflejen la realidad económica.

Hemos de diferenciar entre los riesgos *operativos*, que están asociados a las actividades operativas y los riesgos *financieros*, que están asociados a la financiación aportada a la inversión. Cuando una entidad que aporta financiación ejerce el control del riesgo asociado a esa financiación sin asumir ningún control del riesgo por la propia financiación solo debe esperar un rendimiento ajustado al riesgo por financiación⁷.

Todos los riesgos económicos, sean operativos, sean financieros, pueden repercutir en los resultados financieros de la empresa pero existen riesgos financieros específicos en relación con la liquidez, los flujos de efectivo, la capacidad financiera y la solvencia de la empresa.

En el campo de los activos intangibles se deriva que la titularidad de intangibles no genera por sí sola un derecho a percibir beneficios de explotación si la empresa titular del activo no desarrolla funciones relevantes y no tiene el control efectivo de los riesgos asumidos en la transacción efectivamente realizada.

Las oportunidades comerciales que aprovechan las entidades operativas integrantes de un grupo multinacional exigen la gestión continua del riesgo de que los recursos dedicados a la oportunidad disfrutada en el mercado no generen los resultados previstos.

Hay que distinguir entre políticas globales o generales y la asunción de riesgos específicos, que es consecuencia de la toma de decisiones. La política global o general sobre riesgos del grupo no

⁷ Punto 6.62.

supone en sí decisión sobre el control del riesgo de una operación y su desenlace. Además, puede ser definida por una entidad que no haya intervenido en la operación. La distinción es formulada para un supuesto de operación de suministro pero puede dársele un alcance más amplio.

Acerca del tamaño de la rentabilidad en el mercado de la operación mercantil a exigir por el operador actuante el criterio central consiste en que a mayor sea el riesgo asumido por la empresa mayor será la rentabilidad esperada de la operación⁸.

El derecho de una empresa asociada al rendimiento derivado de las diferencias entre los beneficios reales y los esperados⁹ depende de qué entidad asume y controla los riesgos o realiza funciones importantes en cuanto a los activos y se postula que la remuneración de esas funciones en condiciones de plena competencia incluiría un proporcional elemento de distribución de resultado.

Crítica: el problema principal al que se enfrenta la Hacienda pública no es la “reasignación” contractual de riesgos de una operación en el mercado internacional sino el falseamiento o distorsión producida en el caso en la manifestación de la capacidad económica que debe ser gravada en la imposición sobre sociedades.

7. REMUNERACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN

Se retribuye la contribución o aportación de la empresa asociada integrante de un grupo multinacional en función de la gestión del riesgo económico apreciado en la operación efectuada en el mercado internacional.

La remuneración debe ser proporcional al valor de la contribución o aportación funcional, aportación de activos y control de riesgos, en cuanto supone contribuir a la generación del beneficio. Se postula la evitación de asimetrías en la información. Y dejar fuera de juego los acuerdos de reparto de costes inarmónicos con la realidad.

En sede de intangibles, se introduce que la Administración tributaria, en determinados casos, puede considerar los resultados *a posteriori* como evidencia presuntiva de la idoneidad de los acuerdos de precios *a priori*, excluyendo que en tal caso el contribuyente pueda demostrar que la incertidumbre había sido debidamente considerada en la valoración del precio de transferencia.

Ajustes de comparabilidad: si surgen problemas en la comparación habrán de practicarse ajustes de comparabilidad en determinadas partidas del precio, al alza o a la baja, particularmente ante circunstancias y efectos que de ordinario no concurren en empresas independientes en situaciones parecidas. Las variables comparativas llevan a configurar los criterios de equivalencia, previa hipótesis de trabajo.

⁸ Según la teoría económica como el riesgo no es deseable, cuanto mayor sea el riesgo mayor debe ser la renta esperada para que el inversor disfrute, comparativamente, de un mismo bienestar. Algunos economistas manejan la idea apriorística de que los riesgos de operaciones internacionales son mucho mayores que los riesgos en operaciones domésticas, aunque sin dar una fundamentación clara a esta tesis.

⁹ No hay que desconocer que en la teoría de la expectativa como factor cognitivo se desliza la confusión entre la voluntad y el conocimiento y la confusión entre el conocimiento presente y la previsión de futuro.

Paradigma, en sede de sinergias del grupo, es la concurrencia de ventajas “estructurales” derivadas de medidas concertadas deliberadas por el grupo o asociación, a distinguir de las ventajas sinérgicas “incidentales” derivadas de la pertenencia al grupo sin deliberación de medida alguna¹⁰.

En el caso de escasez de actividad económica y solo aportación de capital por parte de la empresa, a la vista del ejercicio del control de riesgos de inversión, habrá que distinguir el beneficio exento de riesgo a atribuir a la empresa aportante y el beneficio derivado del riesgo financiero.

El capital carente de “funcionalidad” se postula que obtenga únicamente un rendimiento libre de riesgo por los fondos aportados y no se les atribuirá una prima de rendimiento a las entidades que actúen como *cash boxes* y carezcan de actividad económica sustancial.

Los “desplazamientos” de ingresos imputados por las empresas que estén en discordancia con los “precios de transferencia”, fruto de la comprobación por la Administración, traerán como consecuencia práctica dejar fuera de juego los gastos correlativos o conexos a esos ingresos.

8. VENTAJAS SINÉRGICAS

Los grupos multinacionales y las empresas asociadas pueden beneficiarse de interacciones o sinergias inherentes al conjunto que estarían ausentes para empresas independientes en situaciones parecidas. Así la gestión integrada de actividades o las propias economías de escala.

El Plan *BEPS* postula un riguroso análisis funcional y de comparabilidad que permita distinguir las ventajas incidentales de las ventajas estructurales.

Son llamadas ventajas “incidentales” las interacciones o sinergias que derivan exclusivamente de la pertenencia de la empresa al grupo, al margen de operaciones concertadas deliberadas. Estas ventajas son independientes del tamaño de la empresa y de la cuantía individualizada de los beneficios. La consecuencia es que no requieren una asignación específica, ni una contraprestación por separado.

Ventajas “estructurales”, son interacciones y sinergias fruto de medidas concertadas deliberadas que ponen al grupo en ventaja respecto del resto de operadores, en el mercado de operaciones comparables. Ejemplo: sociedad A gestor central de compras a proveedores independientes y que revende a empresas asociadas. La consecuencia es la necesidad de practicar ajustes de comparabilidad por razón de las sinergias de grupo.

Observamos que esta metodología conductista pone su mirada en elementos superficiales como es la medida deliberada por la empresa y orilla la mirada al núcleo de la capacidad económica, el potencial económico adicional derivado de la envergadura y las intra-relaciones en el grupo, que es ensombrecido con el eufemismo sinergias “incidentales”.

Tal lo son las sinergias que pueden presentarse a consecuencia de la multiplicación del poder adquisitivo, economías de escala, combinación de sistemas informáticos, gestión integrada de

¹⁰ *Ut infra* 8. Ventajas sinérgicas.

funciones, eliminación de duplicidades, mayor capacidad de endeudamiento y otros factores similares influyentes en la capacidad económica, derivadas de la envergadura del grupo y su gobernanza unitaria (*governance arrangement*).

9. POLÍTICAS GUBERNAMENTALES

Pueden concurrir circunstancias que lleven a justificar ajustar determinadas partidas en los precios de transferencia para que reflejen intervenciones estatales¹¹ que han incidido en ellos como controles de precios, tipos de interés, tipos de cambio, o controles de cambio.

Respecto al supuesto de control de precios, debe tomarse en consideración que las empresas multinacionales pueden influir en cuál es la fase en que se materializan los efectos o incidencia del control de precios, si en la fase final o en fases anteriores de la cadena económica.

Dos interrogantes y un parámetro. Preguntarse si un proveedor independiente habría o no compartido los costes derivados del control. Si una empresa independiente habría buscado una línea de bienes alternativos o sustitutivos. En el horizonte de que una empresa independiente no realizaría una actividad que no le reporte ningún beneficio.

Respecto al supuesto de bloqueo del pago, se trata de un importe debido por una empresa asociada a otra, como el pago al exterior por intereses de un préstamo, cuando el pago es paralizado por el Estado anfitrión, por causa de controles de cambio u otras causas de Derecho.

Una posibilidad es tratar el pago como si hubiera sido efectuado entre empresas asociadas, suponiendo que una empresa independiente en circunstancias similares hubiera insistido en que el pago se efectuara por otros medios. Desde esta perspectiva se trataría al acreedor que está bloqueado como si estuviera prestando un servicio al grupo multinacional.

Otra opción sería diferir tanto la renta como los gastos relevantes del contribuyente. En tal hipótesis la parte a la que se debe el pago bloqueado no podrá deducir gastos, como los costes financieros adicionales, hasta que no se realice el pago bloqueado.

La preocupación de las Administraciones tributarias está en sus respectivas bases imponibles. Si una empresa reclama una deducción en la liquidación del impuesto por un ingreso bloqueado en el Estado anfitrión entonces se debe contabilizar la renta correspondiente en la otra parte contractual, el Estado doméstico.

La Administración deberá investigar si las operaciones emprendidas por las empresas asociadas en el grupo multinacional ante la actuación del Estado son coherentes con las operaciones que efectuarían empresas independientes, objetos de comparación, en esas condiciones.

Las intervenciones de los poderes públicos se dice en el Plan *BEPS* que deben tratarse como factores del mercado. De esta manera se pretende subordinar el Estado al mercado, reduciéndolo a factores o elementos de éste. Siendo que el Estado es un presupuesto lógico y ontológico del

¹¹ Para algunos economistas las regulaciones gubernamentales son como un estímulo externo que urge a la empresa a responder a esa oportunidad o amenaza que se le presenta.

mercado. La organización política expresa las reglas de convivencia de las personas y no es emajadora de organizaciones económicas. Procede separar el Estado del mercado.

10. TRIBUTACIÓN DEL BENEFICIO

Para definir la tributación hemos de partir del análisis funcional global del modo en que el grupo multinacional crea valor en los mercados internacionales mediante las actividades económicas de sus distintas empresas asociadas que le permiten obtener beneficios.

Cuando ha habido cambio de funciones de la entidad operadora en el tiempo deberán ser analizadas las entidades envueltas en el cambio, para identificar el rol de cada una, y no solo, de manera unidimensional, la transacción efectuada por la entidad operativa en ejercicio de la función cambiada.

Se postula que los beneficios de las empresas asociadas tributen allí donde se desarrollen efectivamente las actividades económicas generadoras de valor para la empresa. Sobre la base de atribuir el beneficio de explotación de la empresa a las actividades económicas que lo generan, en vez de falsearlo y dispersarlo artificialmente.

Premisas de las Acciones 8-10 del plan *BEPS* son: 1.^a la evitación de transferencia de riesgos como medio para el traslado de beneficios y la erosión de la base imponible, y 2.^a la evitación de la asignación excesiva de capital como medio para el traslado de beneficios y la erosión de la base imponible.

Encontramos que el capital empleado y los riesgos calculados están en el centro de la construcción del Plan. No lo están los beneficios producidos en el mercado internacional para la empresa asociada. *BEPS* margina, en parte, los factores de la producción distintos al capital empleado. Por ello en mi opinión del Plan *BEPS* no puede salir una tributación aplomada del beneficio empresarial.

La noción de riesgo económico de la operación supone definir y prejuzgar la riqueza *a priori* prescindiendo del factor de azar en su obtención efectiva por la empresa. Epicentro de la noción de riesgo es el empleo del capital por la empresa. Se introduce así un primado de lo financiero en detrimento de lo económico.

Los autores del Plan *BEPS* no se preguntan cuál es la capacidad económica de la empresa que debe ser gravada, auténtico *tertium comparationis*, que es la pregunta esencial que está en el centro del Derecho tributario, para poder poner los pilares que dan expresión a la solidaridad financiera.

La razón fiscal de la solución postulada está en que tribute la riqueza obtenida por la empresa allí donde se genera el valor, manifestándose en la capacidad económica que debe ser gravada, y no está en evitar una ventaja comparativa efecto de la distorsión fiscal, que es una mera consecuencia fáctica de la conducta insolidaria.

La iniciativa de realizar actuaciones comprobadora la tomará la Administración del Estado donde se halla manifestado la auténtica capacidad económica de la empresa, exteriorizada en la transacción intra-grupo entre asociadas en el mercado internacional, a gravar en sede de imposición sobre la renta.

11. COMPARABILIDAD DE LOS MERCADOS

Es esencial identificar el mercado internacional en que se opera. Las circunstancias de comparabilidad de los mercados son múltiples. Se deriva examinar si las diferencias tienen una influencia significativa en los precios o el margen de beneficio y si es posible efectuar ajustes para eliminar los efectos de las diferencias.

Geografía del mercado: encontramos mercados en “áreas” regionales, a nivel internacional, relativamente homogéneos, mientras que en el nivel estatal en ocasiones es necesario diferenciar mercados locales. El análisis multi-país refiere a operaciones vinculadas entre países distintos con una situación económica homogénea.

“Economías de localización”: economías de costes atribuibles a operar en un mercado concreto. Deberá examinarse si son repercutidos a clientes, si son repercutidos a proveedores independientes o si los costes son sostenidos por uno o varios miembros del grupo.

Cuando puedan identificarse entidades y operaciones comparables en el mercado local, esos comparables de mercado local serán la indicación más fiable sobre cómo asignar las economías de localización entre dos o más empresas asociadas.

Cuando no existan comparables fiables en el mercado local, la existencia y asignación economías de localización deberá basarse en análisis de las circunstancias influyentes, que incluye las funciones desempeñadas, los riesgos asumidos y los activos, tangibles o intangibles, puestas en juego.

Respecto a los bienes y servicios objeto de transacción las diferencias en las características de los bienes y los servicios explican en ocasiones las diferencias en su valor en el mercado, en libre competencia. El carácter único e irrepitable del bien influirá en su valoración.

En los métodos de valoración de precios de transferencia basados en el beneficio de la empresa las características de los bienes y servicios de ordinario tienen una presencia marginal, mientras que en los métodos de valoración tradicionales las características de los bienes y servicios alcanzan mayor relevancia en el análisis de comparabilidad.

12. ESTRATEGIAS EMPRESARIALES

La estrategia empresarial seguida puede jugar el papel de factor de comparabilidad o variable comparativa cuando haya sido causa de distanciamiento o diferenciación en la actuación que sería propia de una empresa independiente en condiciones ordinarias de mercado.

La estrategia de penetración en el mercado o incremento de cuota de mercado puede llevar a poner precios inferiores al precio de un producto comparable en el mismo mercado. Puede llevar a aceptar costes mayores y consecuente menor beneficio que los asumidos y obtenidos por otro contribuyente del mismo mercado.

Para su comprobación la Administración deberá examinar el comportamiento de las empresas implicadas y si éste es consecuente con la estrategia declarada. Deberá identificar si es el fabri-

cante o si es el distribuidor o si son ambos en coordinación los que llevan a la práctica la estrategia soportando los costes.

Examinar si existe coherencia entre quién soporta costes de la estrategia empresarial y las funciones asumidas por cada parte. Examinar si es aceptable el plazo para la práctica de la estrategia, comparando con el que aceptaría una empresa independiente. La Administración deberá moverse en el marco temporal previsto para sus potestades de comprobación a fin de constatar los resultados de la estrategia de la empresa y ajustar los precios de transferencia.

La definidora de la estrategia empresarial o de negocio puede no haber sido ninguna de las empresas intervinientes en la operación objeto de comprobación por la Administración sino otra empresa miembro del grupo multinacional, lo que no excluye que su consideración pueda ser relevante en el análisis de comparabilidad.

En la gestión de algunos negocios globales relativos a mercancías se organizan los llamados “mercados internos” o “ferias internas” para operaciones entre asociadas con vistas a coordinar actividades internacionales que deben reflejar condiciones competitivas como en un entorno externo. En ellos se puede negociar el diseño de productos precio del producto y calendario de entregas en condiciones que, por más que se diga lo contrario, en la realidad, no son las propias de partes independientes.

Deberán guardar coherencia las actuaciones y se deberá actuar consecuentemente con las opciones tomadas en los distintos niveles operacionales. Podrán examinarse las personas, las metas, los métodos y el contexto operacional.

Algunos entienden que uno de los principales activos que poseen las empresas multinacionales es precisamente la diversidad de entornos en que opera, que le permite desarrollar diferentes competencias y oportunidades de aprendizaje frente a una empresa independiente. Si se acepta esta premisa entonces cae por su base la comparabilidad de los mercados.

Difícil será calibrar la habilidad de una empresa diversificada de compartir inversiones y costes a lo largo de una misma o diferente cadena de valor fuente de “economías de alcance” (producción conjunta en vez de separada) que las empresas independientes, no poseedoras de tal diversidad interna y externa no pueden igualar.

13. PROBLEMÁTICA DE LA SUBJETIVIZACIÓN

La relevancia de la estructuración subjetiva de las empresas intervinientes en la transferencia y su eco en la determinación de los precios se pone de relieve en la problemática reinante en el caso *MusimSemi Mas*¹², recurso de casación resuelto por el Tribunal de la Unión en sentencia de 26 de octubre de 2016.

¹² Sentencia del TJUE de 26 de octubre de 2016, PT Perindustrian dan Perdagangan *MusimSemi Mas*, causa C-468/15 P, en recurso de casación contra sentencia del Tribunal general de 25 de junio de 2016 PT *Musim Mas/Consejo*, causa T-26/12, en recurso de anulación.

PTMM es sociedad que produce alcoholes grasos y está domiciliada en Indonesia. Los productos son comercializados en Europa con la intermediación de dos sociedades vinculadas, ICOF Singapur, que es una filial íntegramente controlada por accionistas que también controlan PTMM y, la segunda, la sociedad Besdale Trading. ICOF Singapur, a su vez, es propietaria de ICOF Europe, sociedad establecida en Alemania.

La recurrente, PTMM, en casación, reprocha al Tribunal General haber considerado indicios o factores que entiende no debían ser relevantes en el análisis del concepto de “entidad económica única”, concretamente, la venta por ICOF Singapur de productos distintos al producto de que se trata en el caso y la venta de productos suministrados por terceros, así como la facturación directa por la actora de buena parte de las ventas de exportación a la Unión¹³.

Partimos de que según el Reglamento de base, se debe realizar una comparación ecuánime entre el precio de exportación y el valor normal. Cuando el valor normal y el precio de exportación no puedan ser directamente comparados, entonces se debe hacer ajustes en función de las circunstancias particulares, para tener en cuenta diferencias en factores que se alegue y demuestre que influyen en los precios y por lo tanto en la comparabilidad de éstos.

Entre los conceptos por los que podrán aplicarse ajustes, el Reglamento de base¹⁴, artículo 2.X, letra i), establece que se realizará un ajuste en concepto de diferencias en las comisiones pagadas por las ventas en cuestión, precisando que “comisión” incluye el margen obtenido por un comerciante del producto o del producto similar si sus funciones son similares a las de un agente que trabaja sobre la base de una comisión.

No obstante, claro está que no cabrá realizar un ajuste al amparo del artículo 2, apartado 10, letra i), del Reglamento de base cuando el productor establecido en un Estado tercero y su distribuidor vinculado, encargado de las exportaciones a la Unión, formen una entidad económica única.

Al respecto, según la jurisprudencia del Tribunal de la Unión el reparto de las actividades de producción y venta en el interior de un grupo formado por sociedades jurídicamente distintas nada quita a poder tratarse de una entidad económica única que organiza de esta manera un conjunto de actividades ejercidas, en otros casos, por una entidad que también es única desde el punto de vista jurídico (por analogía, la sentencia de 13 de octubre de 1993, *Matsushita Electric Industrial/Consejo*, C-104/90, EU:C:1993:837, apartado 9).

Además, el reconocimiento de la existencia de una entidad económica única llevaría a que los costes estén manifiestamente englobados en el precio de venta de un producto cuando esta venta se efectúa por un departamento de ventas integrado en la organización del productor, y evitaría que no lo estén cuando la misma actividad de venta se ejerciera por una sociedad jurídicamente distinta, aunque económicamente controlada por el productor (en este sentido y por analogía, la sentencia de 10 de marzo de 1992, *Canon/Consejo*, C-171/87, EU:C:1992:106, apartado 13).

¹³ Apartado n.º 36.

¹⁴ Reglamento del Consejo n.º 1.255/2.009, de 30 de noviembre, modificado por Reglamento n.º 765/2.012 de 13 de junio.

Se desprende obviamente que no cabe considerar que un distribuidor que forme una entidad económica única con un productor establecido en un Estado tercero ejerza funciones similares a las de un agente que trabaja sobre la base de una comisión mercantil, conforme a la previsión del artículo 2, apartado 10, letra i), del Reglamento de base.

Ahora bien, en el análisis de la existencia de una entidad económica única entre un productor y su distribuidor vinculado, según la jurisprudencia del Tribunal de la Unión, es determinante, tomar en consideración la realidad económica de las relaciones existentes entre ese productor y ese distribuidor (en este sentido, la sentencia de 16 de febrero de 2012, caso *Interpipe Niko Tube*, C-191/09 P, EU:C:2012:78, apartado 55).

Atendida la exigencia de efectuar una apreciación que refleje la realidad económica de las relaciones entre dicho productor y dicho distribuidor, las instituciones de la Unión están obligadas a considerar todos los factores relevantes que permitan determinar si tal distribuidor ejerce o no las funciones de un departamento de venta integrado de tal productor.

No habiendo razón para limitar estos factores a las funciones ejercidas por el distribuidor vinculado exclusivamente en relación con las ventas del producto de que se trata en el caso. Sino que, las instituciones de la Unión están facultadas para tomar en consideración factores como las ventas por parte del distribuidor vinculado de productos distintos al producto afectado por la investigación, así como las ventas de ese distribuidor de productos suministrados por productores distintos de aquel al que está vinculado.

Consiguientemente, el Tribunal General, en la sentencia recurrida, indicó que para apreciar la existencia o no de una entidad económica única había que tener en cuenta no solo las actividades del distribuidor vinculado relativas a productos distintos del producto de que se trata sino también la parte de las ventas realizadas por ese distribuidor de productos procedentes de productores no vinculados.

Respecto a las ventas de productos procedentes de productores no vinculados, contrariamente a lo que sostiene la recurrente, el Tribunal general no crea un nuevo criterio de “dependencia” en la sentencia recurrida. En efecto, aunque el Tribunal indicó, efectivamente, que ICOF Singapur no podía ser considerada “en situación de dependencia en relación con el grupo al que está vinculada”, el Tribunal se limitó a analizar la parte de las ventas realizadas por el distribuidor vinculado en relación con los productos procedentes de productores no vinculados.

El Tribunal general indicó que la parte de las ventas realizadas por el distribuidor vinculado en relación con los productos de productores sin vinculación es un factor importante para determinar si dicho distribuidor forma una entidad económica única con el productor vinculado. El Tribunal general también significó que las actividades de ICOF Singapur, se basaban en gran parte en suministros de empresas sin vinculación, lo que, a su juicio, parecía contradecir la tesis de la existencia de una entidad económica única.

Por otra parte, como factor relevante para determinar la existencia de una entidad económica, las instituciones de la Unión también están facultadas para considerar la facturación directa por el productor domiciliado en un Estado tercero, la empresa actora PTMM, de una parte de las ven-

tas de exportación a la Unión. En este sentido, el Tribunal general señaló, acertadamente, que cuanto mayor es la proporción de tales ventas directas, más difícil es sostener que el distribuidor vinculado ejerce las funciones de un departamento interno de ventas. En conclusión, no concurre ningún error de Derecho en la sentencia impugnada. De ello resulta que el motivo de casación debe ser desestimado.

En suma, no hay operación sin operador. El caso *MusimSemi Mas* visibiliza cómo, en ocasiones, la definición de las partidas a ajustar envuelve la previa delimitación de los sujetos en acción. Por ello, la metodología a emplear, cuando sea el caso, debe alcanzar a la definición de quienes son, en rigor, los sujetos intervinientes en la operación.

La sofisticación de la organización es expresión de complejas capas organizativas derivadas de la especialización de funciones dentro y fuera del grupo corporativo.

14. CARGA DE LA PRUEBA

¿A quién corresponde la carga de la prueba del deber de practicar un ajuste en el precio? Puesto que la normativa efectúa previsiones para la práctica de ajustes en el precio en busca del valor normal del bien, desde el punto de vista de las actuaciones administrativas, habrá de clarificarse quién es el que debe practicar prueba de los hechos fundadores del ajuste al alza o a la baja en las partidas del precio.

La recurrente PTMM, en el caso *MusimSemi Mas*, comienza alegando que, en la aplicación del artículo 2, apartado 10, letra i), del Reglamento de base, existe la presunción de que dos empresas vinculadas no operan ni están gestionadas de manera independiente. Por lo que corresponderá al Consejo probar que estaba separada la gestión de las dos empresas intervinientes, y al no haberlo hecho así el Tribunal general, confirmándolo, infringió las normas relativas a la carga de la prueba¹⁵.

Partimos de que por lo que respecta a esta carga de la prueba, según la jurisprudencia del Tribunal de la Unión, si, basándose en el artículo 2.X del Reglamento, una parte solicita determinados ajustes para conseguir que el valor normal y el precio de exportación resulten comparables con vistas a determinar el margen de *dumping*, entonces dicha parte deberá demostrar que su solicitud está justificada (sentencia de 16 de febrero de 2012, caso *Interpipe Niko Tube*, causa C-191/09 P, EU:C:2012:78, apartado 58).

Además, la carga de la prueba de que deben realizarse los ajustes específicos en el precio de transacción enumerados en el artículo 2, apartado 10, letras a) a k), del Reglamento de base incumbe a quienes desean invocar tales ajustes (sentencia de 16 de febrero de 2012, caso *Interpipe Niko Tube*, causa C-191/09 P, EU:C:2012:78, apartado 60).

Cuando un productor reivindica la aplicación de un ajuste del valor normal, en principio, a la baja, o de los precios de exportación, lógicamente, al alza, corresponde a dicho operador indicar y demostrar que concurren los requisitos para la práctica de dicho ajuste en el precio.

¹⁵ Apartado n.º 81.

A la inversa, cuando las instituciones de la Unión consideran que debe aplicarse un ajuste a la baja del precio de exportación basándose en que una sociedad de venta que está vinculada a un productor ejerce funciones similares a las de un agente que trabaja sobre la base de una comisión, les corresponde a ellas aportar cuando menos *indicios convergentes* que demuestren que concurre este requisito (sentencia de 16 de febrero de 2012, caso *Interpipe Niko Tube*, causa C-191/09 P, EU:C:2012:78, apartado 61).

Deriva el Tribunal de casación que, en caso de que las instituciones de la Unión hayan aportado indicios convergentes de que un distribuidor vinculado a un productor ejerce funciones similares a las de un agente que trabaja sobre la base de una comisión, entonces incumbe a ese distribuidor, o a ese productor, aportar la prueba de que no está justificado un ajuste con base en el artículo 2.X, i) del Reglamento, por ejemplo, demostrando que ambos forman una entidad económica única. Para ello, los operadores económicos pueden probar que no trabajan de manera independiente y que están vinculados por acuerdos de compensación.

Volviendo al argumento de la actora, y en contra de lo que ella sostiene, según el Tribunal, en la aplicación del artículo 2.X, i) no existe ninguna presunción de que dos empresas vinculadas no operen de manera independiente ni de que estén vinculadas por acuerdos de compensación, por lo que decae el argumento de que incumbiría a las instituciones de la Unión, para poder realizar un ajuste, demostrar que ambas entidades están gestionadas de manera independiente.

En efecto, la interpretación que postula la actora no encuentra fundamento en el Reglamento de base, pues el artículo 2.X, i) del Reglamento no contiene la más mínima referencia a tal presunción. Esta norma se limita a indicar que se realizará un ajuste en concepto de diferencias en las comisiones pagadas por las ventas en cuestión y precisa que se entenderá que el término “comisiones” incluye el margen obtenido por un comerciante si sus funciones son similares a las de un agente que trabaja sobre la base de una comisión.

Es cierto, por el contrario, que el artículo 2.IX del Reglamento de base, como pone de relieve la recurrente, se fundamenta en la presuposición de que dos empresas vinculadas no operan de manera independiente. Esta norma establece que el precio de exportación no puede considerarse fiable en los casos en que exista una asociación o un acuerdo de compensación entre el exportador y el importador o un tercero.

Sin embargo, basándose en este artículo 2.IX del Reglamento, no cabe extraer ninguna conclusión aplicable al análisis que deben realizar las instituciones de la Unión en el marco del artículo 2.X, i) del Reglamento. Mientras que la primera norma se refiere al cálculo del precio de exportación y asume que la relación entre el exportador y el distribuidor puede falsear dicho precio, la segunda, referida a la comparación entre el valor normal y el precio de exportación, no se centra en la relación entre el exportador y el distribuidor, sino en las funciones de este último.

En el caso de autos, el Tribunal general constató, en la sentencia recurrida, que el Consejo disponía de indicios convergentes de que las funciones de la empresa distribuidora ICOF Singapur eran similares a la actuación de un agente que trabaja sobre la base de una comisión. De este modo, el Tribunal general constató el cumplimiento de las normas relativas a la carga de la prueba que incumbe a las instituciones de la Unión y, en suma, no incurrió en error de Derecho.

En suma, la carga de la prueba del deber de practicar un ajuste en el precio de transferencia incumbe a quien invoque el ajuste. Aportados por las instituciones políticas indicios convergentes de los presupuestos del ajuste entonces incumbe al empresario implicado probar que no hay justificación para la práctica del ajuste.

Como principio más que como conclusión, la Administración, en el examen de los intercambios intra-grupo, no puede renunciar a aplicar una metodología *jurídica* centrada en la capacidad económica que deriva del análisis de la realidad económica, del valor generado, aun cuando se ayude de la Economía, cuando sea menester, para la identificación de la operación, el operador, los activos y el precio o beneficio, porque su fin no es sino la aplicación de la normativa fiscal. En caso contrario el análisis tributario quedaría desnortado¹⁶.

Bibliografía

- BILANEY, S. K. (2016): "Understanding Risk in the Era of the OECD/G20 BEPS Initiative", *BIT* n.º 10.
- CARMONA FERNÁNDEZ, N. (2012): "La noción de establecimiento permanente en los tribunales: las estructuras operativas mediante filiales comisionistas", *Crónica Tributaria*, n.º 145.
- CENCERRADO MILLÁN, E. (2007): "La nueva regulación de las operaciones vinculadas: caracterización y procedimientos", *REDF*, n.º 134.
- CENCERRADO MILLÁN, E. (2007): "Los efectos del ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas", *REDF*, n.º 133.
- FALCÓN TELLA, R., y PULIDO GUERRA, E. (2013): *Derecho fiscal internacional*, 2.ª ed., Madrid, Barcelona, Sao Paulo, Buenos Aires.
- GARCÍA PRATS, A. (2005): "Los precios de transferencia: su tributación desde la perspectiva europea", *Crónica Tributaria*, n.º 117.
- JONES RODRÍGUEZ, L. (2016): "El régimen fiscal de los precios de transferencia: reestructuraciones empresariales", en *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. II, CORRAL GUADAÑO, (dir.), IEF, Madrid, 4.ª ed.
- PANAYI, C. H. (2016): "International Tax Law following the OECD/G20 BEPS Project", *BIT*, n.º 11.
- PATÓN GARCÍA, G. (2016): "Panorama post-BEPS: una apuesta por la superación de los retos en la ejecución", *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 399.
- PÉREZ RODILLA, G. (2016): "El régimen fiscal de los precios de transferencia: Introducción. Análisis de comparabilidad. Principio de libre competencia", en *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. II, CORRAL GUADAÑO (dir.), Madrid, 4.ª ed.
- PICCIOTTO, S. (2016): "International Taxation and Economic Substance", *BIT*, n.º 12.
- RODRÍGUEZ-BEREJO LEÓN, M. (2011): "Operaciones vinculadas y precios de transferencia: entre la obligación de documentación y el juego de la carga de la prueba", *REDF*, n.º 151.
- SCHOUERI, L. E., y GUNTHER, O. C. (2011): "The Subsidiary as a Permanent Establishment", *BIT*, n.º 2.

¹⁶ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto Prometeo 2013/054 "La globalización del fenómeno tributario: construcción metodológica, criminalización y derechos humanos".

El enfoque de los países en desarrollo en la era *BEPS*: ¿es posible la coordinación en la respuesta ante la erosión de bases y el traslado de beneficios?

GEMMA PATÓN GARCÍA

Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Castilla-La Mancha.

Centro Internacional de Estudios Fiscales

1. Introducción. 2. La respuesta del legislador español en la implementación del Proyecto *BEPS*: un breve recorrido. 3. La perspectiva económica como condicionante en la adopción de medidas en los países en desarrollo. 4. Primeros pasos en la coordinación de medidas alineadas al espíritu del Proyecto *BEPS* en Latinoamérica. 5. Conclusiones. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El nuevo diseño del marco de la fiscalidad internacional propuesto por la OCDE en su Plan *BEPS* enfrenta un reto ambicioso pues las posibilidades de planificación fiscal que ofrece la actual economía globalizada encuentran su contrapunto en los diversos intereses de las economías nacionales en el mundo, situación de la que subyace una inicial y evidente incertidumbre acerca de la efectividad que logrará alcanzar.

Los países pequeños y no tan pequeños han planteado repetidas veces su intención de avanzar en la línea del Plan, si bien su esencial preocupación reside en la falta de recursos o potencial pérdida de base como consecuencia de los resultados de *BEPS*, habida cuenta que los ingresos tributarios en estos países son un porcentaje del PIB de aproximadamente la mitad que en los países de la OCDE. No en vano, en estos países existe una mayor dependencia de los recursos financieros procedentes de los Impuestos a la Renta que, además, habitualmente son de base estrecha. De hecho, mientras que en los países latinoamericanos ronda el 20%, en los países desarrollados está en torno al 10%¹.

Así los riesgos que presenta la erosión de base para los países en desarrollo se trasladan al ámbito social, ya que los bajos ingresos tributarios –junto a los grandes nichos de informalidad tributaria– limitan la capacidad de los Estados para cumplir con los derechos humanos fundamentales de la población (derecho a la alimentación, salud y educación). La erosión de la base imponible constituye un serio riesgo para los ingresos tributarios que requieren los gobiernos para financiar sus servicios públicos, pero también para la soberanía, la justicia tributaria y la desigualdad.

En todo caso, la adopción de medidas alineadas al Plan *BEPS* debe ser fruto de un proceso meditado por cada Estado a la vista de la evolución del Plan en el escenario internacional. Pero también no es menos cierto que las iniciativas nacionales deben ajustarse a la realidad social y económica de cada país y deben procurar evitar conflictos con las Administraciones de otras ju-

¹ House of Commons International Development Committee, *Tax in Developing Countries: increasing resources for development*, Fourth Report of Session 2012-13, 16, Julio 2012, p. 5.

jurisdicciones con los que existan relaciones comerciales ante la posibilidad de que pueda verse afectada su posición competitiva². También hay que contar con el conservadurismo de los países que se están beneficiando del *status quo* de la fiscalidad internacional actual que puede que intenten mantener sus posiciones para evitar pérdidas recaudatorias, situación que entendemos puede removerse a través de la acción coordinada y temporánea del resto de Estados en la implementación del Plan.

Además, la competencia fiscal entre Estados en materia de impuestos para atraer inversión extranjera directa (IED) ha generado lagunas y espacios de no imposición que proporcionan muchas oportunidades a las multinacionales para evadir el pago de su justa porción de impuesto. Pero también la necesidad de los países latinoamericanos de atraer la inversión extranjera hace que sea más difícil la incorporación y el cumplimiento de reglas tributarias estrictas. De este modo, la elusión tributaria de las multinacionales se sostiene sobre el secreto bancario que ampara a las jurisdicciones *offshore*³ y que, adicionalmente, facilita la fuga de capital de origen ilícito y el lavado de dinero.

Igualmente, el debate de la reunión regional celebrada en Lima en febrero de 2015 se centró en los temas de interés para el área geográfica como son las transacciones de materias primas o *commodities*, las deducciones de intereses, las dificultades para identificar operaciones comparables en el análisis de precios de transferencia, así como el desarrollo de herramientas para implementar soluciones a los problemas planteados por *BEPS*⁴. Básicamente, el gran tema para la región latinoamericana es la tributación de las materias primas o *commodities*. Las operaciones que permiten a las multinacionales trasladar sus beneficios a jurisdicciones de baja o tributación cero producen una distribución injusta del ingreso. De aquí la importancia del intercambio de información automático que despierta gran interés y preocupación, principalmente para la zona Caribe y Centroamérica. De hecho, parece que las acciones del Plan *BEPS* no basta para lograr involucrar e implementar la voluntad y la iniciativa de los países en desarrollo, sino que también se precisan medidas adicionales para contrarrestar el secreto financiero de las empresas, incluyendo el requerimiento para que las multinacionales proporcionen informes públicos combinados and país por país, el establecimiento de un intercambio automático multilateral e integral de información tributaria, y la divulgación pública de los beneficiarios reales de empresas, fundaciones y fideicomisos (*trust*).

Asimismo, la complejidad e inefectividad de las normas actuales para la transferencia de precios entre partes vinculadas, basadas en el principio de plena competencia (*arm's length principle*) son parte del problema. La débil transparencia en los informes de las corporaciones hace que sea

² En esta línea se manifiestan MARTÍN JIMÉNEZ, A., y CALDERÓN CARRERO, J. M.: "El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (*BEPS*): ¿el final, el principio del final o el final del principio?", *Quincena Fiscal*, n.º 1, BIB 2014\267, pp. 8-9.

³ Al respecto, *vid.* BASSO, A. P.: "El enfoque aperturista del intercambio de información en la órbita americana: planificación fiscal y sociedades offshore. La experiencia en Brasil", y CAMACHO CÓRDOBA, C. H.: "La experiencia en Panamá", en *Intercambio internacional de información tributaria: avances y proyección futura* (dir. COLLADO YURRITA, M. A., coord. PATÓN GARCÍA, G., y SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E.), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 397 y ss.

⁴ *Boletín e-CIAT* n.º 7, marzo 13, 2015: <http://www.ciat.org/index.php/es/novedades/boletin-e-ciat.html>.

también difícil su aplicación. Por ello, una de las cuestiones identificadas como importantes para la Región es la prevención del abuso en la tributación de las rentas derivadas de la extracción de recursos naturales, y el análisis de medidas legislativas adoptadas por países de la región, entre ellas el llamado “sexto método” que genera muchas dudas para los países latinoamericanos, pero también muchas expectativas⁵. Así, estos países solicitaron a la OCDE que dedique más tiempo al análisis de esta medida o forma de aplicar el *CUP* (*Comparable Uncontrolled Price*) según sea la concepción que se adopte.

Otro de los temas de especial interés gira sobre la deducción de intereses u otros pagos a las entidades vinculadas, donde se advierte que un tema previo sería tratar la existencia del crédito o no, para después proceder a la deducción limitada. De lo contrario, todos tomarían la deducción hasta un límite, independientemente de que exista o no el crédito. Desde luego la limitación a la deducibilidad de los pagos como intereses podría colaborar en una reducción de ingresos tributarios en el país fuente y, por tanto, este es un asunto crucial para los países en vías de desarrollo. No obstante, muchos de estos países están poco receptivos a introducir este tipo de medidas porque observan que ello genera un desincentivo a la inversión extranjera⁶.

En definitiva, y al margen de los temas sustantivos, podemos encabezar el capítulo de retos a los que se enfrentan los países de la Región LAC con las dificultades políticas y administrativas que pueden encontrar en la implementación de las acciones *BEPS*: en primer lugar, para recabar el apoyo político para el cambio de estructuras legislativas, como ya hemos mencionado; segundo, no dejan de planear incertidumbres sobre la capacidad de las Administraciones a la hora de aplicar la legislación, una vez aprobada, teniendo en cuenta las limitaciones de recursos y de información disponible y, tercero, habrá que solventar el desafío que presenta la coordinación de las acciones *BEPS* a nivel regional.

Como directrices en el modo de encarar el Plan *BEPS* por los países de la Región LAC podría observarse que desde la perspectiva del fomento del desarrollo, han de continuar por la ampliación de su red de tratados para obtener beneficios similares para las empresas locales o la remodelación de sus normas sobre precios de transferencia a la vista de las normas imperantes del Modelo OCDE. Asimismo, la OCDE ha despejado cualquier atisbo que pudiera hacer pensar que los objetivos del Plan *BEPS* se sitúan en un reajuste de derechos de imposición, de manera que los países de la Región LAC y, en especial, aquellos en desarrollo, se intuye se centrarán en la implementación de métodos de defensa frente a la erosión de las bases imponibles⁷.

⁵ El listado completo de las cuestiones identificadas para el debate en la Región latinoamericana pueden consultarse en la dirección: <http://www.oecd.org/ctp/resumen-LAC-consulta-regional-BEPS.pdf>, así como el desarrollo posterior del debate sobre las líneas de actuación en la reunión de Lima: <http://www.oecd.org/ctp/Resumen-de-Resultados-Reunion-sobre-BEPS-de-Lima-Febrero-2015.pdf>.

⁶ En tal sentido se aconseja que la OCDE trabaje por una mayor coordinación más que recomendar mejores prácticas para superar este problema como sostiene PICCIOTTO, S.: *Informe sobre Erosión de la base tributaria y deslocalización de beneficios (BEPS). Implicancias para los países en vía de desarrollo*, enero 2014, <http://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2013/04/TJN-1402-Briefing-BEPS-espanol-v1.pdf>, p. 7.

⁷ En este sentido, WAGENAAR, L.: “The effect of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan on developing countries”, *Bulletin for International Taxation*, n.º 2/2015, pp. 11-12.

2. LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR ESPAÑOL EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROYECTO BEPS: UN BREVE RECORRIDO

De igual manera, la globalización en los países desarrollados ha provocado el vaciamiento de bases imponibles en los países cuya tributación es alta. Ello ha dado lugar a esquemas de planificación fiscal utilizados esencialmente por los grupos multinacionales que en tanto tengan margen para imputar ingresos o gastos, tenderán a trasladar las bases imponibles para su gravamen en aquellos países donde la tributación sea más reducida. Hagamos un breve recorrido por el caso del Impuesto sobre Sociedades español como reflejo de la respuesta del legislador español ante la indudable incidencia que ello tiene en las relaciones económicas que España mantiene con el área latinoamericana.

Puede observarse que la acción legislativa acometida en los últimos tiempos por el legislador español afecta a las acciones *BEPS* donde se han centrado las discusiones mantenidas por los países latinoamericanos. No obstante, las actuaciones unilaterales alejadas de los planteamientos del proyecto *BEPS* se han sucedido tanto en América latina (Gran Bretaña, Chile, Brasil, etc.) como en Europa⁸. En este sentido, se destaca el caso de Reino Unido con la aprobación del *Diverted Profits Tax*, cuyas soluciones normativas distan de las perseguidas en los escenarios operativos multinacionales causantes de desplazamiento de bases imponibles⁹. Y ello en contraposición a otros países como España, donde el legislador ha aportado soluciones normativas alineadas a *BEPS*, si bien aprovechando razones de crisis económica y recaudatoria con la aprobación de la nueva Ley 27/2014, de 27 de noviembre. Esta norma contiene novedades en materia de deducibilidad de gastos financieros, instrumentos híbridos, transparencia fiscal internacional, doble imposición internacional y reducción de los activos intangibles¹⁰. Es interesante observar la acción legislativa reciente del legislador español en materia del proyecto *BEPS* a la vista de las intensas relaciones comerciales entre España y los países latinoamericanos y la creciente inversión directa que empresas españolas han realizado en ellos. Sería, pues, recomendable la retroalimentación en la adopción de herramientas como parte de la resolución de los problemas *BEPS*.

De manera escalonada y poco ortodoxa en términos de seguridad jurídica, se han ido aportando soluciones destacándose algunos ejemplos importantes en materia de libertad de amortización o deducibilidad de gastos financieros en el ordenamiento tributario español. Pero el aldabonazo más importante ha sido llevado a cabo en el proceso de reforma fiscal que con la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, ha regulado un nuevo cuerpo normativo para el Impuesto sobre Sociedades

⁸ Ejemplos de ello son la incorporación de reglas sobre entidades extranjeras controladas (*CFC*) en el ordenamiento chileno en septiembre de 2014, que identifica como una entidad controlada cualquiera que satisfaga su test de control, con independencia de su lugar de residencia o el nivel de tributación que tenga tal jurisdicción (siguiendo el sistema estadounidense), y que se aleja de la recomendación de OCDE en la acción 3 del proyecto *BEPS* o el régimen de precios de transferencia existente en Brasil.

⁹ Vid. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: "El impuesto británico sobre beneficios desviados (*Diverted Profit Tax*)", *Crónica Tributaria, Boletín de Actualidad*, n.º 5/2014, pp. 55-70, y BAKER, P.: "Diverted profits tax: a partial response", *British Tax Review*, n.º 2/2015, pp. 167-171.

¹⁰ Con mayor detalle, nos permitimos remitir a PATÓN GARCÍA, G.: "La posición del legislador español ante el Proyecto *BEPS* y los avances del Plan de acción de la Unión Europea", *Documentos IEF*, N.º 20/2016.

en España. Esta norma ha recogido algunas medidas de calado alineadas con el Plan *BEPS* de la OCDE y, a su vez, ha orientado el impuesto hacia las tendencias internacionales que invocan la ampliación de bases imponibles y tipos impositivos más reducidos.

En el ámbito del Impuesto sobre Sociedades, la reforma fiscal ha concatenado una nueva Ley del Impuesto que conserva la estructura de la anterior norma reguladora –el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo–, pero introduce importantes cambios con respecto a la misma, en la que se destila una profunda preocupación por la pérdida estrepitosa de recaudación producida en los últimos años. Así, un análisis de los datos de recaudación del Impuesto sobre Sociedades en España arroja una fuerte caída en los ingresos que fue incluso es más intensa entre los años 2007-2009, dinámica frente a la que distintas medidas normativas han intentado hacer frente.

Dicho descenso ha estado influenciado en gran medida por un aspecto coyuntural como es el fuerte impacto de la crisis económica en los beneficios empresariales¹¹. No obstante, el diagnóstico sobre las causas de la pérdida recaudatoria en el Impuesto sobre Sociedades español también tiene factores estructurales muy relevantes que señalan el propio diseño del impuesto como origen de un Impuesto sobre sociedades que aparece en las comparativas internacionales como un impuesto incoherente en tanto que tiene un tipo impositivo alto y una baja recaudación. En este sentido, se apuntan elementos como las partidas (como las amortizaciones) cuyo importe depende del valor de adquisición de los bienes, la aplicación de incentivos fiscales y de regímenes especiales, en buena parte ineficientes y que no siempre suponen un atractivo para los inversores internacionales¹². En efecto, uno de los elementos más recurrentes para reducir la vulnerabilidad del Impuesto sobre Sociedades español es la reclamación de una base imponible más amplia que, adicionalmente, simplificaría el tributo. Al mismo tiempo, la coherencia del impuesto debería partir del resultado de explotación en lugar de la magnitud del resultado contable como actualmente refleja el modelo del impuesto¹³.

A la vista de la Exposición de Motivos de la LIS, no cabe duda de que las guías orientadoras de la reforma caen de lleno en las acciones de la OCDE de modo directo o indirecto, así podemos citar la necesidad de competir en los mercados internacionales, la lucha contra el fraude fiscal y la recuperación del impuesto como una figura con capacidad recaudatoria. Dichos aspectos se concretan en los objetivos de atracción de la inversión extranjera a España -que nos sitúa en el terreno de la competencia internacional, lograr una suficiencia recaudatoria que como se ha dicho genera una gran incoherencia en los actores internacionales, al tiempo que buscar una simplificación del IS que facilite la consecución de los anteriores objetivos, así como fomentar la internacionalización de la empresa española, que pasa por la adaptación y respeto al Derecho Comunitario, habiéndose preservado, como objetivo de reformas previas, el impulso al desarrollo

¹¹ A este respecto, *vid.* GASCÓN CATALÁN, J.: “Análisis de los datos estadísticos del Impuesto sobre Sociedades”, *Crónica Tributaria*, n.º 150/2014, pp. 99 y ss. El autor maneja los datos de recaudación efectiva del IS cuya caída en 2012 respecto de 2007 fue del 52,2%.

¹² *Vid.* GASCÓN CATALÁN, J.: *Diagnóstico y propuestas para una reforma fiscal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 172 y ss.

¹³ SANZ GADEA, E.: “Recetas para neutralizar los efectos perniciosos de los híbridos”, *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad* n.º 4/2014, pp. 47-48.

de empresas de base tecnológica. Y como no podía ser de otro modo, el colofón supone recoger medidas de lucha contra el fraude fiscal contenidas en el plan *BEPS*¹⁴.

Así el legislador español ha adoptado medidas sobre la tributación de los instrumentos híbridos, objetivo de la 2.ª acción del plan, que pretenden evitar que, aquellos que sean tratados de forma asimétrica en diferentes jurisdicciones, puedan crear situaciones de no imposición. El reforzamiento de las actuales normas limitadoras de la deducibilidad de los intereses responde, por su parte, al contenido de la acción 4.ª del plan, sobre la erosión de la base imponible a través de los gastos financieros. También es evidente la influencia de la 3.ª acción *BEPS* sobre la transparencia fiscal internacional, ya que se contempla una reforma del régimen que tenía una escasa aplicación. La propuesta tiene como objetivo evitar que se convierta en un instrumento para crear filiales en países de baja tributación útiles para canalizar, a través de ellas, beneficios correspondientes a otras jurisdicciones. Por último, el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades incorpora modificaciones sustanciales en relación con las entidades y las operaciones vinculadas, prestando así atención a la acción 13.ª relativa a la información y documentación de dichas entidades y operaciones vinculadas¹⁵.

A la vista de la Exposición de Motivos de la LIS, no cabe duda de que las guías orientadoras de la reforma caen de lleno en las acciones de la OCDE de modo directo o indirecto, así podemos citar la necesidad de competir en los mercados internacionales, la lucha contra el fraude fiscal y la recuperación del impuesto como una figura con capacidad recaudatoria. Dichos aspectos se concretan en los objetivos de atracción de la inversión extranjera a España –que nos sitúa en el terreno de la competencia internacional–, lograr una suficiencia recaudatoria que como se ha dicho genera una gran incoherencia en los actores internacionales, al tiempo que buscar una simplificación del IS que facilite la consecución de los anteriores objetivos, así como fomentar la internacionalización de la empresa española, que pasa por la adaptación y respeto al Derecho Comunitario, habiéndose preservado, como objetivo de reformas previas, el impulso al desarrollo de empresas de base tecnológica. Y como no podía ser de otro modo, el colofón supone recoger medidas de lucha contra el fraude fiscal contenidas en el plan *BEPS*.

Así el legislador español ha adoptado medidas sobre la tributación de los instrumentos híbridos, objetivo de la 2.ª acción del plan, que pretenden evitar que, aquellos que sean tratados de forma asimétrica en diferentes jurisdicciones, puedan crear situaciones de no imposición. El reforzamiento de las actuales normas limitadoras de la deducibilidad de los intereses responde, por su parte, al contenido de la acción 4.ª del plan, sobre la erosión de la base imponible a través de los gastos financieros. También es evidente la influencia de la 3.ª acción *BEPS* sobre la transparen-

¹⁴ Un análisis con mayor exhaustividad puede consultarse en PATÓN GARCÍA, G.: “La posición del legislador español ante el proyecto *BEPS* y los avances del Plan de acción de la Unión Europea”, *Documentos IEF*, N.º 20/2016, pp. 1-56. Disponible en la dirección web: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2016_20.pdf.

¹⁵ Nos permitimos remitir con mayor amplitud sobre esta cuestión a las siguientes publicaciones: PATÓN GARCÍA, G.: “La documentación sobre precios de transferencia y el informe *Country by Country* en el escenario *Post-BEPS*”, *Quincena Fiscal*, n.º 15/2016, BIB 2016\80145, y “Acción 13 *BEPS*: Documentación de precios de transferencia”, en *Erosión de base imponible y traslado de beneficios: Estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE. Comentarios a las acciones 1, 2, 5, 6, 8, 13 y 15* (coord. JESÚS RAMOS PRIETO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 367-424.

cia fiscal internacional, ya que se contempla una reforma del régimen que tenía una escasa aplicación. La propuesta tiene como objetivo evitar que se convierta en un instrumento para crear filiales en países de baja tributación útiles para canalizar, a través de ellas, beneficios correspondientes a otras jurisdicciones. Por último, el mero Reglamento del Impuesto sobre Sociedades incorpora modificaciones sustanciales en relación con las entidades y las operaciones vinculadas, prestando así atención a la acción 13.^a relativa a la información y documentación de dichas entidades y operaciones vinculadas.

Se incorpora en la norma la definición del concepto “actividad económica”, lo cual tiene especial relevancia puesto que de su existencia depende la posibilidad de la aplicación de la exención para evitar la doble imposición, además de otras cuestiones no menos importantes para la planificación fiscal como el tipo de gravamen o bien la aplicación del régimen especial de empresas de reducida dimensión.

En cuanto a la revisión del régimen de transparencia fiscal internacional, cabe adelantar que se reestructura todo el tratamiento de la doble imposición, dando lugar a un conjunto normativo cuyo principal objetivo es atraer a territorio español la tributación de aquellas rentas pasivas que se localizan fuera del territorio español con una finalidad eminentemente fiscal.

Más recientemente, el pensamiento anti-BEPS termina por acoger en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, con efectos de 1 de julio de 2016 y vigencia indefinida, una modificación en la forma de cálculo del incentivo fiscal de la reducción de las rentas procedentes de determinados activos intangibles: el denominado internacionalmente *patent box*, con el objeto de adaptarlo a los acuerdos adoptados en el seno de la Unión Europea y de la OCDE.

El origen de esta medida tiene su origen en la recomendación efectuada en el marco del Proyecto BEPS, cuya acción número 5 está dedicada a los regímenes fiscales preferenciales –como el *Patent box*–, que propone limitar la aplicación de este beneficio fiscal a las empresas que hayan desarrollado el activo intangible. Por este motivo desaparece el requisito que limitaba a un 25 por 100 la inversión por parte de la entidad cedente en el activo intangible. Así, siguiendo la opción por la que se ha decantado el proyecto BEPS, la nueva regulación de este incentivo fiscal sigue el criterio o enfoque del *nexus* que se basa en la aplicación de un análisis de proporcionalidad entre los ingresos derivados del desarrollo del intangible y los gastos incurridos, de modo que la proporción de ingresos que pueden beneficiarse de este régimen es la proporción entre los gastos cualificados y los gastos totales, todo ello con la finalidad de que solo puedan aplicarse el régimen aquellos ingresos que deriven de actividades de investigación y desarrollo que haya desarrollado el propio contribuyente¹⁶. En todo caso, la reducción se aplica tanto en el caso de cesión del derecho de uso de explotación de intangibles como a la transmisión del intangible con la única condición de que sea entre entidades no vinculadas.

¹⁶ Cfr. BARRENO, M.; FERRERAS, J.; MAS, J.; MUSILEK, A., y RANZ, A.: “El proyecto BEPS de la OCDE/g20: resultados del 2014”, *op. cit.*, p. 20, y CHICO DE LA CÁMARA, P., y HERRERA MOLINA, P. M.: “Prevención del fraude fiscal y cláusulas anti-abuso en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes”, *La nueva tributación tras la reforma fiscal* (dir. PATÓN GARCÍA, G.), CISS-WoltersKluwer, Madrid, 2016.

3. LA PERSPECTIVA ECONÓMICA COMO CONDICIONANTE EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS EN LOS PAÍSES EN DESARROLLO

Puede que el primero de los desafíos a solventar en las áreas regionales de los países en desarrollo sea solventar el desafío que presenta la coordinación de las acciones *BEPS* a dicho nivel regional. Sin duda, los avances en la coordinación colaborarían en una disposición más decidida por cada uno de los Estados para hacer frente a los objetivos materiales del Proyecto *BEPS*.

En este sentido, el pragmatismo individual de los Estados podría generar desajustes normativos en orden al principio de competencia fiscal y resultados insatisfactorios en materia de planificación fiscal agresiva. Si bien es cierto que esperar la erradicación de la planificación fiscal agresiva no es una realidad tónica del proyecto *BEPS*, al menos, la pretensión ha de residir en tener como meta frenar y poner remedio a la erosión de bases y la evasión fiscal de las multinacionales¹⁷.

Como se ha señalado anteriormente, este es uno de los principales retos a que se enfrentan los países en desarrollo –y, en especial, aquellos de la región LAC–, la competencia fiscal entre Estados en materia de impuestos para atraer inversión extranjera directa (IED). Esta orientación crea escenarios de no imposición que suponen una amenaza cierta a los objetivos reflejados en el proyecto *BEPS*, en tanto que proporcionan espacio para estrategias de las multinacionales que recaen en la evasión del pago de lo que pudiéramos considerar como la justa porción de impuesto. En efecto, el desafío que tienen ante sí los países en desarrollo plantea el binomio de modelos de atracción de inversión privada que al tiempo eviten la pérdida de recursos, así como el mantenimiento de un nivel de crecimiento con una presión fiscal que conduzca a la reducción de la pobreza de manera importante¹⁸.

En este sentido, debe afirmarse que la OCDE ha tendido la mano a los países en desarrollo, siendo diversas las acciones que estarían dirigidas para fortalecer la capacidad y acceso a la información de estos países. Algunas de las acciones puede que tengan importantes dificultades políticas y administrativas para su implementación, pero meramente la puesta en común de estas prácticas puede ser una política útil, incluso si no se siguen las recomendaciones *BEPS*¹⁹.

Ante la falta de definición de conceptos, concreción de planteamientos y comienzo temporal de implementación del nuevo modelo por el que aboga *BEPS*, elementos fundamentales para observar la eficacia práctica en cada país de los informes *country-by-country* serán la promoción de la *cultura de cumplimiento cooperativo* que desarrollen las administraciones tributarias²⁰, así

¹⁷ RAMOS ANGELES, J. A.: “El proyecto *BEPS* de la OCDE y el mito del fin de la planificación fiscal internacional: Un enfoque crítico a propósito de los *Final Reports 2015*”, *Derecho & Sociedad*, n.º 35/2015, p. 396. Vid. también PATÓN GARCÍA, G.: “Panorama fiscal post *BEPS*: una apuesta por la superación de los retos en la ejecución”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, N.º 399/2016, p. 111.

¹⁸ VALLE BILLINGSHURST, A.: “Agenda sobre tributación internacional y sus repercusiones en el Perú”, entrevista, *Enfoque Internacional*, n.º 13/2015, p. 7.

¹⁹ Cfr. WAGENAAR, L.: “The effect of the OECD...”, *op. cit.*, pp. 11-12.

²⁰ OCDE (2013): *La relación cooperativa: Un marco de referencia: De la relación cooperativa al cumplimiento cooperativo*, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207547-es>. Sobre la cuestión consúltese la obra CALDERÓN CARRERO, J. M., y QUINTAS SEARA, A.: *Cumplimiento tributario cooperativo y buena gobernanza fiscal en la era BEPS*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015.

como la postura jurisprudencial que los tribunales nacionales adopten en relación a temas como la aplicación de las cláusulas antiabuso –aspecto muy controvertido por ejemplo en países como Chile²¹– o los límites a la planificación fiscal y los contornos jurídicos de la figura del fraude de ley.

En todo caso, las jurisdicciones y sus respectivas administraciones tributarias no dejan de tener recelos acerca de temas como la confidencialidad de la información requerida, la puntualidad, la consistencia, el uso apropiado a sus fines y las reglas transitorias para la entrada en vigor que, en definitiva, plantean el dilema de cómo conseguir la mayor transparencia e información, exigidas por instituciones y organizaciones sociales, en un contexto en el que no existe obligatoriedad para que los agentes implicados den a conocer sus planificaciones fiscales, así como sus cuentas desglosadas, beneficios, ventas y, también, los diferentes impuestos pagados en los países donde operan.

Con todo el proyecto *BEPS* se observa con ciertas reservas acerca de su funcionalidad efectiva, de manera que se plantean instrumentos complementarios al plan OCDE como la teoría *unitary taxation* para evitar la erosión de bases imponibles de las empresas multinacionales, que goza de cierto predicamento entre la doctrina. No obstante, los detractores de esta teoría han puesto de relieve con todo rigor los insatisfactorios resultados a que llevaría tal medida, esto es, el gravamen unitario de la multinacional, entendida como grupo que engloba sus filiales y que tributa por todas sus rentas independientemente del lugar donde estén ubicadas sus filiales²².

En cualquier caso, en el análisis para implementación de *BEPS* en los países en desarrollo convergen determinados aspectos comunes entre los que se subrayan:

- Enfrentar la crisis financiera por la bajada de precios de materias primas junto a perturbadores conflictos sociales.
- Baja recaudación tributaria y altos niveles de incumplimiento y evasión fiscal.
- Sostenibilidad de las economías gracias a importación de capital.
- Existencia de sectores económicos con difícil definición de precios (petróleo, agro, banano, etc.).
- Precios de transferencia con sujetos y operaciones sujetas cambian por país, algunos con APAs pero los aplican de modo distinto.
- Resistencia a la aplicación de las *GAARs* o cláusulas generales antielusión, aunque su uso habitual es como un instrumento *last resort*.

²¹ Vid. NAVARRO SCHIAPPACASSE, M. P.: “Análisis crítico de la nueva norma general antielusión chilena”, *Documentos IEF*, n.º 19/2016, y CATTANEO ESCOBAR, I., y BURGOS ARREDONDO, J.: “Desafíos de la implementación en Chile de las acciones *BEPS* y Norma general antielusiva (NGA)”, *Desafíos y primeros avances del proyecto BEPS en Latinoamérica* (coord. PATÓN GARCÍA, G.) Thomson Reuters, Lima, 2016, pp. 139 y ss.

²² RAMOS ANGELES, J. A.: “El Proyecto *BEPS* de la OCDE...”, *op. cit.*, p. 395.

4. PRIMEROS PASOS EN LA COORDINACIÓN DE MEDIDAS ALINEADAS AL ESPÍRITU DEL PROYECTO BEPS EN LATINOAMÉRICA²³

En relación con el intercambio de información relevante a efectos de tributación internacional, en el listado de 26 de enero de 2017 eran ya 57 países los *firmantes del Convenio multilateral de intercambio de informes country-by-country* (en adelante, *MCA*)²⁴, siendo Uruguay el último país del área regional en incorporarse a la ratificación, y habiendo sido precedido por Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y México. El contenido esencial de este Acuerdo multilateral se sitúa en el Capítulo III de la Convención en que se autoriza el intercambio de información con fines fiscales, incluido el intercambio de información de manera automática, y permite a las autoridades competentes de las jurisdicciones que se pongan de acuerdo sobre el alcance y las modalidades de tales intercambios automáticos, si bien el intercambio real de la información se llevará a cabo de manera bilateral.

La actuación de los países firmantes se espera que esté guiada por las siguientes directrices: 1) la adopción de las salvaguardias adecuadas para garantizar que la información recibida en virtud del Acuerdo se mantiene confidencial y se utiliza para los fines de la evaluación de alto nivel de riesgos de precios de transferencia y otros riesgos relacionados con *BEPS*, así como para el análisis económico y estadístico, en su caso, de conformidad con la Sección 5 del Acuerdo; 2) la adecuación de la infraestructura para una relación de cambio efectivo (incluyendo procesos establecidos para asegurar los intercambios oportunos, la confidencialidad de la información, comunicaciones eficaces y fiables y capacidades para resolver rápidamente las preguntas y preocupaciones acerca de los intercambios o solicitudes de intercambios y para administrar las disposiciones de la Sección 4 del Acuerdo; y 3) la necesaria legislación que requieren la divulgación de Entidades para presentar el informe de HC²⁵.

En este sentido, el pulso de Panamá para formar parte del *MCA* –que incorpora el intercambio de información a requerimiento– mantiene el asunto en liza con la OCDE tras el envite sufrido a cuenta de la aparición de los *Panama papers*. Panamá se ha mostrado dispuesta a compartir información fiscal con otros países siguiendo todos los parámetros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), a condición de que también lo haga Estados Unidos, directo competidor como centro bancario en la región. Estados Unidos intercambia información pero con reservas y bajo el marco regulador *FATCA* (*Foreign Account TAX Compliance ACT*) aplicable a partir de 2014 con el propósito de controlar la evasión fiscal de residentes americanos con inversiones fuera de EEUU. Por esta razón, Panamá mantiene una postura proteccionista de su competitividad exigiendo la aplicación de las mismas condiciones para los competidores²⁶.

²³ Este epígrafe es un extracto actualizado a enero de 2017 del capítulo “Luces y sombras en los avances del proyecto *BEPS* en Latinoamérica”, en la obra colectiva *Desafíos y primeros avances del proyecto BEPS en Latinoamérica* (coord. PATÓN GARCÍA, G.), Thomson Reuters, Lima (Perú), 2016, pp. 34-39.

²⁴ <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/about-automatic-exchange/CbC-MCAA-Signatories.pdf>.

²⁵ En el siguiente *link* puede consultarse el texto del Acuerdo multilateral entre autoridades competentes sobre el intercambio de informes *country-by-country*: <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/about-automatic-exchange/cbc-mcaa.pdf>.

²⁶ <http://www.mire.gob.pa/noticias/2016/07/15/panama-continua-con-agenda-de-fortalecimiento-de-su-plataforma-de-servicios-fina#sthash.NnbGZnv4.dpuf>.

No obstante, los avances en el debate internacional del área LAC han madurado y se han traducido en la discusión acerca del denominado “Estándar de Información Pública” por parte de las Administraciones Tributarias en que se trabaja desde 2012. Así en febrero de 2016 se celebró en Panamá la primera reunión del Comité de Dirección sobre “Disponibilidad de Información Pública (DIP)” de interés para el control del cumplimiento tributario tras su definición en el documento publicado por CIAT en 2013 Disponibilidad de Información Pública de Interés Tributario en Países de América Latina: Estado de Situación²⁷ que describe el estándar, las principales características de bases de datos comerciales y brinda una aproximación de la información pública existente en 10 países de la región.

Una vez definido el estándar de información pública, la reunión ha tenido la utilidad de abordar el rol de los miembros del Comité y el mecanismo de implementación del estándar, así como validar la herramienta informática que facilitará el acceso a las fuentes de información pública.

Por otro lado, en septiembre de 2016 tuvo lugar la primera reunión regional del *Marco Inclusivo sobre BEPS en América Latina y el Caribe* celebrada en Montevideo. Este encuentro constituyó la continuación de la reunión del marco inclusivo celebrada en Kioto (Japón) los días 29 de junio al 1 de julio de 2016, y en esta oportunidad se contó también con la participación de representantes del ámbito empresarial, sociedad civil, sector académico, representantes gubernamentales, organizaciones internacionales y regionales. El objetivo de la reunión era brindar a los países la oportunidad de ofrecer sus perspectivas en torno a la implementación de las medidas BEPS, compartiendo sus experiencias y retos a los que se enfrentan.

La necesidad de los países de la región de generar gradualmente mayores ingresos para el desarrollo con limitados recursos, convierte al proceso de *gestión de riesgos de cumplimiento tributario* en una prioridad estratégica para las administraciones tributarias de la región. De este modo, la discusión acerca de los aspectos vinculados a las normas tributarias, a la identificación y acceso a fuentes de información, herramientas y técnicas, así como también aspectos estratégicos, culturales y de contexto regional que afectan el proceso de gestión de riesgos han de contemplarse y tenerse presentes a la hora de identificar los desafíos que supone avanzar en esta materia.

Recientemente, en octubre de 2016 se llevó a cabo en Georgetown un *taller sobre gestión de riesgos* para las Administraciones tributarias del Caribe se reúnen para discutir sobre gestión de riesgos de cumplimiento tributario. Iniciativas como éstas esperamos que redunden en el fortalecimiento de las prácticas y mecanismos a desarrollar por las Administraciones tributarias, así como en la cooperación y coordinación entre ellas. Este proceso no está ausente de un mayor coste y ello tanto para las Administraciones como para los particulares debido a que las herramientas nuevamente diseñadas precisarán de mayor capacitación para funcionarios, pero también asesores y expertos para la planificación fiscal.

Pero no sólo eso, incluso como puede intuirse la buena técnica legislativa y la concisión en las normas es un requisito indispensable para la ejecución de los objetivos *antiBEPS*. Este aspecto

²⁷ Disponible en dirección web del CIAT: <http://www.ciat.org/index.php/es/productos-y-servicios/publicaciones/libros/2891-disponibilidad-de-informacion-publica-de-interes-tributario-en-paises-de-america-latina-estado-de-situacion.html>.

quedó expresado en el foro del ILADT de 2015 cuyo documento de conclusiones lo recoge del siguiente modo: “el grado de adopción del Plan *BEPS* por los países, cualquiera que éste sea, requiere fijar normas claras de cumplimiento, facultades y procedimientos, que otorguen un mínimo grado de seguridad jurídica para los contribuyentes, en respeto del principio de legalidad, evitando así espacios de subjetividad y discrecionalidad de las Administraciones Tributarias, de modo que las medidas adoptadas no se conviertan en mero instrumento recaudatorio, afectando la sana relación fisco/contribuyente que es indispensable para llevar a buen puerto los propósitos de su establecimiento”²⁸.

5. CONCLUSIONES

Los objetivos prácticos perseguidos por la OCDE han de conectarse con un enfoque ligado a la conciencia fiscal de las Administraciones tributarias y a la aplicación de las normas tributarias en su vertiente moralmente reprobable, en detrimento del rigor jurídico que se exige en la interpretación de cualquier precepto jurídico, pues debe repararse en que el comportamiento tachado de alarmante de las multinacionales se alberga dentro de las normas diseñadas por los Estados²⁹.

En cualquier caso, debemos tener presente la necesidad de desarrollar *reglas de coherencia en la tributación de las multinacionales* –cuestión protagonista de la acción 1 del proyecto *BEPS*– ante la percepción cada vez más generalizada de que las multinacionales eluden impuestos en todo el mundo, y fundamentalmente, en los países en desarrollo. Por esta razón, es especialmente importante conseguir un modo alineado y lo más uniforme posible de actuación de los países del área LAC que tienen desafíos a los que se enfrentan previamente a la toma de decisiones en materia anti-*BEPS* con los siguientes aspectos comunes: 1.º) encaran la crisis financiera que comprende a su vez la exigencia de enfrentar perturbadores y preocupantes conflictos sociales; 2.º) afrontan la baja recaudación tributaria debido a los altos niveles de incumplimiento y a la evasión fiscal, y 3.º) sostienen sus economías en la mayoría de países a través de la importación de capital.

En este escenario la región LAC no debe desaprovechar la ocasión de posicionarse en el panorama económico global, donde *BEPS* ha de conformarse en un instrumento útil para su eventual contribución al desarrollo socioeconómico del área latinoamericana. Muchas son las expectativas puestas en el proyecto *BEPS* que hablan del mismo a modo de “inmenso y nuevo capítulo del Derecho Tributario Internacional” que debe permitir “acceder a una especie de justicia fiscal mundial”³⁰. No obstante, la región LAC observa la cuestión desde el reto que supone la limitación de modificar el reparto de la potestad de gravar entre países de la fuente y países de residencia, y en este orden el reto se sitúa en cómo resolver el problema de equidad fiscal entre países en desarrollo y países industrializados.

²⁸ Epígrafe 18, Documento de Conclusiones de las *XXVIII Jornadas del ILADT*, Ciudad de México, 8-13 de noviembre de 2015, <http://www.iladt2015.mx/documentos/ConclusionesTema1.pdf>.

²⁹ MARTÍN JIMÉNEZ, A., y CALDERÓN CARRERO, J. M.: “El Plan de acción...”, *op. cit.*, p. 17.

³⁰ MALHERBE, J.; TELLO, C. P., y GRAU RUIZ, M. A.: *La revolución fiscal de 2014: FATCA, BEPS, OVDP*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2015, p. 203.

Así pues, este panorama nos reafirma en la necesidad de tener prudencia a la hora de realizar valoraciones apriorísticas del proyecto *BEPS*, que puedan incluso acabar siendo totalmente des-
certadas. Parece que lo más sensato sea realizar el seguimiento de los avances en la imple-
mentación de las recomendaciones y analizar con sosiego los efectos y el impacto que las
medidas anti-*BEPS* conllevan. La incorporación a los ordenamientos internos de medidas anti-
BEPS condiciona el poder legislativo de los Estados³¹, y son éstos en definitiva los protagonistas
del alcance y los resultados que se obtengan en la práctica del proyecto *BEPS*.

De entre los retos del proyecto *BEPS* en el área LAC, probablemente la coordinación y coopera-
ción resulten constituir los medios para poder converger a través del logro de cierto nivel de uni-
formación en la respuesta a los fenómenos de evasión fiscal en la zona de influencia y la
compatibilidad con las normas de cada uno de los ordenamientos jurídicos y las capacidades de
las Administraciones tributarias.

En efecto, el escenario descrito puede generar, como desde el ámbito privado se viene señalando,
mayor complejidad de la tributación internacional, una actuación más fiscalizadora de las
Administraciones tributarias y puede que el incremento de controversias tributarias a nivel inter-
nacional³², dificultades que sólo la coordinación en la respuesta de los ordenamientos tributarios
colaboraría en paliar desde nuestro punto de vista.

Queda mucho camino por recorrer habida cuenta que la cooperación internacional encuentra
retos a superar como el levantamiento del secreto bancario para el intercambio de información,
la necesidad de asistencia en cobranza coactiva y el traslado de documentos en numerosos paí-
ses en desarrollo. Y finalmente, por relevar otra cuestión de planteamiento general no exenta de
importancia, el concepto de cumplimiento voluntario en estos países difiere de la perspectiva
OCDE –con una graduación en atención al tipo de contribuyente–, lo cual supone asimismo un
desafío para avanzar hacia el *cooperative compliance* aún en estado primigenio.

Bibliografía

BAKER, P.: “Diverted profits tax: a partial response”, *British Tax Review*, N.º 2/2015.

BARRENO, M.; FERRERAS, J.; MAS, J.; MUSILEK, A., y RANZ, A.: “El proyecto *BEPS* de la OCDE/G20: resultados de
2014”, *Documentos IEF*, n.º 5/2015.

Boletín e-CIAT, n.º 7, marzo 2015: <http://www.ciat.org/index.php/es/novedades/boletin-e-ciat.html>.

BASSO, A. P.: “El enfoque aperturista del intercambio de información en la órbita americana: planificación
fiscal y sociedades offshore. La experiencia en Brasil”, y CAMACHO CÓRDOBA, C. H.: “La experiencia en Pa-
namá”, en *Intercambio internacional de información tributaria: avances y proyección futura* (dir. COLLA-
DO YURRITA, M. A., coord. PATÓN GARCÍA, G., y SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E.), Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

³¹ GARCÍA NOVOA, C.: “Base erosion and profitshifting (*BEPS*) y sus implicaciones en los ordenamientos domésticos”,
Nueva Fiscalidad, n.º 3, 2015, pp. 77-78.

³² En este sentido, *vid.* VARGAS LEÓN, L.; VACA VALVERDE, C., y PFEFFER BERGER, D.: “El complejo presente (y no menos com-
plejo futuro) de la tributación internacional: un repaso a algunos temas de actualidad fiscal”, en *Temas de Derecho
Tributario*, Ius et Veritas, Lima, 2016, p. 273.

- CALDERÓN CARRERO, J. M., y QUINTAS SEARA, A.: *Cumplimiento tributario cooperativo y buena gobernanza fiscal en la era BEPS*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015.
- CATTANEO ESCOBAR, I., y BURGOS ARREDONDO, J.: “Desafíos de la implementación en Chile de las acciones BEPS y Norma general antielusiva (NGA)”, *Desafíos y primeros avances del proyecto BEPS en Latinoamérica* (coord. PATÓN GARCÍA, G.) Thomson Reuters, Lima, 2016.
- CHICO DE LA CÁMARA, P., y HERRERA MOLINA, P. M.: “Prevención del fraude fiscal y cláusulas antiabuso en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes”, *La nueva tributación tras la reforma fiscal* (dir. PATÓN GARCÍA, G.), CISS-WoltersKluwer, Madrid, 2016.
- GARCÍA NOVOA, C.: “Base erosion and profitshifting (BEPS) y sus implicaciones en los ordenamientos domésticos”, *Nueva Fiscalidad*, n.º 3/2015.
- GASCÓN CATALÁN, J.: “Análisis de los datos estadísticos del Impuesto sobre Sociedades”, *Crónica Tributaria*, n.º 150/2014.
- HOUSE OF COMMONS INTERNATIONAL DEVELOPMENT COMMITTEE (2012): *Tax in Developing Countries: increasing resources for development*, Fourth Report of Session 2012-13, 16.
- MALHERBE, J.; TELLO, C. P., y GRAU RUIZ, M. A.: *La revolución fiscal de 2014; FATCA, BEPS, OVDP*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2015.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A., y CALDERÓN CARRERO, J. M.: “El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (BEPS): ¿el final, el principio del final o el final del principio?”, *Quincena Fiscal*, n.º 1, BIB 2014\267.
- NAVARRO SCHIAPPACASSE, M. P.: “Análisis crítico de la nueva norma general antielusión chilena”, *Documentos IEF*, n.º 19/2016.
- OECD (2008): *Study into de Role of Tax Intermediaries*: <http://www.oecd.org/tax/administration/39882938.pdf>.
- OCDE (2013): *La relación cooperativa: Un marco de referencia: De la relación cooperativa al cumplimiento cooperativo*, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207547-es>.
- OCDE (2015): *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Resúmenes Informes Finales 2015*, octubre 2015. Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf>.
- OCDE (2014): “El proyecto BEPS y los países en desarrollo: de las consultas a la participación”, <http://www.oecd.org/ctp/estrategia-fortalecimiento-paises-en-desarrollo.pdf>.
- PATÓN GARCÍA, G.: “La posición del legislador español ante el Proyecto BEPS y los avances del Plan de acción de la Unión Europea”, *Documentos IEF*, N.º 20/2016. Disponible en: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2016_20.pdf.
- PATÓN GARCÍA, G.: “La documentación sobre precios de transferencia y el Informe *country by country* en el escenario *post-BEPS*”, *Quincena Fiscal*, Aranzadi-Thomson Reuters, N.º 15-16/2016.
- PATÓN GARCÍA, G.: “Panorama fiscal *post BEPS*: una apuesta por la superación de los retos en la ejecución”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, N.º 399/2016, páginas 1-34.
- PATÓN GARCÍA, G.: “Acción 13 BEPS: Documentación de precios de transferencia”, en *Erosión de base imponible y traslado de beneficios: Estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE. Comentarios a las acciones 1, 2, 5, 6, 8, 13 y 15* (coord. JESÚS RAMOS PRIETO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 367-424.

- PATÓN GARCÍA, G.: “Luces y sombras en los avances del proyecto BEPS en Latinoamérica”, *Desafíos y primeros avances del proyecto BEPS en Latinoamérica* (coord. PATÓN GARCÍA, G.), Thomson Reuters, Lima, 2016.
- PICCIOTTO, S.: *Informe sobre Erosión de la base tributaria y deslocalización de beneficios (BEPS). Implicancias para los países en vía de desarrollo, 2014*, <http://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2013/04/TJN-1402-Briefing-BEPS-espanol-v1.pdf>
- RAMOS ÁNGELES, J. A.: “El Proyecto BEPS de la OCDE y el Mito del Fin de la Planificación Fiscal Internacional: Un Enfoque Crítico a Propósito de los *Final Reports 2015*”, *Derecho & Sociedad*, n.º 45/2015.
- RAMOS ÁNGELES, J. A.: “*The walking BEPS*: reflexiones sobre la génesis, causas fundamentales y la probable ineficacia del Proyecto BEPS de la OCDE”, *Temas de Derecho Tributario*, Ius et Veritas, Lima, 2016.
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: “El impuesto británico sobre beneficios desviados (*Diverted Profit Tax*)”, *Crónica Tributaria, Boletín de Actualidad*, N.º 5/2014.
- SANZ GADEA, E.: “Recetas para neutralizar los efectos perniciosos de los híbridos”, *Crónica Tributaria, Boletín de Actualidad*, n.º 4/2014.
- VALLE BILLINGSHURST, A.: “Agenda sobre Tributación Internacional y sus repercusiones en el Perú”, entrevista a ANDRÉS VALLE BILLINGSHURST, *Enfoque Internacional*, n.º 13/2015.
- VARGAS LEÓN, L.; VACA VALVERDE, C., y PFEFFER BERGER, D.: “El complejo presente (y no menos complejo futuro) de la tributación internacional: un repaso a algunos temas de actualidad fiscal”, en *Temas de Derecho Tributario*, Ius et Veritas, Lima, 2016.
- WAGENAAR, L., “The effect of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan on developing countries”, *Bulletin for International Taxation*, n.º 2/2015.

Las deducciones por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica (I+D+i): su limitada incidencia a pesar de los mecanismos de reforzamiento de la seguridad jurídica previstos en su regulación legal

JESÚS RAMOS PRIETO

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

1. Las deducciones por actividades de I+D+i: un beneficio fiscal sobreviente a la reforma de 2014. 2. Vías para facilitar la interpretación y aplicación de estas deducciones por los sujetos pasivos. 2.1. Un beneficio fiscal delimitado a través de nociones técnicas asumidas por el Derecho tributario. 2.2. Mecanismos encaminados a reforzar la seguridad jurídica de los sujetos pasivos. 2.2.1. Aportación de informes oficiales sobre el cumplimiento de los requisitos científicos y tecnológicos. 2.2.2. Formulación de consultas tributarias escritas. 2.2.3. Posibilidad de solicitar la adopción de acuerdos previos de valoración de los gastos e inversiones correspondientes a proyectos de I+D+i. 3. La realidad de las deducciones por actividades de I+D+i: datos oficiales sobre su limitada efectividad. 4. Conclusión.

RESUMEN. En esta comunicación tiene por objeto el análisis de la limitada proyección práctica de las deducciones de la cuota íntegra del Impuesto sobre Sociedades por actividades de investigación y desarrollo y de innovación tecnológica (I+D+i). Tales deducciones, previstas desde hace bastantes años en la normativa reguladora de este tributo, están recogidas actualmente en su doble modalidad en el artículo 35 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Desde un punto de vista cuantitativo, este precepto contempla porcentajes de deducción bastante significativos. Y desde una óptica cualitativa, prevé varios instrumentos (posibilidad de aportar informes motivados sobre el cumplimiento de los requisitos científicos y tecnológicos, de formular consultas tributarias escritas y de solicitar la adopción de acuerdos previos de valoración) encaminados a incrementar la seguridad jurídica de las empresas en la interpretación de conceptos técnicos (empezando por las propias nociones de investigación, desarrollo e innovación tecnológica) que condicionan el derecho a disfrutar de estos beneficios fiscales. A pesar de ello, solo un número muy reducido de sujetos pasivos (apenas un 0,2 por 100) se acogen a ellos, situación que releva sin duda el déficit de inversión en este campo que sigue presentado el tejido empresarial español.

1. LAS DEDUCCIONES POR ACTIVIDADES DE I+D+I: UN BENEFICIO FISCAL SOBREVIENTE A LA REFORMA DE 2014

Las deducciones de la cuota íntegra por actividades de investigación y desarrollo y de innovación tecnológica (I+D+i), previstas desde hace bastantes años en la normativa del Impuesto sobre Sociedades (IS), están recogidas actualmente en su doble modalidad en el artículo 35 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre (LIS o Ley 27/2014).

No es el único beneficio o incentivo fiscal que nuestro legislador tributario contempla hoy en día para estimular tales actividades en el contexto de la tributación empresarial. Junto a esas deducciones hay que tener en cuenta, en primer lugar, la libertad de amortización regulada en el artícu-

lo 12.3. b) y c) de la LIS para los elementos del inmovilizado material e intangible afectos a las actividades de investigación y desarrollo (los edificios, no obstante, podrán acogerse a un régimen de amortización acelerada de forma lineal durante un período de 10 años, en la parte que se hallen afectos a dichas actividades), así como a los gastos de investigación y desarrollo activados como inmovilizado intangible, excluidas las amortizaciones de los elementos que disfruten de libertad de amortización.

Y no menos relevante resulta, en segundo término, la reducción de las rentas procedentes de determinados activos intangibles contemplada en el artículo 23 de la LIS (el conocido como régimen de *Patent Box* o *Innovation Box*). Con ella se permite a los sujetos pasivos reducir en un 60 por 100, siempre y cuando se cumpla una serie de requisitos, las rentas procedentes de la cesión del derecho de uso o de explotación de patentes, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos o derechos sobre informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científica, con el objetivo de fomentar tanto la creación de patentes y demás activos intangibles como su posterior explotación y comercialización por parte de las empresas.

De la importancia de las deducciones de la cuota por actividades de I+D+i da fe el propio hecho de su mantenimiento en la Ley 27/2014. Ni en el anteproyecto de ley sometido a información pública a finales de junio de 2014, ni en el proyecto de ley presentado en las Cortes Generales al inicio de agosto de dicho año se cuestionó en ningún momento la pervivencia de estos beneficios fiscales. Sin duda, el hecho en sí de que se hayan preservado casi intactos estos beneficios fiscales es por sí solo muy sintomático, puesto que nos da a entender que su finalidad guarda una relación muy estrecha con las prioridades de la actual política económica y fiscal del Estado, tan marcadas durante los últimos años de crisis económica por las exigencias de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y consolidación fiscal impuestas por la normativa de la Unión Europea y nuestro propio ordenamiento interno.

No en vano, basta una rápida lectura comparativa entre la regulación vigente de las deducciones para incentivar la realización de determinadas actividades (capítulo IV del título VI de la LIS, arts. 35 a 39) con la que contenía el derogado Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (igualmente capítulo VI del título VI, arts. 35 a 44) para constatar que han desaparecido varias deducciones que aún se hallaban vigentes en el ejercicio 2014 (deducciones por inversión de beneficios, por inversiones medioambientales o por reinversión de beneficios; otras deducciones ya habían quedado eliminadas en anteriores modificaciones del impuesto), manteniéndose solo, además de la ya citada por I+D+i, las deducciones por inversiones en producciones cinematográficas, series audiovisuales y espectáculos en vivo de artes escénicas y musicales (art. 36), por creación de empleo a través de contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores (art. 37) y por creación de empleo para trabajadores con discapacidad (art. 38). En el apartado 4 de la exposición de motivos de la LIS de 2014 encontramos la breve explicación siguiente en cuanto a la dirección tomada en esta nueva etapa de la tributación empresarial:

“d) Se mantiene, mejorada, la deducción por investigación, desarrollo e innovación tecnológica y las deducciones por creación de empleo, incluyendo la correspondiente a los trabajadores con discapacidad, incentivos todos ellos que se consideran imprescindibles en la configuración actual del Impuesto sobre Sociedades. No obstante, dado que los porcentajes de deducción no se ven alterados,

en general, respecto de la normativa anterior, la minoración del tipo de gravamen se traduce en un incremento efectivo de los referidos incentivos. Destaca el incremento del importe de la aplicación sin límite y abono de la deducción en el caso de investigación y desarrollo, respecto de aquellas entidades que realizan un considerable esfuerzo en este tipo de actividades.”

Con carácter previo el propio preámbulo cifra en la neutralidad, la igualdad y la justicia los tres objetivos primordiales de la reforma del impuesto, en los términos siguientes:

“(…) de manera que la aplicación de los tributos no genere alteraciones sustanciales del comportamiento empresarial, salvo que el Impuesto resulte indispensable para cubrir determinadas ineficiencias producidas por el propio mercado. Fuera de estos supuestos, el Impuesto sobre Sociedades sigue manteniendo y agudizando su carácter neutral e igualitario. Como ejemplos a la aplicación de estos principios, basta destacar la aproximación entre el tratamiento de la financiación ajena y propia, la aproximación entre el tipo de gravamen nominal y el efectivo o la eliminación de incentivos fiscales.”

La importancia de las actividades de I+D+i justifica pues que estas deducciones se hayan salvado *in extremis* de la intensa quema a la que la preponderancia del principio de neutralidad ha condenado a otros muchos beneficios fiscales hasta ahora presentes en el esquema de cuantificación del IS. Además, hay que tener en cuenta que la supresión de las deducciones que analizamos fue explícitamente defendida por la *Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario Español* designada por el Gobierno de la Nación en 2013, cuyo Informe se dio a conocer en marzo de 2014. Sin dejar de admitir la posibilidad de explorar técnicamente otras vías en orden a fomentar el desarrollo de este tipo de actividades, el grupo de expertos presidido por el Prof. Lagares Calvo recuerda que la Comisión Europea ya había solicitado a las autoridades españolas una evaluación de estas deducciones por I+D+i, al considerar que su eficiencia no parece justificar su coste recaudatorio real. En esa línea, estimaron que presentaba importantes deficiencias y que su falta de eficiencia no parece justificar su impacto sobre la recaudación, en particular en el actual proceso de consolidación fiscal, sin perjuicio de la conveniencia de explorar vías alternativas para fomentar la inversión en I+D+i en España, que mantiene niveles muy inferiores a los de otros países desarrollados con los efectos negativos que ello comporta para la productividad de la economía. Por ello, en su propuesta número 45 propugnaron la eliminación sin más de este beneficio fiscal¹.

2. VÍAS PARA FACILITAR LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE ESTAS DEDUCCIONES POR LOS SUJETOS PASIVOS

2.1. Un beneficio fiscal delimitado a través de nociones técnicas asumidas por el Derecho tributario

Las deducción de un porcentaje de las cantidades invertidas por los sujetos pasivos del IS en actividades de I+D+i cuenta con un largo rodaje, pues a pesar del sinfín de cambios que ha ido

¹ Informe de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario Español, febrero de 2014, págs. 208-209 y 211. El documento íntegro puede consultarse en el enlace siguiente: <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2014/Documents/Informe%20expertos.pdf>.

experimentando en las sucesivas normativas del impuesto ya estaba presente en una primera versión muy elemental en la regulación resultante de la reforma fiscal de 1978.

Como ha subrayado de manera reiterada la doctrina, estamos ante el incentivo fiscal tal vez de mayor importancia en orden a fomentar la actividad innovadora de las empresas, por cuanto puede suponer importantes ahorros impositivos de carácter definitivo. En esto se diferencia netamente de la libertad de amortización prevista en el artículo 12.3 de la LIS, con la que resulta plenamente compatible, ya que esta se traduce en la práctica de una serie de ajustes al resultado contable, de signo negativo o positivo en función de que se desee acelerar o ralentizar fiscalmente el período de vida útil de los activos susceptibles de acogerse a este beneficio, correcciones extracontables que provocan un mayor o menor gasto fiscal frente al gasto contabilizado con el consiguiente retraso o adelanto de la carga fiscal.

El artículo 35 traza una línea divisora entre la investigación y desarrollo, por un lado, y la innovación tecnológica, por otro, como dos conceptos diferenciados. Desde un punto de vista teórico se trata de actividades empresariales bien delimitadas, si bien desde un prisma técnico y económico no son incompatibles entre sí, toda vez que cabe la posibilidad de que actividades de I+D den lugar a un producto o un proceso productivo nuevo que sea susceptible de encajar en la noción de innovación tecnológica. Sin embargo, pese a ello no resultan acumulables las deducciones por los dos conceptos por un mismo gasto o inversión, de manera que el sujeto pasivo deberá elegir cuál de ellas se ajuste mejor a sus propios intereses. Como cabe suponer, a la hora de materializar esta elección resultarán determinantes la facilidad para cumplir o no los requisitos impuestos por la LIS, así como las diferencias en los porcentajes de deducción (más elevados en las actividades de I+D que en las de innovación).

Al leer con atención el artículo 35 de la LIS, especialmente sus apartados 1 a 3, salta a la vista que estamos ante un precepto repleto de nociones ajenas al mundo del Derecho Tributario. Por este motivo, no está de más recordar aquí lo dispuesto por el artículo 12.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT): “En tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados por sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda.”

A priori, el legislador fiscal podría haber optado por diseñar una especie de *norma tributaria en blanco*, si se nos permite evocar la expresión tan habitual de la doctrina penalista, remitiendo sin más la concreción de los conceptos de I+D+i al lenguaje técnico o científico o a normativas sectoriales. No se trata de una manera de proceder desconocida en nuestro ordenamiento tributario; cabría citar, entre otros muchos exponentes, los beneficios fiscales relacionados con la adquisición o titularidad de bienes del patrimonio histórico o cultural, en los que las normas fiscales acuden a la legislación sectorial para concretar qué elementos patrimoniales son merecedores de protección.

Pero en el caso que nos ocupa no se ha hecho así. Posiblemente guiada por el ánimo de evitar conflictos entre la Administración tributaria y los contribuyentes y de procurar una mayor seguridad jurídica en la interpretación y aplicación de estos beneficios fiscales, la LIS se encarga explícitamente de definir por sí misma qué se entiende por investigación y desarrollo y por innovación

tecnológica y qué actividades quedan excluidas, a través de una delimitación positiva y negativa de supuestos específicos. Estas definiciones legales, que no nos corresponde ahora examinar, se basan además en los parámetros de común aceptación en la esfera internacional que ha elaborado la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), concretamente a través del conocido como *Manual Frascati* en sus sucesivas ediciones².

Como afirma la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, los conceptos de I+D+i:

“Son potencialmente indeterminados y, en su configuración legal, se articulan alrededor de términos equívocos cuya determinación final se relega a la apreciación del intérprete, pues tanto las definiciones legales de ambos conceptos como las excepciones o salvedades que a renglón seguido se instrumentan, están plagadas de fórmulas genéricas y de expresiones de notable equívocidad.”³

Esta tarea de concreción de los conceptos que originan el derecho a deducción (investigación, desarrollo e innovación tecnológica) es uno de los puntos que mayor labor interpretativa ha demandado en la práctica, según se aprecia en el vastísimo elenco de consultas tributarias evacuadas por la Dirección General de Tributos.

2.2. Mecanismos encaminados a reforzar la seguridad jurídica de los sujetos pasivos

La delimitación nítida del campo de actuación de los beneficios fiscales vinculados a las actividades de I+D+i dista mucho de ser una tarea sencilla. Estamos ante normas marcadas por un elevado tecnicismo y que, por ello, no resultan de fácil interpretación para la Administración tributaria y los contribuyentes, al conjugar la siempre difícil normativa tributaria con aspectos técnicos propios de otros ámbitos del conocimiento humano. Es pues un campo abonado a la aparición de diferencias interpretativas que en muchos casos resultarán razonables.

Como explica la doctrina, debido a la dificultad intrínseca que conlleva la conceptualización de las actividades de I+D+i, el legislador ha tratado de procurar a los agentes económicos un marco de seguridad jurídica que les permita conocer con antelación si aquellas actuaciones que planean

² OCDE: “Medición de las actividades científicas y tecnológicas. Propuesta de norma práctica para encuestas de investigación y desarrollo experimental”. La última versión de 2015 puede descargarse en lengua inglesa (*Guidelines for Collecting and Reporting Data on Research and Experimental Development*) a través de la web de la organización: <http://www.oecd.org/publications/frascati-manual-2015-9789264239012-en.htm>.

³ Entre otras, véanse las Sentencias de este Tribunal de 9 de diciembre de 2010 (recurso núm. 179/2007), 28 de febrero de 2012 (recurso núm. 99/2009), 3 de mayo de 2013 (recurso núm. 161/2010) y 6 de junio de 2013 (recurso núm. 257/2010), donde se añade: “Baste con señalar, al respecto, que el requisito central de la novedad en el material, producto o proceso, en lo concerniente a la investigación o desarrollo que se viene exigiendo por la Administración puede ser, *a priori*, objeto de interpretaciones diametralmente opuestas, según se pretenda favorecer la inversión de las empresas en las actividades de investigación y desarrollo (...) o, por el contrario, se pretenda excluir todo intento de obtener un beneficio fiscal, lo que se logra ensanchando o reduciendo la interpretación de conceptos tales como «investigación original», «nuevos conocimientos» o «superior comprensión en el ámbito científico y tecnológico» (...); y, por lo que respecta a la concreción final del otro término de la deducción, el de «desarrollo», también son conceptos indeterminados los de «nuevos materiales o productos» o «nuevos procesos», siendo así que, además, cuando se habla de novedad respecto a los resultados de la labor investigadora, puede ésta centrarse en aspectos absolutos o relativos.”

desarrollar resultan o no acreedoras de la calificación requerida al objeto de aplicar los beneficios fiscales contemplados. A tal efecto el artículo 35.4 de la LIS regula tres instrumentos procedimentales destinados a establecer con carácter previo la calificación o no como de I+D+i de aquella concreta actividad que se tenga programado desarrollar. Su origen y justificación se explica con claridad en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 1226/2010, de 27 de diciembre de 2010, donde se expone que la utilización de conceptos indeterminados:

“Supone evidentes inconvenientes en materia como la tributaria, necesitada siempre de la mayor precisión normativa, y desde luego en materia de exenciones, deducciones y demás beneficios fiscales, lo que no solo comportaba una situación de incertidumbre en el sujeto pasivo, sino que siendo como son tales incentivos fiscales en el Impuesto sobre Sociedades una de las principales medidas de apoyo y fomento de actividades de investigación, desarrollo e innovación tecnológica la ausencia de un entorno de seguridad jurídica que les permitiera conocer si las actividades que planean llevar a cabo merecerán o no la calificación requerida para aplicar los incentivos fiscales considerados, dificultaba seriamente la toma de decisión de inversión en ese campo, comprometiendo la adopción de sus decisiones y, en definitiva, la eficacia de la política de desarrollo empresarial y el mantenimiento de la competitividad tan importante para el mantenimiento y crecimiento, lo que en un primer momento trató de ser paliado por la Ley 55/1999 de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, dando nueva redacción al artículo 33 LIS e introduciendo como una de sus más destacadas novedades la opción a la entidad interesada de efectuar una consulta vinculante a la Administración Tributaria, o acudir al mecanismo del acuerdo previo de valoración con la Administración Tributaria, y establecer, de forma previa y vinculante, la deducibilidad de un proyecto, y más tarde en la misma línea por la Ley 7/2003, de 1 de abril, que, con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2003, modificó el apartado 4 del artículo 33 de la Ley 43/1995, e introdujo la posibilidad para los sujetos pasivos de aportar a la Administración tributaria informes motivados elaborados y emitidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología o por un organismo adscrito a éste, carácter vinculante para la Administración tributaria.”

La utilidad de tales mecanismos es evidente. En la práctica, cuando una empresa tenga intención de apostar por la aplicación de las deducciones por actividades de I+D+i resulte prudente tomar la precaución de contar previamente con el reconocimiento explícito de la calificación del proyecto en cuestión como tal por parte de otro organismo dependiente de alguna de las Administraciones Públicas.

No obstante, las posibilidades que ofrece la normativa del IS respecto de la interpretación y aplicación de la deducción quedan a la opción del propio sujeto pasivo, sin que en ningún caso sean obligatorias para el mismo. Dicho con otras palabras, siempre se podrá acreditar el cumplimiento de los requisitos para la aplicación de la deducción por cualquier medio de prueba admitido en Derecho (consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V0836-10, de 26 de abril de 2010).

2.2.1. *Aportación de informes oficiales sobre el cumplimiento de los requisitos científicos y tecnológicos*

Esta vía fue introducida por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de Sociedad Limitada Nueva Empresa, con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2003, buscando un

reforzamiento de la seguridad jurídica de las empresas beneficiarias al ofrecerles la posibilidad de avalar su actuación en este área mediante una serie de informes específicos.

De este modo, se establece que los sujetos pasivos podrán aportar informe motivado emitido por el Ministerio competente (en la actualidad el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad), o por un organismo adscrito al mismo, relativo al cumplimiento de los requisitos científicos y tecnológicos exigidos en el párrafo a) del apartado 1 del artículo 35 de la LIS para calificar las actividades del sujeto pasivo como I+D, o en el párrafo a) de su apartado 2 para darles el tratamiento de actividades de innovación tecnológica, teniendo en cuenta en ambos casos lo establecido en el apartado 3 (exclusiones expresas). Dicho informe tendrá carácter vinculante para la Administración tributaria.

Como ha aclarado la Dirección General de Tributos en contestaciones vinculantes a las consultas V1437-13, de 25 abril de 2013, y V2093-13, de 24 junio de junio de 2013, el informe del Ministerio relativo al cumplimiento de requisitos científicos y tecnológicos a efectos de la aplicación de la deducción no es requisito para la deducción, sino un medio de prueba cualificado de la calificación de la actividad, siendo su solicitud y aportación voluntarias⁴. Aunque el contribuyente no aporte este informe puede resultar procedente la deducción si se acredita debidamente la concurrencia de sus presupuestos y requisitos legales⁵.

Estas previsiones fueron desarrolladas reglamentariamente a través del Real Decreto 1432/2003, de 21 de noviembre, por el que se regula la emisión por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (actual Ministerio de Economía, Industria y Competitividad) de informes motivados relativos al cumplimiento de requisitos científicos y tecnológicos, a efectos de la aplicación e interpretación de deducciones fiscales por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica⁶.

No se trata de un cauce absolutamente original o desconocido en nuestro ordenamiento tributario. A título de ejemplo, el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, prevé en su art. 40 que cuando se solicite el pago en especie de deudas tributarias, mediante la entrega de bienes integrantes del patrimonio histórico-español, a la solicitud de admisión de la dación en pago que el interesado ha de formular a la Administración tributaria se deberá acompañar la valoración de los bienes y el informe sobre el interés de aceptar esta forma de pago, emitidos ambos por el órgano competente del Ministerio de Cultura o por el órgano competente determinado por la normativa que autorice esta fórmula de pago.

⁴ En la contestación a la consulta 1202-04, de 12 de mayo de 2004, se insiste en que por el hecho de no solicitar o no emitir los informes la naturaleza de las actividades y proyectos no varía, es decir, la ausencia de estos informes no puede impedir la práctica de la deducción si dichas actividades y proyectos responden de forma efectiva a los conceptos y condiciones establecidos en la normativa del IS.

⁵ En este sentido véase la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha núm. 103/2016, de 19 de febrero de 2016, donde se vincula el concepto de innovación a que lo creado haya sido objeto de patente, por deducirse de este hecho la existencia de novedad en el mercado. Con base en este argumento se considera procedente aplicar la deducción por un prototipo que es objeto de una patente nacional e internacional.

⁶ Con relación al alcance de estos informes y una posible extralimitación en su contenido a la vista de la regulación contenida en el Real Decreto 1432/2003, de 21 de noviembre, resultan de interés las Sentencias del TSJ de Madrid número 122/2014, de 19 de febrero 2014, y 676/2014, de 25 de noviembre de 2014.

2.2.2. *Formulación de consultas tributarias escritas*

De conformidad con el artículo 35.4. b) de la LIS, los contribuyentes de dicho tributo podrán presentar consultas escritas a la Administración tributaria sobre la interpretación y aplicación de las deducciones por actividades de I+D+i. El régimen jurídico de estas consultas sectoriales, sobre todo por los que respecta al carácter vinculante de la contestación para los órganos de la Administración tributaria, se sujeta al previsto con carácter en los artículos 88 y 89 de la vigente LGT de 2003.

Esta opción fue incorporada a partir de 1 de enero de 2000 a la regulación de las deducciones que nos ocupan de resultados de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. En su día representó una particularidad significativa, puesto que en aquel momento aún se hallaba vigente la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, cuyo artículo 107 sólo otorgaba carácter vinculante a las contestaciones evacuadas por la Administración en un listado cerrado de casos. La Ley 55/1999 añadió justamente uno nuevo relativo a la interpretación y aplicación a supuestos y proyectos específicos de los incentivos a la investigación científica y a la innovación tecnológica previstos en el artículo 33 de la LIS de 1995. Sin embargo, en el momento presente el carácter vinculante de las contestaciones no supone ninguna especialidad, dado que se trata de la regla general hoy en día en virtud del artículo 89.1 de la LGT, siempre que se cumplan los requisitos legalmente previstos.

Como único elemento distintivo se autoriza a los contribuyentes para aportar informe motivado emitido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, u organismo adscrito a este, vinculante para la Administración tributaria, relativo al cumplimiento de los requisitos científicos y tecnológicos exigidos para calificar las actividades del sujeto pasivo como investigación y desarrollo o innovación tecnológica, teniendo en cuenta en ambos casos lo establecido en el artículo 35.3 de la LIS.

2.2.3. *Posibilidad de solicitar la adopción de acuerdos previos de valoración de los gastos e inversiones correspondientes a proyectos de I+D+i*

De acuerdo con el artículo 35.4. c) de LIS, a efectos de poder aplicar las deducciones los contribuyentes pueden solicitar a la Administración tributaria la adopción de acuerdos previos de valoración de los gastos e inversiones correspondientes a proyectos de investigación y desarrollo o de innovación tecnológica, conforme a lo previsto en el artículo 91 de la LGT.

El acento se pone aquí no en el aspecto cualitativo, es decir, la calificación del proyecto como actividad de I+D+i, sino en la dimensión cuantitativa sobre el importe de los gastos e inversiones que se pueden computar en la base de la deducción.

Con idéntica lógica a la que hemos visto en los dos mecanismos anteriores, de nuevo se ofrece a los contribuyentes la posibilidad de aportar, si lo estiman oportuno, informe motivado emitido por el Ministerio competente en la materia, o por un organismo adscrito a éste, relativo al cumplimiento de los requisitos científicos y tecnológicos exigidos para calificar las actividades llevadas a cabo por aquellos como I+D o como innovación tecnológica, teniendo en cuenta en ambos casos las

exclusiones contempladas en el apartado 3 del artículo 35, así como respecto de la identificación de los gastos e inversiones que puedan ser imputados a dichas actividades. Dicho informe adquiere carácter vinculante para la Administración tributaria, pero sólo a los efectos de calificación de las actividades, en ningún caso respecto de la valoración de los gastos e inversiones.

El desarrollo del procedimiento para plantear un acuerdo previo de valoración y su resolución se contiene en el artículo 38 del Reglamento del IS, aprobado en su nueva versión por el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio. Con arreglo a este precepto, la solicitud deberá presentarse por escrito antes de efectuar los gastos correspondientes con el siguiente contenido mínimo:

- a) Identificación de la persona o entidad solicitante.
- b) Identificación y descripción del proyecto de investigación científica o innovación tecnológica a que se refiere la solicitud, detallando las actividades concretas que se efectuarán, los gastos en los que se incurrirá para la ejecución de las mismas y el período de tiempo en el que se realizarán tales actividades.
- c) Propuesta de valoración de los gastos previstos, expresando la regla de valoración aplicada y las circunstancias económicas que hayan sido tomadas en consideración.

Recibida la solicitud, la Administración tributaria procederá al examen de la documentación aportada por el solicitante (que sólo tendrá efectos en relación con el procedimiento iniciado) y, en su caso, le requerirá cuantos datos, informes, antecedentes y justificantes tengan relación con la solicitud. Se prevé además que tanto la Hacienda como el obligado tributario puedan solicitar o aportar informes periciales que versen sobre el contenido de la propuesta de valoración, así como proponer la práctica de las pruebas que entiendan pertinentes por cualquiera de los medios admitidos en Derecho.

Una vez instruido el procedimiento y con anterioridad a la redacción de la propuesta de resolución, la Administración tributaria lo pondrá de manifiesto al solicitante, junto con el contenido y las conclusiones de las pruebas efectuadas y los informes solicitados, para que pueda formular las alegaciones y presentar los documentos y justificantes que estime pertinentes en el plazo de 15 días.

La resolución que ponga fin a este procedimiento, que ha de contener siempre una motivación suficiente, podrá desestimar o, alternativamente, aprobar la propuesta formulada inicialmente por el contribuyente o, con la aceptación de este, otra propuesta de valoración que difiera de la inicialmente presentada. En los supuestos de resolución aprobatoria la misma contendrá, entre otros extremos, la conformidad del contribuyente con la valoración realizada; la descripción de la operación; la valoración realizada por la Administración tributaria conforme a las normas del IS, con indicación de los gastos y de las actividades concretas a que se refiere, así como del método de valoración utilizado detallando sus elementos esenciales; y el plazo de vigencia de la valoración y fecha de su entrada en vigor.

Otro aspecto relevante de este procedimiento es el plazo máximo de 6 meses (contados desde la fecha en que la propuesta haya tenido entrada en cualquiera de los registros del órgano adminis-

trativo competente o desde la fecha de subsanación de la misma a requerimiento de la Administración tributaria), cuyo incumplimiento por la Administración tributaria implicará la aceptación de los valores propuestos por el contribuyente, idéntica solución a la prevista con carácter general por el artículo 91.4 de la LGT de 2003.

Asimismo, la resolución que se dicte no es susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de los recursos y reclamaciones que puedan interponerse contra los actos de liquidación que se efectúen como consecuencia de la aplicación de los valores establecidos en la resolución; de nuevo se sigue el criterio general del artículo 91.6 de la citada LGT.

Dado el carácter vinculante de la resolución, el artículo 38.9 del Reglamento del IS dispone que la Administración tributaria “deberá aplicar la valoración de los gastos que resulte de la resolución durante su plazo de vigencia, siempre que no se modifique la legislación o varíen significativamente las circunstancias económicas que fundamentaron dicha valoración”. Una vez más la norma se ajusta al patrón general del artículo 91.5 de la LGT.

3. LA REALIDAD DE LAS DEDUCCIONES POR ACTIVIDADES DE I+D+i: DATOS OFICIALES SOBRE SU LIMITADA EFECTIVIDAD

La consulta de las últimas *Memorias de la Administración Tributaria* publicadas por el Ministerio de Hacienda nos permite obtener algunos datos de interés, que detallamos en la tabla siguiente, con el fin de ilustrar el grado de efectividad en la práctica de estos beneficios fiscales.

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS MINORACIONES DE LA CUOTA ÍNTEGRA DEL IS POR DEDUCCIONES POR I+D+i. PERÍODO 2007-2012

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
N.º total de declarantes del IS.							
Declaraciones individuales	1.418.628	1.416.906	1.414.877	1.416.845	1.417.467	1.419.336	1.431.008
<i>Deducciones por inversiones y por creación de empleo en general (*)</i>							
Número de declarantes con deducciones	41.186	33.988	29.022	27.205	13.672	11.614	17.416
Importe deducciones (millones de euros)	1.276,6	1.027,7	957,1	16,4	659,8	722,8	869,8
Media deducciones (euros)	30.995	30.238	32.979	30.011	48.257	62.232	49.944
<i>Deducciones por actividades de I+D+i</i>							
Número de declarantes con deducciones	3.297	3.150	2.799	2.726	2.448	2.575	2.792
Importe deducciones (millones de euros)	317,5	325,7	326,9	292,1	239,5	262,5	269,6
Media deducciones (euros)	96.310	103.384	116.782	107.136	97.848	101.941	96.561

(*) Se incluyen, entre otras, las deducciones por protección del medio ambiente, creación de empleo (trabajadores con discapacidad, menores de 30 años y desempleados con prestación por desempleo), actividades de I+D+i, producciones cinematográficas, protección del patrimonio histórico, formación profesional y edición de libros.

Fuente: *Memorias de la Administración Tributaria 2009 a 2014*, disponibles en la web del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Como puede apreciarse, entre 2007 y 2011 se detecta en general un ostensible y constante descenso de las deducciones por inversiones de la cuota del IS, que en esos años vieron significativamente reducido su ámbito subjetivo de aplicación y su importe total. Ello obedece, sin duda, al efecto combinado de dos factores. De una parte, una serie de modificaciones normativas que limitaron su operatividad y cuantía desde el ejercicio 2007. Y de otra parte, las repercusiones de la prolongada crisis económica por la que hemos atravesado. En una situación tan desfavorable para las actividades empresariales, con alarmantes niveles de desempleo, fue casi inevitable que se ralentizasen las inversiones y las contrataciones de personal que realizan los sujetos pasivos del IS. De ahí que el número de empresas que se acogieron a esos beneficios fiscales descendiese en más de un 70 por 100 entre 2007 y 2012 (de 41.186 a 11.614 en 2012), con un ligero repunte al alza en 2013 (17.416 entidades beneficiarias) mientras que los gastos fiscales por estos conceptos bajaron en algo más de 43 por 100 (de 1.276,6 millones de euros en 2007 a 722,8 millones de euros en 2012), de nuevo con un pequeño cambio de tendencia en 2013 (869,8 millones de euros).

A pesar de lo anterior, es importante subrayar que durante ese mismo período el retroceso ha sido bastante menos pronunciado en el caso de las deducciones por actividades de I+D+i, si se comparan los datos sobre el número de declarantes, su importe total y la cantidad media deducida por los beneficiarios de las mismas. Entre 2007 y 2011 se produjo un bajada del 25,75 por 100 del número de sujetos pasivos que hicieron uso de estos beneficios fiscales (de 3.297 a 2.448 empresas) y del 24,57 por 100 en el importe total de las deducciones aplicadas (de 317,5 a 239,5 millones de euros), aun cuando el importe medio se ha elevado ligeramente de 96.310 a 97.848 euros. En 2012 se inicia una tímida senda de recuperación que ha llevado en 2013 a 2.792 beneficiarios y un importe total deducido de 269,6 millones de euros.

Si descendemos al análisis diferenciado de su doble modalidad, la deducción por actividades de investigación y desarrollo tiene un mayor peso que la correspondiente a innovación tecnológica. En 2013 (único ejercicio hasta la fecha en que el Ministerio ha publicado datos estadísticos desagregados para cada uno de estos dos componentes) se acogieron a la primera 1.516 sujetos pasivos, ascendiendo a 173,2 millones de euros las cantidades deducidas y con una cuantía media de 114.240 euros por declarante; la segunda afectó a 1.276 declarantes, con importes totales y medios de 96,4 millones de euros y 75.561 euros, respectivamente⁷.

De cualquier modo, llama la atención el moderado número de entidades que aplican estos beneficios fiscales, que en los ejercicios más recientes se ha situado bastante por debajo de 3.000 contribuyentes, a pesar de los generosos porcentajes y límites de deducción legalmente establecidos, sobre todo en el caso de la deducción por actividades de I+D⁸, y de los instrumentos inter-

⁷ Memoria de la Administración Tributaria 2014, pág. 233.

⁸ El porcentaje de deducción es del 25 por 100 con carácter general. Además, está previsto un porcentaje incrementado del 42 por 100 para el exceso de gasto respecto a la media del efectuado en los dos años anteriores, así como porcentajes específicos del 17 por 100 para los gastos de personal de la entidades correspondientes a investigadores cualificados y del 8 por 100 para inversiones en elementos del inmovilizado material e intangible afectos exclusivamente al desarrollo de actividades de I+D.

pretativos que hemos examinado en el apartado precedente. Concretamente, en 2012 y 2013 solo fueron 2.575 y 2.792 empresas, respectivamente, lo que supone apenas un 0,18 y un 0,20 por 100 del total de las declaraciones individuales del IS presentadas en dichos ejercicios (1.419.336 y 1.431.008).

4. CONCLUSIÓN

Los datos anteriores acerca del limitado alcance de las deducciones por actividades de I+D+i parecen estar en consonancia con el menor peso que, según las estadísticas internacionales (Banco Mundial), tiene el gasto en I+D+i en nuestro país (medido en proporción al PIB) en comparación con otros Estados de nuestro entorno político y económico. En el período 2010-2014 el peso fue en España del 1,30 por 100 del PIB, muy por debajo de países como Alemania (2,92 por 100), Austria (2,84 por 100), Estados Unidos (2,79 por 100), Finlandia (3,55 por 100), Francia (2,26 por 100), Irlanda (1,72), Países Bajos (2,16 por 100), Portugal (1,50 por 100), Reino Unido (1,72 por 100) o Suecia (3,41 por 100).

Por otra parte, estas deducciones tienen un radio de acción bastante más limitado que otras minoraciones de la cuota previstas en la normativa del IS. En general, en 2012 el coste fiscal asociado al conjunto de tales minoraciones de la cuota (bonificaciones y deducciones de diversas clases) ascendió 10.525,8 millones de euros, de los que las deducciones por I+D+i (262,5 millones de euros) apenas representaron un 2,49 por 100. En 2013 ese porcentaje ha descendido hasta un 2,24 por 100 (12.015,3 millones de euros del conjunto de minoraciones de la cuota versus 269,6 millones de euros de las deducciones por I+D+i). Quedan muy lejos, por ejemplo, las deducciones por doble imposición interna de dividendos y plusvalías, que afectan a un grupo mucho más amplio de declarantes (12.096 en 2012 y 12.167 en 2013) y suponen un coste recaudatorio significativamente superior (6.577,1 millones de euros en 2012 y 8.006,5 millones de euros). Eso sí, en la actualidad se han convertido en las deducciones por inversiones y creación de empleo de mayor peso, por delante de las deducciones por donaciones a entidades sin fines lucrativos, por reinversión de beneficios extraordinarios o por creación de empleo.

La revelación de los riesgos fiscales en la contabilidad

AURORA M.^a RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

1. Introducción. 2. Las medidas de refuerzo sobre protección del inversor en materia fiscal. 3. La transparencia en la divulgación de los riesgos fiscales. 4. La contabilidad de los riesgos fiscales en España ante las conductas sancionables por elusión fiscal. 5. Apunte conclusivo. Bibliografía.

RESUMEN. Las Administraciones tributarias se van visto obligadas a buscar nuevas fórmulas de relaciones con el obligado tributario con el fin de obtener confianza en las declaraciones de impuestos sobre sociedades, y conocer de antemano los riesgos e incertidumbres fiscales.

Bajo esta premisa la OCDE propuso a debate una serie de recomendaciones sobre cómo diseñar regímenes de divulgación obligatoria de información sobre los riesgos fiscales bajo la Acción 12, teniendo en cuenta los modelos existentes en países implantados, principalmente del área anglosajón.

Es probable que este nuevo modelo de relación no sólo favorezca los intereses de la Administración tributaria, sino también a los usuarios principales de la Contabilidad, los inversores, dado que es de esperar que las incertidumbres fiscales tiendan a mitigarse, por lo que genera confianza en los mercados.

Este trabajo trata de destacar las mejoras de la regulación contable española al objeto de favorecer un buen gobierno corporativo y suplantar sustancialmente las deficiencias informativas del modelo contable de las normas internacionales de contabilidad para la Administración tributaria.

1. INTRODUCCIÓN

El fraude contable más común que se produce en el entorno de las grandes empresas cotizadas suele venir acompañado de estrategias que persiguen ocultar o aflorar información contable con el único motivo de generar valores en los mercados. Dicho de otro modo, bajo un entorno de conflicto de interés entre inversores y directivos, es habitual que estos últimos adopten una posición activa en la elección de las distintas alternativas en el ejercicio del principio de devengo, a fin de generar determinados resultados al cierre del ejercicio. Siguiendo esta teoría sobre conflictos de interés (Jensen y Meckling, 1976) en los últimos años se ha venido utilizando en contabilidad la metodología de los ajustes por devengo, dirigida a detectar empíricamente el grado de influencia del ejercicio de la discrecionalidad directiva en el resultado contable.

Si bien es obvio advertir las consecuencias negativas que se deriva de este particular en los *stakeholders*, no es menos cierto que la normativa legal que se ha emitido para evitar la manipulación de la información contable tiene como fin incrementar su utilidad para los principales usuarios de la información contable, los inversores.

En los países del área anglosajón, la revelación al mercado de los beneficios empresariales es la piedra angular sobre la que pivota la necesidad de estimación contable de los mismos. Pero

a diferencia de los países de ley común, en los países de ley civil, la determinación de los beneficios empresariales encuentra su justificación por su capacidad económica de retribuir a los principales agentes de la empresa, como son los prestamistas y acreedores en general y el Estado, en particular, y algo menos por su contribución a la divulgación externa como medida de rendimiento empresarial. Ello ha justificado que las normas de contabilidad promulgadas en España, si bien se encuentran inspiradas en las normas internacionales de contabilidad con marcada influencia anglosajona sin influencia de los principales poderes como son las Instituciones Financieras de Crédito y el Estado¹, tienen implícitamente su adaptación al entorno continental. Esta escasa atención a las demandas del mercado ha dado origen a la afirmación que nuestro sistema legal no ha ofrecido buenos resultados en cuanto a nivel de calidad informativa contable, “pues resulta posible argumentar que las normas contables en los países de ley civil entregan una mayor discrecionalidad a la dirección para poder decidir el momento en el cual las ganancias y pérdidas económicas son incorporadas en los beneficios contables” (Jara, 2010, 76). Dicho problema se acrecienta en el entorno de las empresas de los grupos cotizados españoles, en los que la escasa protección legal del inversor que ha tenido en el pasado, no ha podido dar respuesta a las necesidades informativas del mercado sobre los beneficios empresariales.

La estimación de los beneficios contables también puede encontrarse alterada por la ocultación de los riesgos asociados a las políticas de gestión implantadas por los directivos, sin un control adecuado de los mismos, ocupando los de índole fiscal una proporción significativa en los últimos años, fruto de la puesta en práctica de estrategias de planificación fiscal agresiva.

Y es que si bien, siempre ha estado presente en la contabilidad la importancia de un buen control interno como garantía de la fiabilidad y relevancia de la información contable, los controles de tipo fiscal han quedado relegados a medidas de cumplimiento impositivo, más que con fines de detectar y mitigar prácticas de riesgo por abuso fiscal².

Este trabajo trata de destacar las mejoras que se han venido realizando en la regulación contable española al objeto de favorecer un buen gobierno corporativo y suplantar sustancialmente las deficiencias informativas del modelo contable de las normas internacionales para la Administración tributaria³.

¹ Tal como señalan GONZALO, y GARVEY (2015, 36), “[e]s evidente que las NIIF han estado promovidas y promocionadas por los mercados de capitales, cuyas autoridades locales, y singularmente la federación que las agrupa (la *International Organization of Securities Commissions*, IOSCO) han jugado un papel decisivo en la aceptación mundial de las mismas, e incluso son las que en buena parte financian la institución”.

² DYRENG, S., y HANLON (2011) concluye que si bien las empresas cotizadas multinacionales tienden a ser más proclives en la manipulación de los resultados obtenidos en el país de residencia de la matriz, aquéllas que operan en mercados extranjeros con baja tributación presentan resultados que tienden a ser mayoritariamente manipulados, por lo que los grupos que tienen múltiples subsidiarias llevan a cabo más prácticas del tipo *earnings management*, a través de *discretionary accruals*.

³ Tal como afirman GONZALO, y GARVEY (2015, 6) “parece que los trabajadores o sindicatos, los clientes o proveedores, las autoridades económicas o fiscales y el público en general deben pensar cuando estén en frente a unos estados financieros que la información que contienen no es la que necesitan porque no está hecha para ellos”.

2. LAS MEDIDAS DE REFUERZO SOBRE PROTECCIÓN DEL INVERSOR EN MATERIA FISCAL

El objetivo principal de 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, no es más que satisfacer las necesidades del inversor, a través de medidas, esta vez con carácter coercitivo, (con el fin de no hacerlas descansar en lo que tradicionalmente se denomina *soft law*) que le proporcionen confianza sobre la gestión, supervisión y transparencia llevada a cabo por los directivos, principalmente, las que ofrecen mayores riesgos, incrementando: a) la eficacia de la labor de los administradores (en cuanto a sus funciones, competencia y organización); b) el nivel y calidad de la implicación de los socios en la toma de decisiones.

En que lo respecto a la intensificación de la responsabilidad de los administradores en materia fiscal, cabe destacar la relación exhaustiva del artículo 529 *ter* sobre las facultades indelegables del Consejo de Administración en la determinación de la estrategia fiscal de la empresa, la aprobación de las operaciones que comporten un nivel importante de riesgo fiscal, así como la supervisión de los sistemas internos de información y control fiscal.

También se intensifica las responsabilidades de la Comisión de Auditoría en materia fiscal, al atribuirle la función de supervisar la eficacia del control interno de la sociedad y de discusión con el auditor de cuentas, sobre las debilidades significativas del sistema de control interno detectadas en el desarrollo de su trabajo (594 *quaterdecies.4.b*).

Pero para que el Consejo de Administración pueda hacerse responsable sobre las materias legales que afectan a la empresa, es requisito indispensable que la Comisión de Auditoría le remita cuanta información se requiera de tales asuntos y, en particular, sobre la información financiera que la sociedad deba hacer pública periódicamente, la creación o adquisición de entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales y las operaciones con partes vinculadas (594 *quaterdecies.4.g*).

Asimismo debe destacarse que la legislación española ha normativizado las recomendaciones 3.^a y 4.^a del Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, haciendo constancia de la responsabilidad última que tienen los accionistas a la hora de aprobar determinadas transacciones gestionadas por el Consejo de Administración. A este respecto, el artículo 511 *bis* detalla las siguientes operaciones que de ser tomadas en consideración por parte de los directivos, con el consentimiento de los administradores, pudieran ocasionar graves riesgos para los accionistas:

- a) La transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas.
- b) Las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad.
- c) La política de remuneraciones de los consejeros en los términos establecidos en esta Ley.

Concretamente la política de protección del inversor frente a las operaciones citadas en el apartado b, tiene como fin evitar que transferencias patrimoniales cuantitativas y cualitativamente

relevantes y con efectos similares a las reestructuraciones empresariales puedan pasar inadvertidas por parte de los accionistas. Es decir, que de ser adoptadas por el Consejo de administración sin decisión legal específica por parte de la Junta General, podría constituir una estrategia para dejar al margen a los accionistas sobre la política de capital o la de beneficios sobre operaciones y cuyos fondos quedarán gestionados a la discreción de la dirección.

Pero además de los problemas de control sobre los beneficios, los inversores también se enfrentan en el curso de estas operaciones con problemas de tipo fiscal, dado que toda cesión de patrimonio entre empresas del grupo que no persigan motivos económicos, sino que tengan con única finalidad minorar la carga tributaria, ponen en riesgo el valor a largo plazo del grupo empresarial.

Pero un buen gobierno corporativo no debe ampararse únicamente en medidas sobre gestión y supervisión en la toma de decisiones, sino también en normas de transparencia, esta vez, de tipo contable que garanticen una adecuada revelación de los riesgos fiscales, tal como se estudiará a continuación.

3. LA TRANSPARENCIA EN LA DIVULGACIÓN DE LOS RIESGOS FISCALES

Las reformas en materia de Buen Gobierno Corporativo a través de lo que se viene denominando el *soft law* y *hard law* se configuran como elemento esencial para contrarrestar el riesgo de que los miembros que ejercen el poder en la compañía lo hagan en su propio interés y beneficio. Para ello, no sólo es necesario mejorar e incrementar la atribución de la responsabilidad de los administradores, sino también la transparencia sobre los riesgos de la gestión fiscal adoptada por la empresa. Tal como establece *La Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 sobre la Planificación Fiscal Agresiva (2012/772/UE)* una estrategia fiscal de riesgo elevado no es más que el reconocimiento de un importante beneficio fiscal, sin un reflejo de los riesgos empresariales asumidos por el contribuyente.

Un buen gobierno corporativo que proteja los intereses de los accionistas lleva aparejado una gobernanza fiscal aceptable en cuanto a asunción de riesgos, lo que conlleva que toda estrategia fiscal adoptada debe encontrarse dentro de un margen razonable de posiciones fiscales que no pongan en peligro los capitales invertidos por los inversores. Si bien es verdad que estos objetivos no suponen una buena gobernanza fiscal en términos de responsabilidad fiscal corporativa⁴, no es menos cierto que un sistema de control tributario eficaz implantado en el entorno de las empresas multinacionales dirigido a evitar o, al menos, mitigar los riesgos fiscales, puede satisfacer las demandas informativas que requiere la Administración tributaria.

⁴ En palabras del profesor LIZCANO (2006, 25): “La buena gobernanza “ha centrado su atención, casi exclusivamente, en establecer un marco de relaciones capaz de optimizar los beneficios para los propietarios (accionistas), por medio de determinados mecanismos de dirección y control, así como de reparto de poder. La responsabilidad social corporativa, por su parte, se presenta como un modelo emergente y alternativo de gestión que reconoce también a la empresa como un entramado de relaciones, ahora bien, no sólo de propietarios y agentes-directivos, sino de todas aquellas partes o grupos interesadas por la existencia y marcha de la empresa: empleados, clientes, proveedores, competidores, comunidad local, medio ambiente, y sociedad en general.”

Siguiendo Ortega, y Díaz-Moro (2016, 46) una buena gobernanza fiscal por parte de la empresa consistiría en una serie de compromisos, tales son:

- “ i) El cumplimiento de la legislación fiscal.
- ii) Interpretación razonable de la normativa aplicable, en sintonía con la sustancia económica las operaciones realizadas.
- iii) Colaboración con las autoridades tributarias.
- iv) Política de precios de transferencia que retribuya en términos de mercado los factores empleados en la producción y por tanto, el margen.
- v) Evitar:
 - constituir sociedades en paraísos fiscales;
 - estructuras que no vengan avaladas por la actividad económica, y
 - erosión de las bases imponibles en una jurisdicción mediante el traslado de resultados a territorios de baja tributación.
- vi) Ofrecer información en relación con las magnitudes tributarias acorde con lo anterior, proveyendo las exigidas por las cuentas anuales y aquella de orden cualitativo que complemente la función llevada a cabo en el entorno de responsabilidad social.”

Siguiendo los apartados iii y vi, un buen gobierno en materia fiscal pasa por proporcionar información relevante a la Administración tributaria sobre operaciones y negocios con posible o probable riesgo fiscal, por encontrarse en la frontera entre lo que constituye planificación fiscal lícita e ilícita, constituyendo las normas contables una fuente de primera magnitud en orden a satisfacer la valoración y revelación de la actividad económica. No sin olvidar que los estándares de fiabilidad y relevancia para el mercado, exige implantar en la empresa un sistema de control interno eficaz para la detección y supervisión de riesgos fiscales.

También una política de colaboración entre empresas multinacionales y autoridades tributarias en el marco de un buen gobierno que facilite los debates abiertos y constructivos entre el Fisco y las Grandes empresas⁵, beneficia a los inversores, pues reduce potenciales litigios o conflictos que puedan suponer costes fiscales y reputacionales a la empresa.

En el caso de España, se ha creado el Foro de Grandes Contribuyentes en el que sus participantes (grandes contribuyentes y Administración Tributaria) se comprometen a realizar reuniones conjuntas o sectoriales, para abordar los principales problemas que se plantean a la hora de abordar sus estrategias fiscales, que persiguiendo una reducción o aplazamiento de la carga tributaria, pueden resultar ilegítimas porque van en contra la letra y el espíritu de la ley. A modo

⁵ La OCDE (2008) en su documento *A study into the role of tax intermediaries*, indica las ventajas de la relación cooperativa entre contribuyentes y la Administración Tributarias frente a las tradicionales tareas de revisión e inspección fiscal. Consiste en que las empresas pongan en conocimiento a la Administración Tributaria sobre sus estrategias u objetivos fiscales. En suma, el objetivo es prevenir el conflicto más que castigarlo.

de ejemplo, el Código de Buenas Prácticas Tributarias⁶ aprobado por el Foro de Grandes Empresas y la AEAT contiene recomendaciones, voluntariamente asumidas por la Administración Tributaria y las Grandes Empresas. La Administración tributaria se compromete a mejorar la seguridad jurídica, velando por la unidad de criterio en sus interpretaciones, para lo cual aplicará los criterios interpretativos que se desprendan de la doctrina administrativa y jurisprudencial y, en ausencia de tal doctrina, solicitando informe a la Dirección General de Tributos. Por su parte las Grandes Empresas, se comprometen en hacer un uso responsable en la aplicación de políticas fiscales con conocimiento del Consejo de Administración.

El Código de Buenas Prácticas Tributaria dentro de su apartado 1. Transparencia, Buena Fe y Cooperación con la Agencia Tributaria en la Práctica Fiscal Empresarial explicita en su apartado 4 que:

“El Consejo de Administración u órgano equivalente estará informado de las políticas fiscales aplicadas por la compañía. Antes de formular las cuentas anuales y presentar la declaración del Impuesto sobre Sociedades, el responsable de los asuntos fiscales de la compañía informará al Consejo, directamente o a través de la Comisión de Auditoría, de las políticas seguidas durante el ejercicio.

Sin perjuicio de ello, en el caso de operaciones o asuntos que deban someterse a la aprobación del Consejo de Administración u órgano equivalente se informará de cuáles son las consecuencias fiscales de las mismas cuando constituyan un factor relevante.”

A este respecto la Administración Tributaria aclara⁷, que no sólo debe informar el responsable de los asuntos fiscales a los Administradores antes de aprobación de las cuentas anuales, sino también “puede ser necesario informar en más de una ocasión siempre que [...] se produzcan operaciones o asuntos que deban someterse a la aprobación del Consejo de Administración”.

Como quiera que pueda interpretarse lo anterior, puedan resultar críticas en cuanto a la subjetividad de los objetivos⁸ o sobre la incertidumbre de su consecución⁹, es indudable que la Fiscalidad ha hecho suya el objetivo final que cualquier estrategia fiscal que, a través de los canales de comunicación oportunos, cuente con el beneplácito de los administradores y, por tanto, con la aprobación de confianza de los accionistas, redundará positivamente a corto y a largo plazo en los intereses de la Administración tributaria.

⁶ La decisión de adhesión al Código de Buenas Prácticas Tributarias deberá formalizarse a través de un acuerdo del Consejo de Administración u órgano equivalente de la entidad, que se comunicará a la Agencia Tributaria.

⁷ Acuerdos de la Comisión de seguimiento del Código de buenas prácticas tributarias de 11 de febrero de 2011.

⁸ En opinión de CALDERÓN (2015) “introduce elementos subjetivos en la interpretación de la norma y está teñida de connotaciones morales; de hecho [...], no sólo excluye operaciones estructuradas de manera tal que tengan resultados fiscales que sean inconsistentes con las consecuencias económicas (salvo que exista legislación específica diseñada a tal efecto), sino que también añade que las grandes empresas deben adoptar un «comportamiento razonable y socialmente responsable fiscalmente»”.

⁹ Desde una perspectiva crítica ROZAS VALDÉS, J. (2016, 20), la Administración tributaria española, está muy alejada de lograr sus objetivos “pues la realidad del día a día –más allá de declaraciones de intenciones como el llamado «Código de Buenas Prácticas»– está presidida por una ausencia apreciable de disposición al acuerdo y una prevalencia de la disconformidad y del litigio en un marco de administración de los mismos que, desde hace ya demasiados años, deja mucho que desear”.

No obstante, esta afirmación tiene unos matices que es preciso añadir, pues una mayor utilidad de los estados financieros pasa por incrementar la transparencia informativa contable de contenido fiscal. Es decir, a la hora de combatir los problemas de erosión de las bases imponibles en las empresas multinacionales, los programas de cumplimiento cooperativo no deben constituir la única herramienta que tenga la Administración Tributaria para prevenir y detectar los riesgos fiscales, sino que la contabilidad debe ser el punto de partida en la revelación de información contable en materia fiscal. A tal efecto se encuentran a su disposición, tanto el informe de gestión, el informe de gobierno corporativo, como las propias cuentas anuales. Bajo esta premisa de relación entre la contabilidad y la fiscalidad, la OCDE propuso a debate una serie de recomendaciones sobre cómo diseñar regímenes de divulgación obligatoria de información sobre los riesgos fiscales bajo la Acción 12, teniendo en cuenta los modelos existentes en países implantados, principalmente del área anglosajón.

4. LA CONTABILIDAD DE LOS RIESGOS FISCALES EN ESPAÑA ANTE LAS CONDUCTAS SANCIONABLES POR ELUSIÓN FISCAL

Además de promover relaciones cooperativas entre los interlocutores principales, las tendencias actuales que se están imponiendo como medidas para luchar contra las estrategias fiscales que contravienen el espíritu y finalidad de las normas fiscales, también van en la línea de poner en conocimiento a la Administración determinadas posturas arriesgadas adoptadas por las multinacionales. Países como Canadá, Australia y Estados Unidos obligan a revelar prácticas fiscales que son calificadas de riesgo importante. En el caso de Estados Unidos, la presentación del modelo de declaración *Schedule UTP (Form 1120)* está vinculado a la existencia de provisiones fiscales en los estados financieros de la entidad.

Tal como se ha señalado no es posible un buen gobierno corporativo sin una adecuada transparencia informativa contable de los riesgos fiscales, que garantice a los inversores la eficiencia del sistema de control fiscal implantado por la empresa y la adecuada aplicación de las normas contables.

En el *IV Encuentro de Derecho de Derecho Financiero y Tributario* (Rodríguez, 2016), ya puse de manifiesto la forma en que la norma contable americana, FIN 48, registra y valora las incertidumbres valorativas del gasto por el impuesto sobre sociedades como consecuencia de prácticas fiscales de riesgo probable. No es objetivo de este trabajo volver a explicar las bondades del ajuste valorativo que establecen dicha norma, sino poner en valor los avances que se han realizado en esta materia en España, a pesar de que el IASB no ha regulado todavía (sólo hay un proyecto de reforma) la forma en que se han de publicar las posiciones fiscales inciertas.

En mi opinión, el avance más importante que se ha realizado en España en materia contable sobre riesgos fiscales, antes de la aprobación de la ley de reforma de gobierno corporativo son las consultas del ICAC y la norma de Registro y valoración n.º 21 del PGC, que se han desarrollado en torno a operaciones del grupo. Así, el tratamiento contable general que se propuesto para las operaciones del grupo, siguen el principio de sustancia sobre la forma, entendido como aquel que debe atender al fondo económico y jurídico que subyace en las mismas, con independencia

de la forma empleada para instrumentarlas, una vez analizados en su conjunto todos los antecedentes y circunstancias, siempre teniendo en consideración que es responsabilidad de los administradores y auditores valorar adecuadamente las operaciones que se realicen¹⁰.

De otro lado, se encuentra el tratamiento contable que viene recomendando el ICAC para el registro y valoración de las actas de inspección. Así la consulta 10 del BOICAC n.º 75, de septiembre de 2008, ya proponía cómo reflejar las obligaciones presentes que se pongan de manifiesto a raíz de una comprobación fiscal por parte de la Administración tributaria. Con la aprobación de la ley de reforma de gobierno corporativo, dada la importancia de la revelación de los riesgos fiscales, se promulga, ya de forma imperativa, la norma 8 de la *Resolución de 9 de febrero de 2016, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan las normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del Impuesto sobre Beneficios*, que transpone la citada consulta. No obstante, se matiza que la correspondiente dotación a la provisión por el importe estimado de la deuda tributaria deberá realizarse siempre que exista una obligación de naturaleza fiscal, aunque no se derive de un acta de inspección, incorporándose pues toda estrategia fiscal de riesgo que detecte el sistema de control interno, a raíz de los criterios mantenidos por las Administraciones Públicas o por los Tribunales de Justicia sobre hechos de similar naturaleza a los que se refiere la obligación.

A este respecto, cabe señalar que el tratamiento contable ofrecido, si bien no propone cuando se considera una posición fiscal de riesgo fiscal probable, utiliza el sistema de ajuste de los beneficios similar al tratamiento norteamericano, aunque perfilando el registro de los mismos, siguiendo la norma sobre cambios de estimación y corrección de errores.

No obstante, a raíz de la modificación del artículo 206 *bis* de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria*, cualquier planificación fiscal que haya sido declarada contraria a derecho por la Administración tributaria, a través del pronunciamiento de la comisión establecida, constituirá una estrategia de riesgo probable que deberá convenientemente ser valorada y representada en los estados contables.

De esta forma, si la empresa se encuentra dentro de un proceso colaborativo con las autoridades tributarias, y del análisis de las operaciones (sustentados en información económica y contable) la administración interpreta que las citadas operaciones se encuentran en condiciones de igualdad sustancial con otro u otros supuestos en los que se hubiera establecido públicamente criterio administrativo, será obligación del responsable de los asuntos fiscales, en caso de mantener la posición fiscal incierta, informar directamente al Consejo de administración, o a través de la Comisión de Auditoría. Dicho de otro modo, será obligación la revelación de una provisión fiscal, que deberá ser corregida en el futuro ante cambios en la incertidumbre sobre la posición fiscal, siempre bajo la consideración del principio de seguridad jurídica. Y es que la inseguridad jurídica que puede generar la aplicación de una cláusula general, va a influir también en la contabilidad a la hora de estimar como probables y fiables los riesgos fiscales.

¹⁰ A título de ejemplo puede señalarse las consultas 5 y 8 del BOICAC n.º 86/2011 o la consulta 2 del BOIAC n.º 96/2013.

5. APUNTE CONCLUSIVO

Teniendo en cuenta que el principio general de la tributación de las sociedades debe ser que los impuestos se paguen en donde se ejerce la actividad económica efectiva de la sociedad y se cree valor añadido, el concepto de “sustancia económica” es primordial a la hora de delimitar cuándo una planificación fiscal es calificada de elusiva y, por tanto, de riesgo para la empresa. A este respecto, ha sido favorable para los intereses de la Administración Tributaria, el establecimiento de políticas de buen gobierno, principalmente, las que están dirigidas a transparentar los riesgos fiscales a través de estimación y valoración contable de las operaciones económicas con riesgo fiscal por estar sustentadas bajo el principio de sustancia económica sobre la forma jurídica. Prueba de ello es que bajo el entorno de influencia anglosajón que posee las normas contables españolas por las normas internacionales, el ICAC ha conseguido, a través de sus consultas y mejora en sus normas, suplantar las deficiencias valorativas en operaciones entre empresas del grupo, cuando su realidad económica puede ofrecer cierta complejidad por el sustento formal en que se apoyan.

Todas las medidas sobre buen gobierno corporativo y de transparencia contable de índole fiscal, si bien no garantizan estrictamente un buen gobierno fiscal, sí que contribuyen a su mejora, pues las normas contables en la actualidad están dirigiéndose a revelar toda estrategia fiscal que ponga en peligro la valoración de los capitales invertidos. Y es que a la hora de combatir los problemas de erosión de las bases imponibles en las empresas multinacionales, los programas de cumplimiento cooperativo no deben constituir la única herramienta que tenga la Administración Tributaria para prevenir y detectar los riesgos fiscales, sino que la contabilidad debe ser el punto de partida en la revelación de información contable en materia fiscal.

Por último indicar que, en la medida en que en España los mecanismos que se interpongan para combatir las maniobras de elusión fiscal se encuentren sujetos al principio de seguridad jurídica, ello redundará positivamente en la contabilidad en su labor de estimación fiable y probable de los riesgos fiscales.

Bibliografía

- CALDERÓN, J. M. (2015): “El nuevo modelo de Control del Cumplimiento Tributario de los Grandes Contribuyentes: las últimas medidas propuestas por la HMRC y su potencial impacto en España”, *Revista Quincena Fiscal*, 19.
- DYRENG, S., y HANLON, M. (2011): “Where Do Firms Manage Earnings?”, electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1849244>.
- GONZALO, J., y GARVEY, A: “El nuevo marco conceptual del IASB (propuesta de 2015): entre la filosofía y la componenda”, *Revista AECA*, XVIII Encuentro AECA, n.º 111, 34-39.
- LIZCANO, J. L (2006): “Buen gobierno y Responsabilidad social Corporativa”, *Partida Doble*, núm. 182, páginas 20 a 35, noviembre.
- OCDE (2008): en <http://www.oecd.org/dataoecd/28/34/39882938.pdf>.
- ORTEGA, E., y DÍAZ-MORO, M: “Responsabilidad social corporativa en materia fiscal”, *Revista AECA*, XVII Encuentro AECA, n.º 115, 45-47.

RODRÍGUEZ, A. (2016): “La contabilidad sobre las estrategias fiscales de las operaciones del grupo. ¿Un marco de información para la fiscalidad?”, “IV Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (3.ª parte)”, Instituto de Estudios Fiscales, *Doc. n.º 15*, 123-130.

ROZAS VALDÉS, J. (2016): “Los sistemas de relaciones cooperativas: una perspectiva de derecho comparado desde el sistema tributario español”, Instituto de Estudios Fiscales, *Doc. n.º 6*.