



**FACULTAD DE CIENCIAS
ECONÓMICAS Y EMPRESARIALES**

**DOBLE GRADO EN ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE
EMPRESAS Y DERECHO**

**PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA EN LOS GRUPOS DE
EMPRESAS: MECANISMOS HÍBRIDOS**

Trabajo Fin de Grado presentado por María Criado Urbano, siendo la tutora del mismo
Teresa Duarte Atoche

Vº. Bº. del Tutor/a/es/as:

Alumno/a:

D.^ª Teresa Duarte Atoche

D.^ª María Criado Urbano

Sevilla. Junio de 2019

ÍNDICE

1. Introducción	2
2. Planificación fiscal agresiva	5
2.1. Planificación fiscal agresiva en la Unión Europea	6
2.1.1 Delimitación del problema y su trascendencia	10
2.1.2. Mecanismos de planificación fiscal agresiva.....	13
2.1.2 a) Treaty shopping	13
2.1.2 b) Subcapitalización	16
2.1.2 c) Sociedades holding.....	18
2.1.2 d) Operaciones intragrupo.....	19
2.1.2 e) Estructuras de pérdidas	20
2.1.2 f) Credit Defaults Swaps.....	20
2.1.3. Regulación en la Unión Europea	23
2.1.3 a) Normativa	23
2.1.3 b) Jurisprudencia	37
2.2. Planificación fiscal agresiva en España	44
2.2.1. Legislación	46
2.2.2. Jurisprudencia	53
3. Mecanismos híbridos como medio de planificación fiscal	56
3.1. Introducción al concepto	57
3.2. Principales mecanismos híbridos	58
3.3. Regulación y medidas	74
3.3.1. Nivel internacional	74
3.3.2. Nivel europeo	76
3.3.3. Nivel nacional	78
4. Conclusiones	80
5. Bibliografía	83

1.INTRODUCCIÓN

En la actualidad, vivimos en un mundo globalizado donde las economías de los distintos países están cada vez más interrelacionadas, lo cual ha supuesto una oportunidad para las grandes multinacionales en sus objetivos de creación de valor y maximización de beneficios. Especialmente, ha contribuido en las estrategias de expansión transfronteriza de estas compañías, conforme a la cual, las empresas invierten en los diferentes Estados, configurando así grupos consolidados compuestos por empresas con residencias fiscales distintas. Estas estrategias tienen un claro efecto en la fiscalidad del grupo que empiezan a ser cuestionables. Concretamente, es en el área de la fiscalidad internacional, donde se dan mayores mecanismos, reprochables o no según el caso, con la finalidad de conseguir una rebaja en la carga fiscal de las grandes multinacionales.

Es cierto, que en un primer momento parece legal que las entidades busquen la forma de reducir su “factura fiscal”, tal y como afirma la mayoría de la doctrina al respecto, pues se observa que en principio es perfectamente lícito que las empresas puedan someterse a regímenes fiscales distintos, para obtener ventajas fiscales; recurriendo al concepto de “arbitraje fiscal internacional” para justificar su posición.

La teoría del “arbitraje fiscal internacional” es una práctica que busca reducir la carga fiscal de las empresas, mediante una planificación de sus estructuras financieras y societarias más adecuadas, atendiendo a su dispersión internacional. Sin embargo, esto sería lícito si fuera un *“proceso de eliminación de ineficiencias y el aumento de la neutralidad en los sistemas fiscales, efectuados con el fin de evitar que la fiscalidad sea un obstáculo en el desarrollo de actividades económicas”*, Vallejo Chamorro (2015:148). En la actualidad este arbitraje supera los límites de la legalidad, derivando en supuestos de fraude fiscal.

El interés de las empresas por buscar beneficios fiscales ha crecido de manera alarmante, lo cual ha supuesto una pérdida bastante importante para las arcas públicas, ya que las empresas no tributaban por los beneficios realmente obtenidos, puesto que la recaudación por el impuesto de sociedades no crecía al mismo ritmo que las plusvalías obtenidas por las multinacionales, o su valor de capitalización. Por tanto, las conductas defraudadoras por parte de las empresas han ido en aumento.

Las multinacionales logran defraudar mediante el uso de la planificación fiscal agresiva, que se identifica por la mayoría de las instituciones con la elusión fiscal.

La planificación fiscal agresiva se desarrolla por medio de numerosos mecanismos, a los que presta especial atención el Proyecto BEPS (2015) elaborado por la OCDE, estableciendo recomendaciones a los países para reducir sus efectos. Este informe contiene 15 acciones relativas a las técnicas de planificación, entre ellas la acción 2. Dicha acción será objeto de análisis en la segunda parte del presente trabajo, la cual lleva por rúbrica: *“neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos”*, los cuales han originado en los últimos tiempos situaciones de baja o nula tributación. Estos mecanismos plantean una serie de asimetrías híbridas que inciden sobre los ingresos fiscales de los estados implicados; afectan a la competencia entre empresas y entre estados, ocasionando una *“competencia fiscal a la baja”*. También inciden en la transparencia, en la equidad y en sus estrategias de inversión, pretendiendo alcanzar con ellas la eficiencia económica, optimizando sus recursos y consiguiendo significativas ventajas competitivas y fiscales.

La planificación fiscal agresiva es uno de los grandes problemas a solucionar en el ámbito de la fiscalidad internacional, prueba de ello han sido las numerosas leyes y recomendaciones que han elaborado las instituciones nacionales e internacionales desde el final de la crisis, allá por el 2012, cuando la OCDE comenzó a redactar el Proyecto BEPS (2015), que fue el punto de partida para que las naciones tomarán conciencia de la planificación fiscal generalizada imperante en los grandes grupos de empresas. Así lo hicieron también las instituciones europeas, cuyas medidas se analizarán en el presente trabajo, pues el continente europeo es un escenario perfecto para que las multinacionales desplieguen sus estrategias fiscales, debido a la configuración actual del impuesto de sociedades, cuya regulación tiene carácter nacional, existiendo vacíos legales entre las legislaciones nacionales que dan lugar a dobles no imposiciones o dobles deducciones fiscales, lo cual unido al tratamiento fiscal más beneficios para una misma renta, supone para las empresas ventajas fiscales considerables.

Por otro lado, el perjuicio en el que se ven inmersas la mayoría de las empresas nacionales, a causa de la desventaja competitiva en relación con las multinacionales es razonable, puesto que el tejido empresarial español está formado en su mayoría por PYMES, las cuales carecen de recursos y dimensión para aprovecharse de los beneficios de derivados de la planificación fiscal. Lo que da lugar a afirmar que se tratan de prácticas reprochables, pues suponen actuaciones que quebrantan el espíritu o finalidad de las leyes fiscales, que no es más que el que se recoge en la Constitución Española en su artículo 31: *“todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”*, precepto que no casa con las actuaciones de planificación

fiscal, puesto que las mismas se traducen en un aumento de la presión fiscal para las empresas más pequeñas, ya que las grandes multinacionales no contribuyen de manera equitativa y de acuerdo con su verdadera capacidad económica.

Los objetivos del presente trabajo son ahondar en la delimitación del concepto de planificación fiscal agresiva internacional, porqué resulta tan atractivo su uso para los grupos multinacionales, su tratamiento normativo y doctrinal a todos los niveles, diferenciándola de la planificación fiscal que se considera lícita; y desarrollar los diferentes instrumentos de planificación implantados por los grupos de empresas, encaminados a obtener un beneficio fiscal ocasionado por las diferencias entre los regímenes fiscales. Particularmente, se enfocará en mayor medida en los mecanismos híbridos, analizando el método de funcionamiento de estos, y las asimetrías híbridas generadas, y revisar la reacción de las distintos organismos nacionales e internacionales, para frenar los efectos nocivos de estas prácticas.

El presente trabajo se dividirá en dos grandes partes y en las conclusiones. En primer lugar, se delimitará el concepto de planificación fiscal abusiva apoyándonos en las definiciones de diversos autores y en las aportadas por las instituciones internacionales, para diferenciar estas prácticas de la planificación fiscal admitida como lícita. En este mismo punto se tratará su dimensión internacional, sus causas y el impacto que ha originado, para posteriormente hacer una breve referencia a las diversas prácticas de planificación fiscal más recurrentes. Asimismo, se procederá a analizar, de manera sucinta, las iniciativas más recientes contra la planificación fiscal agresiva en el seno de las instituciones internacionales, esencialmente en la Comunidad Europea y en España, para ello se recurrirá al estudio pormenorizado de los informes y normas. En segundo lugar, nos centraremos en el estudio de uno de los instrumentos más importantes de la planificación, los mecanismos híbridos, apoyándonos en los informes al respecto emitidos por la OCDE, los cuales nos ayudarán a explicar y detallar los distintos mecanismos híbridos y las asimetrías híbridas que cada uno de ellos genera, las cuales son reguladas tanto en la normativa europea como española, por lo que se analizará ulteriormente. En último lugar, en las conclusiones se recalcarán los aspectos más destacados del trabajo, aportando una valoración crítica, personal y lo más objetiva sobre los problemas que traen consigo la planificación fiscal agresiva, y en concreto, los mecanismos híbridos.

2. LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA

Actualmente resulta cada vez más relevante para los grupos multinacionales, la toma en consideración de cuestiones fiscales a la hora de definir sus estrategias de desinversión o inversión, las cuales están más movidas por motivos exclusivamente fiscales y rara vez por motivos de índole económica, siendo común que éstos se valgan de técnicas de “planificación fiscal” con el objetivo de reducir sus cargas fiscales.

Es interesante abordar el estudio de la planificación fiscal, por el impacto cuantitativo en sentido negativo, que han tenido estas actuaciones en las economías mundiales. Así pues, analizando el último informe (“Informe TAX3”) redactado por la Comisión Especial sobre Delitos Financieros y Evasión y Elusión Fiscales (TAX3) del Parlamento Europeo, creada en 2018 debido al auge de la utilización de instrumentos de planificación fiscal por parte de las multinacionales, los cuales han dado lugar a un aumento de delitos fiscales unido a un blanqueo de capitales desmesurado, lo que es necesario atajar creando normas específicas para este asunto. Dicho esto, el “Informe TAX3” de marzo del año 2019, señala que las pérdidas mundiales debidas a la planificación fiscal agresiva han alcanzado los 600 billones de euros, puntualizando que a largo plazo serán de 400 billones para países de la OCDE (1% de su PIB) y 200 billones para países en desarrollo (1,3 % de su PIB). Este mismo informe señala que los países europeos han dejado de recaudar, debido al uso de estos instrumentos por parte de las grandes empresas, entre 50 y 190 billones de euros.

En España concretamente, según el último informe “*The missing profits of nations*” (“*Los beneficios perdidos de las naciones*”), elaborado por destacados economistas: Thomas R., Tørsløv Ludvig S., Wier Gabriel Zucman, en el cual se ha apoyado Oxfam Intermón, para redactar su informe “*Vía Libre*” de marzo de 2019, y afirmar que “*Francia, Alemania, Italia y España podrían haber dejado de recaudar hasta 35 100 millones de euros en impuestos en 2015 a consecuencia de la evasión y elusión fiscal*”, Oxfam Intermón (2019). En definitiva, España es uno de los países más perjudicados de la zona euro por estas actuaciones, pues haciendo referencia a lo dicho por Oxfam Intermón en el presente informe, España tiene una brecha de recaudación por estas actuaciones de casi 7 puntos por debajo, respecto a los demás estados europeos.

La planificación fiscal empresarial en términos generales puede ser definida como “*un proceso de reflexión ante la ley tributaria, con vistas a que dicha ley grave de la menor forma posible la actividad de la empresa en cuestión*” Prieto Jano (1995:121). En definitiva, se trata de un mecanismo de optimización de recursos legales, consistente en escoger la opción más ventajosa o menos gravosa a la hora de tributar, dentro de todas las que ofrece la legislación

tributaria, Prieto Jano (1995). Ciertamente es que la planificación fiscal está pensada para obtener una reducción de la carga tributaria de los contribuyentes mediante una correcta aplicación de la normativa en cuestión, pero interesa abordar y estudiar en profundidad el concepto de planificación fiscal agresiva, puesto que como se ha dicho, está en auge la utilización de ésta por parte de las grandes multinacionales, ya que al desplegar su actividad en más de un país aprovechan los desajustes existentes entre los distintos sistemas fiscales, los cuales pueden ser debidos a lagunas normativas, técnicas complejas, falta de armonización de las legislaciones o (algunas) la mayoría se decantan por tener filiales en “*guaridas fiscales*”, conocidas también como “*paraísos fiscales*”, con el fin de disminuir la deuda tributaria. Esta práctica es muy habitual, concretamente en España 34 de las 35 empresas del IBEX 35, tienen sociedades en nichos fiscales en el año 2015. Así se desprende del análisis “*La información fiscal en las memorias anuales de las empresas del IBEX*” elaborado por el Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, La información (2017). En definitiva, todo ello ha originado y origina un gran debate en las organizaciones internacionales, puesto que esta actuación da lugar a una deslocalización de los beneficios y una erosión de las bases imponibles.

Al existir un amplio abanico de posibilidades que pueden implementar las grandes empresas para la obtención de ventajas fiscales, resulta interesante valorar las distintas normativas al respecto de manera global y coordinada, centrándonos de un lado en el ámbito internacional, concretamente en las diversas directivas y reglamentos elaborados por las instituciones europeas y en los informes redactados por la OCDE, para terminar analizando la legislación española y la jurisprudencia existente sobre el tema en cuestión. Todo ello debe llevarse a la práctica para delimitar qué actuaciones se consideran reprochables o no desde el punto de vista legal.

2.1 PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA EN LA UNIÓN EUROPEA

Como se ha adelantado, la planificación fiscal internacional se considera una práctica legítima, así se deduce de la definición de Lampreaave Márquez (2011:3): “*técnica jurídicamente lícita, a través de la cual se llevan a cabo transacciones transfronterizas bajo el amparo de los principios fiscales internacionales y con el objeto de lograr una optimización de los recursos*”. Así se puede afirmar que el legislador acepta (permite) el uso de mecanismos de planificación fiscal, pero la cuestión es si considera lícita la Planificación Fiscal Agresiva (PFA).

La planificación fiscal agresiva viene desde hace unos años siendo uno de los temas primordiales de la agenda internacional, puesto que cada vez son más las empresas que deciden abrir sucursales y filiales en distintos países, debido al fenómeno de la globalización, dando lugar

a un uso incorrecto o ilegítimo de las oportunidades de la planificación fiscal. El término PFA es mundialmente acuñado por numerosos países e instituciones internacionales, aunque el contenido de éste varía ligeramente. Reproducir, por ejemplo, la definición aportada por el informe *“Aggressive Tax Planning”* (*“Planificación Fiscal Agresiva”*) de la IOTA (2011) *“planificación que implica una situación fiscal que es sostenible, pero que tiene consecuencias tributarias no deseadas e inesperadas”*. A mi parecer, la definición más adecuada es la aportada por la Comisión Europea, en su Recomendación sobre Planificación Fiscal Agresiva de 12 de diciembre de 2016: *“desplazar su base imponible a otros territorios dentro o fuera de la UE, sacando partido de las incoherencias de las legislaciones nacionales para asegurarse de que determinados componentes de renta no se someten a imposición en ningún territorio o bien para sacar ventaja de las diferencias de tipos impositivos en relación con Estados miembros o terceros países”*. En suma, esta planificación es el resultado del arbitraje que permite esas diferencias entre los ordenamientos de los distintos países.

La lucha contra este fenómeno no se hizo más notable hasta el año 2013¹, tras la crisis económica donde la sociedad tomó más conciencia de las debilidades existentes en el sistema, y reclamaba que las empresas contribuyeran con lo que se conoce *“fair share of tax”* (cuota impositiva justa). En este año, la OCDE percibió el incremento de las conductas evasoras por parte de las grandes empresas, tal y como refleja en su folleto *“Marco Inclusivo de BEPS”* del año 2013, las cuales se aprovechaban de la existencia de paraísos fiscales o declaraban sus beneficios en territorios de baja o nula tributación, lo que originaba la erosión de las bases imponibles y la deslocalización de beneficios (BEPS). Todo ello provocó una pérdida recaudatoria del impuesto de sociedades entre un 4% y un 10%². Como consecuencia de ello, la OCDE en 2013, elaboró el informe que lleva por rúbrica *“Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de los beneficios”* (BEPS) (para frenar el fenómeno BEPS) para poner de manifiesto el aumento de las actuaciones de planificación fiscal agresiva por parte de las multinacionales, que estaban erosionando las bases imponibles y deslocalizando los beneficios a países de baja tributación, lo cual ha disminuido la recaudación tributaria de los Estados, puesto que tal y como dice este informe, existe un pensamiento en las empresas, respecto a quien tributa demasiado es ingenuo, por lo que no se toma en serio la normativa fiscal, de ahí la necesidad de abordar este problema cuanto antes.

¹ Tributario, D. (1 de abril de 2019): *“La planificación fiscal agresiva en el ámbito internacional”*, Blog Garrigues

² Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. *“Sobre formas concretas de reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal, también en relación con terceros países”*,

El informe al que se ha hecho mención en el párrafo viene a exponer el impacto que estas actuaciones están teniendo en las economías mundiales, diferenciado entre los países en desarrollo y desarrollado. Aporta datos macroeconómicos referentes al impacto de estas actuaciones durante la época de la crisis, donde fueron en aumento debido al incremento de la presión fiscal en las economías mundiales. Así pues, detalla cómo se ha reducido la recaudación procedente del Impuesto de Sociedades, lo cual está muy relacionado con la inversión extranjera directa en los países de la OCDE que luchan contra estas prácticas.

Este texto indica que la recaudación procedente de este impuesto en los países de la OCDE *“a partir de 2008, y debido probablemente a la recesión económica, este porcentaje disminuyó hasta el 10% en 2008, y hasta el 8,4% en 2009; y volvió a aumentar ulteriormente hasta el 8,6% en 2010”*, OCDE (2013). Otro dato que destacar de este informe es la reducción que se ha producido de los tipos nominales, que han pasado de un 32,6% a un 25,4%, OCDE (2013). En contraposición de esto, las empresas han ido deslocalizando sus empresas, e invirtiendo en países de nula o baja tributación, para eludir sus obligaciones fiscales reales. A grandes rasgos concluir la breve referencia a este informe, haciendo mencionando la exposición que este hace de las estructuras de las grandes multinacionales, y por consiguiente de sus estructuras de planificación fiscal agresiva. Este fue uno de los primeros informes elaborados al respecto, para exponer la magnitud del problema y los pasos que se deben de dar para frenar esta merma recaudatoria.

Pues bien, tras dos años de un intenso trabajo coordinado por el equipo de la OCDE, y tras un proceso de elaboración, en el que se recopiló información de diversa índole, tanto de administraciones públicas, del sector privado, intentado con todo ello poner soluciones al problema de las BEPS. Así, en el año 2015 la OCDE publicó el *“Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios”*. Así pues, resulta necesario analizar el primer brevemente este Convenio multilateral, al que se han unido más de 115 jurisdicciones, el cual fue finalmente publicado en 2015 pero hasta el año 2016 no se empezaron a implementar las primeras medidas contenidas en éste.

Este proyecto incluye un paquete de 15 acciones que pretenden combatir las principales formas de PFA: la transmisión de deuda de sociedades matrices a filiales, técnicas de deducción artificial de intereses, situaciones tanto de doble no imposición como de doble imposición, entendida la doble imposición como *“La doble imposición internacional es un fenómeno de carácter jurídico tributario y económico que se produce cuando dos (o más) Estados exigen dos (o más) impuestos idénticos o análogos sobre un mismo objeto imponible (una misma renta o*

ganancia) que recaen sobre el mismo sujeto pasivo y en el mismo periodo de tiempo”, Calderón Corredor (2015), por consiguiente la doble imposición es el supuesto inverso a este; o también destacar la falta de transparencia por parte de las multinacionales, entendida ésta como la mayor información disponible en poder de las administraciones tributarias, para que esta puedan conocer de antemano la planificación fiscal de la empresas, o simplemente tener conocimiento sobre dónde declaran los beneficios, los impuestos y donde despliegan su actividad económica las multinacionales.

Las 15 acciones que enumera y explica el informe BEPS son las siguientes: i) los desafíos de la economía digital para la tributación de las empresas multinacionales; ii) neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos; iii) diseñar normas de transparencia fiscal eficaces; iv) limitación de la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros gastos financieros; v) combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia; vi) impedir la utilización abusiva de convenios para evitar la doble imposición; vii) impedir la elusión artificiosa del estatuto de establecimiento permanente; vii-x)alineando resultados de precios de transferencias y generación valor; xi)evaluación y seguimiento de BEPS; xii) exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva; xiii) reexaminar la documentación sobre precios de transferencias; xiv) hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias; xv) desarrollar un instrumento multilateral que modifique los convenios bilaterales ³.

Los países de la OCDE, concretamente los del G20, entendieron que estas 15 acciones son importantes para luchar contra el fraude fiscal. Hacer especial referencia a las medidas sobre los instrumentos y entidades híbridas, las cuales pretenden frenar situaciones de desimposición, como ocurre con la utilización por parte de las empresas de los préstamos participativos, los cuales se tratarán cuando se analice en profundidad los híbridos, que hacen referencia a la acción 2 del proyecto BEPS; otras intentan prevenir el abuso por medio de los conocidos como *“treaty shopping”*, que no es más que la búsqueda del convenio más favorable que tenga un Estado con otro, y acceder a los beneficios que de él se derivan, Pachón A (2009); otro punto a destacar es la necesidad de elaborar el informe país por país, que no es más que la consecución de una mejor coordinación entre la documentación sobre precios de transferencia, lo cual traerá consigo una información de mayor calidad en manos de las administraciones; o la obligación impuesta a la empresas de revelar sus mecanismos de planificación fiscal agresiva. Cada una de las 15 acciones son interesantes de analizar, pues tienen un cierto impacto para conseguir poner

³ OCDE (2015) “Informes Finales 2015: Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios”.

fin a dicha planificación, (la cual traía causa de actuaciones carentes de motivos económicos válidos distintos de los fiscales), aunque a mi parecer estas son las más interesantes y las que posiblemente darán resultados más fructíferos, puesto que el informe sobre “Aggressive tax planning indicators; Final Report. *Taxation Papers-Working Paper*,” elaborado por la Comisión de la UE en 2017, presenta los instrumentos de planificación fiscal agresiva relacionados con estas acciones, como aquellos que son más utilizados por las multinacionales europeas, a lo que se le suma el impacto negativo que ha causado, en las arcas públicas de cada Estado Miembro.

A pesar de ser un instrumento de “*soft law*”, es decir no directamente vinculante, la realidad ha sido otra, puesto que muchos legisladores han decidido elaborar una serie de normas para luchar contra la planificación fiscal agresiva. Del lado institucional, los diversos países firmantes se comprometieron, y se siguen comprometiendo a plasmar estas acciones en sus legislaciones, pero cada una de ellas tienen una importancia diferente a la hora de ser acatadas por los Estados. En primer lugar, los conocidos como “estándares mínimos”, lo que se traduce en unas reglas básicas de actuación para avanzar en la resolución de conflictos, y conseguir con ello una cierta armonización legislativa. En segundo lugar, se encuentran los “enfoques comunes”, que aconsejan regular de forma coordinada esas materias para evitar supuestos de desimposición; y en el último escalafón de esta pirámide están las denominadas “mejores prácticas”, que son consejos o recomendaciones que pueden ser seguidas o no por los Estados.

En definitiva, *“Si tuviéramos que resumir el Plan de Acción BEPS en una sola frase nos inclinaríamos a decir que BEPS supone el fin de la planificación fiscal mediante operaciones o instrumentos carentes de motivos económicos válidos distintos de los fiscales. Y, en este sentido, BEPS no sería algo absolutamente nuevo sino que llevaríamos conviviendo con BEPS no menos de una década”*, Plan de Acción BEPS: una reflexión obliga, Fundación Impuesto y Competitividad (2017:19).

2.1.1 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA Y SU TRANSCENDENCIA

El fenómeno de planificación fiscal agresiva comenzó a ser más incisivo con la globalización y la liberalización de la economía, pero ha tenido una mayor transcendencia a nivel europeo, pues durante la crisis se toma más conciencia de la necesidad de un saneamiento presupuestario y de una revisión de la normativa al respecto. Fundamentalmente la existencia un mercado único es determinante para tomar en consideración la PFA en Europa, cuyas principales características son la libre circulación tanto de capitales como de personas, cuestión recogida expresamente en el art 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Así pues, la aceptación teórica de Europa como un mercado único, como si Europa funcionara

como un todo, es errónea, puesto que en la práctica cada nación tiene sus propias leyes fiscales, y es ahí donde radica una de las principales causas de la planificación fiscal agresiva, en la desigualdad entre las legislaciones de los Estados miembros y sin embargo, afirmar que Europa es una unidad territorial.

Debido a la amplia aceptación del principio de libre circulación, encontramos en la práctica una enorme dificultad en la construcción de una idea de abuso derivada de la aplicación de esta libertad, pues de otro lado tiene una enorme influencia en la libertad de establecimiento, en las cláusulas y en la diversidad de operaciones que se incluyen bajo su ámbito. A pesar de la existencia de una unidad territorial, la posibilidad de acabar con el fraude se ve dificultada por la falta de comunicación y coordinación entre las administraciones públicas, que no son del todo transparente entre ellas para dejar entrever sus normas, frenar la evasión fiscal, algo que a mi parecer se debe a la ambición de algunos Estados de atraer inversiones, con el fin de enriquecer sus arcas.

Para las empresas, la UE proporciona un marco idóneo, puesto que dentro del territorio europeo encontramos diversos países considerados guaridas como paraísos fiscales, tales como Andorra o Suiza, por lo que es de suponer que muchas compañías hayan decidido tributar en estos países sin necesidad de tener que trasladar su actividad a otros.

Otras de las causas, que grosso modo, ha influido en las estrategias fiscales se encuentra en la falta de armonización que existe en los impuestos directos, ya que en el ámbito de la fiscalidad indirecta (IVA) si se da, por lo que podemos hablar de un mercado comunitario único bien definido. La falta de unificación en materia de Impuesto de Sociedades perjudica y puede llegar a dificultar la libre circulación de capitales y la posibilidad de frenar la evasión fiscal de las multinacionales que operen en más de un Estado Miembro. En definitiva, la disparidad existente entre los regímenes, a mi parecer, es la clave del origen de las prácticas de PFA, como por ejemplo la imposibilidad legal de compensación de pérdidas transfronterizas, que hace que las empresas recurran a una interpretación sigilosa de la ley, para lograr la compensación deseada. Navarro Faure (2013).

La situación actual del Impuesto de Sociedades es ilustrativa de esta realidad, pues los propios Estados han utilizado tanto el tipo nominal, como el efectivo, para atraer inversiones extranjeras, lo cual ha dado sus frutos pues muchas multinacionales no han perdido de vista los tipos medios de gravámenes de muchos países a la hora de establecer su residencia fiscal. Unido a lo anterior, los Estados recurren al “*tax ruling*” (impuestos a la carta), consistente en acuerdos que tienen los Estados con las empresas, donde se fijan unas condiciones específicas de

tributación, que no esconden más que una elusión fiscal. Además, la propia estructura del IS ha agravado la situación. Dado que la base imponible de dicho impuesto se construye a partir de la cuenta de resultados contable, y debido al de progresivo incremento del volumen de operaciones intragrupo y la conformación de cuentas anuales consolidadas, lo que dificulta todavía más la identificación territorial de las distintas fuentes generadoras de beneficios.

Expuestas las principales causas coyunturales de este problema, resulta obligatorio conocer que impacto ha tenido, y tiene, el fraude fiscal acometido por las grandes empresas en el marco europeo. Podemos reducir las consecuencias a las siguientes: pérdidas de ingresos fiscales; competencia entre Estados, que está íntimamente relacionado con el menoscabo de los principios del sistema tributario; y la localización ineficiente de los recursos económicos, de lo cual trae causa la primera consecuencia enunciada.

El fraude y la evasión fiscal ha frenado la capacidad recaudatoria de los Estados Miembros, pues tal y como se desprende de la opinión de la Comisión de Control Presupuestario, se estima que la UE pierde debido a la argucia de las multinacionales, un billón de euros de ingresos públicos al año, lo cual representa una brecha considerada que cuesta 2000€ por cada contribuyente, de modo que si pudieran erradicarse estas prácticas, se podría amortizar en tan sólo 8,8 años la totalidad de los déficits, datos extraídos del *“Boletín Económico de ICE”* (2013). He de añadir que estas pérdidas, superan el importe total que los Estados miembros gastan en sanidad y equivale a más de cuatro veces el importe destinado a la educación en la UE, lo cual es alarmante, pues puede que no garantice el sostenimiento del modelo social⁴. Otro dato que refleja esta pérdida es el porcentaje que la economía sumergida representa con respecto al PIB, la cual es una quinta parte de éste. Además, esta falta de recaudación de ingresos y este aumento de los gastos, reduce el margen de actuación de los estados a la hora de poner en marcha sus políticas presupuestarias, y reestructurar sus sistemas fiscales para promover el crecimiento, como se subrayó en el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2012. Asimismo, esta reestructuración de las políticas puede ayudar a los Estados miembros a aplicar otras recomendaciones, como la de reducir los costes que conlleva para las empresas el cumplimiento de sus obligaciones fiscales. Es curioso, que durante la crisis se intentó intensificar la presión fiscal, lo cual no consiguió los objetivos deseados, puesto que supuso mayores incentivos para que las empresas redujeran su factura fiscal, y al final se terminó dando una

⁴ Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios (2013). “Informe: sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales.” (2013/2060(INI))

menor tributación efectiva. Todo ello ha dejado entrever la crisis que existe respecto al Impuestos de Sociedades

Como ya se ha adelantado, ante esta situación los Estados se aprovecharon de la desigualdad existente entre los sistemas normativos, originando una competencia interestatal, debido a las ansias de estos de atraer los mayores capitales posibles. Esto tiene conexión con la pérdida de ingresos y con la erosión de las bases imponibles de los Estados, pues esta competencia fiscal a la baja o *“race to the bottom”*, conducirá inevitablemente a la quiebra del sistema tributario de los Estados, ya que la BI mundial no podrá soportar todo el gasto público. Citando lo dicho por la Comisión Europea en la recomendación de 6 de diciembre de 2012: *“La persistencia de estas situaciones puede provocar un falseamiento de los flujos de capitales y de la circulación de los contribuyentes en el mercado interior, lo que perjudica al buen funcionamiento de este último”*, por lo que la UE ve urgente acatar este problema y proponer un enfoque general para el tratamiento de éste. Asimismo, esta competencia atenta contra los principios de libertad de establecimiento y libre circulación de capitales, pues la inversión y el establecimiento de la actividad económica estarán guiadas por la fiscalidad, dejando entrever las flaquezas del mercado interior único. No obstante, al tener un efecto nocivo para los Estados, terminará afectando a los principios de justicia tributaria, pues dicha erosión de las bases provoca desigualdades entre los contribuyentes, ya que ante la falta de recaudación se acaba gravando de manera más acusada las rentas inmóviles.

En relación a lo expuesto, el fraude y la elusión fiscales representan un problema grave y pluridimensional, que exige un tratamiento por parte de la UE coordinado con los diversos Estado Miembros, lo cual se va a proceder a analizar en los puntos ulteriores.

2.1.2 MECANISMOS DE PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA

La UE en su informe final sobre los indicadores de planificación fiscal agresiva del año 2017, identifica los principales mecanismos de los que se valen las empresas para reducir su carga tributaria corporativa, los cuales veo necesario conocer más específicamente, para esclarecer los retos ante los que se encuentra la Comisión Europea.

2.1.2 a) Treaty shopping

Esta conducta implica la utilización abusiva de un Convenio de Doble Imposición (CDI). Este fenómeno consiste en la aplicación por parte de una entidad residente en un país que haya celebrado un CDI con el Estado de la fuente, entendido como aquellos países donde la entidad no es residente, pero obtiene rentas, por parte de sujetos residentes en Estados que no han

celebrado un CDI con el Estado de la fuente, con el único fin de reducir o eliminar la carga tributaria en la fuente que determine el convenio.

Así pues, en principio no le sería aplicable a la entidad el CDI, pues la empresa no es residente fiscal de ningún país firmante de este convenio, por lo que no podría beneficiarse de los beneficios fiscales que se derivan de la sujeción a éste, Vega Borrego (2003)

Para conseguir la reducción de la tributación, las empresas se valen de distintas formas, pero esencialmente crean *conduit companies*, que vienen a ser sociedades conductoras o intermediarias que se crean, las cuales serán residentes en el Estado que tiene convenio con el Estado de la fuente, con el fin de obtener la reducción o eliminación de la tributación en la fuente que establezca el convenio, transfiriendo los beneficios obtenidos en el Estado de la fuente a la entidad instrumental. Por tanto, consiste en la búsqueda del convenio más beneficioso.

Para comprender mejor este mecanismo lo mejor es describir una situación donde se den estas conductas, tal y como expone Vega Borrego, F.A. (2003). Partiendo del supuesto en el que una empresa es residente en un Estado R y percibe rentas en un estado de la fuente F donde se gravan fuertemente las rentas obtenidas por no residentes salvo que medie un CDI. Si entre R y F no hay ningún convenio se puede desarrollar una estrategia de *treaty shopping* usando una *conduit company*.

Teniendo en cuenta lo dicho, se distinguen dos estrategias *treaty shopping*:

- *Direct conduit*: en este supuesto, las rentas obtenidas por la sociedad instrumental no están sujetas en el Estado donde tiene su efectiva residencia fiscal por motivos de diversa índole, tales como la no consideración la legislación tributaria del Estado como sujeto del impuesto, o bien, las rentas obtenidas están exentas. En conclusión, esta sociedad goza de un régimen fiscal privilegiado en el Estado en cuestión. Esta estrategia no acaba aquí, sino que existe un segundo paso para que se haga efectiva, el cual consiste en la transferencia de las rentas obtenidas por la sociedad instrumental se trasladan a un tercer Estado, que suele ser el Estado donde la empresa matriz tiene su residencia efectiva, bien mediante la aplicación de las normas del Estado donde se sitúa la sociedad instrumental, o bien aplicando un CDI, Vega Borrego F.A. (2003)
- *Stepping stone conduits*: La finalidad de esta estrategia es la mismas que la anterior, reducir la tributación, aunque el contexto en el cual se desarrolla es ligeramente

distinto. En este caso, las rentas no están exentas de gravamen en el Estado donde la sociedad intermedia tiene su sede. Para evitar que tributen, los ingresos de la sociedad instrumental se deben compensar con los gastos facturados por entidades residentes en terceros Estados, que deben ser deducible según la legislación del país de la sociedad instrumental. Por ello, la base imponible de la sociedad instrumental se erosiona, dando lugar a que las rentas obtenidas en el Estado sede de la sociedad instrumental no tributen. En este caso, el rendimiento obtenido en el Estado de la fuente fluye hacia un tercer Estado, distintos al Estado de la sociedad instrumental en forma de gasto, los cuales son facturado sen su mayoría por una sociedad base situada en un Estado de baja tributación. Para lograrlo, es necesario que el Estado de la sociedad intermedia tenga una gran red de convenios de doble imposición que le permitan desplegar estas actuaciones. En suma, *“para que la estructura tenga sentido, es necesario que el ingreso que obtiene la sociedad que factura el gasto a la sociedad intermedia no esté sujeto a tributación por obligación real de contribuir.”*, Vega Borrego, F.A. (2003:60).

El *treaty shopping* se puede combinar al mismo tiempo con el *rule shopping*, por medio del cual se busca que la renta obtenida en el Estado de la fuente reciba la calificación de renta del CDI, que soporta un tipo inferior, con lo cual el objetivo que se pretende alcanzar es la disminución de la tributación en el Estado de la fuente, Vega Borrego F.A (2003). Es decir, buscar que el convenio más conveniente firmado por el Estado de la fuente, sin perder de vista que éste deberá contener la calificación más favorable. Entre las conductas que componen este tipo de estrategias, los diversos informes de la Comisión Europea destacan el distinto tratamiento que se le dan a los dividendos y a las ganancias patrimoniales en los Estados Miembros y en terceros Estados. Al respecto hay que decir que se aprovechan de los distintos tratamientos de los dividendos (se gravan tanto en el Estado de residencia como en el Estado de la fuente, con ciertos límites en este último); y de las ganancias de capital (tributan en el Estado de residencia del transmitente), y enajenar las participaciones patrimoniales por una cuantía que comprenda el valor de los dividendos y el derecho a la entrega de estos, a su cobro. Con todo ello se busca que se tribute, en exclusividad, en el Estado de residencia del beneficiario de la renta.

El uso de esta técnica se suele considerar por la mayoría de los autores, como una elusión fiscal que a su vez termina en fraude de ley, es decir, se produce un abuso de las formas jurídicas calificado como ilícito. En principio, puede parecer que es lícita ya que se han tenido que cumplir los requisitos establecidos en el CDI para acceder a su aplicación, que no suelen ser muy herméticos, pues basta con estar sujeto a la tributación en un Estado por la renta mundial.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el fin de este tipo de normas suele ser evitar una interpretación restrictiva, y buscar una finalidad más práctica y económica. En principio los Convenios de Doble Imposición se redactaron para evitar supuestos de doble imposición, y favorecer la libre circulación de bienes y capitales, aunque como se ha expuesto numerosas multinacionales se valen de estos con otro propósito distinta. Los convenios únicamente deben evitar una aplicación artificiosa de estos, es decir, que no contribuyan a que las rentas internacionales eludan cualquier tipo de tributación. En este sentido, para determinar el buen fin de la recurrencia al CDI, es necesario comprobar que en la creación de la nueva entidad concurren elementos suficientes que la integren en el Estado de residencia, lo que quiere decir que no solo pretende ser residente en el Estado parte del convenio por motivos fiscales, sino que va a desarrollar una actividad económica. Todo ello es difícil de controlar, por ello la OCDE introduce las denominadas *limitation on benefits clauses* (cláusulas LOB). Estas buscan incrementar los requisitos para tener derecho a los beneficios del CDI, como la existencia de motivos económicos reales que le relacionen con el Estado, Vega Borrego, F. A. (2003).

2.1.2 b) Subcapitalización

Según Cencerrado Millán (2010:637) la subcapitalización en una sociedad se da cuando *“la prevalencia de los recursos ajenos sobre los fondos propios en la financiación de una sociedad supone una pérdida recaudatoria para la Hacienda Pública”*. Es muy común que se den este tipo de conductas en grupos multinacionales, donde la matriz transfiere recursos para financiar a las filiales residentes en un tercer Estado.

Los fondos con los que se puede financiar la filial son propios o ajenos. En el primer supuesto, los retornos tendrían la consideración de dividendos, los cuales no serían deducibles para la filial y pasarían a formar parte de su BI objeto de gravamen. Unido a lo anterior, los dividendos son más propensos a sufrir doble imposición internacional, puesto que el beneficio derivado de esta operación se grava en el Estado del pagador y en el del socio. En la legislación española, para evitar que se den supuestos de subcapitalización se pretende incentivar al contribuyente con una deducción, concretamente la recogida en el art 32 LIS, que viene a decir que *“se deducirá el impuesto efectivamente pagado por esta última respecto de los beneficios con cargo a los cuales se abonan los dividendos, en la cuantía correspondiente de tales dividendos, siempre que dicha cuantía se incluya en la base imponible del contribuyente”*. Esta opción viene reconocida en CDI, por lo que si existe este no tendría sentido aplicar el artículo en cuestión. Cierto es que esta deducción no termina por evitar que se de supuestos de doble imposición, porque tal y como se recoge en el art 15.1 h) LIS, los rendimientos derivados de la

participación en los fondos propios de entidades vinculadas no son deducibles. Generalmente el método más usado es la aplicación de la exención reconocida en el art 21 LIS, que lleva por rúbrica “exención sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de ellos fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español”, siempre que se den una serie de requisitos tales como tener un porcentaje de participación en el capital o de los dividendos de la entidad de un 5% como mínimo, entre otros requisitos recogidos a lo largo de este artículo

En segundo lugar, los grupos multinacionales se decantan por financiar a sus filiales con recursos ajenos, debido a las numerosas ventajas fiscales que existen. De un lado, los intereses tienen consideración de gastos deducibles hasta un cierto límite y según el origen de estos, lo cual se estudiará más adelante al ver la legislación española al respecto por lo que la filial en situación de subcapitalización terminará declarando un IS inferior. Además, la matriz que actúa de prestamista se beneficia en el Estado de la fuente de su condición de no residente, pues existe una reducción del importe de la retención sobre el ingreso financiero, en el país de la fuente, siempre que exista un CDI, e incluso en ocasiones si tiene su sede en la UE, nos podemos encontrar ante una exención. Los intereses tributan exclusivamente en el país del acreedor, no se produce por tanto la existencia de una doble imposición. En suma, todo el grupo se beneficia de ello, ya que funciona como un todo. Además, la opción de recurrir a fondos ajenos está exenta de tributar por el IVA y por transmisiones onerosas, impuestos de los que no se libran la constitución y el aumento de capital. Para evitar todo ello las diversas normativas tributarias están intentado frenar la deducibilidad de los intereses obtenidos fuera de las fronteras, estableciendo unos límites sobre la cuantía exenta de imposición., Guasch Martorrel, R. (1999).

En un principio, las empresas tienen la opción de operar con el nivel de endeudamiento que crean más conveniente en términos legales, aunque en la práctica sí observan parámetros tales como ratios de endeudamiento, por lo que aparentemente recurrir a un recurso u otro no supondría ningún problema, más que el de tener suficiente liquidez para hacer frente a esta financiación. Al no existir respecto a las decisiones de financiación restricciones legales para escoger su forma de financiación, resulta obvio concluir que las empresas optaran por endeudarse con fondos ajenos.

Pues bien, tras lo expuesto hay que decir que nos encontramos ante una situación de elusión fiscal, si lo que se pretende con esta estructura financiera es encubrir una aportación de capital con fondos ajenos para disminuir la carga fiscal. En definitiva, para saber si nos hallamos en un supuesto de sobrecapitalización, hay que observar si existe una evidente desproporción

entre la cifra resultante de computar los recursos propios y la cifra que resulte de las distintas partidas que integran los recursos ajenos, y observar si la filial excede su capacidad de crédito. En materia tributaria plantea más problemas cuando nos encontramos ante un grupo de empresas vinculadas, ya que sus resultados consolidados terminarían produciendo una merma recaudatoria en el Estado de la matriz, suponiendo que las entidades filiales son no residentes, por lo que, al fin y al cabo, se estaría defraudando y violando los principios informadores de la tributación internacional, Cencerrado Millán (2010).

2.1.2 c) Sociedades holding

Definir en primer lugar que se entiende por sociedad holding, como una agrupación de empresas que tiene como actividad principal la adquisición y gestión de participaciones en otras sociedades, Selva, J. M. M. (2009). Tal y como se deriva del art 21 LIS, la empresa debe tener una participación suficiente para ejercer cierto control e influencia en la toma de decisiones y en la gestión de la entidad participada. Este artículo establece que una entidad holding *“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 ciento de sus ingresos”*. He de señalar que estas sociedades prestan servicios de asesoramiento de carácter financiero esencialmente, proviniendo la mayor parte de sus beneficios de ganancias derivadas de la venta de participaciones o de dividendos.

Dada la creciente importancia de este tipo de sociedades los países de la OCDE y de la UE fundamentalmente, recogieron en su legislación incentivos fiscales para empresas que constituyeran holdings con el fin de atraer inversiones extranjeras y adaptarse a la creciente globalización. Entre los incentivos fiscales encontramos fundamentalmente la exención de los dividendos obtenidos por la sociedad holding de las empresas participadas, además también se excluyen de la BI las plusvalías derivadas de la venta de estas participaciones. Únicamente se gravarán los dividendos cuando se repartan y el socio sea residente. He de destacar, que por medio de ellas se consigue obtener la propiedad de empresas situadas en terceros países, a través de la compraventa de la sociedad holding que tiene participaciones en las entidades residentes en jurisdicciones con ventajas fiscales. Este tratamiento es el que recibe por parte de las leyes españolas, el cual es muy similar al resto de legislaciones europeas.

La mecánica es simple, se crea una entidad holding que hace las veces de empresa pantalla, ya que no desarrolla una actividad como tal. Se busca que estas sociedades dominen empresas cuya sede se encuentre bajo *jurisdicción offshore*, para beneficiarse de la baja o nula tributación fiscal de estos territorios.

En resumen, la creación de estas sociedades sin actividad económica, lo cual se traduce en que el único propósito de estas es buscar la aplicación de las normas fiscales de un Estado de manera artificial y, por ende, eludir impuestos.

2.1.2 d) Operaciones intragrupo

Tanto la legislación mercantil como financiera presta especial atención a los grupos de empresas. Así hacer especial referencia al art 42 del Código De Comercio que viene a decir que *“Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente”*. Para profundizar en esta cuestión, mencionar la obligación de los grupos empresariales de formular cuentas anuales consolidadas, donde se intentan recoger de la manera más fiable posible las operaciones entre estas entidades vinculadas; pues cuando existe consolidación fiscal el grupo tributara como un todo. Así mismo debemos de tener en cuenta el concepto de vinculación recogido en el art 18.2 LIS, para ver así el tratamiento fiscal correcto que deben tener las operaciones intragrupo, que en definitiva viene a decir que se valoraran a precio de mercado las transacciones realizadas entre empresas vinculadas.

Las entidades vinculadas suelen realizar operaciones de diversa índole entre ellas tales compraventas de inmovilizados, ingresos y gastos por prestación de servicios o prestamos, que es donde radica el mayor problema que plantean la utilización de las operaciones intragrupo como un posible instrumento de minimizar la carga tributaria.

En este sentido resulta interesante hablar de los precios de trasferencias, los cuales han y sido y son un asunto primordial en la fiscalidad internacional. Los precios de transferencias se definen como *“los precios fijados en las transacciones internacionales entre personas o entidades vinculadas fiscalmente”* Hernández Vázquez, O., & Alonso, Á. J. (2012). Lo normal es que las entidades vinculadas realicen transacciones entre ellas fijando precios, distintos al que fijarían en condiciones de libre competencia entre partes no relacionadas. En esta línea, se suelen alterar los precios buscando que se refleje de la manera menos gravosa en las bases imponibles, así por ejemplo si se imputan los gastos a una sociedad residente en un país con una carga tributaria, y se hace lo contrario con los ingresos, es decir, hacer que estos se incluyan en la base imponible de un país con un tipo impositivo reducido. Así pues, el grupo se aprovecha de las relaciones que tienen con empresas del grupo situadas fuera de las fronteras, para conseguir un traslado de bases interpartes, afectando a los beneficios y por ende a la deuda tributaria.

Para evitar estas actuaciones, los países de la OCDE redactaron normas contra estas prácticas inspiradas en el “Principio Arm's Length” o “Principio de Plena Competencia o Concurrencia”, el cual viene a decir que las operaciones controladas intragrupo deben hacerse a un precio de mercado. Además, la OCDE y las distintas legislaciones ofrecen unos parámetros de referencias, tales como precios o márgenes, que sirvan a las entidades a la hora de relajar operaciones entre ellas. En el caso de quebrar estos principios, la empresa debe incrementar su base imponible y pagar la diferencia por la cuantía que ha eludido tributar.

2.1.2 e) Estructura de pérdidas

En los últimos años las empresas han recurrido a diversas estructuras para reducir sus bases imponibles, es más la OCDE en su proyecto BEPS, y en concreto en la Acción 12 ha recogido la estructura de pérdida; cuyo uso por parte de las multinacionales, no tiene otro fin que no sea el de reducir la base imponible, incluso dejarla negativa para no tener que soportar una elevada carga tributaria.

Fundamentalmente las empresas intentan erosionar sus bases imponibles aumentando en estas la cuantía de los gastos deducibles, los cuales son financieros en su mayoría. Así pues, remitiéndonos a la Acción 4, encontramos tres tipos de estrategias para lograr este fin. En primer lugar, las multinacionales pueden optar por colocar deuda en países con altos impuestos, lo cual tiene sentido ya que los gastos financieros son deducibles, con lo cual interesaría tributar los ingresos en un país con un tipo inferior. De otro lado otro de los mecanismos para elevar la estructura de pérdidas de las empresas sería la recurrencia a los instrumentos híbridos, en los cuales se centrará este trabajo más adelante, pero en este punto es necesario hacer referencia a su utilización, puesto que dan lugar a un gasto deducible en el Estado del deudor, y de otro lado da lugar a ingresos exentos en sede del prestamista. Los grupos también se valen de las relaciones existentes entre las empresas que lo conforman, pues entre ellos se prestan dinero a un tipo de interés alto para generar una deducción mayor de estos, Fundación Impuesto Y competitividad (2017).

Concluir esta breve referencia a este mecanismo de planificación fiscal agresiva, cuyo objetivo principal es lograr desgravaciones fiscales por unos costes creados artificialmente para este fin.

2.1.2 f) Credit Default Swaps

Es conocido que una de las principales causas de la pasada crisis económica fue la utilización de productos derivados, los cuales definimos como aquellos instrumentos financieros

cuyo precio depende de otro activo, llamado subyacente. Los activos subyacentes pueden ser divisas, acciones bursátiles, riesgo de crédito, etc. Es más, uno de los inversores más exitosos y ricos del mundo, Warren Buffet, llegó a afirmar que los derivados eran como *“armas de destrucción masivas”* para el sistema financiero debido a su extrema complejidad. Llegó a decir que estos instrumentos *“tienen el poder de endeudar a todo el sistema financiero en su conjunto y magnificar los efectos de una crisis”*, dijo en su visita a Madrid en mayo de 2008⁵.

Dentro de todos estos productos, el que ha tenido más impacto en la económica mundial ha sido los *“Credit Default Swaps”* (CDS). En concreto en términos de fiscalidad nos interesa definir los contratos de *“swap”* o de permuta financiera. Entre las numerosas definiciones encontramos la aportada por la Asociación Española de Banca Privada (AEB): *“Contrato de permuta financiera de tipos de interés (Interés Rate Swap) como aquella operación por la cual las partes acuerdan intercambiarse entre si el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordado”*.

Este tipo de contrato que las empresas concertan con las entidades de crédito con el objetivo de reducir su riesgo de crédito, pues se crearon con el objetivo de permitir una mejor asignación y gestión del riesgo, con beneficios directos para ambas partes del contrato. De este modo, los acreedores trasladan el riesgo de crédito a los emisores de los CDS, en su mayoría grandes bancos, que actúan como intermediarios entre las empresas que quieren acceder a los beneficios de estas operaciones de permuta. Este tipo de contratos se incluiría dentro de la modalidad de contratos de gestión de riesgo financieros, bilateral, de adhesión y atípico, aunque lícito tal y como se deduce de los art 1255 CC y 50 del Código de Comercio.

El mecanismo de estos contratos consiste en las siguientes actuaciones por parte de los contratantes, que son dos empresas que pretenden intercambiarse el pago de sus propios intereses, actuando el banco como un intermediario financiero. Las empresas se comprometen a pagar un tipo de interés fijo a cambio de recibir de la institución bancaria un tipo de interés variable, en el que el intercambio de obligaciones de pago correspondientes a intereses distintos de préstamos da lugar a un riesgo de tipo de interés tanto alza como a la baja, que por tanto, produce pérdidas o ganancias en el cliente, en la medida en que fijado un tipo de interés fijo en el contrato, si los tipos de interés fluctúan a la baja se produce una pérdida para el cliente y si los tipos suben una ganancia. En suma, produce una transferencia del riesgo.

⁵ *“Credit Default Swaps: ¿causa de la crisis o efecto del sistema monetario?”*(17 de junio de 2017), Libertad Digital,

Cabe señalar que las partes que lo conforman, tanto por el lado de la oferta como de la demanda son grandes instituciones financieras que concentran la mayoría de las actuaciones de compraventa de CDS a nivel mundial. A nivel europeo su uso alcanzó su punto álgido a comienzo de la crisis financiera de 2008, pues se desconocía los numerosos riesgos que entrañaba el uso de los CDS en el mercado financiero. Así lo desveló una encuesta realizada por el Comité de Supervisión Bancaria del Sistema Europeo de Bancos Centrales, que afirmó que para el 47% de los bancos de la UE los CDS eran una herramienta importante para evitar los efectos negativos del riesgo crediticio. Hay que destacar la notable influencia que ha tenido este instrumento en la crisis con respecto a la deuda soberana, aunque en este tema no profundizaremos puesto que se relaciona con la financiación pública de los Estados.

Los CDS encuentran su razón principal en los *“Collateral Debt Obligation”* (CDO), que son unos instrumentos financieros de deuda, estructurados cuyo valor y pagos van a depender de una cesta de activos subyacentes, entre los que se encontraban diversos títulos de deuda tales como de deudas de tarjetas de crédito, bonos corporativos... pero sobre todos de las famosas *“hipotecas subprime”*. En primer lugar, se aprovecharon de falta de regulación del sistema bancario, por ello la banca de intermediación y la banca financiera estaban unidas, lo cual favorecía el éxito de estas prácticas. Llegó un momento en que los bancos de intermediación habían emitido ya el número máximo de préstamos, y para continuar ganando dinero vía cobro de estos intereses, era necesario aumentar los préstamos relativos a dichos activos. Para ello, recurrieron a sociedades instrumentales que titulizó los préstamos en instrumentos financieros, los cuales son los conocidos CDO. Estos instrumentos se vendieron de manera exponencial, pues parecían ser sumamente seguro y además ofrecían altísimos intereses a los inversores. Por consiguiente, los empezaron a dar hipotecas de manera masiva, para generar *“hipotecas subprime”*, y así crear más CDO. Incluso se llegó a pagar a las agencias de calificación para que otorgarían a estos instrumentos una calificación alta (Blog Universitario: Gestión: 2016), lo que se traducía en la seguridad que generaba todo ello al inversor. Como consecuencia de ello el mercado financiero se inundó de CDO, y las instituciones financieras se enriquecieron⁶.

En segundo lugar, al crear tantas hipotecas basuras el mercado terminaría estallando y dejando ver sus debilidades. Al notar esto, decidieron crear un corto contra la economía americana, mediante la compra de CDS, es decir, los inversores especularon sobre estos instrumentos financiero, apostando a la baja por ello. *“En concreto, consiste en “pedir*

⁶ Vázquez A. (19 de abril de 2016): “Los Derivados Financieros y la Crisis del 2008”, Blog Universitario

prestados" o "alquilar" los títulos y venderlos en el mercado. Más adelante se recompran las acciones para devolverlas a quienes nos las ha prestado, pero cuando el precio ha caído. Si las vendí a diez y las recompro a cinco, y quitando lo que debo pagar a quien me ha prestado, se puede tener una ganancia de, por ejemplo, tres”, Diario.es (2017). En definitiva, lo que se hicieron los inversores es vender algo que no tienen, presionando que la cotización de estos instrumentos caiga, para obtener un beneficio.

Tras esta breve exposición del papel de los swaps en la crisis, debemos ver el tratamiento fiscal de este tipo de contratos para entender el uso por parte de las empresas, ya que resulta evidente que les conviene si reciben algún tipo de incentivo fiscal por ello.

Para hablar del tratamiento fiscal de los swaps en nuestro país debemos analizar lo dicho por la resolución vinculante de la DGT V 3004/2017 de 20 noviembre de 2017, que viene a decir que podrán tener distinto tratamiento, teniendo por lo tanto diferentes implicaciones en la base imponible. Nos centraremos en la deducibilidad de los gastos financieros, pues si consideramos a los “*swaps*” como un instrumento financiero de cobertura contable, no se verán afectados por la limitación de la deducibilidad de gastos financieros.

En cierto modo más que un instrumento de planificación fiscal agresiva, resulta ser un comportamiento indebido por parte de las entidades bancarias que hacen las veces de intermediarios, con el fin de que las empresas contraten otro tipo de interés distinto al del préstamo acordado, que probablemente hará que tributen menos, a causa de una mayor deducibilidad del gasto financiero, en definitiva, las empresas acuerdan variar el pago de intereses a su antojo, para deducir la mayor cuantía posible, dentro de los límites. Todo ello variará en función del tipo de interés.

2.1.3 REGULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

2.1.3 a) Normativa

Es sabido que la OCDE y el G20 han adoptado medidas contra la planificación fiscal agresiva, por lo que la UE ha hecho lo propio redactado numerosas recomendaciones emitidas por la Comisión Europea, y creando nuevas Directivas para frenar estas prácticas perniciosas por parte de los agentes empresariales.

En el territorio europeo todas estas prácticas perniciosas se deben en gran medida a la diversidad de sistemas fiscales existentes, es decir, no existe una armonización de la imposición directa, razón que encontramos en un primer lugar en la legislación interna de cada uno de los Estados Miembros, que intentan atraer rentas foráneas, otorgando beneficios fiscales a las

empresas extranjeras, violando los principios comunitarios de la libre circulación de capitales, y por ende originando fraudes fiscales.

En este punto vamos a analizar algunas de las directivas, recomendaciones, dictámenes y comunicaciones realizadas por las instituciones europeas en su afán por combatir la elusión fiscal en las fronteras europeas. Sin olvidar hacer mención a las diversas sentencias sobre estas prácticas.

En primer lugar, hacer referencia a la **Directiva (UE) 2015/121** del Consejo, de 27 de enero de 2015 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. Esta directiva se redactó con el fin de regular los pagos intracomunitarios de dividendos entre sociedades de un mismo grupo, con el fin de evitar que las filiales tuvieran que pagar dos veces por los mismos ingresos. La directiva viene a estipular *“cuando una sociedad matriz recibe, en calidad de socio de su sociedad filial, beneficios distribuidos, el Estado miembro de la sociedad matriz debe o bien abstenerse de gravar dichos beneficios, o bien gravarlos, autorizando al mismo tiempo a dicha sociedad a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto de la filial correspondiente a dichos beneficios”*. Por consiguiente, se pretende lograr una neutralidad fiscal mediante la transposición de esta directiva en los Estado Miembros, y evitar supuestos de doble imposición. Sin embargo, las empresas se aprovecharon de las lagunas existentes en esta normativa, debido a la disparidad existente entre los regímenes fiscales, en el tratamiento de las distintas partidas que conforman la base imponible empresarial, terminando por erosionar estas con el fin de reducir su carga fiscal.

Por todo ello, unido a las diferentes recomendaciones de la UE, de las que se hablaron a continuación, se reformó la presente directiva. Con esta reforma se pretendió en un primer momento incluir una cláusula para evitar la doble imposición, la cual trae causa de los conocidos préstamos híbridos entre matrices y filiales con sede en diferentes Estados miembros. Por consiguiente, la Comisión abogaba por convertir esta Directiva en una norma antiabuso, con el fin de dar una respuesta homogénea por parte de los Estados ante el fenómeno de elusión fiscal llevado a cabo por los grandes grupos empresariales. En esta directiva ya se contemplaba la posibilidad por parte de los Estados Miembros de aplicar sus disposiciones nacionales para evitar fraudes y abusos, pero esta cláusula de reenvío a las normas antiabusos internas, causará una solución descoordinada, pues como es sabido cada estado tiene una normativa antiabuso propia.

Haciendo referencia a lo expuesto en el párrafo anterior, se reformó la directiva para que no fuera objeto de prácticas abusivas estableciendo una cláusula antiabuso general por la que se determina que no se acordarán los beneficios de la directiva *“a un arreglo o una serie de arreglos falseados, vistos todos los hechos y circunstancias pertinentes, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la presente Directiva”*, de lo cual se deduce que dichos arreglos no estarían conectados con actividades con sustrato económico. A pesar de aparecer una cláusula de reenvío en la directiva objeto de reforma, a las normas antiabuso interna de los estados, se pretendió dar una respuesta más coordinada a este problema de dimensión transnacional para garantizar una mayor seguridad jurídica. Esta cláusula permite a los Estados miembros aplicar mecanismos de salvaguardia contra las prácticas abusivas, sin olvidar hacer referencia en las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas elaboradas para este fin, a la Directiva en cuestión, para intentar armonizar en mayor medida las legislaciones.

En segundo lugar, hablar de otra de las directivas que componen el paquete de medidas Anti-Elusión fiscal de la UE. La **Directiva 2017/952** del Consejo de 29 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países, de la cual se hablará más adelante pues forma parte del paquete Anti-Elusión Fiscal elaborado por la Comisión el 28 de enero de 2016, que resulta interesante analizar por las medidas novedosas que recogían con el fin de frenar la merma recaudatoria de los Estados Miembros. Esta directiva se elaboró en la etapa post BEPS, pero se observó la necesidad de reformarla debido a la falta de inclusión en esta de la acción 2 del proyecto BEPS elaborado por la OCDE, que hace referencia al uso por parte de las empresas de instrumentos híbridos en su planificación fiscal, estableciendo que esta directiva tiene como fin frenar las asimetrías híbridas causantes de la erosión de las bases imponibles, no solo haciendo referencia a instituciones y establecimientos permanentes híbridos que desarrollan su actividad y mantienen relaciones en el ámbito de la UE, sino que también se establecen un conjunto de reglas para frenar el uso de estos instrumentos en la relación con terceros países. Esta directiva pretende no dejar ninguna laguna legal a las empresas para que sigan originando asimetrías híbridas.

En este apartado no trataremos en profundidad esta directiva, puesto que la abordaremos en el punto 3 del trabajo, donde se estudiará detalladamente cada uno de los numerosos instrumentos híbridos existentes, y su correspondiente tratamiento jurídico para frenar su uso por parte de los grupos empresariales.

En líneas generales se dan situaciones de asimetrías híbridas debido a la doble deducción de un mismo pago deducible; a la deducción de un pago en un país, cuyo ingreso en otra jurisdicción no estaría sometido a tributación (asimetría de deducción sin inclusión). También se produce esta situación debido a una diferencia en la calificación por parte de los Estados de instrumentos financieros, pagos y entidades, o de la atribución de pagos (párrafo 9 de la Directiva Europea 2017/952).

En concreto la directiva incluye medidas correctoras, con el objetivo de neutralizar el efecto de las siguientes asimetrías híbridas: las causas por entidades híbridas, las transferencias híbridas, las asimetrías importadas, las conocidas como asimetrías de instrumentos financieros, los establecimientos permanentes híbridos, las asimetrías híbridas invertidas y las relativas a la doble residencia fiscal.

Para que dé sus frutos, la mayoría de los países europeos están incorporando las recomendaciones hechas por esta directiva en su legislación, para que tengan cierta coherencia con las normas anti-elusión de los estados, unido a la adopción de procedimientos administrativos para hacer factible la lucha contra las asimetrías híbridas, para así frenar las nefastas consecuencias que han originado y originan estos instrumentos tan novedosos de planificación fiscal.

Dentro del paquete Anti-Elusión Fiscal elaborado por la Comisión el 28 de enero de 2016, destacar dos directivas: Directiva (UE) 2016/881 del Consejo de 25 de mayo de 2016, y la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016.

En primer lugar, 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, la cual se encuentra estrechamente relacionada con la Acción 13 del Plan BEPS elaborado por la OCDE, que lleva por rúbrica: “reexaminar la documentación sobre precios de transferencia”.

Es una normativa orientada a los grupos multinacionales, puesto que como ya hemos señalado únicamente las empresas que operan en distintos países pueden erosionar sus bases imponibles, y por tanto disminuir su carga tributaria, a diferencia de las pequeñas y medianas empresas que no pueden aprovechar las ventajas fiscales derivadas de desplegar sus actividades en distintas jurisdicciones. De otro lado, las actuaciones defraudadoras de las multinacionales producen una merma recaudatoria en las arcas de los distintos Estados Miembros, puesto que compiten por atraer un mayor grupo de empresas inversoras ofreciéndoles ventajas fiscales, lo cual pretende, en cierto modo, evitar esta directiva.

Esta normativa tiene como fin un aumento de la transparencia por parte de las empresas, es decir, tiene como objetivo que las empresas pongan a disposición de las *“autoridades tributarias de los Estados miembros precisan información exhaustiva y pertinente sobre los «grupos de empresas multinacionales» en relación con su estructura, su política en materia de precios de transferencia y sus operaciones internas dentro y fuera de la Unión”*. Toda esa información servirá a las autoridades para poder reaccionar de manera preventiva frente a las prácticas fiscales perniciosas de los grupos multinacionales, mediante *“cambios en la legislación o efectuando evaluaciones de riesgo y auditorías fiscales adecuadas, y detectar si las empresas han recurrido a prácticas que tengan por efecto trasladar artificialmente cantidades importantes de rentas a entornos fiscalmente favorables”*.

Tomando como referencia la Acción 13 del proyecto BEPS, será exigible a los grupos multinacionales el “informe país por país”. Este documento lo deben facilitar las empresas que actúen en distintos territorios y será anual. Este deberá contener información relativa a cada territorio donde operen, los ingresos obtenidos, la cuantía del BAT (Beneficios Antes de Impuestos), del impuesto sobre la renta pagado y devengado. Además, deberá contener información relativa a su número de empleados, a la composición del patrimonio neto, de los activos situados en cada territorio fiscal. Unido a la información anterior, los grupos multinacionales deben identificar en el informe cada entidad que compone el grupo, identificando donde despliegan sus actividades. Esta información deberá ser aportada únicamente por los grupos multinacionales cuyas cuentas anuales consolidadas alcancen una determinada cuantía, la cual se presume que deberán estipular los Estados Miembros al transponer la directiva, puesto que no se hace referencia a un importe exacto en esta.

Para conseguir una armonización fiscal en todo el territorio y lograr el buen funcionamiento del mercado interior único, es decir, que en todo el territorio de la UE se recopile la misma información se hace necesario una coordinación entre las administraciones, con lo cual se debe facilitar la información oportuna a cada una de las Administraciones implicadas. Estas últimas tendrán derecho a acceder al contenido básico del informe país por país, si en sus territorios alguna entidad del grupo multinacional tiene su residencia fiscal, o sus ganancias estén sujetas al pago de impuestos por la actividad que desarrolla mediante un establecimiento permanente perteneciente al grupo empresarial.

Como se ha dicho, si existe una buena coordinación entre las Administraciones involucradas sólo será necesario que elaboren y aporten el informe país por país en los territorios donde las entidades dominantes de un grupo sean residentes, y al mismo tiempo que

no sean dependientes de otra entidad. En suma, a lo anterior, también estarán obligadas a aportar información relativa a estos informes las entidades residentes en un territorio que sean dependientes, tanto directa como indirectamente, de una entidad no residente, la cual al mismo tiempo no sea dependiente de otra o establecimientos permanentes de empresas no residentes. Todo esto está sujeto a una serie de requisitos contenidos tanto en la norma europea, como en la de cada este Estado Miembro involucrado.

La información de estos informes no debe ser pública, pues únicamente debe ser compartida entre las Administraciones Fiscales, para ayudar a fijar sus parámetros a la hora de inspeccionar la planificación fiscal de los grupos, para de ese modo velar porque se cumplan las obligaciones fiscales. Aunque no hay que perder de vista la propuesta de la Comisión para que las grandes multinacionales cuyos ingresos consolidados supere los 750 millones de euros, revelen algunos datos del informe país por país.

En definitiva, esta directiva pretende un aumento de la transparencia de las empresas en lo relativo a sus actuaciones de planificación fiscal, además del incremento de la información fiscal intercambiada, entre las autoridades fiscales donde actúen los grupos empresariales multinacionales. Mediante estas actuaciones se pretende reducir la erosión de la base imponible y el traslado de los beneficios.

En segundo lugar, hay que destacar 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, conocida como la directiva antiabuso por las numerosas disposiciones al respecto que contiene. Entre otros logros que persigue alcanzar frenando el fraude fiscal, es reducir el impacto negativo que tiene sobre la libre competencia, por ello se requiere *“un nivel mínimo de protección frente a las prácticas de elusión fiscal en los sistemas nacionales del impuesto sobre sociedades en toda la Unión”*, además añade que es necesario *“establecer un nivel mínimo común de protección del mercado interior en sectores específicos”*, en especial los sectores referidos a actividades donde las practicas elusivas suelen ser frecuente, unido a la importancia de estos en el buen funcionamiento de las economías existentes en el territorio europeo

Esta directiva incluye numerosas prerrogativas a tener en cuenta para luchar contra el fraude fiscal empresarial. Esta norma es una especie de recopilación derivada del informe final de las acciones BEPS, adaptado a la UE para lograr el buen funcionamiento del mercado interior único europeo, y evitar la doble imposición. Aunque varios expertos opinan que se deslinda de esta, pues introduce, por ejemplo, una cláusula general antiabuso, entre otras cuestiones. Esta

será de aplicación a todos los contribuyentes que sean sujetos pasivos del impuesto de sociedades en uno o en más países miembros, incluidos los establecimientos permanentes de entidades con residencia fiscal en terceros países, sin perjuicio de una ulterior aplicación de la normativa interna dirigidas a proteger las bases imponibles nacionales relativas a este tributo

El objetivo que persigue esta normativa puede alcanzarse con el establecimiento de unos estándares mínimos frente a estas prácticas, que guíen a los distintos legisladores en la elaboración de una respuesta coordinada a la hora de trasladar las acciones del proyecto BEPS a su normativa interior, sin perder de vista el objetivo primordial de mejorar la eficacia del mercado interior en conjunto. Lo que se conoce como una cláusula general antiabuso.

Tras la lectura de esta normativa, se pueden extraer distintas prerrogativas cuya finalidad común es evitar la planificación fiscal abusiva de las empresas. En primer lugar, encontramos una regla relativa a la limitación de intereses, para disuadir el pago de intereses excesivos con el objetivo de reducir la deuda tributaria, por lo que se recoge una limitación a la deducibilidad del coste del endeudamiento con fondos ajenos.

En segundo lugar, encontramos una cláusula de “*switch-over*”, por la que los Estados firmantes en primer lugar gravarán los ingresos que reciban los contribuyentes por dividendos o venta de participaciones de una filial con sede en un tercer estado o que se deriven de beneficios de establecimientos permanente. En definitiva, se gravarán los ingresos obtenidos en el extranjero, además de incluir una deducibilidad del importe pagado por este concepto en un tercer país.

Se incluyen también, reglas referidas a la imposición de salida. Lo que se pretende es gravar las plusvalías generadas por el traslado por parte del contribuyente de activos o su residencia fiscal fuera de la jurisdicción fiscal de un Estado miembro, aun cuando ésta no se haya realizado en el momento de la salida. Se reconocen varios supuestos en relación este caso, pero en definitiva se busca evitar doble imposición por la ganancia generadas por estas operaciones de salida.

Como podemos ver es una normativa bastante compleja donde existe una referencia a distintas practicas fiscales elusivas, que ya vienen reconocida de manera más detallada y precisa en otras disposiciones, puesto que se vuelve a hablar de las asimetrías híbridas de manera muy breve, además de la necesidad de establecer un régimen de transparencia fiscal internacional.

En definitiva, este texto permite concluir que la UE quiere combatir la elusión fiscal por medio del principio antiabuso, y usando criterios de reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, pues es necesario la colaboración y coordinador de éstos.

A pesar de que las autoridades europeas no han llegado a un consenso acerca de la implantación de una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades, debemos hacer referencia a la propuesta emitida por la Comisión Europea el 25 de octubre de 2016. Esta contenía dos propuestas de directivas, una pretendía la creación de una base imponible común del impuesto de sociedades (BICIS); y la segunda directiva quería establecer una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS). Como es de suponer, estas directivas fueron propuesta debido al aumento de la complejidad de las estructuras empresariales, las cuales facilitaban el traslado de los beneficios. A lo anterior se le suma, la disparidad existente entre las legislaciones nacionales sobre este tributo, que ha permitido que muchas multinacionales se aprovecharan de las asimetrías existentes entre los diferentes regímenes fiscales, para elaborar estrategias de planificación fiscal agresiva. En suma, es necesario profundizar en el contenido de estas propuestas de directivas tan novedosas y necesarias, debemos mencionar que muchos estados se opusieron a ella bloqueando así su aprobación por unanimidad, de ahí que muchos estados estén luchando por alcanzar acuerdos por mayoría absoluta. Antes de hacer referencia a los argumentos en contra, hay que conocer de manera sintetizada sus contenidos.

La primera de las directivas es la que hace referencia al establecimiento de una base imponible común del IS, la conocida como **BICIS**. Esta propuesta de directiva se encuentra estrechamente relacionada con la directiva relativa a las BICCIS. Ante la dificultad de adoptar en su integridad la propuesta relativa a las BICCIS, se optó por un enfoque gradual, así pues, la presente directiva se centra en la primera fase. Esta delimita el concepto de base imponible común, es decir, los elementos que la componen, las reglas de cálculo, ... en definitiva, todas estas disposiciones pretenden frenar actuaciones de elusión fiscal transfronterizas. Sin olvidar la hoja de ruta marcada por la OCDE en su iniciativa BEPS.

Con esta directiva se busca en un primer lugar armonizar la legislación de los 28 Estados Miembros en lo que a este impuesto se refiere, para mejorar el mercado único en beneficio de las empresas al utilizar un único conjunto de normas y una única declaración fiscal, y consecuentemente controlar sus actuaciones de planificación fiscal agresiva. Para ello se pretende que todas las empresas tributen de una misma forma, definiendo una base imponible

común con exenciones e incentivos fiscales homogéneos, que disuadan estas malas praxis de los grupos empresariales.

Esta directiva viene a decir que esta base imponible que se pretende alcanzar debe estar guiada en base al *“principio de que las sociedades paguen la cuota de impuestos que le correspondan en la jurisdicción o jurisdicciones donde se generen sus beneficios”*, es decir, se gravarán las rentas obtenidas en un determinado territorio, para de ese modo evitar supuestos de doble imposición, o de doble no imposición. El cálculo de la base imponible común será el siguiente: estará compuesta por todos los ingresos no exentos. Los ingresos derivados de participaciones de al menos el 10%, las rentas derivadas de dividendos o enajenación de participaciones pertenecientes a sociedades no vinculadas deben estar exentos con el fin de evitar la doble imposición de las inversiones directas en el extranjero. Por consiguiente, los beneficios obtenidos mediante establecimientos permanentes también estarán exentos. Pero a todo esto se le debe añadir una cláusula *“switchover”*, la cual consiste en la sujeción al impuesto de dividendos procedentes de beneficios que no hubiesen soportado una tributación mínima en el país donde se originaron.

Entre los gastos deducibles, se incluirán todos aquellos relativos a los costes de ventas y a los gastos de producción y explotación. Dentro de los gastos deducibles se incluirán los gastos relacionados con las inversiones en I+D+i de las multinacionales, puesto que ayudará no solo a controlar los gastos de las grandes empresas, sino que alentará a otras empresas a invertir en Europa y crear de ese modo un mercado interior más moderno y competitivo. Además de generar empleo y contribuir al crecimiento económico. El importe total de los gastos en I+D sería plenamente deducible y se permitiría una deducción adicional de 50% de dichos gastos, que sean iguales o inferiores a € 20M, y de 25% para los gastos que superen dicha cifra de € 20M. Unido a ello, se recoge otra superdeducción para las empresas de nueva creación o *“startups”*, ya que podrán deducirse el 200% de los gastos en I+D, iguales o inferiores a € 20M, con lo cual apoya indirectamente el aumento del tejido empresarial europeo, Gil García E.(2018).

Unido a lo anterior, se quiere desalentar con esta normativa el pago excesivo de intereses que han venido realizando los grupos empresariales para conseguir reducir su carga tributaria. Así pues, la deducibilidad de los gastos financieros se debe circunscribir únicamente a aquellos costes financieros que puedan compensarse con ingresos de intereses, para que exista una compensación. No obstante, el exceso de intereses financieros tiene una serie de restricciones respecto a su deducibilidad que conecta directamente con un incentivo a la financiación con recursos propios, otorgándoles a las compañías beneficios por ello. Se pretende

corregir el sesgo de los sistemas fiscales en favor de la deuda, para promover estructuras de financiación más sólidas y mayor estabilidad económica. En este contexto, se incluye una ventaja fiscal por crecimiento e inversión, que permitirá a las compañías deducirse la cuantía obtenida de multiplicar el aumento de fondos propios o “*equity*” por una media de rendimiento predefinida.

Entre otras novedades que incluiría la directiva BICIS, destacar la compensación temporal de las pérdidas, puesto que solo estaría en vigor hasta la entrada de directiva BICIS, que contemplaría la fase de instauración de la base imponible común. Esta disposición permitiría al contribuyente, la empresa matriz, deducir las pérdidas de filiales directas, que cumplan unos requisitos de participación y en proporción a la participación, y las pérdidas de sus establecimientos permanentes situados en Europa. Este sistema se acompañaría de un mecanismo de reversión, con el cual se reintegrarían a la base imponible de la matriz, los importes compensados a medida que estas filiales y establecimientos fueron obteniendo beneficios. Además, transcurridos 5 años se daría una reversión automática y en la medida en que las pérdidas compensadas no se hubieran integrado en la base. Con estos mecanismos se evitaba la plena compensación de beneficios y pérdidas dentro del grupo y la eliminación de las operaciones intragrupo, así con este nuevo mecanismo la compensación sería temporal y “hacia arriba”, reduciendo el exceso aprovechamiento por parte de las empresas de las operaciones intragrupo para reducir su carga fiscal.

Seguidamente hay que analizar el proyecto de directiva **BICIS**, que conformaría la segunda parte de este ambicioso proyecto, debido a la necesidad de adaptación progresiva de este proyecto, así a continuación vamos a tratar las reglas sobre consolidación sobre reparto ponderado recogidas en ésta.

Esta segunda fase procederá a su aplicación cuando se haya alcanzado un acuerdo político sobre la base común, siendo necesario considerar a la UE como un mercado único a efectos de calcular la base. Esta directiva se orientaría al proceso de implantación de esta normativa en cada Estado, es decir, prevé las adaptaciones necesarias que habrá que hacer en cada país para reconocer estas normas técnicas para la consolidación de los beneficios, y la posterior distribución de la base imponible consolidada a los Estados Miembros que reúnan los requisitos.

De forma sucinta, esta directiva nos dice que resultará de aplicación a aquellos grupos de empresas consolidados que alcancen un determinado umbral, el cual está relacionado con los ingresos consolidados totales del grupo que tenga unos estados financieros consolidados.

Tener en cuenta, que no excluye su aplicación con carácter facultativo a grupos consolidados que no alcancen esos límites. La definición de grupo consolidado la aporta la presente propuesta de directiva y es la siguiente: *“se determinará mediante un doble examen basado en i) el control (más del 50 % de los derechos de voto) y ii) la propiedad (más del 75 % del capital) o el derecho a beneficios (más del 75 % de los derechos a participar en los beneficios). Tanto el umbral de control como el de propiedad o derecho a beneficios deberán respetarse a lo largo de todo el ejercicio fiscal; de no ser así, la sociedad incumplidora deberá abandonar el grupo inmediatamente. También habrá un requisito mínimo de nueve meses consecutivos para establecer la composición del grupo”*. Añadir, que las empresas con ingresos globales superiores a 750 millones de euros anuales serán sujetos de estas directivas obligatoriamente, por lo que se garantizará que serán objeto de gravamen donde realmente obtienen sus beneficios.

Entre las propuestas novedosas de esta directiva destaca las reorganizaciones empresariales de imposición de las pérdidas y las plusvalías, que establece, en el supuesto de que una sociedad se incorpore al grupo, que las pérdidas de explotación anteriores a la consolidación se trasladarán a ejercicios posteriores a fin de compensarlas con su cuota parte. Y en caso contrario, es decir, cuando una sociedad abandone el grupo no será necesario que se imputen a su base las pérdidas derivadas del periodo de consolidación. En caso de reorganizaciones amplias en que varias sociedades deban abandonar el grupo se producirá una asignación de pérdidas en el grupo consolidado. Unido a lo anterior, se dan normas para gestionar las plusvalías no realizadas.

En lo relativo a las operaciones intragrupo, se refieren en su mayoría al tratamiento de las retenciones originadas por transacciones financieras, y las compensaciones en forma de crédito por doble imposición.

Lo expuesto anteriormente viene a considerarse accesorio, es decir, pues lo que realmente importa extraer de esta propuesta es la fórmula de reparto de la base imponible una vez cuantificada entre las distintas empresas del grupo, con el fin de conocer que cuota tributaria corresponde a cada Estado Miembro implicado. Esta base se repartirá en función de una fórmula recogida en la presente propuesta, la cual contiene tres factores con la misma ponderación: manos de obra, activos y ventas por destino. El factor empleo estará conformado por la cuantía del salario y el número de asalariados a partes iguales, todo ello tiene un fin de equidad tal y como viene a decir el texto en cuestión: *“fin de tener en cuenta las diferencias en los niveles de salarios en toda la Unión y permitir así una distribución más justa”*, BICCIS (2016). En cuanto a los activos, se computarán únicamente los activos fijos materiales, para evitar el traslado de

activos móviles o alquilados entre empresas del grupo. El inmovilizado intangible y el financiero se excluirán de la fórmula por su valor fluctuante. Es interesante abordar el tratamiento de los gastos de I+D+i, y los relativos a la publicidad incurridos en los 6 años anteriores a la entrada al grupo, los cuales únicamente se podrán tomar en consideración durante cinco años, además de imputarse efectivamente a la entidad que va a beneficiarse del activo en cuestión, pues es de suponer, que los gastos asociados a los activos se habrán desembolsado por el propietario de ésta. El último factor que ponderar es el referido a las ventas, las cuales se cuantificarán entre las ventas de un miembro, y el total de ventas del grupo consolidado, pero sin tener en cuenta las operaciones de venta intragrupo. Así pues, citando lo dispuesto en la presente propuesta *“estos factores y ponderaciones deberían contribuir a garantizar que los beneficios se graven en el lugar en que se hayan generado efectivamente”*.

Puede parecer lógico que se cree una administración tributaria europea única, acorde con la nueva base imponible consolidada común, lo cual se ha descartado por su imposibilidad material. Por ello, se habilitaría a las Administraciones tributarias de los países implicados, es decir, de aquellos países receptores de dicha base imponible como agentes facultados para resolver conflictos, llevar a cabo una serie de trámites. Si bien, resulta más cómodo y útil que el sujeto pasivo tenga un único interlocutor, es decir, que trate con una única Administración tributaria de la UE, conocida como “ventanilla única”, la cual se traduce como la Administración tributaria del Estado miembro donde radique la residencia fiscal de la matriz del grupo. A esta le corresponderá iniciar y coordinar las auditorías, de oficio o a instancia de cualquiera de las administraciones implicadas. Todo este nuevo sistema administrativo ayudaría recortar los gastos de las administraciones, a reducir el coste de las empresas a la hora de declarar sus beneficios ante las autoridades, pero, sobre todo, esta unificación conllevaría un mejor control de la planificación fiscal agresiva, pues el fin último de estas dos propuestas es reducir el número de actuaciones orientadas a la elusión fiscal, y hacer que el mercado único europeo funcione de manera justa y eficiente.

Si bien, son evidentes las ventajas que se obtendrían si estas directivas llegasen a aprobarse, pero muchos estados miembros han mostrado su oposición. Así, destacar lo dicho por el parlamento holandés, el cual afirma que ambas propuestas violan el principio de subsidiariedad del art 5 TFUE, el cual reconoce que la UE intervendría cuando los objetivos marcados por las autoridades europeas no pudieran ser alcanzados por los Estados miembros. En concreto recogiendo lo dicho por diversas noticias al respecto, el parlamento holandés argumentó que produciría efectos negativos para la economía holandesa pues no recaudaría todos los ingresos originados por este impuesto, produciría lo que se conoce como *“race to the*

bottom”, y no ayudaría a evitar todos los efectos nocivos de la elusión fiscal. Por último, opina que seguirán existiendo sistemas fiscales que beneficien la planificación fiscal agresiva.

Al margen de la postura contraria de las autoridades holandesas, merece tener en consideración lo dicho el pasado año por dos de las grandes economías europeas, Francia y Alemania. Ambas están a favor de aprobar estas directivas, pero con ligeras modificaciones. Consideran que el ámbito de la BICIS debe extender a todas las empresas sin distinción alguna por su forma jurídica o tamaño. Añade que no debe incluir ningún incentivo fiscal novedoso, y están en contra de incluir en la primera fase de las BICIS la compensación de pérdidas y los precios de transferencia (punto 2.1.2 d)). En definitiva, se requiere un periodo de negociación largo y razonable para aprobar estas directivas, es más, muchos afirman que este año podrán llegar a un acuerdo para comenzar su futura implantación, teniendo en cuenta algunas prerrogativas, Gil García E. (2018).

Todo lo expuesto anteriormente vienen a ser normativa de carácter vinculante para los estados miembros, pero no debemos olvidar hacer una breve mención a una de las Recomendaciones más importante de la UE que, aunque no sean vinculante para los Estados han sido y es esencial para guiar la redacción de la legislación sobre la materia en cuestión.

En primer lugar, hablar de dos recomendaciones muy recurrentes a la hora de legislar. Así hacer mención a la **Recomendación de la Comisión Europea 2016/136**, de 28 de enero de 2016, sobre la aplicación de medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales. Esta recomendación versa sobre la incorporación de cláusula general antiabuso en los convenios reconocida en la Acción 6, y añade medidas relacionadas con el establecimiento permanente que recoge la Acción 7 del Plan BEPS.

De otro lado la **Recomendación de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2012 sobre la planificación fiscal agresiva**, la cual intenta sugerir una línea de actuación no vinculante a los Estados miembros, puesto que sus leyes han sido insuficientes para frenar la planificación fiscal agresiva. Ello unido a la incapacidad de evitar la merma recaudatoria por el aumento de la deslocalización de beneficios, ya que las disposiciones que regulan esta cuestión son insuficientes para abarcar este problema que excede los límites de las fronteras nacionales.

Esta recomendación pretende hacer una visión global de este problema argumentado que *“las estructuras de planificación fiscal son cada vez más complejas y que los legisladores nacionales no suelen disponer de tiempo suficiente para reaccionar, las medidas específicas de lucha contra el fraude resultan a menudo insuficientes para responder adecuadamente a las nuevas estructuras de planificación fiscal agresiva”*; por lo tanto los Estados partes deben

adoptar un enfoque general común que guíe de manera coordinada sus actuaciones, para lograr un buen funcionamiento del mercado interior.

Así pues, incita a los legisladores estatales a establecer un estándar comunitario, introduciendo la siguiente cláusula: *“Es preciso ignorar todo mecanismo artificial o serie de mecanismos artificiales introducidos con el objetivo fundamental de evadir impuestos y que conducen a una ventaja impositiva. Las autoridades nacionales deben tratar estos mecanismos a efectos fiscales en referencia a su realidad económica”*. De la redacción de este precepto extraemos dos elementos claves: la artificiosidad y la finalidad elusiva.

La artificiosidad ha sido utilizada por los tribunales europeos supraestatales, hablando el Tribunal de Justicia de la Unión Europeo de “montaje puramente artificial”. La Comisión define un mecanismo artificial como:

“a) la caracterización jurídica de las diferentes fases de las que consta un mecanismo es incompatible con la naturaleza jurídica del mecanismo en su conjunto; b) el mecanismo o la serie de mecanismos se ejecutan de una manera que no sería la normal atendiendo a un comportamiento comercial razonable; c) el mecanismo o la serie de mecanismos incluyen elementos que tienen por efecto compensarse o anularse entre sí; d) las operaciones concluidas son de naturaleza circular; e) el mecanismo o la serie de mecanismos dan lugar a un importante beneficio fiscal, aunque esto no se refleja en los riesgos empresariales asumidos por el contribuyente ni en sus flujos de caja; f) el beneficio esperado antes de impuestos es insignificante en comparación con el importe de la ventaja fiscal prevista”.

Con respecto a la finalidad elusiva, se nombra al “objetivo fundamental de evadir”, lo que deja entrever que existe una motivación fiscal para eludir impuestos. El problema en este concepto radique en que las empresas priorizan los motivos económicos a sus obligaciones fiscales.

Todas las asimetrías legislativas dejan entrever una inseguridad jurídica, que se hace manifiesta con las prácticas de planificación fiscal agresiva. Dicha recomendación pretende minorizar esta inseguridad, eliminando del supuesto de hecho de planificación fiscal agresiva el elemento subjetivo, con el fin de esclarecer la intencionalidad del defraudador, objetivando por lo tanto el delito: “el objetivo de un mecanismo o serie de mecanismos es evitar la imposición cuando, independientemente de cualquier intención subjetiva del contribuyente, es incompatible con el objeto, el espíritu y la finalidad de las disposiciones fiscales que serían normalmente aplicables”.

En relación a determinar la ventaja impositiva, la Comisión recomienda tomar en consideración el importe del impuesto pagado por los grupos multinacionales usando mecanismos de planificación fiscal agresiva, comparándolo a su vez con el importe que hubiera adeudado si estos no se hubieran usado. Así se deben tener en consideración las situaciones ulteriores: *“a) un importe no está incluido en la base imponible; b) el contribuyente se beneficia de una deducción; c) se registra una pérdida a efectos fiscales; d) no se adeuda ninguna retención en origen; e) se compensa el impuesto extranjero”*.

Por todo lo dicho a cerca de la redacción de este precepto, esta recomendación supone una buena hoja de ruta para empezar a redactar disposiciones vinculante que frenen estas prácticas fraudulentas, pues define de manera clara todos los concepto a tener en cuenta por los legisladores estatales a la hora de redactar leyes eficaces y actuales, es decir, que tengan en cuenta que las empresas actúan en un mundo globalizado, donde entran en juego numerosas normativas, por lo que es urgente coordinar las políticas fiscales.

Para finalizar este apartado señalaremos brevemente la información emitida por la Comisión que recoge la **Lista de la UE de países y territorios no cooperadores a efectos fiscales — Informe del Grupo «Código de Conducta» (Fiscalidad de las Empresas) en el que se sugieren modificaciones de los anexos de las Conclusiones del Consejo de 5 de diciembre de 2017, incluida la retirada de la lista de dos países o territorios**, en la cual se hace mención a la lista de la UE de países y territorios no cooperadores a efectos fiscales. De otro lado en su anexo II, recoge la situación actual de la cooperación con la UE respecto de los compromisos asumidos de aplicar principios de gobernanza fiscal, es decir, se exponen las situaciones en las que se encuentran con diversos Estados considerados paraísos fiscales en su mayoría, relativos a adoptar con ellos compromisos como la transparencia entre las administraciones; de equidad fiscal y medidas contra la erosión de bases imponibles.

2.1.3 b) Jurisprudencia

Las sentencias al respecto de las conductas fiscales abusivas, unido a la construcción jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en relación al concepto de abuso de Derecho y de planificación fiscal abusiva, serán punto de partida a la hora de comprender las distintas sentencias emitidas por el TJUE.

La definición y delimitación de este concepto ha sido un proceso continuo de dialogo entre este tribunal supraestatal y los tribunales nacionales fundamentalmente, mediante cuestiones prejudiciales que fueron elevada al TJUE en el desarrollo de los litigios al respecto. Por consiguiente, *“puede decirse, por tanto, que el concepto de abuso es un producto de la*

búsqueda de soluciones a la tensión entre los intereses de la Unión y los intereses nacionales, en el ámbito tributario, entre el Mercado Común y el interés fiscal de los Estados” Sanz Gómez (2010:63).

De forma previa a la definición de una actuación abusiva por parte del TJUE, éste consideró necesario tomar como punto de partida el contenido y objetivos de las distintas libertades comunitarias que se encuentren directamente relacionadas con estas prácticas. Por ello, establecer la delimitación del ámbito que cada libertad quiere salvaguardar, para así establecer que libertad o libertades se vulneran en cada caso en concreto, resulta esencial para definir la idea de abuso, y sí este se da. Por tanto, el TJUE determinará al inicio que libertad está afectada en cada sentencia.

Si bien, para entrar a valorar si una conducta empresarial es abusiva o no, el Tribunal en un primer momento, entiende que cada uno de los Estados debe respetar las libertades comunitarias, debido a que *“ el objetivo fundamental es la construcción del Mercado interior, de ahí que la integración de los ordenamiento jurídicos de los Estados miembros tengan como obligación eliminar, o al menos disminuir, las barreras legales que dificulten o impidan su consecución”* Márquez Lasso (2012:15), por ende la violación por parte de los Estados de estos principios no está admitida.

En línea con lo dicho en el párrafo anterior, el TJUE dice en la sentencia de 26 de septiembre de 2000, sostiene que *“el simple ejercicio de las libertades comunitarias, en la búsqueda de regímenes jurídicos beneficiosos, no puede invocarse para justificar una presunción general de prácticas abusivas y servir de justificación a medidas que vayan en detrimento del ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado”*.

Por lo que, en un primer momento parece entender que las libertades *“se han convertido en auténticos derechos subjetivos de los agentes económicos que operan en el mercado común, invocables ante los Estados donde éstos quieran realizar una actividad o inversión económica o ante sus Estados de residencia”* Martín Jiménez (2007:6).

Por ello para determinar si se produce una situación de abuso de derecho constitutiva de fraude fiscal, con el fin de buscar el régimen para tributar más favorable, hay que observar en cada caso concreto si la utilización de estas libertades constituye prácticas artificiosas de planificación fiscal agresiva, beneficiándose de la disparidad de las legislaciones entre naciones.

Todo ello refleja el contexto en el que el TJUE ha reflexionado acerca del concepto de abuso de derecho en tributario, pues no permite que se usen las libertades comunitarias para

encubrir verdaderos fines elusivos, pero por otro lado debe velar porque los Estados firmantes no pongan restricciones a estas libertades.

Después de analizar los pasos seguidos por el Tribunal para determinar cuándo nos encontramos ante situaciones de abusos fiscales, citando Márquez Lasso (2012:14) se define el abuso como, *“invocar las disposiciones del Derecho Comunitario de modo abusivo, con objeto de obtener ventajas de un modo que contraviene la finalidad y los objetivos de dichas disposiciones”*

De manera sucinta esta es la doctrina que sigue el TJUE, la cual observaremos a continuación por medio de las sentencias más relevantes sobre fraude fiscal dictadas por este Tribunal, en las cuales se flexibilizan los límites que protegen las libertades comunitarias, con el fin de garantizar cierta coherencia entre lo dicho por las Directivas europeas y los regímenes internos de los Estados Miembro, buscando erradicar y penalizar situaciones de planificación fiscal agresiva. Por tanto, se aplicarán las normas de manera desigual en función del caso concreto, las legislaciones comprometidas, la existencia o no de Convenios de Doble Imposición.

El caso Cadbury Schweppes, recogido en la Sentencia del TCJE de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, la cual tiene por objeto resolver una cuestión prejudicial planteada por los *“Special Commissioners of Income Tax London”* (Reino Unido), donde se pone en juicio la validez de la norma inglesa sobre transparencia fiscal internacional, para determinar si viola el principio comunitario de libertad de establecimiento.

Dicha petición se presentó durante un litigio *“Cadbury Schweppes plc”* y *“Cadbury Schweppes Overseas Ltd”*, por un lado, y los *“Commissioners of Inland Revenue”*, por otro lado, relativo a la tributación de esta última sociedad sobre los beneficios obtenidos en 1996 por *“Cadbury Schweppes Treasury International”*, filial del grupo *“Cadbury Schweppes”* constituida en el seno del International *“Financial Services Center”*, situado en la ciudad de Dublín. A pesar de no existir un consenso universal sobre la definición de qué es un paraíso fiscal, Irlanda es considerado por numerosos informes, noticias y por la mayoría de los autores como un paraíso fiscal, tal y como se desprende del informe Vía Libre de Oxfam Intermón (2019), con lo cual este caso resulta interesante, pues junto al análisis de la legislación británica, se observa el tipo impositivo reducido existente en Irlanda, unido a las prácticas de *“tax ruling”* con las empresas que deciden invertir en territorio irlandés.

La sentencia expone de manera breve la legislación inglesa, donde las empresas no residentes tributan por todas las rentas obtenidas en el mundo, lo que incluye beneficios obtenidos por las sucursales o las agencias por medio de las cuáles las empresas desarrollen

actividades más allá de las fronteras de Reino Unido (apartado 3 de la STC de 12 de septiembre de 2006 TJUE).

En un primer momento, *“la sociedad residente no tributa, en principio, por los beneficios de sus filiales en el momento en que éstos se obtengan. Tampoco tributa por los dividendos distribuidos por una filial establecida en el Reino Unido. La referida sociedad tributa por los dividendos distribuidos a una sociedad residente por una filial establecida en el extranjero. Para evitar la doble imposición, la legislación fiscal del Reino Unido prevé, sin embargo, la concesión a la sociedad residente de un crédito fiscal por el importe del impuesto que haya pagado la filial extranjera en el momento en que obtuvo los beneficios”* (apartado 4 de la STC de 12 de septiembre de 2006 TCJE). Regla que no es aplicable para las sociedades extranjeras controladas, para las cuales la legislación inglesa establece que se deberá tributar en Reino Unido los beneficios obtenidos por estas, si están situadas en países que tengan una tributación menor.

Dicha restricción tiene que estar suficientemente justificada ya que la norma enjuiciada sí que vulnera la libertad de establecimiento al dar un trato fiscal diferente en función del nivel de tributación al que las filiales establecidas en el extranjero estaban sometidas, sin tener en cuenta otros parámetros.

Para que esté justificada tiene que responder a un interés general, y además que la finalidad de la norma en cuestión sea luchar contra el fraude fiscal por medio de medidas que quieran desmontar los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea la elusión de la normativa fiscal nacional.

Otra de las resoluciones emitidas por las instituciones europeas al respecto de estas prácticas fiscales agresivas por parte de las grandes empresas internacionales, es el dictamen redactado por la Comisión Europea en 2016, el cual expone el caso de la gran multinacional Apple, la cual dejó de pagar más de 13 millones de euros de impuestos en Irlanda.

La Comisión lleva investigando la concesión de ventajas fiscales por parte de los Estados Miembros desde 2013, así pues, desde ese año lleva persiguiendo estas prácticas permitidas por los Estados Miembros, que quiebran los principios de relativos a una imposición justa y eficaz, además del principio de libre competencia. Para evitar la pérdida recaudatoria y la desigualdad de trato fiscal entre los países, la Comisión desde esas fechas lleva elaborando directivas y recomendaciones para luchar contra estas prácticas artificiosas.

Antes de profundizar en el estudio del caso de Apple en Irlanda, decir que en Europa existen muchos otros países que hacen las veces de “guaridas fiscales” y ofrecen ventajas fiscales

a numerosas empresas, tal y como ejemplifica la nota de prensa de la Comisión Europea de 30 de agosto de 2016, donde se comunica además el dictamen de la Comisión Europea sobre Apple. *“En octubre de 2015, la Comisión llegó a la conclusión de que Luxemburgo y los Países Bajos habían concedido ventajas fiscales selectivas a Fiat y Starbucks, respectivamente. En enero de 2016, la Comisión llegó a la conclusión de que las ventajas fiscales selectivas concedidas por Bélgica a 35 multinacionales, como mínimo, principalmente de la UE, en virtud de su régimen fiscal de “beneficios extraordinarios”, eran ilegales con arreglo a las normas sobre ayudas estatales de la UE”*. En definitiva, el caso Apple no es el único que se ha dado en Europa relativo a las prácticas fiscales abusivas.

Irlanda desde el año 1991 llevo a cabo estrategias de *“tax ruling”* con Apple. Los *“tax ruling”*, permiten a las empresas trasladar flujos de sus filiales entre distintos países. El fin era que ésta se estableciera en su territorio, debido a la mala situación económica que tenía el país, puesto que durante los años 80 el desempleo era elevado y muchas empresas y personas decidían abandonar el país. Así, una de las estrategias de Irlanda para recuperarse económicamente fue atraer a grandes empresas, sobre todo de tipo tecnológico, estableciendo con ellas el *“flat tax”* (el impuesto plano a la renta), Cinco días (2018).

Este acuerdo entre Apple e Irlanda, viene dado por dos resoluciones fiscales emitidas por Irlanda para reducir artificialmente y notoriamente los impuestos pagados por Apple. Estas resoluciones permitieron una rebaja del Impuesto de Sociedades para sus dos filiales (Apple Sales International y Apple Operations Europe) residentes en dicho país, cuyo tipo impositivo fue reduciéndose desde el 1 % hasta el 0,005 % entre 2003 y 2014, tal y como se desprende de la nota de prensa a la que se le ha hecho referencia, dejando de pagar un 12,5% que era el tipo irlandés, al margen de estos acuerdos.

La estructura fiscal de Apple para reducir los impuestos se valía de dos filiales como se ha dicho el párrafo anterior. Estas dos sociedades estaban controladas por el grupo Apple, a su vez, controlado por la matriz americana Apple Inc.

Estas empresas podían utilizar los derechos de propiedad intelectual e industrial de Apple, para poder vender y fabricar los productos fuera de Estados Unidos, lo cual se llama *“acuerdo de reparto de gastos”*.

Este acuerdo consiste en el pago anual por parte de estas dos filiales a Apple Inc, con el objetivo de financiar proyectos de I+D+i realizadas en nombre de las empresas irlandesa en Estados Unidos. Estos pagos fueron incrementándose con los años, gastos que se deducen de

los beneficios de dos sociedades mercantiles irlandesas por Apple Sales International y Apple Operations Europeen Irlanda, Nota de prensa Comisión Europea de 30 de agosto de 2016.

Cada una de las filiales tiene su papel, pero principalmente Apple Sales International era la principal. Esta adquiría los productos de Apple a escala mundial para comercializarlo por Europa. Además, la matriz estipuló por obligación contractual, que todas las sucursales debían comprar los productos a esta filial. De ese modo Apple garantizaba que todos los beneficios se registrarán en Irlanda.

Estas resoluciones fiscales emitidas por Irlanda, se detallaba la distribución interna de estos beneficios en Apple Sales International. Tal y como se desprende de la nota de prensa a la que se ha venido haciendo referencia *“dichas resoluciones refrendaban un reparto de los beneficios a efectos fiscales en Irlanda: con arreglo al método acordado, la mayor parte de los beneficios se distribuían dentro de Apple Sales International a una «administración central» fuera de Irlanda. Esta «administración central» no estaba implantada en país alguno ni contaba con empleados o locales propios. Sus actividades consistían únicamente en alguna reunión ocasional de la Junta Directiva. Solo una pequeña parte de los beneficios de Apple Sales International se distribuían a su sucursal irlandesa y estaban sujetos a impuestos en Irlanda. La mayoría de los beneficios restantes se distribuían a la «administración central», en la que quedaban exentos de impuestos”*⁷.

Tras el estudio del caso por la Comisión, se concluyó que esta “administraciones centrales”, únicamente existían sobre el papel, y que los beneficios asignados a estas no tributaban en ningún lado, por lo que la evasión fiscal fue elevada, unido al tipo impositivo tan reducido que se acordó con esta compañía.

Hay que señalar que Apple Operations Europe se benefició de un régimen fiscal similar a lo largo del mismo período, puesto que los beneficios derivados de la fabricación de ordenadores se redirigían a esta “administración central”.

Tras esta investigación, la Comisión Europea concluyó que *“las resoluciones fiscales son plenamente legales. Se trata de cartas de conformidad emitidas por las autoridades tributarias para aclarar a las empresas cómo deben calcular el impuesto sobre sociedades que adeudan o cómo deben aplicar determinadas disposiciones fiscales especiales”*. Por lo que aquí la Comisión Europea controló que las ayudas estatales de la UE, otorgadas mediante acuerdo de “tax ruling”

⁷ Comisión Europea (30 de agosto de 2016). Ayuda estatal: Irlanda otorgó ventajas fiscales ilegales a la empresa Apple por valor de hasta 13 000 millones EUR (Comunicado de Prensa).

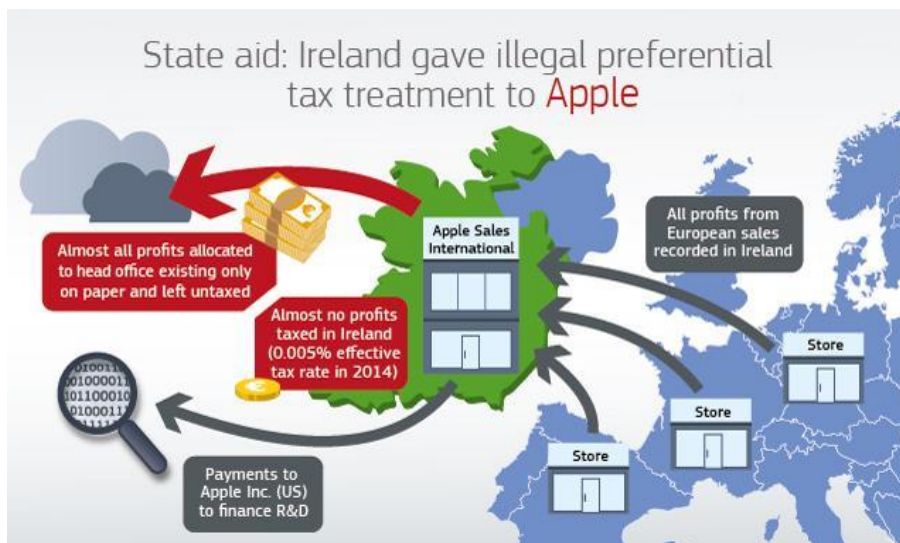
mayormente, debían garantizar que los Estados Miembros no otorgaran de manera selectiva beneficios fiscales a determinadas empresas, por medio de resoluciones que violaran el principio de competencia.

Estas resoluciones escondían un método para redistribuir internamente los beneficios, lo cual carecía de justificación económica, puesto que estas filiales dejaban de tributar por unos beneficios que efectivamente obtenían.

Finalmente, tras este dictamen al que recurrieron tanto Irlanda como Apple ante el Tribunal de Estrasburgo, terminó obligando a Apple a que pagara a Irlanda 14.300 millones de euros por las ventajas fiscales que había obtenido de manera ilícita por Dublín, los cuales debía de reclamar directamente el ejecutivo irlandés.

El pago comprende 13.000 millones de euros relativos a los impuestos dejados de recaudar desde el año 2001 y 2014, dejando 14 años en el olvido, puesto que la Comisión asegura que no pueden pedir tanto a los implicado en el “*tax ruling*”. El resto de la cuantía corresponde a intereses.

Este pago supone un 4,7 % del PIB irlandés, y un 18% de su gasto público en 2017, lo cual hace ver la merma recaudatoria que ha sufrido Irlanda debido a estas prácticas; Cinco días (2018). Apple paga a Irlanda 14.300 millones por sus ventajas fiscales, un 4,7% del PIB. Pero para Apple tampoco supondría un gran esfuerzo, puesto que esta cantidad a pagar es un 5% de sus reservas.



Fuente: Comisión Europea (2016), “Ireland gave illegal preferential tax treatment to Apple”

2.2 PLANIFICACIÓN FISCAL EN ESPAÑA

En este punto, trataremos las medidas que se están tomando en España, y la jurisprudencia existente con respecto a la evasión fiscal, que al igual que en Europa ha tenido un fuerte impacto en las arcas públicas nacionales, lo cual repercute negativamente en las políticas sociales y en la elaboración de los presupuestos públicos, debido a la falta de recursos para sostener diversas propuestas debido al fenómeno de la globalización y a la expansión internacional de muchas empresas.

En España el fraude fiscal tiene un impacto mayor que en las economías europeas, así lo corroboran diversos informes. En nuestro país la evasión fiscal ha supuesto uno de los grandes lastres para el crecimiento del país por la cuantía recaudatoria perdida. Así pues, junto con la economía sumergida que supone un 20% del PIB, un 5% superior a la media de la UE; la evasión fiscal ha dado lugar a una pérdida recaudatoria del 23%, lo que equivale a cerca del 6% del PIB, lo que se traduce en una pérdida de 70.000 millones de euros aproximadamente, según la Fundación de Caja de Ahorros (Funcas) (2018), en su informe *“Economía sumergida y fraude fiscal en España: ¿qué sabemos? ¿qué podemos hacer?”*.

En España una de las causas principales de la evasión fiscal la encontramos en el aumento exponencial de multinacionales que deciden abrir filiales fuera de nuestras fronteras, e instalarse en “guaridas fiscales”.

En España, entre los años 2009 y 2016, el número de filiales de las empresas del IBEX ha multiplicado su presencia en estas jurisdicciones, puesto que de media se han creado 103 filiales al año, con el fin de evadir impuestos. Así se desprende del análisis del informe *“Beneficios para quién; Los paraísos fiscales como principal amenaza para una fiscalidad justa”*, elaborado por Oxfam Intermón (2016).

Las filiales de las empresas del IBEX35 se sitúan principalmente en Delaware, estado de EE.UU. donde hay unas 359 filiales españolas. Le siguen Holanda con 139, Irlanda con 76 y Luxemburgo con 61, reconocidos como nichos fiscales por nuestro legislador.

De otro lado, en los últimos tres años las empresas del IBEX35 han ido reduciendo ligeramente su presencia en nichos fiscales, encontrando sus razones en la presión fiscal, en la toma de conciencia por parte de las grandes multinacionales de la responsabilidad fiscal, o debido a cambios legislativos novedosos respecto a estas prácticas. En el año 2017 estas empresas mantuvieron 858 filiales en paraísos fiscales; existiendo empresas como el Banco Santander que tiene 207, mientras que otras como Aena o Bankia no tienen ni una filial en los

mal llamados paraísos fiscales, tal y como expone el informe *“Reparto desigual: Cómo distribuyen valor las empresas del IBEX35”* de Oxfam Intermón (2019:10-14).

Hay que destacar lo dicho por el presente informe, pues afirma que el año 2017 es el segundo en el que la presencia de empresas españolas se reduce en estos países de nula o baja tributación, suponiendo una caída del 13,9 % desde el año 2016, lo que es esperanzador en la lucha contra estas prácticas.

A pesar de reducir las empresas españolas su presencia en estos países, *“en 2017 el impuesto devengado por el conjunto de todas ellas fue de 12.881 millones de €, un 11% menos que el año anterior, a pesar de que los beneficios que obtuvieron crecieron un 16,2%.”* Oxfam Intermón (2019), lo cual se debe principalmente a créditos fiscales concedidos a las compañías, los cuales *“se pueden deducir en futuras contribuciones fiscales y proceden principalmente de pérdidas originadas durante la crisis, pero también están alimentados por provisiones y aportaciones a planes de pensiones de empleados. Se trata de unas “vacaciones fiscales” que las empresas pueden decidir cuándo aplicar”* Oxfam Intermón (2019).

Unido a lo anterior, es interesante abordar la presencia de los bancos españoles en paraísos fiscales, puesto que está bastante entredicho las contribuciones a Hacienda que éstos realizan, además de su papel como facilitadores e intermediarios, para que tanto empresas como personas físicas realicen prácticas de elusión fiscal.

Los dos únicos bancos con presencia en nichos fiscales son el Banco Santander y BBVA, los cuales persiguen establecer en estos territorios las actividades que le reporten mayor rentabilidad, tomando como medida de ésta la relación entre el beneficio y el volumen de negocio, para observar si la actividad en los paraísos fiscales le reporta una rentabilidad superior. De otro lado resulta curioso afirmar que la productividad/empleado resulta mayor en estos países, *“Beneficios para quién; Los paraísos fiscales como principal amenaza para una fiscalidad justa”*, elaborado por Oxfam Intermón (2016).

Dicho informe, refleja además un desajuste entre donde se generan los beneficios y los impuestos que se pagan. Un ejemplo de ello es el *“negocio del Banco Santander en Estados Unidos, el país que más beneficios le aporta (un 20% del total del grupo, 3.727 millones de euros) donde, sin embargo, la entidad declara un crédito fiscal de 61 millones de euros”*, Oxfam Intermón (2016:22)

Cerrar esta breve referencia a la actuación de las entidades bancarias como actores de las prácticas elusivas, pues facilitan a sus clientes con elevados patrimonios que se aprovechen

de estos territorios para no pagar impuestos o pagar lo mínimo. Así en el caso de España, con la publicación de los famosos papeles de Panamá, donde se detallan las empresas creadas en este país con el fin de evadir impuestos, tanto por grandes multinacionales como por personas adineradas, así en el caso de España se recoge *“que el Banco Santander intermedió en la creación de al menos 118 sociedades en Panamá y el BBVA en la creación de 19 sociedades para algunos de sus clientes con mayores patrimonios”*, Oxfam Intermón (2016:23).

2.2.1 LEGISLACIÓN

En nuestro país existen distintas leyes y reales decretos que hacen referencia a la evasión fiscal por parte de las empresas, con lo que en este punto se tratarán las distintas disposiciones contenidas en las leyes relativas a estas prácticas.

En primer lugar, hacer referencia a la **Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre de 2003**, hay que destacar el art 15 de la presente ley, que lleva por rúbrica *“Conflicto en la aplicación de la norma tributaria”*. Analizando el apartado 1 del presente artículo, que define que existe conflicto de norma cuando se den estas circunstancias: *“a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido; b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios”*.

Analizando este precepto, se observa que éste viene a ser la norma antiabuso general recogida en nuestra legislación. Este artículo, se caracteriza porque no describe una vulneración directa de la norma, sino que viene a decir que la no realización del hecho imponible se debe a una conducta artificiosa con apariencia de legalidad. En otras palabras, los hechos que se llevan a cabo aprovechan la existencia de una norma de cobertura más favorable que tiene un fin distinto, pero con la cual se obtendrán unos resultados económicos similares, pero reduciendo a su vez, su carga fiscal. Por otro lado, en este artículo está presente la nota de artificiosidad, la cual hace las veces de concepto jurídico indeterminado, lo cual puede dar en ocasiones situaciones de inseguridad jurídica del contribuyente, a resolver por la Dirección General de Tributos mediante el planteamiento de consultas vinculantes, o recurrir a una interpretación del artículo por parte de los tribunales en mitad de un conflicto, o bien realizando una consulta prejudicial ante los tribunales. De otro lado, en el apartado b) se hace referencia a los efectos, puesto que define los actos o negocios que no tengan otros efectos más allá del ahorro fiscal y de los propios del negocio, que se considerarán abusivos. Como se observa son hechos definidos

de manera objetiva, sin dejar espacio a la intención subjetiva del sujeto, pues se centra únicamente en los resultados.

Para terminar de analizar este precepto, decir que en su apartado 3, se hace referencia a la sanción en el caso en que se dé el supuesto de hecho, *“en las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora”*.

Siguiendo en esta misma ley, no debemos olvidar mencionar el art 16 LGT, que hace referencia a la simulación, la cual tal y como dice en el presente artículo, se caracteriza por el engaño de las partes, que violan una norma tributaria a sabiendas que el fin es distinto de la causa típica del acto que realizan.

Al hablar del Impuesto de Sociedades, debemos de hablar de los artículos relacionados con la fiscalidad internacional reconocidos que encontramos en la **Ley del Impuesto sobre sociedades 27/2014, de 27 de noviembre**. Esta ley fue reformada, entrando en Vigor a principios de 2015, la cual contenía numerosas disposiciones nuevas para luchar contra el fraude fiscal, y regular una nueva realidad, las empresas tenían presencia y hacían negocios más allá de nuestras fronteras.

De esta ley podemos destacar el art 15 LIS, relativo a los gastos no deducibles para las entidades. El apartado 15 j)⁸, introduce restricciones a la deducibilidad de los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas, cuando debido a una calificación fiscal diferentes en estas, no se vaya a generar ingreso o el mismo este exento o sometido a un tipo de gravamen menos al 10%. Este precepto se encuentra relacionado la financiación híbrida, puesta dirigido a operaciones en las que en una de las entidades partes se va a generar un gasto fiscalmente deducible, mientras que, por el contrario, en la otra entidad el ingreso generado no se va a computar a efectos fiscales, bien porque no existe tal ingreso o éste está exento o sometido a un régimen fiscal privilegiado. Con este artículo se introduce un precepto antiabuso.

Como se ha mencionado, el caso más frecuente donde este artículo es de aplicación está relacionado con operaciones financieras donde entran en juego los mecanismos híbridos, donde

⁸ *“No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles: (...) 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 ciento”*.

la entidad residente en España recibe recursos en forma deuda, cuyos intereses son gastos fiscalmente deducibles, y por el contrario, en la otra jurisdicción de la empresa que presta dichos recursos la operación se califica como aportación de fondos propios, por lo que la cantidad recibida va a tener la calificación de dividendo, los cuales están exentos a efectos fiscales. En este sentido citando a Serrano Antón (2015:98), debemos añadir que *“el indudable atractivo de los híbridos se acrecienta en el marco de la planificación fiscal internacional en un escenario de bajos tipos de interés en los que el elemento fiscal pasa a desempeñar un rol fundamental en la determinación de la rentabilidad final del producto”*.

Sin perder de vista este artículo, se debe analizar su art 15 h)⁹, el cual añade restricciones a la deducción de los gastos relacionados con operaciones de adquisición apalancadas de participaciones, es decir aquellas que están financiadas con deuda con entidades del grupo, pues exige que den requisitos económicos válidos que acrediten esta operación.

Continuar a analizando el art 16 de la presente ley, relativo a la limitación a la deducibilidad los gastos financieros, cuyo primer apartado¹⁰ establece que no serán deducibles los gastos financieros derivados de deudas con entidades del grupo destinadas a la adquisición de otras entidades del grupo, participaciones en los fondos propios de cualquier tipo de entidades, o la realización de aportaciones en el capital social de otras entidades del grupo, a menos que el contribuyente acredite que se dan motivos económicos válidos.

Obviando estas exenciones, serán deducibles, a tenor de este artículo, los gastos financieros con el límite del 30% sobre el beneficio operativos, siempre que no superen el millón de euros. No obstante, para calcular el beneficio operativo y con respecto a los dividendos incluidos en la base imponible, se exige una inversión mínima de 20 millones de euros.

En tercer lugar, hay que hacer referencia al art 18 LIS, donde se regulan las operaciones vinculadas, lo que afecta directamente a los precios de transferencias (a los que ya se han hecho

⁹ *“No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles: (...) 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”*.

¹⁰ *“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”.

referencia), pactados por las entidades del grupo relacionadas por una relación de propiedad, los cuales violan el principio de libre competencia con el objetivo de defraudar y minorar las bases imponibles. Para evitar que se den situaciones de fraude fiscal, a lo largo de la redacción de este artículo, se adoptan una serie de prerrogativas para asegurar que los resultados de estos precios estén relacionados con la creación de valor, principalmente estableciendo la valoración a precios de mercado de las operaciones vinculados, sumándole la obligación de documentar las mismas.

No debemos olvidar analizar en este apartado el Capítulo IV, Título V de la presente ley: *“Exención en valores representativos de los fondos propios de entidades y establecimientos permanentes”*, que comprende los artículos 21 y 22. En especial se analizará el artículo 21, que recoge una exención para evitar la doble imposición relativa a los dividendos y a los ingresos derivados de la venta de acciones y participaciones, siempre que se genere un gasto fiscalmente deducible. Esta exención no resultará de aplicación cuando la entidad participada sea residente en un territorio considerado como paraíso fiscal¹¹, y tampoco lo será respecto a aquellos dividendos que de lugar a un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora¹².

En relación al art 21 de la LIS, hay que hacer referencia al art 32 de dicha ley relativo a la deducción para evitar doble imposición relativa los dividendos y participaciones en beneficios. La diferencia entre ambos artículos y la incompatibilidad para aplicarlos conjuntamente radica en el que la exención supone no incluir ese dividendo o ganancia de la base imponible, en cambio la deducción consiste en una reducción de la base imponible por haberse computado dividendos o beneficios pagados por una entidad extranjera, cuyo impuesto por esa cuantía ya se devengado en el extranjero, siempre que se den unos requisitos.

En esta ley encontramos referencias a la necesidad de transparencia fiscal internacional en el art 100 LIS (acción 3 BEPS), algo que está en consonancia con el proyecto BEPS y las directivas europeas al respecto. Este artículo es bastante extenso, por lo que existe la necesidad de elaborar una norma dedicada a este tema en cuestión. Volviendo a citar a Serrano Antón (2015:103), que exponer que este artículo *“establece que se imputarán al contribuyente las rentas positivas obtenidas por la entidad no residentes, siempre que se cumplan los requisitos de*

¹¹ *“En ningún caso se entenderá cumplido este requisito cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado como paraíso fiscal, excepto que resida en un Estado miembro de la Unión Europea y el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas”*

¹² *“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”*

participación y tributación mínimo (50% de participación en el capital y tipo de gravamen inferior al 75% del aplicable en territorio español), derivadas de la cesión o transmisión de bienes y derechos, o de la prestación de servicios, siempre que la misma no disponga de medios materiales y personales para su realización, incluso si las operaciones tienen carácter recurrente.” Por tanto, se establece la obligatoriedad de la imputación de rentas obtenidas por las filiales no residentes en territorio español.

La normativa que hace referencia a las acciones de las BEPS y a la necesidad de erradicar el fraude fiscal está muy desperdigada a lo largo de la ley, así pues, encontramos la regulación del “informe país por país” (acción 13 BEPS), reconocido en el art 14 del **Reglamento del Impuesto sobre Sociedades 634/2015, de 10 de julio**, detallando la información necesario que este tiene que comprender, y que deberán de elaborar las entidades que el art 13.1 del presente reglamento establezca. Las entidades obligadas son las recogidas en el art 18.2 LIS, que son las denominadas entidades vinculadas, que suelen formar grupos consolidados, en su mayoría.

Como se observa se hace necesario elaborar una ley que regule de manera única el fraude fiscal, por ello el 23 de octubre del año 2018 el gobierno presento un *“anteproyecto de ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de las directivas (UE) 2016/1164, del consejo, de 12 de julio, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior”*, que pretende, según su exposición de motivos *“por una parte, para proceder a la incorporación del Derecho de la Unión Europea al ordenamiento interno en el ámbito de las prácticas de elusión fiscal y de los mecanismos de resolución de litigios fiscales. Por otra, para introducir cambios en la regulación dirigidos a asentar unos parámetros de justicia tributaria y facilitar las actuaciones tendentes a prevenir y luchar contra el fraude reforzando el control tributario”*.

Esta norma pretende transponer lo dicho por la Directiva 2016/1164, inspirada por las 15 acciones del proyecto BEPS de la OCDE, pero no busca su transposición entera pues considera que muchos aspectos contenidos en esta ya se encuentran regulado a lo largo de las normas tributarias. Por ejemplo, no será necesario introducir una norma antiabuso, pues ya se encuentra recogida en la Ley General Tributaria. En definitiva, a grandes rasgos, los únicos aspectos que incorporará la futura ley serán, los concernientes al nuevo régimen de transparencia fiscal internacional y a la imposición de salida¹³.

¹³ Dirección General De Tributos (23 de octubre de 2018). Anteproyecto de ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de las directivas (UE) 2016/1164, del consejo, de 12 de julio, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, y 2017/1852, del consejo de 10 de octubre de

Entre las medidas más novedosas que pretende introducir esta ley para luchar el fraude fiscal son las siguientes: *control de las criptodivisas*, consistente en aumentar las obligaciones, y la información relativa a aquellos operadores que muevan las conocidas “bitcoins”; *prohibición del 'software de ocultación de ventas'*, es decir, se va a prohibir la producción y tenencia de todo tipo de sistemas y programas informáticos que se usen para manipular datos contables y de gestión; *prohibición de amnistías*, lo que quiere decir que se quiere terminar con los instrumentos extraordinarios de regularización fiscal, impidiendo que existan beneficios tributarios injustificados, que rompan el principio de justicia tributaria; *lucha contra los paraísos fiscales*, se busca ampliar el número de los mismos, así como el número de motivos para la inclusión en la lista; *endurecimiento de la limitación en efectivo*, solo se podrá pagar en efectivo 1.000 €, en lo referente a operaciones entre empresarios; *ampliación de la lista de morosos*, lo que se traduce es que el límite de la cuantía defraudada para considerarse moroso baja a 600.000 €; *normas antielusión*, relativas a la transparencia fiscal, pero sobre todo resulta interesante la inclusión del impuesto de salida, el cual consiste en el pago de éste por parte de las empresas que traslade sus activos o su residencia fiscal fuera de España, se gravará el valor económico de cualquier plusvalía generada en el territorio¹⁴.

En relación a la voluntad de luchar contra prácticas fiscales abusivas y equipararnos con Europa, se pretende elaborar una nueva **Ley del Impuesto sobre las Transacciones Financieras y del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales**, del cual habló el Consejo de Ministro el 18 de enero de 2019.

En la modalidad de impuesto sobre transacciones financieras, se quiere gravar de manera indirecta con un 0,2% las operaciones de adquisiciones de acciones de sociedades españolas realizadas por intermediarios financieros, siempre que sean empresas cotizadas y su valor de capitalización bursátil de la sociedad sea superior a 1 billón de euros. El objetivo es contribuir al objetivo de consolidación de las finanzas públicas y reforzar el principio de equidad que debe primar en el sentido tributario¹⁵.

De otro lado, en la modalidad del impuesto sobre determinados servicios digitales, contempla gravar a las empresas tecnológicas con una renta mundial de más de 750 millones de euros, además que los ingresos derivados por prestación de servicios digitales en España sean

2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la unión europea, y de modificación de diversas normas tributarias.

¹⁴ Anteproyecto de Ley contra el fraude fiscal para combatir nuevas formas de evasión” (23 de octubre de 2018). Blog: El Derecho.com.

¹⁵ Consejo de Ministros (18 de enero de 2019). “Impuestos sobre transacciones financieras y sobre servicios digitales” (Comunicada de Prensa).

superiores a 3 millones de euros, con un tipo del 3% determinados servicios digitales en lo que intervengan usuarios situados en España. Pretende gravar: *“la prestación de servicios de publicidad en línea; servicios de intermediación en línea; y la venta de datos generados a partir de información proporcionada por el usuario en interfaces digitales”* Consejo de Ministros (2019).

Como se ha comentado en puntos anteriores, la recurrencia a las guaridas fiscales es muy común entre las empresas nacionales, así pues **el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991**, recoge todos los países que para nuestro legislador son considerados nichos fiscales, a los que debemos de añadir de manera indirecta los reconocidos por la Comisión Europea. Encontramos las Islas Malvina, Luxemburgo, Mónaco, Andorra, Republica Dominicana o Chipre. En el artículo 2 de este breve real decreto, expone como un país puede perder la categoría de “guarida fiscal”: *“Los países y territorios a los que se refiere el artículo 1 que firmen con España un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información dejarán de tener la consideración de paraísos fiscales en el momento en que dichos convenios o acuerdos entren en vigor”*.

Terminar este apartado hablando de la solicitud realizada el 26 de marzo de 2019 por la Plataforma por la Justicia Fiscal, compuesta por gran parte de las organizaciones sociales del Estado y a los principales sindicatos, para aprobar su propuesta de **Pacto de Estado contra el Fraude Fiscal**.

El fin de este pacto es aumentar los ingresos fiscales, pues afirman que existe desigualdad entre los contribuyentes, por consiguiente, se romperán los principios que rigen nuestro estado de bienestar, pues esta situación de lugar a desigualdades sociales, debido a la falta de recurso. Así pues, propone 9 medidas a incorporar en este pacto, tales como poner fin a la recurrencia a paraísos fiscales o prohibir la contratación pública a aquellas empresas que recurran a prácticas de planificación fiscal agresiva¹⁶.

¹⁶ Plataforma por la Justicia Fiscal (26 de marzo de 2016). “Pacto de Estado contra el Fraude Fiscal”.

2.2.2 JURISPRUDENCIA

El Tribunal Supremo (TS) se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el plan de acciones BEPS, dejando entrever el apoyo a las medidas recogidas en este y siguiendo en sus resoluciones la línea de este proyecto.

La primera de las sentencias que vamos a proceder a analizar es la dictada por el TS de 9 de febrero de 2015, recurso núm. 3971/2013. Esta sentencia resuelve un caso recurso de casación, referido a una operación de *“leverage buy out”*. El caso a resolver falla acerca del supuesto planteado, donde una matriz holandesa que por medio de un préstamo concedido a su filial española para financiar la compra de capital o fondos propios, terminó erosionando su base imponible, aumentado su pasivo, pero a su vez trasladaba los intereses y sus beneficios a un país con un tipo impositivo reducido, sin tener esta operación justificación económica alguna.

Se trataba de un caso sobre la deducibilidad de los gastos financieros soportados por la empresa mercantil *“GEPESA”* en el año 2001, debido a la financiación para la compra de las acciones del capital de la entidad holandesa *“GE Energy Europe”* (ostentado con la compra el 70% del capital de la compañía), a su matriz holandesa *“GE International Benelux BV”*.

EL TS falló afirmando que se había producido una situación de abuso de derecho, puesto que detrás de esta operación de financiación compraventa de las acciones de *“GE Energy Europe”*, no existía ningún motivo económico válido, para justificar la compra y el préstamo por parte de la filial española, *“GEPESA”*.

Destacar alguna de las afirmaciones hechas por el tribunal al respecto, tal y como la que se recoge el fundamento jurídico séptimo, *“bajo el prisma de la existencia de una razón imperiosa de interés general, la práctica que detecta y corrige la Administración tributaria constituye en la actualidad una de las mayores preocupaciones en el seno de la OCDE, reflejada en el BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) Action Plan, Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, habiéndolo reconocido también el legislador español ante el nuevo tratamiento de la deducción de los gastos financieros en los grupos de sociedades dado por el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo”*, por lo tanto la matriz pretendía erosionar la base imponible.

Para terminar el breve análisis de la sentencia en cuestión, afirmar que la cláusula antiabuso del art 15 LGT, no soslaya su aplicación para supuestos más allá de nuestras fronteras, pues los magistrados acuden a la declaración de fraude de este artículo, afirmando en el

fundamento de hecho noveno que : la aplicación de un Convenio para evitar la doble imposición no puede amparar operaciones que a la postre conduzcan a la *"desimposición, salvo que los Estados signatarios así lo hayan acordado de forma expresa; lo contrario sería admitir que los Convenios pudieran constituirse en instrumento para legitimar comportamientos elusivos o para anular las facultades que el ordenamiento reconoce a la Administración tributaria en pos de una correcta tributación, como ocurre con las posibilidades de recalificación o la institución del fraude de ley. Dicho de otra forma, la aplicación y la interpretación de los Tratados internacionales no pueden desplazar sin más la eficacia de los principios básicos de la tributación, recogidos en el artículo 31 de la Constitución española. Por tanto, que la Administración acudiera a la declaración de fraude de ley, conforme al artículo 24 de la Ley General Tributaria de 1963, de ningún modo puede ser tachado per se cómo una actuación contraria a Derecho"*.

Otra sentencia que resulta interesante explicar, es la también dictada por el TS de 14 de febrero de 2015, recurso núm. 184/2014, que resuelve una situación similar a la anterior, puesto que falla acerca de un recurso de casación que versa sobre situaciones de fraude fiscal, deducción, reinversión.

La operación que expone dicha sentencia consistió en una concesión de un préstamo por Mann Hummel Finance UK Ltd, con sede en Inglaterra, a Mann Hummel Iberica, S.A, para que esta adquiriera el 99,9% del capital de la sociedad Mann Hummel Brasil, y de otro lado el 97,4% de la filial argentina.

Finalmente, el TS observó que la entidad española no podría deducirse los gastos financieros del préstamo concedido, puesto que era una operación de financiación y compraventa de acciones de las entidades del grupo situadas en Brasil y Argentina, por lo que no existía un motivo económico válido que justificará dicha operación.

Hay que añadir que el TS en su fundamento de derecho sexto, indica que, de acuerdo a la legislación tributaria de Reino Unido, existía un incentivo fiscal llamado *"group lief"*, que consiste en que *"la normativa tributaria británica no permite la consolidación fiscal. Así, las entidades son tratadas como entidades individuales a efectos fiscales, con independencia de su relación entre ellas. Al ser esto así, las pérdidas de una entidad de un grupo no pueden compensarse con los beneficios de otra perteneciente a un mismo grupo"*; por lo tanto, no se tributó efectivamente por esos ingresos, al compensarse los resultados positivos de la prestamista con los negativos de otra sociedad.

En línea con las sentencias emitidas sobre las mismas causas, y lo dicho por el proyecto BEPS, el TS manifestó que *"efectivamente lo que buscó y provocó la matriz alemana a través de*

préstamo concedido a la filial española para financiar la compra de participaciones fue erosionar su base imponible, incrementando su pasivo, al mismo tiempo que trasladaba los intereses y los beneficios a otro país de baja tributación, sin otra razón económica o empresarial que los justificara”.

En conclusión, he de afirmar que estas sentencias fallan argumentado que lo que pretendían las empresas era erosionar sus bases imponibles y deslocalizar sus beneficios, por ello se alude con frecuencia al proyecto BEPS, aunque se resuelva argumentado que la deducibilidad de los gastos financieros consolidados, carecen de justificación económica.

3. MECANISMOS HÍBRIDOS COMO MEDIOS DE PLANIFICACIÓN FISCAL

En este punto se abordará el estudio de uno de los mecanismos de planificación fiscal agresiva más complejos, reconocido tanto por el proyecto BEPS del año 2015, al que se ha ido haciendo referencia a lo largo de trabajo, como por la Unión Europea en su informe *“Aggressive Tax Planning Indicators”* del año 2017; estos son los mecanismos híbridos.

La inclusión de estos mecanismos en el Plan de Acción BEPS era de esperar y necesaria, pues la OCDE ya por el 2012 había publicado un informe que versaba únicamente sobre los mecanismos híbridos, y el cual se analizará para entenderlos mejor: *“Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance issues”*. También, la Comisión Europea se refirió a estos el 6 de diciembre de 2012 en su *“Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion”*, año en el que los servicios de la Comisión lanzaron una consulta pública titulada *“The internal market: factual examples of double non-taxation cases. Consultation Document”*, sobre situaciones de doble no imposición y cómo afrontarlas, donde los híbridos tenían un papel relevante.

Estos han sido usados por numerosas multinacionales, encontrando su causa en la globalización de la economía, que ha hecho posible que numerosas entidades decidan establecerse en más de un país; y en el régimen de consolidación fiscal de las entidades, lo que ha dejado entrever las carencias existentes en materia de fiscalidad internacional, lo que ha influido en la erosión de las bases imponibles de los sistemas nacionales, *“provocando un impacto global negativo desde el punto de vista de la competencia, eficiencia, transparencia y justicia y en la deslocalización de los beneficios”* Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, OCDE (2015:9), y por ende, las empresas han podido reducir significativamente su contribución.

“Se trata de la proliferación de una serie de prácticas fiscales cuya finalidad esencial es lograr supuestos de doble no imposición bajo el amparo de diferentes legislaciones nacionales”, Falcón-Tella y Pulido Guerra (2013:115). Por tanto, estos mecanismos buscan aprovechar al máximo la diferencia en el tratamiento tributario de una misma entidad o instrumento en distintos países para reducir la cuantía de sus obligaciones fiscales. Pero paliar estas situaciones es bastante difícil, pues están implicadas numerosas legislaciones que no están armonizadas respecto a esta materia, por ello se intenta reducir los efectos de estos mecanismos con iniciativas procedentes de organismos internacionales.

3.1 INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO

La OCDE traduce el concepto de *“hybrids mismatch”* en español usando distintos términos, como desajustes híbridos o mecanismos híbridos, pero en definitiva vienen a ser lo mismo para esta organización internacional.

Encontramos numerosas definiciones de este término, aportadas por las instituciones internacionales, por las legislaciones internas o por distintos autores, pero entre todas tienen puntos comunes a la hora de delimitar el concepto de mecanismos híbridos.

En términos generales, se entiende por mecanismo híbridos como aquellos *“mecanismos que utilizan ciertas empresas para explotar las diferencias nacionales en el tratamiento impositivo de ciertos instrumentos con la finalidad de deducir un mismo gasto en distintos países, haciendo que los ingresos desaparezcan entre un país y otro o generando artificialmente desgravaciones para una misma renta”* Calvo Vérguez (2016:75). Complementar esta definición por la aportada por la Comisión Europea en su propuesta para modificar la *“Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países”* (2016:2), *“los mecanismos híbridos asimétricos aprovechan las diferencias en el tratamiento fiscal de un instrumento o entidad con arreglo a las legislaciones de dos o más jurisdicciones tributarias para lograr la no imposición por partida doble”*.

De la interpretación conjunta de ambas definiciones, se examinan estos instrumentos atendiendo al distinto tratamiento de un instrumento o entidad en las diferentes naciones, donde una misma empresa despliega su actividad económica, puesto que, por ejemplo, en un país estos instrumentos son considerados como deuda generadora de gastos deducibles, y en otro se entiende que son fondos propios generadores. Todo ello derivará en supuestos de doble no imposición y de reducción de la carga fiscal., con el fin de alcanzar beneficios fiscales que ésta aportaría a las empresas. Además, tienen en cuenta las ventajas corporativas que tendría esta clasificación cuando se dan operaciones intragrupo de financiación.

No solo, el distinto tratamiento que se le dan a estos mecanismos resulta relevante, sino que hay que tener en cuenta la existencia de las denominadas entidades híbridas, que son *“aquellas calificadas como transparentes en un país y como no transparentes en otro”* Amorós (2013:44). Transparentes en este ámbito significa que no son consideradas sujetos pasivos en un estado, en cambio sí son no transparentes en otra jurisdicción, si serán consideradas como sujeto pasivo por las rentas obtenidas en dicha jurisdicción. Por ejemplo, en el derecho español, el criterio para determinar si una entidad es sujeto pasivo del IS es la personalidad jurídica en términos generales como se desprende del art 7.1 LIS. Esta regla tiene sus excepciones, como

las sociedades civiles, incluso cuando tengan personalidad jurídica, no se consideran sujetos pasivos (art 7.1 a) LIS). En definitiva, determinar cuándo una sociedad es considerada contribuyente o no en nuestro derecho es difícil, pues han de concurrir más criterios que el de la personalidad jurídica, como la obligación de inscribirse en determinados registros, entre otras.

Para entender mejor el concepto hay que conocer previamente el significado de otras nociones y tener presente las situaciones en las que estos mecanismos se despliegan, que además de numerosas, presentan notas características propias que se examinarán con detalle en el siguiente apartado.

La situación más común de recurrencia a estos mecanismos es usar una fórmula de financiación donde en el país del deudor tengan la consideración de deuda, mientras que sean calificados como instrumentos de participación en fondos propios en el país del inversor. Uno de los ejemplos que mejor reflejan esta operación, es el préstamo participativo, *“dado su carácter subordinado y la indexación de los intereses a los resultados del prestatario, podría ser considerado como un instrumento de participación y no de deuda en algunas jurisdicciones. En tales casos, el deudor satisfará unos intereses, que serán en principio deducibles en su impuesto sobre beneficios, por constituir la remuneración de una deuda. Sin embargo, el inversor tratará dichos ingresos como si fueran dividendos y, por tanto, exentos si en su país de residencia existe un régimen de exención para los rendimientos de participaciones. Se trata de lo que en la jerga viene a denominarse “deducción sin inclusión” (deducción por parte del pagador de la renta, sin inclusión correlativa por parte del perceptor)”*, Armesto Daniel (2018).

3.2 PRINCIPALES MECANISMOS HÍBRIDOS

Para definir los principales mecanismos híbridos, explicar su desarrollo, implementación, y los efectos que estos producen, hay que definir en primer lugar los elementos usados para lograr asimetrías híbridas.

En atención a lo expuesto por la OCDE en su informe *“Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance issues”*. Éste distingue cuatro elementos, que suelen usarse conjuntamente.

El primer de estos elementos son las **entidades híbridas** (a las que ya se le ha hecho mención), las cuales se tratan como no transparentes a efectos fiscales en un país, mientras que en otro país son transparentes, y no será considerada sujeto pasivo, OCDE (2012). Por lo tanto, en un país es considerado contribuyente, mientras que en el otro no tendría obligaciones fiscales.

En segundo lugar, **las entidades de doble residencia**, que residen en dos países diferentes para fines fiscales, es decir, la empresa tiene presencia en ambos estados con el objetivo de aprovecharse de las ventajas fiscales de residir simultáneamente en ambos. Aunque señalar que la OCDE determina que la sede de dirección efectiva se encuentra en el territorio del Estado donde las personas o conjunto de personas que dirigen la entidad toman sus decisiones, lo cual suele ser determinante a la hora de observar donde la empresa es efectivamente residente fiscal.

En tercer lugar, los ya mencionados **instrumentos híbridos** que son tratados de manera diferente para impuestos propósitos en los países involucrados, principalmente como deuda en un país y como fondos propios en otro país.

Por último, se encuentran las **transferencias híbridas**, que son acuerdos que se tratan como transferencia de propiedad de un activo a efectos fiscales de un país, pero no a efectos fiscales de otro, Fundación Impuesto Y competitividad (2017).

Los mecanismos híbridos expuesto, originan distintas asimetrías híbridas con el mismo fin elusivo, es decir dan lugar a una serie de efectos que se exponen a continuación:

- *Deducción/ No inclusión*: Este tipo de desajuste híbrido se da cuando existen una serie de acuerdos entre entidades, los cuales tienen lugar cuando el pago realizado por el contribuyente en un país crea una deducción en éste, normalmente suele ser por intereses de deuda, minorando su base imponible. Sin embargo, la recepción de dicho pago no genera un ingreso ordinario, que sea objeto de inclusión en la base imponible gravable en otro estado.

Las distintas reglas de imputación temporal que se dan por un lado en la jurisdicción de pagador y del receptor de la renta, no generan en un primer momento un efecto híbrido, aunque el informe BEPS señala que estas diferencias en el tratamiento pueden considerarse permanentes, cuando el contribuyente es incapaz de acreditar a la administración tributaria que dicho pago será reconocido como ingreso dentro del mismo periodo impositivo.

Esto es así en atención al dispuesto por las recomendaciones de la OCDE, pues dicta que los países denieguen a los contribuyentes la posibilidad de deducirse un pago en la medida en que no se encuentre incluido en la base imponible como ingreso ordinario, o rentas sujetas a gravamen del beneficiario en la otra jurisdicción parte; o bien cuando resulte fiscalmente deducible en esta última.

Se entiende por ingreso ordinario como *“aquel ingreso que se encuentra sujeto a imposición de forma efectiva al tipo marginal aplicable en la jurisdicción de residencia del receptor del pago. La existencia de partidas deducibles que minoren la base imponible resultante no desvirtúa su consideración como tal ingreso ordinario”*, Fundación Impuestos y Competitividad (2017:45).

Por otro lado, se define el concepto de pago *“como cualquier cantidad susceptible de ser entregada, lo que incluye aquellos importes devengados que serán objeto de pago efectivo posterior. Excepto cuando explícitamente así se menciona la definición de pago no se circunscribe a los de naturaleza financiera, con lo que cánones y pagos por servicios, entre otros, quedarían también alcanzados por las recomendaciones de la OCDE. Se excluyen sin embargo de forma específica las cantidades que solo se entienden pagadas a efectos fiscales, y se cita el ejemplo de las deducciones de interés “nacionales” sobre fondos propios, categoría en la que quedaría encuadrada la reserva de capitalización prevista en el artículo 25 LIS”* Fundación Impuestos y Competitividad (2017:45).

Más adelante se pondrán ejemplos del uso de los mecanismos híbridos para lograr el efecto expuesto en este punto, que suele ser al que más recurren las empresas para reducir sus bases imponibles.

- *Doble deducción*: En este supuesto el resultado de usar un mecanismo híbrido supone que el pago realizado se considera fiscalmente deducible en más de un país, Fundación Impuesto Y competitividad (2017).
- *Deducción/ No inclusión indirecta*: Son situaciones denominadas, según la OCDE en su informe final BEPS, *“híbridos importados”*. Reciben esta calificación porque este híbrido se importa por medio de una jurisdicción intermedia, con lo cual para que se dé este efecto entrarían en juego tres jurisdicciones. Este mecanismo se da cuando se realiza un pago no-híbrido desde una tercera jurisdicción, pago que se compensa con una deducción generada a su vez por un mecanismo híbrido que trae causa de otra operación realizada entre el estado receptor y otro, de tal forma que no se llega a producir una tributación efectiva en sede del receptor, OCDE (2015).
- *Generadores de créditos fiscales en el extranjero*: En este caso los mecanismos híbridos generan un crédito fiscal, con una serie de características que si no fuera por el recurso a los instrumentos híbridos no se darían.

En primer lugar, se ha de definir el concepto de crédito fiscal de manera general desde el punto de vista del contribuyente, así pues *“se conoce como crédito fiscal al saldo que una persona natural o jurídica posee a su favor a la hora de declarar sus*

impuestos, y que por lo general representa un monto deducible de su pago final, debido a condiciones determinadas de su economía. En otras palabras, se trata de un saldo positivo a favor del contribuyente, que debe ser deducido a la hora de rendir sus tributos “Concepto.de” (2018).

Estos generadores de créditos fiscales son transacciones complejas que explotan el tratamiento inconsistente de las mismas transacciones bajo las leyes fiscales de distintas jurisdicciones. Con el uso de estos créditos, las empresas tienen la oportunidad de reducir los impuestos que abonan en su país por medio de aquellos que ya pagó en el extranjero como consecuencia de una operación de comercio internacional; y en la mayoría de los casos no son reembolsables.

Enunciadas las asimetrías híbridas que estos mecanismos producen, se expondrán una serie de ejemplos para enunciar de manera más clara la relación existente entre dichos mecanismos y los efectos o asimetrías que cada generan:

A. *Instrumentos financieros híbridos.*

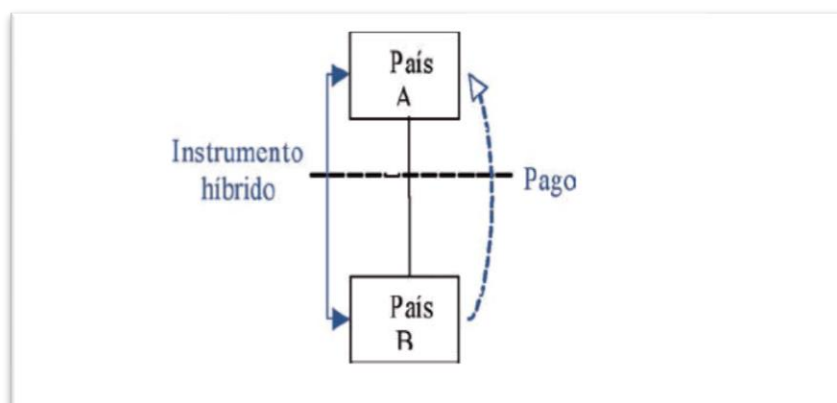
El uso de instrumentos financieros híbridos por las multinacionales da lugar a un supuesto de deducción de un pago, sin la correspondiente inclusión del mismo como renta fiscal. Los definimos como *“aquellos que tienen características de deuda y de capital o entidades que son transparentes en unas jurisdicciones y en otras no”* Martín Jiménez (2014:115). Este supuesto lo podemos explicar con el ejemplo de la imagen de una manera más clara.

La empresa residente en el país B es financiada por una compañía residente en el país A. El instrumento mediante el cual se aportan recursos a la empresa B se califica como deuda, como pasivo, en el país residente de ésta. En cambio, en el país A se considera capital, por lo que para la legislación de este país serían fondos propios.

Si la empresa B realiza los pagos correspondientes al coste de la financiación en forma de intereses, serán deducibles de la base imponible conforme a la legislación del presenta país. Estos pagos serán calificados como dividendos en el país de receptor, los cuales están exentos y no se incluyen en la base imponible de la entidad A. Como resultado, surge una deducción neta en el país B sin un correspondiente Inclusión de ingresos en el país A, Fundación Impuesto Y competitividad (2017).

En resumen, estos instrumentos instrumentos financieros complejos *“aglomeran características propias del endeudamiento y de los fondos propios son los*

candidatos más aventajados para cumplir la función fiscal a través de la cual se identifica el instrumento híbrido”, Sanz Gadea (2014:35). “Además en esta tipología de supuestos, las consecuencias de los híbridos aumentan debido al papel que juegan los bajos tipos de intereses en el panorama de la tributación internacional”, Jiménez Blanco (2015:1761).



Fuente: “Plan de acción BEPS: una reflexión obligada”, Fundación Impuestos y Competitividad (2017:46)

Para evitar esta situación la OCDE propone negar la deducibilidad en sede del pagador, a no ser que en el país del pagador se permita la deducción de este gasto, entonces la jurisdicción del receptor del pago deberá hacer tributar este ingreso para evitar que se dé esta situación de asimetrías híbridas. De otro lado, los países que prevean en su legislación la exención como fórmula para eliminar la doble imposición sobre dividendos se abstengan de aplicarla a los dividendos que hayan sido deducibles previamente en otro país, Fundación Impuesto y competitividad (2017).

Hay que puntualizar que esta recomendación se aplicará tanto a instrumentos híbridos como a “transmisiones híbridas” (préstamos de valores, repos y similares), y solo en la medida en que las partes estén vinculadas por al menos una participación del 25%, o formen parte de un “structured arrangement” o transacción diseñada para dar lugar a un resultado híbrido.

Un ejemplo real de instrumentos híbridos son los Juros brasileños “son distribuciones de resultados que la legislación tributaria brasileña permite considerarlos como gastos deducibles en el impuesto de sociedades”, Herminos Álvarez (2017:165). Estos juros han suscitado un gran interés en las empresas españolas inversoras en Brasil. Los juros sobre los fondos propios de las entidades brasileñas generan una suerte de

retribución a dichas entidades accionistas, en concepto de remuneración de las acciones, que cumpliendo ciertos requisitos dan lugar a un gasto deducible en sus bases imponibles.

Estos requisitos fueron introducidos por la ley brasileña nº 9.249/95, de 26 de diciembre, redactada para fomentar la capitalización de las empresas brasileñas otorgando como ventaja fiscal su deducción, si bien con ciertos límites que no rigen para la deducibilidad de intereses.

Esta figura es totalmente ajena a nuestro ordenamiento jurídico español, por ello es muy discutida su naturaleza jurídica, cuestión que ha intentado zanjar la STS núm. 2618/2016, de 15 de diciembre. La discusión se centra en la calificación de los juros como dividendos o como intereses, en aras de aplicar la exención del art 21 LIS, acerca de la no inclusión de los beneficios repartidos por sociedades extranjeras participadas¹⁷.

El Tribunal Supremo resuelve afirmando que los juros han de considerarse dividendos, pues en esta situación no se remuneran cantidades derivadas de un préstamo a una entidad, es decir, la cuantía de estos instrumentos no se calcula sobre cantidades de un préstamo pendiente de amortizar, sino que proceden del reparto de beneficios por parte de una entidad brasileña participada, a los que se tienen derecho por ser socio y participar en el capital social. Por lo tanto, en palabras del TS, se posibilita la exención del art 21 LIS, para evitar la doble imposición económica internacional sobre una misma cuantía, aunque se vulnera el principio antiabuso, a pesar de su clasificación como dividendos, referente a la no deducibilidad en el país de origen, necesario para aplicar la cláusula de doble no imposición recogida en este artículo.

B. Transferencias híbridas.

Este tipo de supuesto genera las mismas consecuencias que en el caso anterior, una deducción para una parte, y una no inclusión para la contraparte. Se definen como *“contratos que, según el Derecho de un país, tienen efectos traslaticios del derecho de propiedad; y según el Derecho del otro, no tienen este efecto, al ser considerados de forma general como préstamos con garantía”*, J. Malherbe (2014:167). Por lo tanto, las asimetrías fiscales que generan estas transferencias se deben a la distinta consideración,

¹⁷ Sentencia del TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 15 de diciembre de 2015, rec. 3849/2015

que tienen estas en dos jurisdicciones implicadas, donde el negocio jurídico subyacente sería el de un préstamo con garantía. Las transferencias híbridas suelen elaborarse en los centros financieros y son resultado de operaciones complejas.

Esta transacción se suele dar normalmente cuando dos empresas realizan una venta y acuerdo de recompra sobre las acciones de un vehículo de propósito especial (SPV). *“Un vehículo del propósito especial (SPV) o la entidad del propósito especial (SPE) es una compañía que se crea solamente para una transacción financiera o una serie particular de transacciones”*, FTEHX (2019).

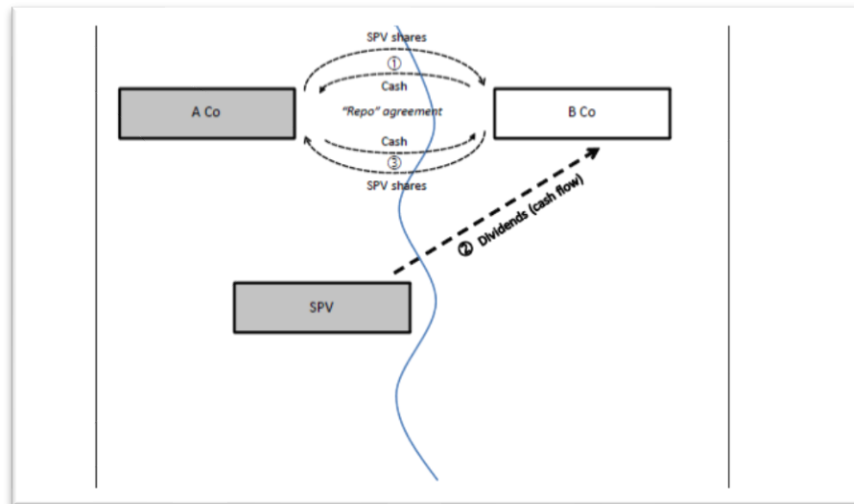
Esta operación tiene distinto tratamiento fiscal en las jurisdicciones implicadas. De un lado, la jurisdicción donde se encuentra la entidad financiada determinará la fiscalidad de la operación atendiendo a su sustancia económica, considerando que existe un préstamo garantizado contra los activos de la sociedad, por lo que, al considerarse esta transferencia como un préstamo, los gastos que de ella se deriven se considerarán gastos deducibles que minorarán la base imponible de la entidad residente en esta jurisdicción.

En la segunda jurisdicción, la ley atenderá a la forma del negocio jurídico llevado a cabo, para poder determinar qué régimen fiscal es aplicable a esta transacción, en virtud de la cual se da una venta de activos, como las acciones, y posteriormente se dará una recompra de las mismas. En este segundo país, la operación no se gravará ya que, al considerarse como activos, las rentas derivadas de estos se encontrarán exentas de tributación, como sucede con los dividendos. De igual forma, se podría dar el caso de encontrarse exenta la plusvalía derivada de la venta de estos activos.

La mejor forma de entender este mecanismo es mediante un ejemplo: la sociedad A, residente en el país A, tiene participación en la filial B sub (SPV) residente en el estado B. La sociedad A vende sus acciones en la filial B sub (SPV) a la sociedad B, residente también en el país B. Entre estas existe un acuerdo de recompra de las acciones por parte de A en un futuro.

Entre el lapso de tiempo que media entre la compra y la recompra de la filial, la empresa B propietaria actual de B sub (SPV), se atribuye una serie de dividendos y ganancias en ventas derivados de la participación en la filial, que estarán exentos en el país B.

Por otro lado, en el caso de la empresa A, antigua propietaria de B sub, recibe un importe por la operación de la venta de las acciones, que sería calificada como un préstamo garantizado sobre las acciones que posteriormente serán recompradas. El coste de este préstamo se califica como gastos financieros, y se les atribuye la misma cuantía que los dividendos generados por la filial B sub. Estos gastos serán deducibles para así minorar la base imponible de la sociedad A, OCDE (2012).



Fuente: "Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance issues". OCDE (2012:10)

Para solucionar esta asimetría híbrida, la OCDE recomienda en un primer lugar negar la deducción de estos gastos por la empresa que recibe el préstamo garantizado. En segundo lugar, se podría incluir la renta en la base imponible del receptor.

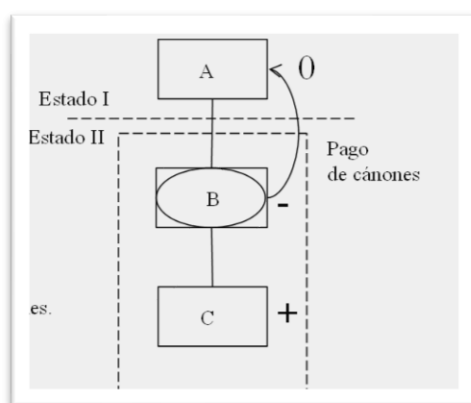
C. Pagos ignorados hechos por una entidad híbrido

En este caso, la causa que provoca la asimetría híbrida que produce una deducción y la no inclusión, es el régimen tributario aplicable a la entidad que es tratada de manera dispar por las jurisdicciones implicadas.

Al ser considerada la entidad híbrida de manera distinta en cada una de las jurisdicciones implicadas, es decir, para una de ellas la sociedad es transparente (no contribuyente) y para otra no, con lo cual en la jurisdicción del pagador habrá un gasto deducible, que no será gravado en jurisdicción del beneficiario como renta ordinaria, puesto que esta entidad híbrida es invisible a los ojos del legislador del país de la sociedad acreedora.

Podemos encontrar numerosos casos relativos al uso de entidades híbridas por parte de un mismo grupo de entidades o de una organización en la que el contribuyente es parte de la misma, para realizar operaciones varias. Además de este requisito, para que se de este supuesto de asimetría debe existir un pago ignorado, es decir deducible en sede del pagador, pero sin embargo no computa como ingreso gravable para el receptor de éste. Además, como es evidente, el pagador debe ser una entidad híbrida, pues el tratamiento fiscal por la jurisdicción del receptor de la renta hace que éste sea ignorado, por ejemplo, si la entidad híbrida es una entidad de atribución de rentas.

Por ejemplo, si una entidad es considerada no transparente en el estado donde se creó, podrá deducir de su base imponible los pagos abonados al titular de la participación en el capital de dicha empresa. No obstante, si la entidad es transparente en la jurisdicción en la que el titular de la participación en el capital es residente, los pagos no serán reconocidos y, por tanto, no se incluirán en la base imponible, por lo que no se tendrá en cuenta el pago de fines fiscales.



Fuente: "Propuesta de Directiva del Consejo, COM/2016/0687 final - 2016/0339 (CNS)"

Esta imagen muestra un pago híbrido hecho por una entidad híbrida. Por un lado, nos encontramos a la entidad híbrida B, que se constituye en el Estado II, la cual se considera residente y sujeto pasivo del IS; pero en la segunda jurisdicción, el Estado I, donde tiene sede la sociedad A, esta sociedad híbrida es considerada como transparente, al no existir desde el punto de vista mercantil.

En este ejemplo, las sociedades implicadas son empresas asociadas, por ello la sociedad A posee acciones de la entidad híbrida B, la cual pide un préstamo a la sociedad A residente en el Estado I, y paga unos intereses por ello que son deducidos por la entidad híbrida B.

En cambio, estos intereses no se consideran ingresos en el país de la empresa A, por el régimen de imputación de rentas derivado de la transparencia fiscal, por lo que no se incluye la cuantía recibida en el base imponible, es como un pago que no existe, puesto que en el Estado I la entidad B no existe.

El pago realizado por B es compensado con las rentas de la sociedad C en el marco de un régimen de imposición en los grupos en el Estado II, que elaboran cuentas consolidadas como grupo de empresas que son. Lo que quiere decir, que, por medio del mecanismo de la consolidación, le permite deducirse los intereses pagados al mismo tiempo que la renta no tributará en la jurisdicción del Estado I, Comisión Europea (2016).

D. Pagos hechos a un híbrido invertido.

La asimetría híbrida que se deriva de este mecanismo produce las mismas consecuencias que en el caso anterior, pero es el caso inverso, pues se da en los casos en los que las rentas procedentes de inversiones en el extranjero no quedan sujetas a tributación.

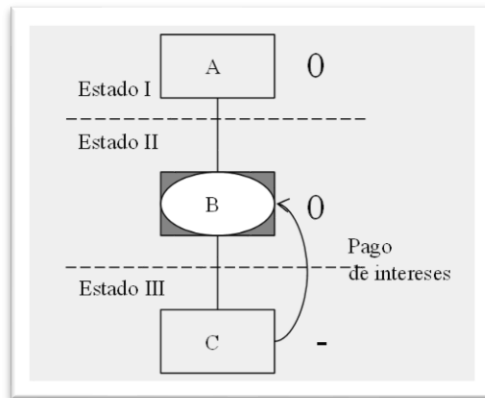
El híbrido invertido “se define como cualquier entidad que no es considerada fiscalmente transparente por alguno de sus socios o inversores, siendo que es fiscalmente transparente en la jurisdicción bajo cuyas leyes se ha constituido. Para que resulte de aplicación la regla primaria, tanto el pagador de la renta como el receptor de la misma y el inversor deben formar parte de un grupo o, como en los casos anteriores, que el pago se produzca en el marco de un *structured arrangement*” Fundación Impuestos y Competitividad (2017:49).

De nuevo, para observar esta situación recurriremos a un ejemplo partiendo del presupuesto de que todas las operaciones que se dan son entre empresas vinculadas.

Por un lado, en el Estado I se encuentra la matriz A, la cual tiene una filial, la sociedad B, que reside en el Estado II. Esta sociedad es una entidad híbrida, pues tiene distinto tratamiento en las jurisdicciones implicadas. En el Estado II es transparente, mientras que en el Estado I no lo es, por lo que tendrá la consideración de sujeto pasivo independiente del IS.

De otro lado, la filial B concede un préstamo a una filial de ésta, la sociedad C residente en el Estado II. La consecuencia principal de esta operación es que la “subfilial” C podrá deducirse los gastos del préstamo que B le ha concedido en su base imponible.

Como se ha indicado, la sociedad B no existe en su país a efectos fiscales, por lo que no se va a imputar ninguna renta por los intereses percibidos, y por ende, la renta obtenida no va a tributar en el Estado I, ya que en este país la sociedad B es considerada como sujeto pasivo independiente en el IS¹⁸.



Fuente: "Propuesta de Directiva del Consejo, COM/2016/0687 final - 2016/0339 (CNS)"

Para evitar estas consecuencias, la OCDE recomienda a las jurisdicciones implicadas la adopción de medidas varias para evitar situaciones de deducción y no inclusión que se derivan de los híbridos invertidos, tales como mejorar las normas de transparencia fiscal internacional (CFC "rules"); limitar la transparencia fiscal de estas entidades en la medida que existan inversiones no residentes; unido al incremento de obligaciones de información acerca de las operaciones que se den entre este tipo de entidades vinculadas.

E. Pagos deducibles hechos por una entidad híbrida

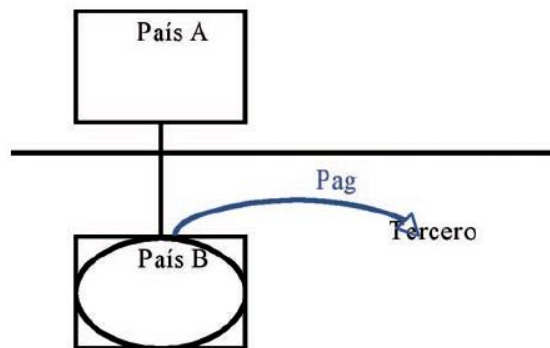
Una doble deducción, como ya se ha avanzado, supone que un mismo pago es deducible de la base imponible en más de una jurisdicción. La deducción del mismo pago entre dos entidades distintas vinculadas, se realizará por medio de una entidad pagadora híbrida responsable de que se den asimetrías híbridas.

En esta situación se observa una entidad híbrida que realiza una serie de pagos que serán deducibles tanto en la jurisdicción donde está tiene su sede, considerándose también estos pagos como deducibles en la jurisdicción de la matriz, pues todas estas operaciones se dan entre empresas vinculadas o pertenecientes a un grupo empresarial,

¹⁸ Comisión Europea (2016). 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, Estrasburgo, 25 de octubre de 2016 COM (2016) 687 final

aunque lo curioso de esta operación es que los pagos y el negocio se realiza al margen del grupo, es decir, la entidad híbrida realiza unos pagos que son calificados como intragrupos.

Mediante el siguiente ejemplo ilustraremos los pasos que se dan para que de estas asimetrías híbridas se derive una doble deducción.



Fuente: "Plan de acción BEPS: una reflexión obligada", Fundación Impuestos y Competitividad (2017:50)

Tal y como se refleja en la imagen precedente, no encontramos a la sociedad A residente en el país A, la cual tiene una filial en el país B, que es la sociedad B, la cual es la entidad pagadora híbrida en el supuesto. Dicha filial es transparente a efectos fiscales en el país, es decir, no existe en dicho estado. De otro lado, en el país B donde reside la filial, se considera a la sociedad independiente desde el punto de vista mercantil.

Aunque no se refleje en la imagen, en el país B se encuentra un filial de B, a la que llamaremos C, que se tendrá en cuenta a la hora de tributar en el país B en régimen de consolidación fiscal. Para que se estas transacciones tengan como efecto una doble deducción se realiza un préstamo, pero no intragrupo, sino que se recurrirá a una entidad financiera, por lo tanto, entra en juego una tercera parte.

Por una parte, la sociedad B, por medio de la solicitud del préstamo al banco, podrá deducirse el pago de los intereses relativos a este en su país sede. Además, se compensa las rentas de la sociedad C, en el marco de un régimen de imposición de los grupos.

En lo relativo al país A donde tiene su sede la matriz, podrá deducirse el gasto de los intereses satisfechos por el préstamo, ya que en esta jurisdicción la filial B es transparente, por lo que no existe como tal, Fundación Impuestos y Competitividad (2017).

Otro caso de doble deducción se podrá dar, cuando el pago se considera realizado por una entidad híbrida, cuando el pagador no tiene la consideración de residente en el país de donde se origina el pago, pago que da derecho a una doble deducción en el país donde está entidad no es transparente, el país del receptor del pago. Este caso sería, por ejemplo, sí una entidad residente en el Estado I operase en el Estado II por medio de una sucursal situada en éste, teniendo en cuenta que la sociedad situada en el Estado I, utilice el método de imputación para las rentas derivadas de dicha sucursal, siempre que la normativa de este estado lo permita.

Para frenar estas prácticas, la OCDE en su proyecto BEPS del año 2015 y en los informes ulteriores referentes a la acción 2, recomienda negar la deducción en el país sede de la matriz, en el país donde se ubique la filial, o compensar los gastos con ingresos.

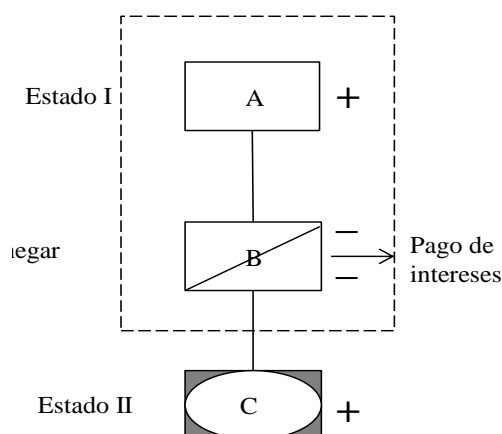
F. Pagos hechos por una entidad con doble residencia

Este es el segundo supuesto de doble deducción que se analizará. Se da esta asimetría híbrida debido al pago efectuado por una misma entidad que tiene doble residencia en dos estados distintos. Las entidades con doble residencia “*son consideradas como residentes en dos países por aplicación de las diferentes leyes tributarias*” J. Malherbe (2014:167).

Como en los casos anteriores se expondrá este mecanismo mediante un ejemplo. Nos encontramos ante dos jurisdicciones, el Estado I y el Estado II. En el primero de los países se encuentra la matriz A, que tiene una filial B que se ha creado bajo las normas del Estado II, pero que a efectos fiscales tiene doble residencia en ambos países. Por otro lado, la sociedad C, residente en el Estado II, es una entidad híbrida inversa que, a su vez, es filial de la sociedad B.

La entidad B, carente de ingresos, solicita un préstamo a un banco, y puesto que tiene doble residencia, puede compensar el pago de los intereses financieros y deducírselo en el Estado las rentas de la sociedad A, considerando que forman un grupo empresarial. Por otro lado, podría compensar este gasto con las rentas de la su filial C.

En conclusión, la consolidación fiscal con las dos entidades, le permitirá a la sociedad B deducirse el mismo pago en dos jurisdicciones distintas.¹⁹



Fuente: "Propuesta de Directiva del Consejo, COM/2016/0687 final - 2016/0339 (CNS)"

Para evitar la doble deducción del mismo pago por medio de una entidad con doble residencia fiscal, la OCDE propone que en todas las jurisdicciones donde la entidad tenga residencia, deberán rechazar la deducción del pago cuando se dé una doble deducción en la base imponible.

G. Mecanismos híbridos importados

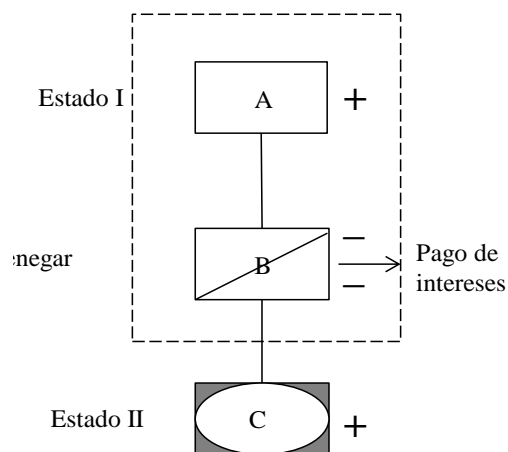
Los híbridos importados se definen como "como aquellos que constituyen un mecanismo híbrido de acuerdo con la legislación de otra jurisdicción, y el efecto de dicho híbrido se "importa" en la jurisdicción del pagador a través de la deducción del pago híbrido contra el ingreso generado por el pago "no híbrido"", Fundación Impuestos y Competitividad (2017:51). Esta definición viene a decir, que, si dos empresas situadas en dos jurisdicciones distintas que no han incluido medidas para contrarrestar los efectos del uso de productos híbridos, no se encontraran dificultades para trasladar estos efectos a una tercera jurisdicción, que como dice la definición, es la que ha realizado el "pago no híbrido".

¹⁹ Comisión Europea (2016). 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, Estrasburgo, 25 de octubre de 2016 COM (2016) 687 final

Para describir su funcionamiento, consideramos que el país TPII, donde reside la sociedad A, la cual tiene una filial B en el país TPI, o jurisdicción intermediaria. Ninguno de estos estados tiene reglas en contra de los mecanismos híbridos, pero la matriz A presta dinero a la filial por medio de unos instrumentos financiero híbrido. A su vez, la filial B usa esos fondos para financiar a la entidad C situada en un tercer Estado, que es donde se genera realmente la asimetría.

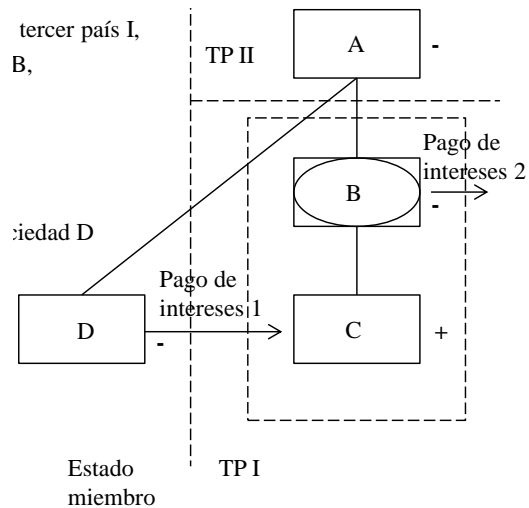
El pago de intereses por la sociedad C a la filial B se deduce en el estado sede de C. La filial B incluirá estos pagos de intereses como renta en su base imponible, pero será compensado con los pagos que realiza a su matriz por la recepción del instrumento financiero híbrido, que podría ser un préstamo participativo, por ejemplo. El pago vinculado a este préstamo se deduce en el tercer estado como intereses, pero quedan exentos de tributación para la matriz A como dividendos. Lo que se produce definitivamente es una deducción en la entidad C, y una no inclusión en la matriz, debido al uso de estos híbridos importados, Hermosín Álvarez, M. (2017).

Tener en cuenta que para que se den estos efectos es necesario *“que en la jurisdicción fiscal de la entidad de la matriz se produzca el efecto propio de la exención, procurado por un instrumento híbrido o por la transparencia fiscal determinante de la no consideración del préstamo a efectos fiscales”*, Sanz Gadea (2014:42).



Fuente: *“Propuesta de Directiva del Consejo, COM/2016/0687 final - 2016/0339 (CNS)”*

El uso de los híbridos importados podría originar una doble deducción tal y como se observa en la imagen ulterior.



Fuente: "Propuesta de Directiva del Consejo, COM/2016/0687 final - 2016/0339 (CNS)"

Partimos de la base de que las cuatro empresas son asociadas. La sociedad D es no transparente en el Estado miembros; y como se observa en la imagen la entidad C, con sede en el país TPI, ha concedido un préstamo a D, por el cual esta paga unos intereses que son deducidos en sede del país de la entidad D.

El pago de intereses que ha recibido C, en principio, se debería gravar en TPI, pero está compensado por el pago de interés realizado por la entidad híbrida B, el marco de un régimen de imposición de grupo consolidado.

El pago de intereses realizado por B es deducible en el TP II por la sociedad A, por lo que se produce un doble de deducción de estos intereses, ya que la entidad híbrida B es transparente en TPI, y no transparente en TP II, y gracias al régimen de consolidación fiscal se consigue esta doble deducción.

La OCDE dictamina que la mejor manera de combatir este esquema de planificación fiscal tan complejo es mediante la introducción de normas anti-híbridos en las legislaciones nacionales.

Como se puede observar, todos estos mecanismos están estrechamente relacionados, y en muchas ocasiones se usan de manera conjunta y coordinada. Por ello, resulta difícil hacer una clasificación nítida por categorías cuando hablamos de mecanismos híbridos, pues muchos de ellos son muy sofisticados, combinan distintos instrumentos y generan efectos varios.

Para luchar contra ello, las distintas instituciones internacionales y nacionales han adoptado algunas medidas para regular este fenómeno que se explicarán en el siguiente apartado.

3.3 REGULACIÓN Y MEDIDAS

3.3.1 NIVEL INTERNACIONAL

Los informes de la OCDE elaborados al respecto pretenden dar una serie de recomendaciones a las naciones, en especial a los países que conforman el G20, tendentes a frenar el uso de los mecanismos híbridos por parte de las multinacionales.

Como se ha expuesto a lo largo del apartado anterior existen muchos tipos de mecanismo híbridos los cuales originan efectos distintos, pero en definitiva todos producen fraude fiscal y erosión de las bases imponibles que se debe paliar.

Así pues, en el proyecto BEPS al que hemos hecho referencia a lo largo de todo el trabajo, incluye un informe emitido únicamente por la OCDE sobre la acción 2, *“Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015 Final Report”*. Este informe se estructura en dos bloques, los cuales están conectados, pero bien diferenciados, y que se explicarán de manera sucinta a continuación. Tener presente que este informe incluye soluciones para cada una de las asimetrías híbridas, que ya se han enunciado en el punto anterior cuando se expuso el desarrollo de cada mecanismo híbrido, por lo que en este punto se hablará del informe en términos generales, y de sus partes.

La primera de las partes contiene recomendaciones para el diseño de preceptos normativos en el ámbito interno de cada nación. Lo que se pretende con ello, es que estas disposiciones *“den respuesta a las asimetrías registradas en el tratamiento fiscal de pagos efectuados en virtud de un instrumento financiero híbrido o aquellos otros satisfechos en favor o por parte de una entidad híbrida. Asimismo, recomienda introducir normas que regulen las asimetrías indirectas que se producen cuando los efectos de un mecanismo híbrido se importan en una tercera jurisdicción. Las recomendaciones se formulan en forma de normas de concatenación que alinean el tratamiento fiscal de un instrumento o entidad con aquel aplicado en la jurisdicción contraparte, si bien no inciden o alteran de manera alguna los resultados comerciales”* OCDE (2015:10).

En esta primera parte, el informe pone especial énfasis en la elaboración y aplicación de manera coordinada de las normas que regulan los mecanismos híbridos en las distintas jurisdicciones implicadas, con el fin de mejorar la eficacia que de estas normas se derivarán,

unido a la intención de reducir los costes que ello ocasionaría al contribuyente, y mayor coordinación entre las administraciones públicas para minimizar gastos administrativos.

Para lograrlo, en el mismo informe objeto de análisis, se dan una serie de principios informadores para inspirar a los legisladores nacionales en la elaboración de las normas, pero sobre todo son importantes puesto que definen conceptos como instrumentos híbridos o transferencias híbridas, para asegurar la consistencia de todas las normas al respecto de estos instrumentos, y para evitar desviaciones en la aplicación de dichas normas. En pocas palabras, lo que pretende la OCDE es estipular una metodología común a la hora de redactar los preceptos al respecto, para facilitar la convergencia de las leyes nacionales por medio de normas internas y convencionales enfocadas en neutralizar el efecto de los mecanismos híbridos.

En lo concerniente al contenido de las normas, existen varias opciones sobre las medidas a tomar por los estados, las podemos resumir en estas cuatro, tal y como recogía ya en 2012 el informe *“Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance issues”*: i) armonización de las leyes; ii) reglas generales contra la evasión de impuestos en general; iii) reglas que abordan específicamente los arreglos de desajuste híbrido; iv) reglas que abordan de manera general los mecanismos híbridos.

Seguidamente la segunda parte de este informe viene a ser un complemento de la anterior, e incluye propuesta de modificación del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2014. Los modelos tributarios de la OCDE son *“un modelo utilizado para realizar acuerdos tributarios bilaterales, juega un rol crucial en la eliminación de barreras fiscales para el comercio e inversión internacionales. Es la base de la negociación y aplicación de tratados tributarios bilaterales entre países, diseñado para ayudar a los negocios la vez que previene la elusión y evasión fiscal”* Grupo Consultor EFE (2017). Cada año la OCDE emite un informe nuevo incorporando nuevas medidas sobre las que ha estado trabajando, así pues, destacar que en el año 2017 introdujo disposiciones relativas a la acción 2 sobre los híbridos. Es un Convenio en constante actualización, ya que la OCDE reconoce en su informe BEPS la necesidad de garantizar una correcta coordinación entre las recomendaciones recogidas en la primera parte del informe y el Modelo de Convenio Tributario.

Esta parte recoge las medidas de la acción 2 en tres capítulos, destinados *“a impedir que la utilización de entidades y estructuras híbridas, o también entidades con doble residencia, se destinen a beneficiarse indebidamente de las disposiciones de los convenios fiscales, así como para asegurarse de que los convenios existentes no obstaculicen la aplicación de las modificaciones a la normativa interna recomendada en la Parte 1”* OCDE (2015).

En primer lugar, se hace referencia a las entidades con doble residencia, poniéndola en consonancia con la acción 6 del proyecto BEPS (impedir la utilización abusiva de convenios fiscales), *“estableciendo que los casos de doble residencia con arreglo al convenio fiscal aplicable se resolverán uno a uno, atendiendo a las circunstancias del caso, en lugar de remitirse al criterio actualmente vigente de la sede de dirección efectiva. No obstante, este cambio no erradicará completamente la preocupación ante posibles prácticas elusivas BEPS por parte de las entidades con doble residencia, de ahí la necesidad de modificar la normativa interna a fin de abordar otras estrategias con fines elusivos conexas a la doble residencia fiscal”* OCDE (2015). Por todo ello, la OCDE invita a los Estados valorar la introducción de una norma específica en su legislación interna que considere o residente a las entidades que, según un Convenio de Doble Imposición, sean tratadas como residentes en otro estado.

Por último, la OCDE propone ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de los Convenios de Doble Imposición, incluyendo a las entidades transparentes o híbridas, para evitar más asimetrías híbridas.

3.3.2 NIVEL EUROPEO

La Unión Europea en aras de luchar contra el fraude fiscal imperante en los Estados Miembros, por ello como se comentó en el punto anterior la Comisión Europea ha elaborado y sigue elaborando normativa para luchar contra el fraude fiscal, y en concreto para eliminar los efectos de las asimetrías híbridas.

En este punto, volvemos a hacer referencia a la Directiva antiabuso 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, puesto que fue la primera directiva donde la UE tomó conciencia de la existencia de asimetría híbridas, y las reguló. Ésta busca dar prioridad afirmando que los impuestos han de pagarse allí donde se generan los beneficios, para evitar deslocalización de beneficios y erosión de la base imponible de los Estados Miembros. Por ello se incluyen en la presente directiva normas inspiradas en el Plan de Acción BEPS, dedicando uno de sus preceptos a las asimetrías híbridas.

En su artículo 9 de esta directiva hace mención a las asimetrías híbridas en línea a lo dicho por la acción pero de manera más bien breve dos casos donde estas se dan:

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

Esta regulación es bastante incompleta, pues como se desprende de estas cuatro líneas que solo se regularan las asimetrías híbridas nacidas entre Estados miembros, sin entrar a valorar las que surjan con terceros países y con establecimientos permanentes. Además, solo entra a valorar únicamente mecanismos híbridos donde se da el uso de instrumentos y entidades híbridas, que generan doble deducción; y deducción sin inclusión, pero no incluye supuesto de deducción y no inclusión indirecta generados por entidades con doble residencia y por los híbridos importados que en cambio la acción 2 ya contemplaba.

Todas estas lagunas fueron puestas ya de manifiesto el ECOFIN de julio de 2016 en el que se aprobó la Directiva antiabuso, ya que los Estados Miembros alentaron a la Comisión para que redactara una propuesta de directiva que regulase las asimetrías híbridas de manera más detallada, incluyendo las asimetrías que se pudieran dar con terceros países, que incluyera todos y cada uno de los mecanismos híbridos reconocidos por la acción 2²⁰.

Cumpliendo este mandato la Comisión Europea presentó el 25 de octubre de 2016 una propuesta de directiva, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países. En esta propuesta se recogen y se explican en su exposición de motivos, en su apartado 5 *“Otros elementos: Explicación detallada de las disposiciones específicas de la propuesta”* donde se ha expandido el concepto de asimetrías híbridas, incluyendo, además de lo ya establecido en el artículo 9 de la directiva antiabuso, asimetrías derivadas de operaciones con establecimientos permanentes, transferencias híbridas, híbridos importado, híbridos invertidos y situaciones de doble residencia fiscal, tanto entre Estados Miembros, como con terceros países.

Todo ello fue recogido finalmente en la *“Directiva (UE) 2017/952 del Consejo de 29 de mayo de 2017”*, que es la regla actualmente las asimetrías híbridas en el seno de la Unión Europea.

Al ser esta directiva una norma de *“hard law”*, a diferencia del Plan de Acciones BEPS, por lo tanto la acción 2 ha entrado a formar parte del acervo comunitario, como así lo dice el apartado 28 de dicha directiva, *“al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros deben recurrir a las explicaciones y los ejemplos aplicables al informe sobre la acción 2 del proyecto BEPS de la OCDE como fuente de ilustración o interpretación en la medida en que sean coherentes con las disposiciones de la presente Directiva y del Derecho de la Unión”*.

²⁰ Fundación Impuesto Y competitividad (2017). “Plan de acción BEPS: Una reflexión obligada”.

Esta Directiva, se estructuran en una regla primaria, que será de aplicación en la jurisdicción de haya que neutralizar el efecto fiscal de la asimetría híbrida, y de otro lado reconoce una regla secundaria que deberá aplicarse en la otra jurisdicción implicada, en defecto de aplicación de la norma primaria.

Esta directiva deberá ser trasladada por los Estados Miembros a su derecho internos:” *los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 31 de diciembre de 2019, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones. Aplicarán dichas disposiciones a partir del 1 de enero de 2020*” artículo 2, Directiva (UE) 2017/952 del Consejo de 29 de mayo de 2017 (2017:10)

3.3.3 NIVEL NACIONAL

Como se ha avanzado el Proyecto BEPS ha venido recalando la necesidad de una adopción coordinada y uniforme de las recomendaciones contenidas en este respecto a las distintas acciones. Con respecto a la acción 2 en particular, se manifiesta expresamente en la recomendación 9.1 del informe “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015”, sobre la implementación y la coordinación entre los estados, para que incorporen a sus ordenamientos las distintas medidas propuestas en este proyecto.

Cada país ha adoptado estas recomendaciones de una manera u otra, pues muchas ya recogían en sus leyes referencias a las asimetrías híbridas, algo que no ocurría en España.

En nuestro país se han ido introduciendo de manera progresiva referencias a los mecanismos híbrido, y la primera vez que se hizo fue con ocasión de la reforma de la Ley del Impuesto de Sociedades en el año 2014, así lo dice la exposición de motivos de esta ley, que destaca *“la inclusión de una norma sobre operaciones híbridas, entendiendo como tales aquellas que tienen distinta calificación fiscal en las partes intervinientes”*.

En línea con lo dicho, se redactó el artículo 15j), que considera que no serán gastos deducibles *“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 ciento”*, es la primera referencia a los mecanismos híbridos que hace el legislador español.

El artículo 15 es bastante impreciso, puesto que parece que regula únicamente la calificación como híbrida o no de las transacciones que realizan las empresas entre ellas, y que dan lugar a asimetrías híbridas tipo deducción y no inclusión, pero no entra a valorar la

calificación de las entidades vinculadas como híbridas o no. Pese a lo dicho, se podría hacer una interpretación más amplia del precepto y entender que la expresión “dispar calificación fiscal”, podría extender a las entidades también.

Este artículo tampoco incluye referencia alguna a otros mecanismos híbridos tales como los híbridos importados, ni da respuesta alguna al fenómeno de la doble deducción que origina una asimetría híbrida.

Otra de las novedades que introduce la LIS tras su reforma, es la eliminación de la doble imposición, lo cual está en consonancia con los mecanismos híbridos.

En el art 21.1, se contempla la no aplicación de la exención a los dividendos y participaciones en beneficios recibidos por un contribuyente español, cuando su distribución haya dado lugar a un gasto fiscalmente deducible en la sociedad pagadora.

La segunda modificación es la recogida en el art 32.2.2ºLIS, que lleva por rúbrica *“Deducción para evitar la doble imposición económica internacional: dividendos y participaciones en beneficios”*, la cual según este apartado *“no se aplicará esta deducción al receptor de los dividendos cuando, en virtud un contrato que verse sobre los valores de los que aquellos proceden, registrando un gasto al efecto. La entidad receptora de dicho importe podrá aplicar la deducción prevista en el referido apartado 1 en la medida en que conserve el registro contable de dichos valores y estos cumplan las condiciones establecidas en el apartado anterior”*.

La misma solución se ha adoptado en el régimen de exención de dividendos, recogido en el art 21.2.3ºLIS, que también reserva la posibilidad de la exención sobre dividendos al receptor de los mismos.

Como se ha adelantado, la UE en su Directiva (UE) 2017/952 sobre asimetrías híbrida, se insta a los Estados Miembros a transponerla antes de que comience el año 2020. Se prevé que la transposición de ésta se haga mediante una reforma en la Ley del Impuesto de Sociedades, y en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes.

La incorporación a nuestro ordenamiento de estos preceptos permitirá neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos contemplados en la presente directiva, para de ese modo proteger las bases imponibles contra las asimetrías híbridas, incluyendo normas más amplias de las hasta ahora existentes, y en líneas generales con las recomendaciones de la OCDE acerca de la acción 2, recientemente publicado por el diario Expasión.com (2019).

4. CONCLUSIONES

La planificación fiscal agresiva es una cuestión que preocupa a un gran número de países, y como se ha podido observar a lo largo del presente trabajo, se han adoptado multitud de medidas tanto a nivel internacional, como nacional, para menguar sus efectos.

En principio la planificación fiscal, en términos generales, es una conducta lícita, a pesar de sus efectos nocivos que distorsionan los principios de justicia tributaria, que reinan en las legislaciones fiscales, lo que a mi parecer entra más en la responsabilidad social de las empresas, en su ánimo de contribuir con su verdadera capacidad económica al pago de los tributos que correspondan, puesto que estas actuaciones están dentro de los límites marcados por las leyes.

Estas conductas están legitimadas por la existencia de lagunas legales e incoherencias entre las distintas normativas nacionales al respecto, por ello las empresas implementan prácticas que se mueven dentro de la legalidad, buscando únicamente someterse a las normas fiscales que les reporten más beneficios. Por todo ello, se incluyen dentro de las prácticas de elusión fiscal, y no de evasión fiscal, puesto que no infringen las normas fiscales cometiendo un delito, sino que por el contrario se abstienen de aplicar las disposiciones fiscales que le son menos favorables a nivel internacional.

Con la llegada de la crisis económica del 2008, la globalización, el aumento de la competencia internacional, unido al incremento de transacciones entre empresas situadas en distintos países, las cuales son entidades que forman parte de un mismo grupo empresarial consolidado. Todo esto, ha hecho que las empresas hayan empezado a explotar de manera más intensa estas prácticas de planificación fiscal, dando lugar actuaciones de “ingeniería fiscal” o de “planificación fiscal agresiva”.

La delgada línea que separa la planificación fiscal, en general, de la planificación fiscal agresiva, se centra en el uso de mecanismos artificiosos, que van en contra de la finalidad de la ley, aunque no contradigan la literalidad de la misma. Dichas conductas, por lo tanto, no se incluyen dentro de un arbitraje fiscal lícito, ya que suponen un abuso de derecho, debido a la utilización de artificios jurídicos. En consecuencia, estas prácticas vulneran los principios de justicia tributaria, por consiguiente, todos estos mecanismos de planificación fiscal son contrarios a las normas fiscales, por lo que podemos entender que no están bajo el marco del derecho.

Al existir una multitud de mecanismos de planificación fiscal agresiva, es complicado delimitar cuales son los efectos que ocasionan cada uno. Así pues, en términos generales, y centrándonos en la Unión Europea, se podía concluir que estas practicas ocasionan: elusión

fiscal, que supone una reducción de las arcas públicas, lo que termina afectando a los presupuestos de los distintos estados y al sostenimiento de los servicios públicos; competencia fiscal “a la baja” entre los Estados Miembros, lo cual afecta al correcto funcionamiento de la idea de mercado único europeo y a los principios imperantes en este. Asimismo, la pérdida de ingresos por parte de las naciones hace que aumente la presión fiscal entre los contribuyentes, por lo que la carga fiscal se distribuye de manera desigual. En relación con lo anterior, estas prácticas originan situaciones de competencia desleal en relación a las PYMES, las cuales no tienen la suficiente infraestructura para poder acceder a estas prácticas elusivas.

Las principales prácticas de planificación fiscal las delimita de una manera bastante clara el Proyecto BEPS elaborado por la OCDE en 2015, y al que se le han hecho numerosas referencias a lo largo de este trabajo. Este mismo informe intenta ser una hoja de ruta para las instituciones internacionales y nacionales, pues se dan recomendaciones específicas de lucha contra las principales estrategias de planificación fiscal, las cuales han trasladado las legislaciones internacionales, en mayor o en menor medida, pues la mayoría de los países se ha decantado por redactar normas generales para acabar con estas actuaciones, introduciendo cláusulas generales antiabuso. Estas normas de carácter general han primado sobre la redacción de medidas específicas para luchar contra determinadas estrategias, debido a la gran cantidad de técnicas elusivas que pueden realizarse y por su complejidad. Resulta imposible para el legislador anticiparse a las actuaciones de las empresas, puesto que van naciendo nuevas opciones de planificación fiscal que escapan de su control. Por tanto, la mejor opción es elaborar una norma general sobre planificación fiscal agresiva que permita englobar todos los comportamientos abusivos.

En lo que respecta a la normativa emanada de las instituciones europeas, se ha de añadir que la falta de neutralidad existente en los regímenes acerca de la tributación de los grupos empresariales ha supuesto una causa directa para la proliferación de estas conductas, y ha dejado entrever la ineficacia de los legisladores y la falta de compromiso por parte de los Estados Miembros para aunar esfuerzos en contra de la planificación fiscal agresiva. La falta de una Unión Europea que funcione como un todo, provoca debilidades en los niveles: económico, político y social. En el caso fiscal, que es el que nos ocupa, se hace palpable la falta de gobernanza a nivel internacional, manifestando la necesidad de que los Estados miembros cooperen y coordinen sus legislaciones y así lograr una armonización fiscal completa. A pesar de las numerosas directivas antiabusos o las recomendaciones europeas, es necesario crear un único impuesto de sociedades a nivel comunitario, cuya base imponible sea la suma de las bases consolidadas de los grupos de empresas que actúen en la Unión Europea. Todo ello facilitaría el

control sobre las empresas, con lo cual se llegarían a minimizar el riesgo que suponen los mecanismos de planificación fiscal agresiva.

En lo relativo a los mecanismos de planificación fiscal en concreto, en este trabajo se ha querido estudiar en especial uno de ellos, los instrumentos híbridos (acción 2 BEPS), los cuales originan situaciones de doble imposición y de doble no imposición, a los que las empresas recurren debido al gran abanico de posibilidades que se derivan del uso de los mismos, que se apoyan en la falta de coordinación de las jurisdicciones implicadas donde actúan los grupos de sociedades consolidados.

Para acabar con los beneficios fiscales de estos instrumentos híbridos, vuelve a ser necesario que se dé una interacción entre los sistemas tributarios para limitar el alcance de la no tributación intencionada.

En mi opinión, aplicar las recomendaciones de la OCDE por parte de los países para que se acaben con las asimetrías híbridas es bastante complicado, puesto que existen numerosas jurisdicciones que tratan de manera distinta un mismo hecho y tendrían que transformar sus leyes, aumentando la cooperación entre las administraciones tributarias internacionales que no se implicarían en el mismo grado. La existencia de intereses contrapuestos ha llevado a los estados miembros transitar por la senda de la competencia fiscal “a la baja” para atraer inversiones.

Con todo lo dicho en el presente trabajo, se podría concluir la debilidad de las normas actuales de planificación fiscal, que no han logrado paliar los efectos causados por estas, ni frenar el aumento de estas operaciones artificiales para reducir la carga fiscal. En concreto en lo que se refiere al recurso a los instrumentos híbridos, siendo uno de los medios de planificación fiscal agresiva que ofrece un mayor abanico de opciones para originar situaciones de elusión fiscal.

5. BIBLIOGRAFÍA

Amorós Viñals, A. (2013). "La planificación fiscal agresiva". Estudios financieros-Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos, nº362, p.33.

"Anteproyecto de Ley contra el fraude fiscal para combatir nuevas formas de evasión" (23 de octubre de 2018). Blog: El Derecho.com. Disponible en: <https://elderecho.com/anteproyecto-ley-fraude-fiscal-combatir-nuevas-formas-evasion>

"Apple paga a Irlanda 14.300 millones por sus ventajas fiscales, un 4,7% del PIB" (18 de septiembre de 2018). Cinco días. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/09/18/companias/1537297437_860150.html

Armesto, D. (23 de marzo de 2018). "Reforma tributaria foral. Implantación de medidas BEPS. En particular, instrumentos híbridos". Blog Garrigues. Disponible en: <https://fiscalidadforal.garrigues.com/reforma-tributaria-foral-implantacion-de-medidas-beps-en-particular-instrumentos-hibridos/>

Calderón Corredor Z (2015)., "Tema 4: la doble imposición internacional y los convenios para evitarla o reducirla", Aspectos fiscales de la movilidad internacional de los recursos humanos (p. 49-68), Dykinson, Madrid. Disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/tema-4-doble-imposicion-643507773>

Cencerrado Millán, E. (2010) "La subcapitalización." CORDÓN, T. (Dir.) Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas). Madrid: Ediciones CEF. pp. 637-691.

Comisión de Asuntos Económicos, Informe. "Sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales", 2013/2060(INI), de 2 de Mayo de 2013. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0162+0+DOC+XML+V0//ES#title2>

Comisión Especial TAX3 (2019): "La elusión y la evasión fiscales y los delitos financieros conexos, objeto de una atención implacable". Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2019/635589/EPRS_ATA\(2019\)63558_9_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2019/635589/EPRS_ATA(2019)63558_9_ES.pdf)

Comisión Europea (2016). 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, Estrasburgo, 25 de octubre de 2016 COM (2016) 687 final

Comisión Europea (2016). Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS). Estrasburgo, 25 de octubre de 2016 COM (2016) 683 final.

Comisión Europea (2016). Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades (BICIS). Estrasburgo, 25 de octubre de 2016.COM (2016) 685 final.

Comisión Europea (2017). “Aggressive tax planning indicators; Final Report. *Taxation Papers-Working Paper,*”

Comisión Europea (30 de agosto de 2016). Ayuda estatal: Irlanda otorgó ventajas fiscales ilegales a la empresa Apple por valor de hasta 13 000 millones EUR (Comunicado de Prensa). Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_es.htm

Comunicación de Asuntos Económicos, S. G., & de la Unión Europea, F. (2013). “Avances de la Unión Europea en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. El intercambio automático de información”. Boletín Económico de ICE (3046).

Consejo de Ministros (18 de enero de 2019). “Impuestos sobre transacciones financieras y sobre servicios digitales” (Comunicada de Prensa). Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2019/refc20190118.a_spx

Consejo Europeo (2017). “Lista de la UE de países y territorios no cooperadores a efectos fiscales — Informe del Grupo «Código de Conducta» (Fiscalidad de las Empresas) en el que se sugieren modificaciones de los anexos de las Conclusiones del Consejo de 5 de diciembre de 2017, incluida la retirada de la lista de dos países o territorios”. (Diario Oficial de la Unión Europea 191/1, de 5 de junio de 2018)

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424

“Credit Default Swaps: ¿causa de la crisis o efecto del sistema monetario?”(17 de junio de 2017), Libertad Digital, Disponible en: <https://www.libertaddigital.com/economia/credit-default-swaps-causa-de-la-tesis-o-consecuencia-de-la-intervencion-monetaria-1276362410/>

Dirección General De Tributos (23 de octubre de 2018). Anteproyecto de ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de las directivas (UE) 2016/1164, del consejo, de 12 de julio, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal

que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, y 2017/1852, del consejo de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la unión europea, y de modificación de diversas normas tributarias. Disponible en: <http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Tributarios/ANTEPROYECTO%20LEY%20ATAD.pdf>

Dirección general de tributos (de 20 noviembre de 2017), consulta vinculante V 3004/2017

Directiva (UE) 2015/121 del Consejo de 27 de enero de 2015 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

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 (Diario Oficial de la Unión Europea 193/1, de 19 de julio de 2016)

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 interior (Diario Oficial de la Unión Europea 146/8, de 3 de junio de 2016)

Directiva (UE) 2017/954 del Consejo de 29 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países (Diario Oficial de la Unión Europea 144/1, de 7 de junio de 2017)

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 (Diario Oficial de la Unión Europea 21/1, de 28 de enero de 2015)

Entidad de SPV o del SPE (vehículo del propósito especial o propósito especial) (2019). FTEXH. Disponible en: <http://www.ftexh.com/es/spvspe.html>

Estela Raffino M. (7 de diciembre de 2018). "Crédito Fiscal". Concepto.de. Disponible en: <https://concepto.de/credito-fiscal/>.

Estévez Torreblanca M. (12 de junio de 2017): "Qué son las ventas en corto y por qué la CNMV no las atajó con Banco Popular como ha hecho con Liberbank". El diario.es. Disponible en: https://www.eldiario.es/economia/ventas-CNMV-Banco-Popular-Liberbank_0_653734701.html

Falcón y Tella, R. y Pulido Guerra, E. (2013). "Derecho fiscal internacional". Madrid, Marcial Pons, p. 115

Fundación de Caja de Ahorros (Funcas) (2018), en su informe "Economía sumergida y fraude fiscal en España: ¿qué sabemos? ¿qué podemos hacer?".

Fundación Impuesto Y competitividad (2017). "Plan de acción BEPS: Una reflexión obligada".

Fundación Impuesto Y competitividad (2017). "Acción 4: Limitación de la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros gastos financieros". Disponible en: <http://www.fundacionic.com/wp-content/uploads/2016/09/ACCION-4-URIA-MENENDEZ-2.pdf>

Gil García E. (21 de agosto de 2018): "El futuro del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea: a vueltas con la BICIS", Legal today: por y para abogados. Disponible en: http://www.legaltoday.com/practica-juridica/fiscal/fiscalidad_internacional/el-futuro-del-impuesto-sobre-sociedades-en-la-union-europea-a-vueltas-con-la-bicis

Guasch Martorell, R. (1999), "La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de sociedades", Revista de Derecho Mercantil, núm. 234, p. 1495.

"Hasta 34 de las 35 empresas del Ibex tienen sociedades en paraísos fiscales" (1 de junio de 2017), La información. Disponible en: https://www.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/empresas-ibex-sociedades-paraisos-fiscales_0_1031598493/

Hermosín Álvarez, M. (2017). "Acción 2 del plan BEPS: recomendaciones en legislación doméstica con especial referencia a España". Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 148, pp. 145-183. Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México

Hernández Vázquez, O., & Alonso, Á. J. (2012). "Precios de transferencia". Cuadernos de Formación, Escuela de Hacienda Pública, Instituto de Estudios Fiscales, 15.

IOTA, (2011) "Aggressive Tax Planning". Disponible en: <http://www.iota-tax.org/iota-news/iota-report-on-aggressivetax-planning-published-iota-secretariat-39.html>

Jiménez Blanco, J. I., "El uso de los instrumentos financieros híbridos en la planificación

Lampreave Márquez, P. (2011): "Las doctrinas judiciales norteamericanas de antiabuso fiscal (con especial consideración a la reciente codificación de la doctrina sobre la sustancia

económica) y la doctrina sobre los acuerdos artificiales aplicable en la Unión europea”, en Quincena Fiscal Aranzadi nº21, p.3

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE de 28 de noviembre de 2014).

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. (BOE de 18 de diciembre de 2003)

Malherbe, J.(2014), “La revolución fiscal de 2014, FATCA, BEPS, OUDP”, Instituto Colombiano de Derecho Tributario.

Márquez Lasso (2012). “El concepto de abuso del Derecho Comunitario en materia tributaria”.

Martín Jiménez A.(2007): "Globalización y derecho tributario: el impacto del derecho comunitario sobre las cláusulas anti-elusión/anti-abuso del derecho interno", en Documentos del Instituto de Estudios Fiscales nº 7/07, p.6.

Martín Jiménez, A. (2014) “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, núm. 1

Navarro Fauré, A. (2013), “La armonización contable en el seno de la Unión Europea. Consecuencias tributarias de las Normas Internacionales de Contabilidad”, *En Impuestos*, nº4

OCDE (2012). “*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance issues*”

OCDE (2015) “Informes Finales 2015: Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios”. Disponible en: <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf>

OCDE (2015) “Nota Explicativa: Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios”.

OCDE, (2015) “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015 Final Report*”.

OECD (2013), “Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios”. Disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/abordando-la-erosion-de-la-base-imponible-y-la-deslocalizacion-de-beneficios_9789264201224-es#page2

Oxfam Internacional (2016): “Beneficios para quién: Los paraísos fiscales como principal amenaza para una fiscalidad justa”. Disponible en: <https://oxfamintermon.s3.amazonaws.com/sites/default/files/documentos/files/Beneficios-para-quien.pdf>

Oxfam Internacional (2019): “Reparto desigual: Cómo distribuyen valor las empresas del IBEX 35”, nº25. Disponible en: <https://www.oxfamintermon.org/sites/default/files/documentos/files/informe-reparto-desigual-ibex-35-2019.pdf>

Oxfam Internacional (2019): “Vía Libre: Cómo la UE está a punto de dar carta blanca a los paraísos fiscales más agresivos del mundo”, p.9-14. Disponible en: <https://oxfamlibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/620625/bn-off-the-hook-eu-tax-havens-070319-es.pdf>

Pachon, A. (2009). “El Treaty Shopping como fenómeno de elusión fiscal internacional en los convenios de doble imposición suscritos por Colombia”. Revista de Derecho Fiscal, p.101-130.

Plataforma por la Justicia Fiscal (26 de marzo de 2016). “Pacto de Estado contra el Fraude Fiscal”. Disponible en: <https://www.oxfamintermon.org/sites/default/files/articulos/adjuntos/PACTO%20DE%20ESTADO%20CONTRA%20EL%20FRAUDE%20FISCAL.pdf>

Presenta OCDE edición 2017 del Modelo de Convenio Tributario (19 de marzo de 2017). Grupo Consultor EFE. Disponible en: <https://www.grupoconsultorefe.com/noticias/presenta-ocde-edicion-2017-del-modelo-de-convenio-tributario>

Prieto Jano, M. J (1995) “La planificación fiscal internacional y en el ámbito de la Unión Europea”, en Revista de Estudios Europeos, nº11, p.121

Real Decreto de 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (BOE de 11 de julio de 2015)

Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991. (BOE de 13 de julio de 1991)

