



LA EROSIÓN DE BASES IMPONIBLES Y EL TRASLADO DE BENEFICIOS COMO MECANISMO DE PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA

Facultat de Dret – Grau en Dret

Treball de Final de Grau curs 2014/2015

Primera convocatòria

Autora Verónica González Torres
Tutor Dr. Esteve Quintana Ferrer



INDICE

ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I – LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL.....	8
1. Concepto.....	8
1.1. Distinción entre elusión fiscal y evasión fiscal	9
1.2. Legalidad e ilegalidad de la planificación fiscal internacional	10
1.3. La competencia fiscal lesiva	12
1.4. La planificación fiscal agresiva.....	13
2. Objetivos	15
2.1. Evitar la doble imposición internacional.....	16
2.2. Optimizar la carga fiscal en el extranjero.....	17
2.3. Estructurar eficientemente los grupos de empresas	17
2.4. Diferir el gravamen de las rentas.....	17
3. Estrategias fiscales.....	18
3.1. Instrumentos financieros	18
3.1.1. Precios de transferencia.....	18
3.1.2. Subcapitalización.....	20
3.2. Sociedades instrumentales	21
3.2.1. Sociedades extranjeras controladas	22
3.2.2. <i>Treaty Shopping</i>	22
3.2.3. Sociedades <i> Holding</i>	23
3.2.3.1. BV holandesas.....	24
3.2.3.2. La “doble irlandesa”	25
3.2.3.3. Entidades de tenencia de valores extranjeros (ETVE)	25
3.2.4. <i>Trusts</i>	26
3.2.5. <i>Royalties</i>	27
3.2.6. Sociedades de inversión de capital variable (SICAV)	27
4. Reacción normativa ante la planificación fiscal agresiva.....	28
4.1. El conflicto en la aplicación de la norma	28
4.2. La propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS).....	29
4.3. <i>Aggressive Tax Planning Steering Group</i>	32

CAPÍTULO II - EROSIÓN DE BASES IMPONIBLES Y TRASLADO DE BENEFICIOS (BEPS)	34
1. Introducción	34
2. Efectos BEPS	35
3. El concepto como renta sin Estado o renta vagabunda	36
4. Métodos de erosión de bases imponibles y desplazamiento de beneficios	36
4.1. Precios de transferencia	36
4.2. Subcapitalización	38
5. El traslado de beneficios por las grandes multinacionales tecnológicas	40
6. El Plan de acción BEPS de la OCDE	41
6.1. Introducción	42
6.2. Objetivos	44
6.3. Acciones	44
CONCLUSIONES	51
BIBLIOGRAFIA	53
JURISPRUDENCIA	56

ABREVIATURAS

ALP	Arm's length principle
ATP	Agressive tax planning
BEPS	Base erosion and profit shifts
BI	Base imponible
BICCIS	Base imponible común consolidada del impuesto sobre sociedades
CFC	Controlled foreign companies
CDI	Convenio de doble imposición
EEMM	Estados miembros
EP	Establecimiento permanente
ETVE	Entidades de tenencia de valores extranjeros
FR	Fórmula de reparto
IRPF	Impuesto sobre la renta de las personas físicas
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
MCOCDE	Modelo de convenio tributario OCDE
OCDE	Organización para la cooperación y el desarrollo económicos
SICAV	Sociedad de inversión de capital variable.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como finalidad otorgar una visión general sobre la problemática de las cada vez más comunes prácticas de las multinacionales para erosionar sus bases imponibles y desplazar sus beneficios en sus estrategias de planificación fiscal internacional con el fin de reducir sus cargas tributarias y maximizar los beneficios de sus entidades en conjunto.

Consecuencia de la globalización y los cambios producidos en las políticas económicas y financieras de las últimas décadas confluyen distintas normativas entre los Estados las cuales aprovechan los grupos de empresas para conseguir un ahorro fiscal, llegando hasta una realidad en la cual es difícil encontrar un equilibrio entre el control fiscal que realizan las distintas entidades y la libertad de empresa. Ante este panorama nos preguntamos cómo hemos llegado a esta situación, qué elementos se tienen en cuenta a la hora de planificar ese ahorro fiscal y qué mecanismos se utilizan para ello, las reacciones de las instituciones frente a este “abuso de la legalidad” para finalmente centrarnos en lo que se ha denominado como *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) y en el Plan de Acción BEPS realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Con el fin de responder a las citadas cuestiones, en el capítulo primero realizaremos una introducción al tema mediante una presentación de lo que se ha dado a llamar planificación fiscal internacional. Para su definición haremos referencia a la distinción existente entre elusión y evasión fiscal con su compleja delimitación, observaremos los distintos puntos de vista existentes en la doctrina sobre la legalidad de la misma, la posible competencia fiscal lesiva que puede resultar de su uso y la llamada planificación fiscal agresiva resultado del abuso de los mecanismos establecidos en la normativa como posible consecuencia del contexto social actual en el que nos encontramos. Seguidamente realizaremos la exposición de qué es lo que buscan y qué tienen en cuenta las multinacionales a la hora de realizar sus planificaciones fiscales como, por ejemplo, la tenencia de una eficiente estructura del grupo de empresas de acuerdo con los distintos sistemas fiscales de los Estados y la normativa comunitaria e internacional aplicable, teniendo en cuenta la importancia que tienen en este ámbito la red de convenios para evitar la doble imposición (CDI). A continuación, expondremos algunos de los mecanismos que se conocen que se utilizan más frecuentemente para la reducción de la carga fiscal, para finalizar con la exposición de algunas de las reacciones normativas realizadas al respecto por parte de las distintas instituciones de ámbito interno, comunitario y de ámbito internacional.

Una vez realizada la explicación sobre la planificación fiscal internacional, sus mecanismos y la planificación fiscal agresiva, en el capítulo segundo entraremos a determinar qué es aquello que se ha dado a llamar BEPS, la erosión de bases imponibles y traslado de beneficios como un mecanismo de planificación fiscal agresiva que consigue reducir de manera extrema o incluso anular la carga tributaria de las

multinacionales. Examinaremos los puntos de vista por parte de la doctrina, el llamado “efecto BEPS” y desarrollaremos dos de los mecanismos más utilizados para conseguirlo. Además, trataremos el actual tema del bajo pago de impuestos por parte de las multinacionales tecnológicas, tales como Google o Apple, tomando como ejemplo la estructura financiera de Google para ver un caso dado en la práctica sobre cómo realizan en la actualidad prácticas para trasladar beneficios. Finalmente, examinaremos las propuestas del Plan de Acción BEPS realizado por la OCDE, exponiendo las distintas acciones que lo conforman.

CAPÍTULO I. LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL

1. CONCEPTO

La situación actual derivada de la globalización, los cambios en las políticas sociales y económicas con la agravante de la crisis financiera de los últimos años ha comportado que nos encontremos ante un panorama harto complejo en el ámbito fiscal tanto para las empresas como para los Estados. Como globalización puede entenderse aquella tendencia a ampliar el área de negocio del mercado nacional a otros mercados del mundo¹. En relación a ello es relevante el establecimiento del mercado único en la Unión Europea mediante el cual se abrieron los horizontes del mercado ya que las empresas pasaron de competir únicamente en territorio nacional a ampliar sus horizontes hacia otros Estados, con distintos sistemas fiscales, conllevando ello grupos empresariales con estructuras de mayor complejidad. Como sabemos, no existe una unificación del sistema fiscal entre los distintos Estados sino que los mismos tienen soberanía en la regulación de su normativa fiscal. Los Estados tienen potestad para determinar la tributación tanto de los residentes como de los no residentes en su territorio. A raíz de esta disparidad de sistemas fiscales, se han realizado gran cantidad de Convenios de Doble Imposición (CDI a partir de ahora) con el fin de evitar que una misma renta sea gravada dos veces por los distintos Estados en que juegue el grupo de empresas, pero ello también ha conllevado la existencia de “Dobles desimposiciones”².

Como consecuencia de ello, las empresas realizan grandes investigaciones, invierten en planificadores para estudiar la normativa disponible y así realizar sus acciones estableciendo una variable más en sus estudios empresariales para obtener beneficios: la reducción de la carga fiscal. La carga fiscal ha llegado a suponer un ámbito más con el que poder jugar para obtener beneficios, incrementada esta práctica sobre todo a raíz de la crisis económica. Incluso se ha llegado a denominar como ingeniería fiscal, aquellos estudios poseedores de gran complejidad que tienen la finalidad de pagar el mínimo en ámbito fiscal mediante estrategias entre sus estructuras y sus acciones en los distintos países. Se trata, por tanto, de estudios complejos de las disposiciones de los distintos ordenamientos jurídicos en busca de aquella estructura que comporte un mayor beneficio al grupo empresarial.

¹ FINNERTY, C.; MERKS, P.; PETRICCIONE, M.; RUSSO, R. *Fundamentals of International Tax Planning*. IBFD Publications BV, 2007, pág. 71.

² Existe un gran conflicto entre el control fiscal de las empresas y el aseguramiento de la libertad de empresa debido a que los Estados, para garantizar que la renta no sea gravada dos veces, han creado una extensa red de CDI. Pero esta misma red de convenios es aprovechada por las empresas para reducir costes e incluso extinguirlos mediante estrategias de planificación fiscal internacional, realizando estrategias en las que terminan por no tributar ni en el país de la fuente ni en el de residencia. Es, por tanto, harto complejo confluir la garantía de la libertad con el control de los abusos.

Estos cambios en la sociedad actual han supuesto un desarrollo de la llamada planificación fiscal internacional. La planificación fiscal internacional, en términos generales, se podría definir como aquellas estrategias utilizadas por personas y empresas (generalmente poseedoras de gran capacidad económica) con el fin de disminuir la carga fiscal, ya sea mediante un ahorro real o mediante un diferimiento en el pago de impuestos. Las empresas realizan estudios de los diferentes ordenamientos con el propósito de conocer la normativa fiscal de cada uno de ellos, para tener presente los beneficios obtenidos por el establecimiento de la matriz o las filiales o sucursales a la hora de realizar sus actividades³, la forma en la que sale más a cuenta realizar la inversión del capital social, reducciones o bonificaciones contempladas según los distintos tipos de sociedades que requiera la multinacional, etc.

La interacción entre las distintas normas tributarias de los países puede dar lugar a lagunas, dobles imposiciones y discordancias varias ya que los Estados, en ejercicio de su soberanía para establecer la normativa fiscal, no tienen presente qué efectos tienen los ordenamientos del resto de países. Internamente existe un principio de coherencia que no existe a nivel internacional y ello da lugar a que las empresas dispongan de un rango amplio para realizar sus planificaciones fiscales aprovechando las discordancias, haciendo uso de aquello que les garantice una mayor rentabilidad y eficiencia.

1.1. Distinción entre elusión fiscal y evasión fiscal

Es importante determinar la distinción entre elusión fiscal y evasión fiscal, ya que la primera son actos legalmente permitidos mientras que la evasión fiscal es ilícita⁴, conllevando delitos tales como el fraude fiscal. Pese a ello, como veremos, es complicado establecer la línea divisoria entre ambas.

Por elusión fiscal entendemos que es la utilización de mecanismos y estrategias legales para evitar o retrasar el pago, así, consiguen una menor carga fiscal mediante el uso de los diferentes mecanismos legalmente permitidos por los distintos ordenamientos, contemplándolo algunos como una economía de opción. Aquí es donde encuadran la mayoría de la doctrina la llamada planificación fiscal internacional.

Por evasión fiscal, se entienden aquellos actos con los cuales se pretende la reducción o el impago de impuestos de manera no permitida legalmente. Estas actuaciones son entendidas mayoritariamente como delitos pudiendo encontrar entre los mismos el fraude fiscal, delito fiscal, simulación, etc.

³ Hay que tener presente, como expondremos más adelante, que recibe distinto trato el hecho de establecer una filial o sucursal, debido a que la forma jurídica que se adopte comportará que ésta sea una entidad con personalidad jurídica independiente o no, conllevando la imposibilidad de realizar algún tipo de estrategias fiscales.

⁴ FINNERTY, C.; MERKS, P.; PETRICCIONE, M.; RUSSO, R. *Fundamentals of International Tax Planning*, op. cit., pág. 49.

Para mayor claridad expondremos un ejemplo de cada una, planteados por Barnadas⁵:

“Supongamos un caso de un Estado que impusiese un impuesto de sociedades a las sociedades limitadas del 30% y para las sociedades anónimas del 40%. En principio, será elección del inversor adoptar la forma de sociedad anónima o limitada, de acuerdo con sus necesidades y exigencias empresariales, y entre estas exigencias deberá valorar la incidencia tributaria que comporte su elección. Este es una situación clara de economía de opción, en virtud de la cual deberá satisfacer el impuesto del 30 o 40% según la fórmula elegida. Por tanto, entrará dentro del campo de la planificación fiscal internacional la elección correcta del tipo de sociedad. Sería un caso de elusión fiscal.

Esta situación es bien diferente del caso que para la actividad realizada, las leyes internas del Estado exigiesen realizar la actividad bajo la forma de sociedad anónima, y el inversor lo hiciera por medio de una sociedad limitada, maquillando o escondiendo ciertos hechos, con el único propósito de pagar el tipo del 30% o incluso no pagar ocultando elementos determinados del impuesto. Y es que la evasión fiscal tiene por objeto el impago de impuestos no respetando la legalidad vigente en cada territorio.”

La cuestión aquí importante es la difícil delimitación entre una y otra, sobre todo debido al contexto social en el que nos encontramos actualmente. Con este fin, la OCDE ha analizado las diferencias existentes entre la elusión y la evasión fiscal determinando así qué se entiende por fraude de ley, economía de opción, simulación, negocio indirecto, etc. Entre una y otra encontramos la llamada planificación fiscal agresiva, que desarrollaremos en el tercer apartado, la cual sería la realización de la planificación fiscal mediante el uso de mecanismos legalmente establecidos pero llevamos al límite de la legalidad.

1.2. Legalidad e ilegalidad de la planificación fiscal internacional

Determinada la distinción existente entre evasión y elusión fiscal y su compleja delimitación expuesta en el apartado anterior, surgen divergencias entre juristas y estudiosos del derecho sobre la legalidad de la planificación fiscal internacional.

Por un lado, encontramos aquellos que consideran que la planificación fiscal es una actividad legítima ya que se utilizan los mecanismos establecidos en las leyes. La misma OCDE la define como *“una tendencia a asociar más beneficio con construcciones legales y derechos y obligaciones sobre intangibles, y a desplazar legalmente riesgos intrafirma, con el resultado de reducir la parte de beneficios asociada con operaciones substantivas”*. Así, hay quienes entienden que la planificación fiscal estaría basada en la economía de opción

⁵ BARNADAS, F. *Fiscalitat internacional*. 2ª ed. Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona: Eureka media, SL, 2005. Mòdul didàctic 6, pág. 5.

y, tal y como determina la STC de 17 de febrero de 2000, la economía de opción es legítima, definiéndola como “la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras de alguna ventaja adicional respecto a otras”⁶. Se entiende que la búsqueda de fórmulas dentro de la Ley tributaria para después acogerse a aquella que más le convenga es una actuación legítima ya que no existe falseamiento ni simulación, comportando el no perjuicio de la Hacienda Pública.

Dentro de aquellos que estiman la planificación fiscal como una actividad legítima, basada en la economía de opción, como Falcón y Pulido, hay otros, como Amorós, que establecen que podría ser considerada como economía de opción cuando es una planificación fiscal realizada mediante la normativa interna⁷, es decir, no considerada internacional debido a que es una planificación fiscal en la que sólo entra en juego un sistema fiscal. Así, cuando se expande y entran en juego distintos sistemas fiscales sigue considerándolo como legítimo pero sin poder ser equivalente a la economía de opción al no existir unidad de sistema fiscal, donde no debe haber coherencia entre los mismos, pero se sigue defendiendo la legalidad en virtud de que los mecanismos utilizados se encuentran establecidos en la normativa. Definen a la misma como el sometimiento de un cierto hecho, acto o negocio a un plan realizado teniendo en cuenta la transcendencia en más de un ordenamiento jurídico, considerándose por tanto como tal en el marco de diferentes alternativas legales para un supuesto que los diferentes sistemas fiscales otorgan un trato distinto. Así, mediante la planificación se estudia la alternativa permitida en las distintas jurisdicciones que resulta más eficiente fiscalmente, pudiendo afectar por tanto a los rendimientos de la inversión o a la inversión en sí misma, reduciendo la carga impositiva o realizando un diferimiento del impuesto.

Por otro lado, hemos de tener presente la postura opuesta a la de los autores anteriores, concebida por Rosembuj⁸ el cual considera la misma como un ahorro ilícito del impuesto, pudiendo tratarse de elusión fiscal (intencional) o evasión fiscal, tratándose en este último caso de la llamada planificación fiscal agresiva que trataremos más adelante. El autor define la planificación fiscal internacional mediante el análisis de los elementos que considera que componen la planificación fiscal que utilizan las multinacionales, los cuales serían:

- *“Minimización del impuesto en el país de la fuente, desplazando renta íntegra hacia el exterior por vía del tráfico comercial o maximizando las deducciones a nivel del pagador.*
- *No retención en la fuente.*

⁶ FALCON Y TELLA, R.; PULIDO GUERRA, E. *Derecho Fiscal internacional*. 2ª ed. Manuales profesionales Fiscal. Madrid: Marcial Pons, 2013, pág. 232.

⁷ AMOROS VIÑALS, A “La planificación fiscal agresiva.” *Estudios financieros: revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*. Núm. 362, 2013, págs. 32-33.

⁸ ROSEMBUJ, T. “La erosión de la base imponible y el desplazamiento de beneficios” en Adame, Francisco; Ramos, Jesús. *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público*. 1ª ed. Instituto de Estudios Financieros, 2014, págs. 979-981.

- *No imposición en el receptor legitimado a obtener beneficios extraordinarios por medio de acuerdos intrafirma.*
- *No imposición de los beneficios apenas gravados en la sociedad matriz.”*

La teoría de Rosembuj sobre la ilicitud de la planificación fiscal, considerándose agresiva cuando se trata claramente de una evasión, la basa en que pagar menos impuestos realizando así una mayor rentabilidad se realiza con “*esquemas financieros y fiscales seriados, industrializados, confidenciales*” que son realizados con mecanismos como *tax shelters*⁹ para la creación de pérdidas artificiales, dobles gastos, abusos de créditos fiscales, simulación en los contratos y acuerdos de reparto de costes, compensación de las pérdidas con beneficios de otras partes, etc. No considera este autor que la planificación fiscal dirigida a la minimización del impuesto pueda ser considerada como el ejercicio de un derecho, interés legítimo o expectativa de derecho a la minimización del propio impuesto. Así, la identifica como “*un instrumento de abuso del derecho en fraude de ley o en abuso de derecho en sentido estricto, comprensiva de cualquier procedimiento de elusión, elusión fiscal intencional o evasión. No hay planificación fiscal internacional que no persiga la búsqueda del mayor rendimiento financiero después de impuesto, a través de esquemas tendentes a su diferimiento, reducción o eliminación.*”

1.3. La competencia fiscal lesiva

En la planificación fiscal y el uso de los diferentes mecanismos legales establecidos con tal de reducir la carga tributaria encontramos la competencia fiscal, en la que las diferentes administraciones intentan establecer en sus ordenamientos reducciones, beneficios, o cualesquiera mecanismos con tal de atraer inversores, pudiendo llegar a tratarse de competencia fiscal lesiva.

Esta competencia fiscal cuando llega a constituirse como lesiva comporta que las administraciones deban soportar una mayor carga al recibir menores ingresos y eso es debido a que las entidades que realizan las actividades en su territorio, mediante la deslocalización de los beneficios acaban pagando los impuestos en otra jurisdicción, perjudicando al territorio en el cual realizan las actividades económicas. Las administraciones de este modo, al competir para establecerse como territorio que atraiga a las empresas debido a los beneficios que le proporcionan, lesionan los intereses económicos del resto de administraciones. Por ello es preciso tomar medidas para que, ya sea mediante la transparencia fiscal, una lista de paraísos fiscales o el establecimiento de limitaciones en la normativa sobre deducciones, en definitiva, evitando la llamada erosión de bases imponibles y desplazamiento de beneficios, las administraciones luchen para evitar

⁹ Es atribuida a Michael Graetz la cita “*un tax shelter es un negocio diseñado por gente muy inteligente que, si excluyésemos las consideraciones fiscales, parecería muy estúpido*”.

el abuso de estas estructuras fiscales que únicamente tienen la finalidad de eludir el impuesto, perjudicando a gobiernos, contribuyentes y empresas por su impago o bajo pago de impuestos.

1.4. La planificación fiscal agresiva

No existe una definición clara sobre qué se entiende por planificación fiscal agresiva (ATP por sus siglas en inglés, *Agressive Tax Planning*). No hay una distinción clara entre la elusión y la evasión fiscal y la planificación fiscal agresiva se encontraría en el límite de la línea divisoria entre uno y otro, entendida mayoritariamente como situada dentro de la legalidad. Pese a ello, es común establecer como planificación fiscal agresiva aquella práctica tendente a utilizar distintos mecanismos para aprovechar las discordancias existentes entre distintos sistemas fiscales con tal de reducir la carga tributaria.

A pesar de estas dificultades, encontramos unos elementos que se han establecido como característicos de la ATP como son la artificiosidad de las operaciones, el uso de lagunas o defectos legales y la ausencia de motivación económica utilizados con el fin de reducir la carga fiscal¹⁰. Por ello, para dejar más clara la situación y poder prever cuándo podemos considerar que nos encontramos ante una situación de ATP o no, es necesario exponer qué se entiende, por un lado, por artificiosidad y, por otro lado, por aprovechamiento de defectos o inconsistencias legales.

Por un lado, por artificiosidad se entiende aquella actuación inusual o incoherente por parte del contribuyente. Para que una conducta sea considerada como artificiosa no es necesario que la misma posea gran complejidad sino que se trate de una actuación que no sea concorde a la lógica conforme al contexto en el cual se realiza. Conforme establece el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de marzo de 2008 “*la vida económica y las decisiones que en ese ámbito de la actividad humana se adoptan necesitan ser creíbles*”.

Por otro lado, el aprovechamiento de defectos o inconsistencias legales es debido a la coexistencia de más de un sistema fiscal en las operaciones que realiza el grupo de empresas, que, como no existe una unidad legislativa en ámbito fiscal sobre los distintos Estados, ello conlleva a que, según entiende Amorós, lo que a nivel interno podría ser considerado como economía de opción, cuando interactúan distintos sistemas fiscales no puede ser considerado como tal sino que es considerado como un aprovechamiento de las diferencias entre las distintas normativas (ya sean lagunas o divergencias entre las mismas). Hay que tener en cuenta que su uso debe tener una finalidad exclusivamente fiscal, utilizándose la norma de una manera anormal para la cual fue dictada.

¹⁰ AMOROS VIÑALS, A. “La planificación fiscal agresiva.” *Estudios financieros: revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*. Núm. 362, 2013, pág. 31.

Rosembuj, por su parte, considera que no hay distinción alguna entre la planificación fiscal y la ATP como expusimos en el apartado de la legalidad de la planificación fiscal internacional, ya que ambos pretenden el no pago de impuestos mediante el uso de los mismos medios extraídos de los distintos ordenamientos jurídicos. Se utiliza el sistema financiero como otra variable de la planificación global de las empresas para la obtención de beneficios. Establece este autor que *“la utilización de las discordancias entre sistemas tributarios, de figuras e instrumentos literalmente perfectos, con el propósito de no imposición definen un escenario más complejo, en la que la elusión se aproxima o coincide con la evasión fiscal. O, como dije, manifiestan la elusión fiscal intencional mediante planificación”*¹¹.

El uso de mecanismos con el fin de reducir o evitar la carga fiscal llevado hasta el límite ha supuesto una preocupación tanto en la Unión Europea, la cual declaró en la cumbre del grupo de los 20 que *“la crisis económica ha puesto de relieve aún más la necesidad de que todos paguen su justa parte de impuestos”*¹², como por parte de la OCDE, reaccionando ambas ante ello con el fin de establecer iniciativas frente a la planificación fiscal agresiva y la erosión de bases imponibles y la deslocalización de beneficios que inciden en un uso abusivo de los CDI.

Al respecto, es importante mencionar la recomendación de 2012 de la Comisión, sobre planificación fiscal agresiva. Ésta recomienda el establecimiento de una cláusula general antiabuso que incluya ciertas características a tener en cuenta para determinar si se trata de *“acuerdos fiscales adoptados con el propósito esencial de eludir el impuesto (...) con independencia de la intención subjetiva del contribuyente, sea contrario al objetivo, espíritu o propósito de las disposiciones fiscales”*. La cláusula general antiabuso será de aplicación cuando se utilice una cláusula fiscal¹³ buscando una ventaja fiscal que no haya sido prevista a la hora de diseñar la normativa aplicable y tratándose de una utilización irracional o inusual de la norma. El Finance Act, en su apartado 204, párrafo cuarto, establece algunas características que podrían mostrar la abusividad de una cláusula fiscal como, por ejemplo, que la misma suponga un ingreso, beneficios o ganancias que son significativamente menores a efectos tributarios que desde el punto de vista económico; que la cláusula dé lugar a deducciones o pérdidas a efectos fiscales de un importe sensiblemente mayor que desde el punto de vista económico; y que la cláusula dé lugar a una solicitud de devolución o a un crédito de impuesto (incluido impuestos extranjeros) que no corresponde con la cantidad ingresada ni con la que será

¹¹ ROSEMBUJ, T. “La erosión de la base imponible y el desplazamiento de beneficios”, *op. cit.* págs. 979-980.

¹² SERRALLER, M. *¿Por qué pagas más impuestos que Apple? Trampas y montajes de las grandes empresas y de los millonarios para no pagar*. 1ª ed. Conecta. Barcelona, 2014, pág. 62.

¹³ Por cláusula fiscal hay que entender todo acuerdo o conjunto de acuerdos adoptados por motivos básicamente fiscales.

previsiblemente objeto de ingreso, pero sólo si en cada uno de estos casos es razonable pensar que ese resultado no se contemplaba cuando se aprobaron las correspondientes normas fiscales¹⁴.

Con todo ello se puede apreciar claramente la dificultad presente para establecer una delimitación del concepto y de sus mecanismos. Con la finalidad de obtener mayor información para así delimitar más claramente el concepto, la OCDE ha creado un subgrupo de investigación dentro del Grupo de Trabajo nº10¹⁵, denominado “Aggressive Tax Planning Steering Group” y centrado en la problemática de la elusión fiscal agresiva. Además, como veremos más adelante, en el Plan de Acción BEPS se solicita información por parte de las Administraciones tributarias con el fin de poder ampliar los datos existentes.

2. OBJETIVOS

Tal y como hemos expuesto anteriormente¹⁶, la planificación fiscal internacional tiene como principal objetivo la obtención de la mayor reducción posible de impuestos o el diferimiento en el pago mediante el uso de mecanismos establecidos en los ordenamientos de las distintas jurisdicciones en las cuales actúa, comportando, por tanto, una reducción de la carga fiscal en los países de residencia y/o de destino. En consecuencia, en el caso de multinacionales y grupos de empresas, es importante que la reducción de la carga fiscal no se realice de manera individual o temporal en una de las sociedades, sino que la misma debe ser realizada de manera global en el grupo de empresas debido a que lo relevante en esta situación es el ahorro global obtenido por la multinacional o el grupo. Para ello, cada empresa realiza los estudios pertinentes según los ordenamientos jurídicos en que entran en juego el grupo, debiendo tener en cuenta tanto las inversiones a realizar como la estructuración del grupo. Así, es necesario combinar la elección de la entidad y su forma jurídica con el Estado que sea más adecuado para satisfacer las necesidades que requieran las actividades o rendas y patrimonios que resulten¹⁷.

Como acertadamente expone Serrano: “*La gran importancia y el impacto de la fiscalidad internacional en las decisiones empresariales de salida al exterior hacen que, en numerosas ocasiones, esta planificación determine dónde invertir y cómo hacerlo, así como la manera en la que estructurar la inversión*”¹⁸.

¹⁴ FALCON Y TELLA, R.; PULIDO GUERRA, E. *Derecho Fiscal Internacional*, op. cit., págs. 242-244.

¹⁵ El Grupo de Trabajo número 10 de la OCDE tiene atribuido el intercambio de información y el cumplimiento tributario.

¹⁶ Ver epígrafe “1. Concepto”.

¹⁷ Dependiendo de ello será necesario realizar unos u otros estudios, para utilizar el mecanismo más adecuado al caso concreto. Así, puede darse el caso que sea necesaria la reorganización de las fuentes de financiación, tener en cuenta la normativa relativa a la compensación de pérdidas entre matriz-filial, el reparto de dividendos y la tributación de los mismos por los distintos ordenamientos, fusiones de entidades, etc.

¹⁸ SERRANO ANTON, F. *Fiscalidad internacional* (2). 5ª ed. Centro de Estudios Financieros, 2013, págs. 1545-1546.

A continuación analizamos los puntos más relevantes a tener en cuenta a la hora de realizar la planificación fiscal internacional, como son la supresión de la doble imposición internacional, la optimización de la carga fiscal, la realización de una estructuración eficiente del grupo de empresas y las técnicas de diferimiento del gravamen en las rentas.

2.1. Evitar la doble imposición internacional

La planificación fiscal internacional debe combinar perfectamente las ventajas que prevén los convenios de doble imposición con los diferentes sistemas fiscales de los Estados afectados. La finalidad de los convenios es promover los intercambios de bienes, servicios, capitales y personas mediante la eliminación de la doble imposición internacional.

Los CDI constan de tres partes: la primera, relativa a definiciones que establecen los planteamientos de base, residencia, tipo de impuesto, etc. afectan a ambos estados pactantes del convenio; la segunda afecta al Estado de la fuente (estado de origen de la renta), otorgándole o no el derecho a gravar la renta; la tercera, afecta al Estado de residencia, que es a quien corresponde evitar la doble imposición ya sea dejando las rentas exentas o sometiénolas a imposición permitiendo la deducción del impuesto satisfecho en origen, sujeto a limitación si es necesario¹⁹.

Las empresas tienen la posibilidad de aprovechar el mejor trato fiscal que cualquier Estado pueda ofrecerles y las ventajas e incentivos que comprendan sus legislaciones tributarias. Hay que tener en cuenta que los CDI pueden conllevar doble imposición, la extensión de las redes de convenios internacionales entre los diferentes Estados firmantes puede permitir planificar maniobras eventuales tendentes al aprovechamiento, lícito en principio, de estructuras fiscales más ventajosas, mediante la construcción de estructuras jurídicas que permitan la localización de rentas y patrimonios en territorios donde el trato fiscal sea mejor. La utilización de los convenios en beneficio de una planificación adecuada debe tener en cuenta la aplicación de tipos impositivos reducidos.

Los convenios no deben promover ni facilitar la evasión y el fraude fiscal, el deber de cada Estado será salvaguardar sus ingresos tributarios adoptando las medidas antielusión que crea convenientes y que sean legítimas.

¹⁹ Un ejemplo de limitación de los gastos financieros puede verse más adelante, en el epígrafe “3.1.2 Subcapitalización”.

2.2. Optimizar la carga fiscal en el extranjero.

A la hora de realizar la planificación fiscal del grupo de empresas es necesario también tener presente la posibilidad de optimizar la carga fiscal en el extranjero. Para ello, hay que contemplar la calificación aplicable a los rendimientos y activos (maquillaje de rendimientos, conversión de rendimientos de capital en incrementos de patrimonio, etc.) teniendo en cuenta el trato fiscal que recibirán en el extranjero para poder aprovechar el mejor trato fiscal.

En este punto es importante también tener conocimiento de las medidas introducidas en los distintos sistemas impositivos para evitar la elusión de impuestos y la cada vez más presente deslocalización de las inversiones por motivos fiscales.

2.3. Estructurar eficientemente los grupos de empresas.

Hay que tener en cuenta la estructura de los grupos de empresas, ya que, consiguiendo una estructuración eficiente es posible evitar cargas fiscales innecesarias. Es importante tener en cuenta la normativa del país de origen y del país de destino, teniendo presente la obligación personal y real de contribuir, si existen restricciones a la libertad de inversión, siendo de gran importancia la forma jurídica (filial o sucursal) para realizar la inversión.

Si la inversión se realiza mediante filial, se crea una nueva sociedad con personalidad jurídica propia, residente en el Estado de destino de la inversión, pero el capital será extranjero ya que es aportado por la compañía matriz. El uso de filiales comporta la no implicación de la compañía matriz (excepto casos sobre avales, garantías, etc.), existiendo efectos de orden fiscal únicamente cuando se produzca el reparto de dividendos a los titulares del capital.

Si la inversión, en cambio, se realiza mediante la constitución de un establecimiento permanente o sucursal, la característica esencial de esta forma de inversión es que no tiene personalidad jurídica propia y, por ello, se trata de una estructura propia de la matriz localizada en un estado distinto a la misma.

2.4. Diferir el gravamen de las rentas

Para finalizar, la planificación fiscal internacional no tiene sólo como finalidad la reducción de impuestos, puesto que también puede tener como objeto el diferimiento en el pago. Diferir el pago de impuestos a un futuro es uno de los objetivos que toda empresa pretende, debido a que no se realiza el pago en ese periodo impositivo pudiendo comportar un ahorro financiero con aplicación de otros tipos, deducciones, etc. Esta

práctica puede determinar una progresividad menor en los impuestos directos al poder distribuir en el tiempo la imputación de los rendimientos, según sea el interés.

3. ESTRATEGIAS FISCALES

La planificación fiscal que realizan las empresas está basada en el uso de distintos mecanismos presentes en los ordenamientos jurídicos con el fin de reducir la carga fiscal²⁰. Pese a ello, no se ha llegado a determinar cuáles son las estrategias usadas, así que, teniendo presente esta circunstancia, realizaremos una breve exposición de algunas de las estrategias fiscales utilizadas en las planificaciones de las empresas, las cuales pueden ser compatibles entre sí según la naturaleza que posean las mismas.

Distinguimos así aquellas estrategias tendentes al ahorro fiscal que requieren la interposición de una sociedad de características especiales de las que no, tratándose éstas últimas de una planificación en cuanto a los aspectos financieros del grupo.

3.1. Instrumentos financieros

Los precios de transferencia y la subcapitalización son los dos mecanismos que resultan de mayor importancia en cuanto a la llamada erosión de bases imponibles y traslado de beneficios (BEPS por sus siglas en inglés, Base Erosion and Profit Shifting), siendo expuestos con mayor detalle en el segundo capítulo en cuanto a su influencia en las BEPS, al cual nos remitimos. Nos limitamos en este momento a realizar una caracterización general de ambos instrumentos.

3.1.1. Precios de transferencia

Los precios de transferencia (o *transfer prices*) son las transferencias de beneficios realizadas entre empresas asociadas o vinculadas en diferentes territorios a un valor alterado (inferior o superior al valor normal de mercado) con el fin de situar un mayor beneficio en el país con menor tributación y un mayor gasto en el país con presión fiscal más elevada.

²⁰ Encontramos mecanismos establecidos en los tratados internacionales que, sin entrar en los supuestos en los que se llega al límite de la legalidad abusando de los mismos, permiten una reducción de la carga fiscal de las empresas, siendo de mayor importancia en el caso de las multinacionales, que pueden hacer uso de las discordancias presentes entre los distintos ordenamientos jurídicos, la creación de sociedades en los distintos países o la realización de actividades económicas sin establecimiento permanente cuyos beneficios son gravados en el país de residencia, siguiendo el modelo de convenio de la OCDE.

Veámoslo más claro mediante un ejemplo de un supuesto de utilización de precios de transferencia para reducir la carga fiscal: un grupo de empresas se ubican en dos Estados con un régimen tributario distinto. El primero, el Estado A, establece un régimen más elevado de tributación de los beneficios que el segundo estado (Estado B). Con tal de reducir la carga tributaria del grupo, en caso de no haber grandes exigencias sobre la localización de la renta, los servicios o transmisiones de bienes realizadas de A a B deberán ser al precio más bajo posible, de tal manera que a A se sitúe un beneficio menor. En cambio, si las transmisiones van de B a A, el precio deberá de ser el mayor posible, ya que se generarán gastos fiscales a A y beneficios a B con el ahorro resultante de la diferencia de tipos impositivos. Por tanto, si la empresa A cobra a la empresa B la cantidad de 120 por la entrega de un bien o la prestación de un servicio que vale 100 (es decir, que en condiciones normales de mercado se habría facturado por 100 si la operación se hubiera realizado entre empresas independientes), en tal caso la empresa B está “transfiriendo” a la empresa A una cantidad de 20. Si fuera que la empresa A cobra a la empresa B la cantidad de 80 por algo que vale 100, la empresa A sería la que está transfiriendo a la empresa B la cantidad de 20.

Para evitar el abuso de los precios de transferencia los Estados realizan “ajustes fiscales” aceptando únicamente el valor normal de mercado, entendido éste como el precio que habrían acordado partes independientes en las mismas circunstancias (principio de libre competencia). Los ajustes normalmente se aplican con independencia de que los precios de transferencia hayan sido buscados intencionadamente o no, pues se trata de evitar la pérdida de recaudación o el diferimiento del impuesto, y no de sancionar. El ajuste es bilateral, cualquier ajuste positivo en una empresa (mayor base imponible) va acompañado de un ajuste negativo en la otra parte de la operación (menor base imponible o mayor valor de adquisición a efectos de futuras ganancias y amortizaciones). El valor normal de mercado se determina mediante convenios internacionales por medio de distintos métodos: existen los tradicionales (precio libre comparable, método del precio de reventa o coste incrementado) y los basados en el beneficio (reparto del beneficio, margen neto de la operación).

Por otro lado, la Administración realiza acuerdos vinculantes durante un cierto periodo de tiempo sobre los criterios aplicables para determinar el valor normal de mercado de las operaciones que se realicen durante ese periodo. Estos reciben el nombre de *Advanced Pricing Agreements* (APAS) y consisten en el compromiso que asume la Administración de no realizar ajustes en un determinado periodo sobre las operaciones cubiertas por el acuerdo, siempre y cuando el contribuyente presente las declaraciones conforme a los criterios acordados²¹.

²¹ FALCON Y TELLA, R.; PULIDO GUERRA, E. *Derecho Fiscal Internacional*, op. cit., págs. 265-271.

Según el Estado en el cual se ubiquen las sociedades afectadas el ajuste tendrá distintos tratamientos. Si entre los Estados en que se localizan las compañías hay un convenio para evitar la doble imposición se preverán normalmente ajustes bilaterales en ellos. Si las sociedades residen en territorio comunitario, el ajuste se verá garantizado por el convenio de arbitraje. Finalmente, si el Estado en que residen las sociedades no es ninguno de las anteriores, el ajuste lo realizará la Administración del Estado donde se haya declarado ese coste unilateralmente, sin que obligue al otro Estado a reconocer menor beneficio y, en consecuencia, menos impuesto²².

Con los precios de transferencia estamos, por tanto, ante una técnica de planificación fiscal que resulta sencilla y a la vez económica, al no requerir del establecimiento de ninguna estructura jurídica adicional, pero hay que tener muy presente la realidad económica para que resulte efectiva. Hay que tener en cuenta, además, que la dificultad en la detección de este mecanismo aumenta cuando se realiza correctamente con una planificación a largo plazo, por medio de grandes grupos internacionales que están en situación de oligopolio y que son capaces de determinar los precios de mercado de los productos transferidos o los servicios prestados.

3.1.2. Subcapitalización

Por medio de la subcapitalización (o *Thin Capitalization*) las sociedades se encuentran financiadas por una cantidad mayor de deuda que de capital²³, pero en este caso de planificación fiscal lo que ocurre es que los préstamos se pactan inusualmente en cantidades superiores en relación con la totalidad del pasivo. Esto es debido a que las deudas son realizadas con los socios, siendo ello ventajoso por el hecho de que los intereses pagados al socio por estas deudas que tiene la sociedad con los mismos son gasto deducible para la misma. Normalmente, los intereses serán deducibles pero no lo serán los dividendos, generando así oportunidades de aprovechar este diferente trato²⁴. Hay que tener en cuenta que la realización de préstamos sólo es posible que tenga lugar de la sociedad matriz a la filial, debido a que las sucursales no pueden recibir préstamos.

Encontramos en esta modalidad de planificación fiscal internacional una semejanza con los precios de transferencia, que radica en el hecho que, en condiciones normales de mercado, no se habría otorgado el préstamo o habría sido realizado en una cantidad inferior. Por tanto, la actividad realizada no corresponde con lo que realizaría en situaciones normales entre entidades independientes, pero en este caso no se trata de

²² BARNADAS, F. *Fiscalitat internacional, op. cit.*, págs. 29-31.

²³ Cabe recordar que los sistemas fiscales promueven que la financiación de la sociedad se realice en mayor parte mediante deuda, ya que ésta es deducible fiscalmente en la imposición sobre la renta.

²⁴ FINNERTY, C.; MERKS, P.; PETRICCIONE, M.; RUSSO, R. *Fundamentals of International Tax Planning, op. cit.*, pág. 221.

distintas sociedades sino de la sociedad y sus socios, pero siendo igualmente entidades o personas vinculadas. Por ello, la corrección a dicha situación se realiza de manera similar al valor normal de mercado que expusimos, estableciéndose en este caso como valor de mercado el endeudamiento neto considerado normal.

Este “endeudamiento neto normal” considerado en relación con el pasivo o con el capital de la entidad se establece mediante la aplicación de las normas de subcapitalización (*thin capitalization rules*), que pueden establecer un límite a la deducción por gastos financieros. Así se limita la deducción de los gastos financieros cuando se deben a un endeudamiento excesivo entre la filial y su matriz, al comportar un traslado de beneficios entre los Estados²⁵. Estas reglas de subcapitalización fueron introducidas en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF. La Disposición Adicional Quinta de esta ley añadió un apartado noveno en el artículo 16 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en el que se establecía lo siguiente: “cuando el endeudamiento directo o indirecto de una sociedad con otra persona o entidad no residente y relacionada con ella (...), exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine reglamentariamente a la cifra del capital fiscal, los intereses satisfechos que correspondan al exceso tendrán la consideración fiscal de dividendos”.

Barnadas expone la existencia de un tipo de préstamos que permite la no aplicación de las normas de subcapitalización, los llamados préstamos “back to back”, que consisten en “depositar los fondos de una entidad bancaria para que esta realice el préstamo cobrado en pequeño margen, la diferencia entre el tipo exigido por el préstamo y el abonado por el pasivo del depósito”²⁶.

3.2. Sociedades instrumentales

Este tipo de mecanismos son más complejos que los anteriores ya que requieren de la intervención de otras sociedades que, ya sea por sus características propias o por el Estado en el cual se sitúan, otorgan mayores beneficios al grupo de empresas. En la clasificación realizada encontraremos sociedades instrumentales de carácter más genérico, como las sociedades extranjeras controladas, junto con el denominado *treaty shopping* y otras de carácter más específico enfocadas a una actividad concreta como serían las *royalties* o las sociedades de inversión de capital variable.

Hay que tener presente que no existe unidad en cuanto a lo que se entiende como grupo de empresas, aspecto determinante en cuanto a este tipo de mecanismos. Sobre ello hemos de tener presente que la doctrina

²⁵ Los denominados BEPS, que abordamos en el segundo capítulo de este trabajo.

²⁶ BARNADAS, F. *Fiscalitat internacional*, op. cit., pàgs. 27-28.

mayoritaria establece como definición de lo que se considera como tal aquello determinado en el artículo 42 del Código de Comercio, el cual establece la existencia de un grupo de empresas cuando exista dominación vertical, concretada en la tenencia de un 10% de las participaciones de una sociedad.

3.2.1. Sociedades extranjeras controladas (*Controlled Foreign Companies* - CFC)

Según establece Ramón Falcón y Elvira Pulido²⁷ las sociedades extranjeras controladas son “*sociedades con personalidad jurídica independiente a la de sus socios, situadas en un Estado y participadas o controladas de alguna forma por personas residentes en un Estado distinto*”.

Para que constituya un mecanismo de planificación fiscal tendente a la reducción de la carga fiscal es importante que se tengan en cuenta los CDI del Estado en el cual se constituya y el tipo impositivo aplicable a la misma, ya que si se pretende utilizar la sociedad como canalizadora de la actividad empresarial o se utiliza como sociedad de cartera sin distribución de los beneficios ello permite evitar el pago por parte de los socios, pero si además le es aplicable un impuesto más bajo al de la otra sociedad se produciría una elusión legal del impuesto o un diferimiento en el pago del mismo.

Pese a ello se establece una limitación, pudiendo aplicarse el régimen de transparencia fiscal internacional (o *CFC rules*), según el cual si los ingresos de la sociedad extranjera están formados en su mayoría por rentas pasivas como, por ejemplo, dividendos de otras sociedades, cánones o intereses, se imputa al socio aquella renta que ha obtenido la sociedad extranjera, pese a que no haya sido distribuida, no realizándose la imputación posterior cuando se repartan realmente los dividendos o restándose aquello imputado en caso de vender el socio su participación.

3.2.2. Treaty Shopping

El *treaty shopping* es aquel mecanismo mediante el cual dos sociedades utilizan a una tercera entidad (mediante su constitución o mediante la realización de un contrato de intermediación, un agente o un *trust* con una sociedad independiente) que se encuentra situada en un Estado que es parte de un CDI con el país de la fuente que atribuye mayores beneficios fiscales. De este modo, consiguen hacer uso de unos beneficios fiscales a los cuales no tendrían derecho, ya sea por no existir convenio entre el Estado de la fuente y el de residencia o si, pese a tenerlo, por atribuir éste unos beneficios menores de los que atribuye el CDI en el cual es parte el Estado de la tercera sociedad.

²⁷ FALCON Y TELLA, R.; PULIDO GUERRA, E. *Derecho Fiscal Internacional*, op. cit., págs. 279-285

La OCDE ha reconocido que los Convenios para evitar la doble imposición aumentan el riesgo de su uso abusivo mediante la constitución de entidades en los Estados que son beneficiarios de éstos. En el caso del *treaty shopping*, al tratar de reducir la carga tributaria del país de la fuente, el CDI deberá proporcionar una limitación o exclusión de la tributación en el Estado fuente (en relación con dividendos, intereses, etc. sobre acciones y bienes muebles).

En este caso, la tercera sociedad se utiliza como conductora de los beneficios desde el Estado de la fuente hasta el de residencia. Siendo esta sociedad conductora en muchos casos una sociedad extranjera controlada de las expuestas en el apartado anterior, pudiendo ser aplicable a ella, por tanto, el régimen de transparencia fiscal internacional²⁸.

Existe una variante en la estructura de *treaty shopping* en la cual podemos encontrar hasta cuatro sociedades intervinientes, las dos primeras (en el Estado fuente y en el Estado de residencia) más la tercera sociedad conductora y una cuarta que será una sociedad *offshore* sita en un paraíso fiscal o con muy baja tributación. En este caso, los pagos se realizan en primer lugar a la sociedad conductora que es beneficiaria del CDI, como en el caso anterior, pero posteriormente se remiten a la sociedad establecida en el paraíso fiscal donde no serán sometidas a imposición o lo serán a una muy baja tributación.

3.2.3. Sociedades Holding

Se trata de sociedades que tienen un activo formado mayoritariamente por participaciones de otras entidades, por tanto, que participan en el capital de otras sociedades con una finalidad de control, reorganización por transmisiones de acciones, protección del patrimonio empresarial, etc. o con una finalidad exclusivamente financiera. Resulta útil para los supuestos en los que se considere necesario otorgar la titularidad de distintas sociedades en una que esté situada en un Estado que conceda mayores beneficios fiscales. Se busca el establecimiento de una sociedad *Holding* en un Estado que otorgue mayores beneficios, siendo útil la tenencia de convenios para evitar la doble imposición con territorios *offshore* y con los Estados de las filiales para así garantizar un pago mínimo a la hora de repartir dividendos.

Por tanto, lo que se tiene en cuenta a la hora de establecer una sociedad *holding* en un Estado es que éste no grave las ganancias o se graven las mismas en poca cuantía; que las ganancias obtenidas en el exterior tengan una baja imposición; o, en último lugar, cuales son los beneficios fiscales que podrían aplicarse a la sociedad en cuestión.

²⁸ La diferencia entre *treaty shopping* y las entidades extranjeras controladas radica en que mediante el primero se pretende la reducción de la carga tributaria en el país de la fuente y, en cambio, en las sociedades extranjeras controladas se intenta, en el país de residencia, evitar o diferir la tributación.

El uso de entidades *holding* tiene distintas ventajas, entre las cuales cabe destacar la eliminación de la transparencia fiscal de las sociedades inmobiliarias en caso de encontrarse participadas por la *Holding* en su totalidad; el diferimiento y deducción por doble imposición en los incrementos de patrimonio derivados de la venta de participaciones en otras compañías; la posibilidad de optimizar la distribución de los gastos estructurales entre las distintas sociedades; o la eliminación de la tributación como consecuencia de la distribución de dividendos que sean reinvertidos en las demás sociedades del grupo²⁹. Es posible también hacer uso de los CDI mediante las sociedades *Holding*, constituyéndose en un Estado que tenga CDI con el país de la filial o con el país de cada socio.

A continuación haremos mención a tres de las estructuras holding más utilizadas: las BV holandesas (o *sandwich* holandés), la llamada “doble irlandesa” y las empresas de tenencia de valores extranjeros (ETVE) españolas.

3.2.3.1. BV holandesas

Las sociedades *holding* holandesas, *Besloten Vennootschap* o BV (que vendrían a ser semejantes a las Sociedades de Responsabilidad Limitada) o *Naamloze Vennootschap* o NV (que equivaldrían a las Sociedades Anónimas) serían “sociedades limitadas privadas” o “sociedades limitadas públicas”, respectivamente, a las cuales es aplicable la exención por los dividendos percibidos que se aplica con carácter general, además de la Directiva matriz-filial de la Unión Europea y la extensa red de convenios que tiene el Estado holandés.

Este tipo de *holding* se caracteriza por contener una estructura determinada, denominada el “*sandwich* holandés” (*Dutch Sandwich*), que consiste en la constitución de una NV establecida en las antiguas Antillas (en Curaçao) y una BV establecida en Holanda.

Mediante esta estructura es aplicable la Directiva matriz-filial sobre las filiales establecidas en los Estados Miembros de la Unión Europea, comportando el no pago de retención en la fuente. En caso de no encontrarse las filiales en un estado miembro de la Unión Europea podría ser aplicable el CDI de Holanda con el estado en cuestión, aplicando un tipo reducido para las retenciones. Por otro lado, en cuanto a los dividendos también tendrán una baja tributación e, incluso, podrían llegar a estar exentos de pago³⁰.

²⁹ FERNANDEZ VILLOSLADA, M. P. “Análisis comparado del régimen fiscal de las entidades holdings en la Unión Europea.” *Institutos de estudios financieros: Cuadernos de formación*. Vol. 10/2010 (2010). Ver: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/10_2010/11.pdf, págs. 41-42. y BARNADAS, F. *Fiscalitat internacional, op. cit.*, pág. 44.

³⁰ FALCON Y TELLA, R., PULIDO GUERRA, E. *Derecho Fiscal Internacional, op. cit.*, págs. 248-254.

3.2.3.2. La “doble irlandesa”

La “doble irlandesa” o Double Irish es un tipo de estructura holding muy utilizada en las planificaciones fiscales realizadas por multinacionales estadounidenses relacionadas con la tecnología o con el software de sistemas informáticos.

Recibe este nombre por el uso de dos sociedades irlandesas, una filial de la multinacional estadounidense gestionada desde un paraíso fiscal, a la cual se le vende el software, y una segunda sociedad, que tendrá como único socio a la primera y, por tanto, será subfilial de la multinacional, que revestirá la forma de Sociedad Limitada para así poder ser tratada como transparente por el impuesto americano, la cual es gestionada desde Dublín a la que se le alquila el software y que realiza la fabricación y venta de programas informáticos o mantiene el buscador y cobra la publicidad que se inserte en dicho buscador.

Con esta estructura lo que se consigue es que el sistema fiscal irlandés considere a la filial y a la subfilial de la multinacional como sociedades independientes, siendo la primera no residente debido a que se gestiona desde fuera del territorio irlandés (en un paraíso fiscal) y la segunda como residente al ser gestionada desde Dublín; y, por otro lado, en Estados Unidos ambas son tratadas como una sola entidad con residencia en Irlanda y, por tanto, no se paga el impuesto estadounidense hasta reparto de dividendos o hasta que se realice la venta de la filial de la multinacional³¹.

3.2.3.3. Entidades de tenencia de valores extranjeros (ETVE)

Las Entidades de tenencia de valores extranjeros (ETVE) o “*Spanish Holdings*” se encuentran reguladas en los artículos 107 y 108 de la LIS (Capítulo XIII, del Título VII sobre los regímenes tributarios especiales, de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades). De acuerdo con estos preceptos las ETVE son aquellas entidades “*cuyo objeto social comprenda la actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales*”. Por tanto, se trataría de aquellas sociedades que realizan una actividad empresarial de gestión de la participación de sociedades que no sean residentes en territorio español, excluyéndose aquellas entidades entendidas como agrupaciones de interés económico, las uniones temporales de empresas y aquellas consideradas como entidad patrimonial según la misma Ley.

³¹ Multinacionales tales como Google, Apple o Facebook hacen uso de este mecanismo de planificación fiscal con el objetivo de registrar sus beneficios en paraísos fiscales.

Las especialidades de el régimen de las ETVE consisten en que, por un lado, se podrá aplicar el régimen de diferimiento que se establece para las operaciones de reorganización empresarial cuando se realicen aportaciones no dinerarias mediante las cuales se alcance un mínimo de un 5% de participación o, en caso que su coste de adquisición supere los seis millones de euros, cuando el objeto de las mismas sean acciones o participaciones en entidades no residentes, comportando, en este último caso, la exención por doble imposición de los dividendos derivados de la misma; y por otro lado, se prevé la distribución de los beneficios, que dependerá de quién sea el socio.

3.2.4. Trusts

La definición general aplicable a la institución del *trust* sería la transmisión de un patrimonio por una persona denominada *settlor* a otra persona denominada *trustee* para que lo administre en interés de una o varias personas que reciben el nombre de *beneficiaries*, determinados o determinables. Pese a ello, la figura del *trust* puede recibir múltiples formas según si se trata del patrimonio de personas físicas, obras de caridad o benéficas o en el plano de grupos de empresas multinacionales.

Se trata de una figura de origen anglosajón generalizada en los países del *Common Law*, no presente en muchos ordenamientos jurídicos, como el español, siendo una figura autónoma pese a la similitud que pueda tener con la figura de la fiducia³² y, por tanto, es compleja la determinación del régimen legal aplicable en estos territorios. Esta complejidad en el régimen jurídico aplicable se incrementa por el hecho de que el *trust* se caracteriza por “*la separación de la propiedad formal que ostenta el trustee, de los derechos económicos sobre el patrimonio del trust que corresponden al beneficiario (...) la principal nota característica de esta institución, la disgregación de la propiedad en dos componentes diversos, la titularidad formal legal del bien y la titularidad de los derechos económicos sobre el mismo, choca frontalmente con el concepto de propiedad absoluto y exclusivo tal y como es concebido en las jurisdicciones civilistas*”³³. Existe, por tanto, una separación entre la propiedad legal del patrimonio y la propiedad del beneficio. Así, el *trustee* pasa a ser el propietario legal y los beneficiarios tienen la propiedad económica.

La figura del *trust* aplicada en el plano de los grupos de empresas multinacionales posee una naturaleza empresarial que la diferencia del *trust* tradicional, pero sigue presente la mencionada disgregación de la propiedad sobre la titularidad formal del bien que posee el *settlor* y la propiedad de los derechos económicos

³² El *trust* tiene su origen en la institución de la fiducia del Derecho romano y por ello tiene ciertas similitudes con la actual figura de la fiducia presente en el ordenamiento jurídico español, pero no se trata de la misma figura, debido a que el *trust* fue desarrollado de manera autónoma en Inglaterra. SERRANO ANTON, F. *Fiscalidad internacional*, op. cit., pág. 1782.

³³ SERRANO ANTON, F. *Fiscalidad internacional*, op. cit., págs. 1782-1783.

de los *beneficiaries*. Así, un *trust* de naturaleza empresarial podría ser aquel que se sitúa en un territorio *offshore* para la gestión de los activos de las pensiones del grupo, comportando que el patrimonio de las pensiones sea mayor.

Actualmente el *trust* representa una forma de ocultación de titularidades respecto a los beneficiarios finales de inversiones que de manera común se utilizan para motivos estrictamente tributarios.

3.2.5. Royalties

Las *royalties* podrían entenderse como mecanismos mixtos ya que se trata de la interposición de una sociedad utilizando los denominados *royalties*, que son pagos realizados por el uso o explotación de derechos de autor o *know-how*. En este caso, se trataría de sociedades que se encargan de gestionar y desarrollar la propiedad industrial e intelectual del grupo, los “intangibles”.

Con este tipo de mecanismos se intenta conseguir una disminución de la carga fiscal o un diferimiento del pago del impuesto. Para conseguirlo es importante constituir la sociedad en aquellos Estados en los que sea posible la aplicación de un régimen especial que permita un ahorro en la tributación de los ingresos percibidos por la cesión en concepto de cesión de uso de la propiedad industrial o que contenga un sistema de amortización en cuanto a la propiedad industrial e intelectual que dé un mayor beneficio.

3.2.6. Sociedades de inversión de capital variable (SICAV)

Las Sociedades de inversión de capital variable (SICAV) son sociedades que, como establecen Ramón Falcón y Elvira Pulido, tienen por objeto exclusivo “*la adquisición, tenencia y enajenación de valores mobiliarios y otros activos financieros*”³⁴. Estas sociedades deben constituirse como Sociedades Anónimas y tienen como característica esencial la posibilidad de ampliación o reducción del capital sin acuerdo de la junta de accionistas, dentro de unos límites, comportando una mayor facilidad en la inversión en acciones.

Fiscalmente estas sociedades suelen estar exentas o, en todo caso, sometidas a una baja imposición, como es el caso de Luxemburgo, donde tributan al 0.05% de su patrimonio. España, por su lado, establece una tributación del 1%, requiriéndose su formación por un mínimo de 100 socios.

³⁴ FALCON Y TELLA, R.; PULIDO GUERRA, E. *Derecho Fiscal Internacional*, op. cit., págs. 248-254.

4. REACCIÓN NORMATIVA ANTE LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA

La situación económica actual dominada por un proceso creciente de globalización, los cambios realizados en las políticas financieras y económicas, o la crisis financiera de los últimos años, entre otras causas, han desembocado en un aumento en el uso de mecanismos de planificación fiscal con el fin de obtener mayores beneficios fiscales. Estos mecanismos se han desarrollado hasta tal punto de llegar al límite en la legalidad, conformando la llamada planificación fiscal agresiva a la cual nos referimos en la primera parte del trabajo³⁵ y trasladando beneficios o erosionando bases imponibles para poder seguir estando a un nivel competitivo en el mercado.

Ante esta situación, las diferentes instituciones internacionales y nacionales, en el uso de sus potestades, han desarrollado una variedad de normativas o actuaciones con el fin de limitar las actuaciones consideradas ilícitas, obtener mayor información de las empresas y los Estados sobre dichas actuaciones, con el objetivo último de regular y evitar un abuso de la normativa existente. A continuación expondremos algunas de estas reacciones jurídicas.

4.1. El conflicto en la aplicación de la norma.

Los Estados tienen la potestad de establecer la normativa tributaria de su territorio sin necesidad de establecer una coherencia con otros Estados. Sin embargo, tal y como establece Fernando Serrano, “*la validez de dichas disposiciones internas estará condicionada a que estas respeten el texto de los CDI celebrados hasta la fecha y su contexto*”³⁶.

En España encontramos una regulación interna que afronta los problemas de la planificación fiscal internacional agresiva, entre otros, en el artículo 15 de la Ley General Tributaria, que contiene lo que aquí es llamado “conflicto en la aplicación de la norma” en sustitución de lo que tradicionalmente se había dado a conocer como el fraude a la ley tributaria.

Se considera que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria, según el citado artículo 15 de la LGT, cuando “*se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias:*

a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

³⁵ Ver epígrafe 1.4 relativo a la planificación fiscal agresiva.

³⁶ SERRANO ANTON, F. “El informe sobre erosión de bases imponibles y traslación de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado”, *op. cit.*, pág. 51.

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.*”

En caso de darse el conflicto en la aplicación de la norma tributaria la Administración realizará una liquidación del tributo mediante la aplicación de la norma que debería haberse aplicado en un uso corriente o lógico o mediante la eliminación de las ventajas fiscales que se hayan obtenido en los mismos. Así, es importante citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 2005, para establecer la diferencia entre el fraude de ley y el conflicto en la aplicación de la norma ya que en esta última no cabe la aplicación de sanción alguna, como si ocurre con la primera. La STC establece en su fundamento jurídico cuarto que *“en el fraude de ley (tributaria o no) no hay ocultación fáctica sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más favorable (norma de cobertura) previsto para el logro de un fin diverso, al efecto de evitar la aplicación de otro menos favorable (norma principal). Por lo que se refiere en concreto al fraude de ley tributaria, semejante rodeo o contorno legal se traduce en la realización de un comportamiento que persigue alcanzar el objetivo de disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías ofrecidas por las propias normas tributarias, si bien utilizadas de una forma que no se corresponde a su espíritu. De manera que no existe simulación o falseamiento alguno de la base imponible, sino que, muy por el contrario, la actuación llevada a cabo es transparente, por más que pueda calificarse de estratagema tendente a la reducción de la carga fiscal”*³⁷.

4.2. La propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS)

El hecho de encontrarnos con distintas regulaciones tributarias de las sociedades conlleva una disparidad de conflictos. Es por ello que la Unión Europea (UE) ha realizado una propuesta de Directiva para establecer una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (BICCIS), con el fin de evitar la doble imposición. La Comisión Europea ha expuesto las ventajas económicas que conllevaría para las empresas de la UE el establecimiento de la BICCIS³⁸.

³⁷ FALCON Y TELLA, R.; PULIDO GUERRA, E. *Derecho Fiscal Internacional*, op. cit., pág. 238.

³⁸ En palabras de María Jesús Gallego: “La armonización del impuesto sobre sociedades mediante la base imponible consolidada común: análisis crítico y alternativas”. GALLEGO CAMARENA, M.J. *Documentos*. Núm. 14/2013. Instituto de estudios fiscales, 2013, pág. 5, “se prevé un ahorro de alrededor de 1.300 millones de euros por la consolidación de los beneficios y las pérdidas de los miembros del grupo. A su vez, el ahorro en caso de que se opte por una ampliación de sus actividades fuera de sus fronteras alcanzaría los 1.000 millones de euros. La existencia de este régimen en el ámbito europeo fomentará la atracción de inversiones extranjeras al lograr un mercado más eficaz y competitivo. Por lo que se refiere al ahorro en costes de cumplimiento, se calcula que alcanzará los 700 millones de euros anuales”.

Como pudimos ver en la explicación de la planificación fiscal agresiva³⁹, al exponer la importancia de la STJUE *Cadbury Swcheppes* a los efectos de la delimitación de cuándo se entiende como tal la artificiosidad de los mecanismos usados en la misma, el TJUE ha ido delimitando cómo debe interpretarse la normativa en función sobretodo del ejercicio de las libertades establecidas en relación con el mercado único de la UE⁴⁰, mediante la resolución de cuestiones prejudiciales presentadas por los tribunales internos respecto a la compensación de pérdidas en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, que se considera en general permitida en lo que no se considere pérdidas desproporcionadas⁴¹.

En este caso es relevante la mención de la sentencia del asunto *Marks & Spencer* (C-446/03). Se trata de un caso en el cual la entidad *Marks & Spencer*, matriz situada en el Reino Unido de un grupo de sociedades cuyas filiales se encuentran en Alemania, Bélgica y Francia (situadas todas, matriz y filiales, en EEMM de la UE). Las filiales sufren pérdidas y *Marks & Spencer* solicita a la Administración tributaria británica la aplicación del régimen de consolidación fiscal que consiste en la posibilidad de compensar pérdidas y beneficios del grupo de empresas residentes en Reino Unido, con el fin de deducir las pérdidas sufridas por las filiales a los beneficios obtenidos por la matriz en Reino Unido, lo cual es denegado. La impugnación por parte de *Marks & Spencer* y su recurso posterior llevan al planteamiento de cuestión prejudicial sobre el régimen de consolidación fiscal británico por parte de la *High Court of Justice*. En este caso se consideró que la normativa británica limitaba la libertad de establecimiento debido a que no permitía que la matriz compensara pérdidas de las filiales no residentes cuando esto sí era permitido en caso de que las pérdidas provinieran de compañías internas y, por ello, consideraba que era una medida desproporcionada, “una consolidación fiscal como la controvertida en el asunto principal constituye una ventaja fiscal para las sociedades interesadas. Al acelerar la liquidación de pérdidas de las sociedades deficitarias por medio de su imputación inmediata a los beneficios de otras sociedades de su grupo, le confiere una ventaja de tesorería. La exclusión de esta ventaja en el caso de las pérdidas sufridas por una filial establecida en otro Estado miembro y que no ejerce una actividad económica en el Estado miembro de la sociedad matriz puede suponer para ésta un obstáculo al ejercicio de su libertad de establecimiento, al disuadirla de crear filiales en otros Estados miembros”⁴². Pero a pesar de ello, el TJUE consideró también que se trataba de una medida

³⁹ Ver epígrafe “1.4. La planificación fiscal agresiva”.

⁴⁰ Como es sabido, la UE posee un mercado interior, único, en el cual coexisten cuatro libertades de sus EEMM, como son la libertad de circulación de bienes, de servicios, capitales y personas, reguladas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esto, supone una mayor facilidad a la hora de trasladar los beneficios entre los estados y, a consecuencia de este hecho, mediante la BICIS se pretende frenar esta actuación con el fin que no impida la posibilidad de conseguir el aprovechamiento de las ventajas que supone el mercado único.

⁴¹ Hay que tener presente que los tribunales internos tienen la posibilidad de presentar cuestiones prejudiciales al TJUE cuando, a la hora de resolver un conflicto surjan dudas sobre el respeto de la normativa interna respecto de la normativa comunitaria, pudiendo así suspender el proceso hasta que el TJUE resuelva respecto a la cuestión. En este caso, relevante respecto al respeto de las libertades comunitarias que establece el TFUE con relación a las restricciones que establecían las normativas nacionales en relación con la compensación de pérdidas.

⁴² STJUE, de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03, *Marks & Spencer*, 32 y 33.

justificada debido a la soberanía tributaria que poseen los Estados, pudiéndose exigir que la normativa tributaria sea aplicable a una sociedad establecida en un Estado, con el fin de evitar un desequilibrio en el reparto de la potestad tributaria de los Estados y, además, el abuso de la normativa con una doble deducción de las pérdidas o la transferencia de las mismas a otros Estados. Pese a todo ello, se determina en la STJUE mencionada que se podrá realizar la deducción por parte de la matriz cuando las pérdidas de la filial no pudieran ser compensadas en ejercicios pasados ni futuros, al considerarse en este caso la medida como desproporcionada. Es relevante esta STJUE en cuanto que permite observar la distinta regulación existente para la aplicación de compensaciones intragrupo según dónde sean residentes filiales y matriz, pese a que todas ellas se encontraban situadas dentro de la Unión Europea.

El objetivo que se persigue con el establecimiento de una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades para los EEMM de la Unión Europea es la eliminación de la doble tributación y los elevados costes que comporta la existencia de distintos regímenes fiscales en la misma, lo cual limita el crecimiento del mercado único de la Unión Europea al desincentivar la inversión en la misma y conlleva una mayor dificultad para la consecución de la propuesta de la Unión Europea “Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.”

Se propone entonces una alternativa a la normativa respecto a los precios de transferencia como es la Fórmula de Reparto (FR). Se busca facilitar la compensación transfronteriza de las pérdidas dejando de lado el uso de los precios de transferencia de acuerdo con el principio de libre competencia, sobre el cual muchas multinacionales han realizado un abuso para reducir las cargas impositivas. La planificación fiscal agresiva que han llevado a cabo multinacionales por medio de la fijación de precios de transferencia, que ha permitido la limitación a la contribución fiscal de las sociedades mediante contabilidades separadas de las sociedades del grupo y la normativa sobre el establecimiento permanente, no se considera una alternativa viable y, es por ello que se busca un sistema distinto al utilizado hasta ahora. Se trata de favorecer una coordinación entre los Estados mediante la implantación de una base a los distintos estados miembros de la Unión Europea a la cual se pueden incluir de manera voluntaria. Pero el sistema de precios de transferencia debe seguir utilizándose con la BICIS. Tal y como establece María Jesús Camarena, *“a pesar de que subsistiría el problema de la fijación de precios de transferencia para determinadas operaciones, ello no impide que se abogue por la aplicación del régimen de la BICIS, que significa la eliminación de las repercusiones fiscales producidas por las operaciones intragrupo -al menos las de residentes europeas- y, con ello, se va reduciendo el vasto campo de actuación de los grupos multinacionales que gozan para “elegir” qué normativa aplican a qué bases”*⁴³.

⁴³ GALLEGO CAMARENA, M.J. “La armonización del impuesto sobre sociedades mediante la base imponible consolidada común: análisis crítico y alternativas”, *op. cit.*, pág. 22.

Ramón Falcón y Elvira Pulido destacan la posibilidad de evitar la erosión de las bases y traslado de beneficio artificialmente en caso de la determinación de la BICCIS “*incluyendo todas las jurisdicciones en que opera la empresa, en lugar de hacerlo país por país*”⁴⁴.

En resumen, la BICCIS lo que supone es el establecimiento de un régimen de normas comunes para los EEMM que voluntariamente quieran adherirse mediante las cuales se establece el cálculo de la BI de las sociedades residentes en dichos EEMM y en los establecimientos permanentes de las sociedades de terceros países que se encuentren situadas en territorios de la UE; el establecimiento de unas normas de consolidación de las BI individuales cuando se trate de grupos de empresas y la distribución de la BI mediante la Fórmula de Reparto (FR).

Por tanto, lo relevante es el establecimiento de una base imponible única además del cambio de sistema de precios de transferencia a FR. Mediante la FR se intenta delimitar cuál es el beneficio que en teoría debería haber obtenido la empresa en ese Estado en función del establecimiento de la hipótesis de que la capacidad de obtener beneficio es igual en los distintos Estados en los que se estructura la empresa. Esta capacidad para obtener beneficio se medirá en función de los factores de producción añadiéndose las ventas. Por tanto, de lo que trata la BICCIS es determinar la BI consolidada para el grupo de empresas dentro de la UE para, posteriormente, ser distribuida en función de la FR.

4.3. Aggressive Tax Planning Steering Group

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) realiza iniciativas con el fin de aumentar la transparencia fiscal y que las Administraciones Tributarias recojan y compartan información relativa a las prácticas de planificación fiscal agresiva con el fin de poder establecer medidas para luchar contra ella. En este sentido, como dijimos, dentro del Grupo de Trabajo número 10 ha creado un subgrupo centrado en la elusión fiscal agresiva, denominado *Aggressive Tax Planning Steering Group*.

Este grupo ha realizado distintas actuaciones en la investigación de la planificación fiscal agresiva tales como la creación de una base de datos con la información aportada por las Administraciones tributarias cuando éstas han considerado ilícito un esquema de elusión fiscal. Además de la base de datos, de acceso restrictivo y limitado, el *Aggressive Tax Planning Steering Group* ha realizado distintos informes relativos a la ATP, como los riesgos derivados de las pérdidas fiscales generadas en el sector bancario como consecuencia de la crisis financiera, el *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses* (2010), o los relativos a los híbridos financieros, el *Tax Policy and Compliance Issues* (2012). Según establece Amorós, “*uno de los métodos de*

⁴⁴ FALCON Y TELLA, R.; PULIDO GUERRA, E. *Derecho Fiscal Internacional*, op. cit., pág. 244.

*planificación fiscal preferidos por los grupos económicos internacionales es el aprovechamiento interesado de las discrepancias e inconsistencias que se producen en la intersección de dos o más jurisdicciones fiscales y que los instrumentos utilizados para aprovecharse de esas discontinuidades son los híbridos, es decir, sociedades, contratos o activos financieros que tienen calificaciones y consecuencias fiscales distintas (incluso contrapuestas) en cada una de las jurisdicciones implicadas en la operación, de tal manera que se consiga deducir dos veces un mismo gasto o aprovechar dos veces un crédito fiscal o deducir un gasto en sede del pagador sin que tenga la consideración de ingreso en sede del perceptor, etc.*⁴⁵

⁴⁵ AMOROS VIÑALS, A. “La planificación fiscal agresiva”, *op. cit.*, págs. 33-34.

CAPÍTULO II. LA EROSIÓN DE BASES IMPONIBLES Y TRASLADO DE BENEFICIOS (BEPS)

1. Introducción

La erosión de bases imponibles y traslado de beneficios (BEPS, por sus siglas en inglés) se basa en el aprovechamiento de divergencias legales y lagunas entre los distintos sistemas fiscales. Es por ello que no es posible su reproche legal, al tratarse de la utilización de mecanismos que están permitidos en la normativa, pero por otro lado, sí que podríamos atribuirle cierta connotación de inmoralidad, debido a que, proporcionalmente, las multinacionales acaban pagando un porcentaje menor de impuestos que los ciudadanos.

La globalización y los modelos de organización de gestión matricial y cadenas de suministro, además del crecimiento en el suministro vía internet por diferentes sectores, son factores que han otorgado a las empresas la posibilidad de constituir entidades jurídicas en Estados en los que no residen sus clientes y, con ello, se ha ampliado el margen de maniobra de las mismas para establecer su planificación fiscal. La normativa tributaria no se encuentra unificada entre los países, sino que los Estados tienen soberanía sobre la tributación y cada uno tiene determinado su propio sistema fiscal, comportando una disparidad de tipos impositivos.

En la STJUE *Cadbury Schweppes*⁴⁶ el tribunal estableció que “*la circunstancia de que la sociedad se haya constituido en un Estado miembro con la finalidad de beneficiarse de una legislación más favorable no es, por sí sola, suficiente para llegar a la conclusión de que existe un uso abusivo de dicha libertad.*”. Esta sentencia tiene relevancia en cuanto a la dificultad de combinar la libertad de establecimiento o de empresa con el control fiscal que deben realizar los Estados con el fin de evitar el abuso de la utilización de mecanismos para la erosión de las bases imponibles y el desplazamiento de beneficios. Al respecto, establece que la normativa sobre las sociedades extranjeras controladas lo que pretende es luchar contra la transferencia artificial de beneficios: en palabras del tribunal, “*la legislación sobre las SEC pretende luchar contra una forma especial de evasión fiscal, consistente en que una sociedad residente transfiera artificialmente beneficios del Estado miembro en el que éstos han sido obtenidos hacia un Estado con un nivel de tributación reducido mediante la creación de una filial en éste y la realización de operaciones destinadas principalmente a efectuar dicha transferencia en beneficio de la referida filial*”. Considerándose, por tanto, que el control fiscal para evitar la evasión estará justificado cuando el objeto sean montajes puramente artificiales, con el objetivo único de eludir la norma.

⁴⁶ STJUE, de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*.

En palabras de Fernando Serrano⁴⁷ “*en el contexto actual de globalización económica, la falta de coherencia de los sistemas fiscales y el unilateralismo han podido dar lugar a situaciones fiscales asimétricas, en gran parte aprovechadas por las multinacionales*”. Ello conlleva que las empresas hagan uso de distintos mecanismos mediante los cuales se aprovechan de estas discordancias entre ordenamientos y alteran las bases imponibles y desplazan beneficios entre las distintas entidades del grupo con la finalidad de reducir la carga fiscal, comportando ésta una más de las variables a tener en cuenta a la hora de obtener mayores beneficios.

A las disparidades o lagunas presentes en las distintas normativas internas debemos sumar la red de CDI establecidos, con la intención de evitar la doble imposición, que han aprovechado las multinacionales para realizar la llamada erosión y traslado de beneficios, mediante estructuras artificiosas que logran una baja o nula imposición.

2. Efectos BEPS

La erosión de las bases imponibles y el desplazamiento de los beneficios (BEPS), con la consecuente disminución de la carga tributaria de las empresas, comporta un perjuicio para los gobiernos, pero también para los contribuyentes e incluso para las empresas.

Tal y como establece el Plan de Acción BEPS realizado por la OCDE⁴⁸, encontramos una afectación por parte de los gobiernos debido a que mediante las BEPS éstos obtienen menores ingresos, comportando además mayores costes de cumplimiento por parte de los contribuyentes residentes, que deben soportar una mayor carga al no pagar los impuestos las sociedades en ese territorio mediante el traslado de beneficios a jurisdicciones donde no han sido realizadas las actividades. Por último, las empresas también padecen por las BEPS debido a que, en caso de hacer uso de las mismas, corren el riesgo de ser objeto de crítica social por realizar unos pagos tributarios reducidos o nulos en relación con los beneficios generados y, por otro lado, en caso de no hacer uso de los mecanismos tendentes a la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, ya sea por decisión propia en el caso de una multinacional o por tratarse de una sociedad que opera únicamente en mercados internos sin posibilidad de articular mecanismos internacionales de BEPS, corren el riesgo de no encontrarse en igualdad competitiva con las que sí lo hacen.

⁴⁷ SERRANO ANTON, F. “El informe sobre erosión de bases imponibles y traslación de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado”, *op. cit.*, pág. 45.

⁴⁸ OECD. Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. OECD Publishing, 2014, pág. 8. Disponible en http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/plan-de-accion-contra-la-erosion-de-la-base-imponible-y-el-traslado-de-beneficios_9789264207813-es.

3. El concepto como renta sin Estado o renta vagabunda.

Kleinbard define la renta sin Estado atribuible únicamente a las empresas transnacionales como *“la renta obtenida por un grupo multinacional de sus actividades económicas en un país, distinto al del domicilio de la sociedad matriz, pero que resulta sometida a impuesto solo en una jurisdicción que no es ni la fuente de los recursos de producción a través de los cuales se obtuvo la renta ni el domicilio de la sociedad matriz del grupo”*⁴⁹. Estamos ante el desplazamiento de una base imponible a un territorio tercero en el cual se practica una baja tributación.

Por otro lado, B. Wells y C. Lowell basan su definición de “renta vagabunda” en *“una renta que no resulta materialmente gravada en ningún país”*. Advierten estos autores que ello se realiza mediante la erosión de la base imponible del Estado de la fuente, el cual no gravará sus beneficios porque deberán ser gravados en el Estado de residencia, pero que esta última circunstancia tampoco se produce debido a que se realiza un desplazamiento de los aludidos beneficios hacia territorios de reducida o nula tributación. Si a ello se añade que además se produce la creación artificial de gastos deducibles, todo ello conduce al no pago de impuestos y a la generación de créditos tributarios a favor de las empresas.

4. Métodos de erosión de bases imponibles y desplazamiento de beneficios

Los mecanismos que se utilizan para erosionar las bases imponibles o desplazar los beneficios no están determinados, aunque la misma OCDE en su plan de acción intenta investigar sobre los mismos. Por ello, realizaremos el análisis de los dos mecanismos que se conocen como más utilizados sobre BEPS.

4.1. Precios de transferencia

Los precios de transferencia, como expusimos resumidamente en el capítulo anterior, consisten en aquella fijación de precio realizada en las transferencias de bienes y servicios intragrupo. En el establecimiento de estos precios rige el principio de libre competencia, el cual se basa en la fijación del precio con independencia de la vinculación, debiendo fijarse aquel precio que hubieran pactado partes independientes.

Pese a ello, existen prácticas habituales entre las multinacionales mediante las cuales se realizan transferencias por un precio superior o inferior al valor normal de mercado, dependiendo del tipo de tributación de los Estados en cuestión, tendiendo a localizar los beneficios y los gastos donde más les

⁴⁹ ROSEMBUJ, T. “La erosión de la base imponible y el desplazamiento de beneficios”, *op. cit.*, pág. 969.

conviene. Por ello, los ordenamientos jurídicos de los Estados autorizan a la Administración tributaria que corresponda para que establezca ajustes fiscales en caso de ser necesario, es decir, cuando se considere que no se cumple el principio de libre competencia debido a que el precio fijado no corresponde al valor normal de mercado. Como dijimos, el valor normal de mercado es aquel valor que correspondería a una transferencia realizada entre dos sociedades independientes. Así, habrá casos en los cuales será sencilla la determinación de dicho valor normal de mercado y otras en las que no.

Como se ha dicho, en este ámbito rige el principio de libre competencia, pero las Administraciones pueden realizar “ajustes fiscales”, que suponen una adaptación del valor de la transferencia realizada cuando es considerado superior o inferior al normal de mercado. Tal y como introdujimos al explicar los precios de transferencia como mecanismo de planificación fiscal⁵⁰ existen diferentes métodos a utilizar a la hora de realizar estos ajustes fiscales⁵¹ distinguiendo entre los métodos tradicionales como son el precio libre comparable (*CUP method*, por sus siglas en inglés), que determina que el valor normal de mercado será aquel precio establecido en una operación comparable con una entidad independiente o entre dos empresas independientes, es decir, precio de adquisición comparable; el método del precio de reventa (*RPM*, por sus siglas en inglés), el cual determina el valor normal de mercado como aquel precio por el cual sería vendido posteriormente a un tercero restando del mismo el margen de beneficios que podría entenderse que obtendría la entidad, considerados estos comparándose con los beneficios que obtendrían compañías, es decir, precio de venta posterior menos beneficios brutos; o el método de coste incrementado (*CPL method*, por sus siglas en inglés), que determina el valor normal de mercado sumando los costes de producción directos e indirectos y el margen de beneficio que se estima que debe obtener, el cual se determina mediante la comparación con los beneficios obtenidos por entidades independientes, por tanto, costes de producción más beneficios; y, por otro lado, los métodos alternativos, cuando no es satisfactoria la aplicación del precio libre comparable o no es posible aplicar el precio de reventa o el método de coste incrementado, métodos tales como el método del margen neto de la operación (*TNMM*, por sus siglas en inglés) el cual determina el valor normal de mercado por los ingresos que se obtienen antes de impuestos y costes financieros con terceras empresas independientes; y el método de reparto del beneficio (*PSM*, por sus siglas en inglés) el cual determina el valor normal de mercado mediante la división del beneficio obtenido a partes iguales a cómo se realizaría el reparto de beneficios en un grupo de empresas comparable⁵²; además de los acuerdos vinculantes de la Administración (*APAS*, por sus siglas en inglés)⁵³.

⁵⁰ Ver epígrafe 3.1.1. del capítulo primero, relativo a los precios de transferencia.

⁵¹ FINNERTY, C.; MERKS, P.; PETRICCIONE, M.; RUSSO R. *Fundamentals of International Tax Planning*, op. cit., págs. 35-38.

⁵² *CUP method* (Comparable Uncontrolled Price method); *RPM* (Resale Price Method o « resale minus »); *CPL method* (Cost Plus method); *PSM* (Profit Split Method); *TNMM* (Transactional Net Margin Method).

⁵³ *APAS* (Advanced Pricing Agreements).

Los precios de transferencia son un mecanismo legal de planificación fiscal utilizado por los grupos de empresas con el fin de ahorrar costes al grupo. El problema surge cuando se utiliza con el objetivo de desplazar beneficios y erosionar bases imponibles, uso muy común, siendo por ello los precios de transferencia, junto a la subcapitalización, uno de los mecanismos más utilizados y más relevantes sobre BEPS.

Otro problema en este caso es el que surge cuando ese desplazamiento de beneficios es sobre activos intangibles, servicios, *know how*, etc. que no aceptan comparación y en relación con los cuales, por tanto, no es posible determinar un “valor normal de mercado”. Se han realizado distintos estudios y proyectos al respecto, concluyendo algunos de ellos “que la transmisión de intangibles de valor elevado a filiales situadas en jurisdicciones de baja fiscalidad sin compensación adecuada es probablemente uno de los métodos más importantes de desplazamientos de beneficios”.

La OCDE, por su parte, establece que *“muchas estructuras fiscales societarias se centran en localizar riesgos e intangibles de difícil valoración en jurisdicciones de baja fiscalidad, donde sus beneficios pueden gozar de un régimen tributario favorable. Tales acuerdos conducen o contribuyen a la erosión de las bases y del desplazamiento de beneficios”*.

4.2. Subcapitalización

Otra de las prácticas comunes de erosión de bases imponibles y desplazamiento de beneficios por parte de las multinacionales es la subcapitalización o infracapitalización. La característica de este mecanismo es la financiación de una empresa mediante préstamos de las entidades intragrupo de manera que no existe una proporción entre deuda y capital. Que se financie mayoritariamente por deuda supone un mayor beneficio porque estos préstamos generan unos intereses los cuales son deducibles en el Impuesto sobre Sociedades en la mayoría de sistemas fiscales, mientras que el reparto de dividendos como consecuencia de aportaciones propias no lo sería. Por tanto, lo que realizan mediante la subcapitalización es la erosión de las bases imponibles mediante la ampliación artificiosa de las aportaciones realizadas por las sociedades del grupo, reduciendo así en gran medida sus bases imponibles por medio de deducciones por los intereses.

Este hecho ha sido impulsado mediante la llamada “tutela fiscal del endeudamiento” de empresas y entidades financieras resultado del favorecimiento fiscal que se atribuye a la deuda respecto al capital en los sistemas tributarios. El pago de dividendos no es deducible mientras que casi todos los pagos de intereses sí que lo son.

Es por ello que las multinacionales y grupos de empresas buscan la reducción de la carga tributaria mediante distintos mecanismos y artificios impulsando el endeudamiento. El establecimiento de dichas deducciones, tal y como está dispuesta la normativa, incita al abuso siendo uno de los mecanismos que más utilizan para reducir la carga fiscal hasta el límite. Ante esta realidad, Rosembuj denuncia que *“al final, la conveniencia es identificar cualquier modalidad como deuda a fines fiscales; aunque reúna características de capital. Es un estímulo sistemático a la erosión del beneficio y que coloca al interés financiero bajo sospecha”*. Añade, además, este autor que *“el favor fiscal a la deuda, en la opinión de Fleischer, provoca, asimismo, distorsiones en la estructura del capital de las empresas; estimula el comportamiento de riesgo de la gestión; incrementa los costes sociales de quiebra y riesgo sistémico y la minimización fiscal”*⁵⁴.

Este mecanismo de subcapitalización sólo puede utilizarse en relación con filiales, debido a que no es posible realizar préstamos a sucursales. Por ello es necesario hacer referencia en este punto a la Directiva matriz-filial de la Unión Europea (Directiva 2011/96/UE, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales). Tal y como establece en su considerando tercero, la Directiva tiene como objetivo *“eximir de retención en origen los dividendos y otros beneficios distribuidos por filiales a sus sociedades matrices, y eliminar la doble imposición de esas rentas en la sociedad matriz”*⁵⁵. Dicha Directiva ha ayudado a la eliminación de la doble imposición jurídica y económica que sufren los dividendos pagados entre matrices y filiales residentes en la Unión Europea. La doble imposición se evita eximiendo de retención en origen tanto los dividendos como otros beneficios distribuidos por las filiales a sus matrices, con tal de garantizar la neutralidad fiscal (considerando octavo de la Directiva matriz-filial), y eliminando la imposición de esas rentas en la matriz. Se determina, para aplicar este régimen, en su artículo tercero aquello que se entiende como matriz y como filial, siendo la primera aquella sociedad con domicilio fiscal en un Estado Miembro de la Unión Europea sujeta al impuesto sobre la renta de sociedades correspondiente del estado en cuestión, que posea una participación mínima de un 10% en el capital de otra sociedad (la cual será considerada como filial) o que posea como mínimo un 10% de participación de capital de una empresa sita en su mismo estado miembro que sea controlada por un establecimiento permanente de la primera.

Como indicábamos en el capítulo primero de este trabajo al realizar una pequeña introducción de esta estructura financiera⁵⁶, para hacer frente a la misma se han establecido las llamadas normas de subcapitalización o *thin capitalization rules*, mediante las cuales se pretende establecer una limitación de las

⁵⁴ ROSEMBUJ, T. “La erosión de la base imponible y el desplazamiento de beneficios”, *op. cit.*, pág. 977.

⁵⁵ Diario Oficial de la Unión Europea de 29 de diciembre de 2011, número 345/8 Serie L. 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.

⁵⁶ Ver epígrafe “3.1.2. Subcapitalización” del capítulo I.

deducciones cuando se consideran excesivas, hasta aquello que se estima como normal⁵⁷. Como se trata de un endeudamiento excesivo que no se habría dado en condiciones normales entre entidades independientes, lo que se pretende es no realizar un abuso del mismo pretendiendo la deducción de la totalidad de los gastos financieros, estableciendo así un límite a dicha deducción que encaje en lo que el Estado en cuestión considera como normal.

En la normativa española encontramos la regulación de la limitación de la deducibilidad de los gastos financieros en el artículo 16 de la LIS, que ha sustituido el antiguo artículo 20 del TRLIS, aunque el régimen fue ya introducido en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF que añadió el apartado noveno del artículo 16 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que establecía que *“cuando el endeudamiento directo o indirecto de una sociedad con otra persona o entidad no residente y relacionada con ella (...), exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine reglamentariamente a la cifra del capital fiscal, los intereses satisfechos que correspondan al exceso tendrán la consideración fiscal de dividendos”*. Actualmente, la limitación establecida en la normativa española se establece en un 30% del beneficio operativo del ejercicio.

5. El traslado de beneficios por las grandes multinacionales tecnológicas

Recientemente han aumentado los artículos periodísticos que tratan sobre el tema de la baja carga impositiva que consiguen grandes multinacionales tales como Apple, Facebook, Google o Amazon, entre otras. Las grandes empresas tienden a desplazar sus beneficios mediante filiales extranjeras en el grupo para poder desplazar sus beneficios a Estados que propongan una baja fiscalidad o mayor facilidad para transferirlos a paraísos fiscales.

A modo de ejemplo, desarrollaremos cuál es la estructura de planificación fiscal utilizada por Google con el fin de trasladar sus beneficios para reducir su carga fiscal, la cual en el año 2011 tuvo unos ingresos que oscilaban los 38.000 millones de dólares, de los cuales 10.000 millones de dólares eran beneficios, siéndole aplicable a esos beneficios un tipo de gravamen del 2,4% cuando debería haber sido gravado al tipo del 35% estadounidense que es donde radica la misma⁵⁸. Google centra su planificación fiscal internacional mediante el uso de dos tipos de holdings: la “doble irlandesa” y el sándwich holandés.

⁵⁷ FINNERTY, C.; MERKS, P.; PETRICCIONE, M.; RUSSO, R. *Fundamentals of International Tax Planning*, op. cit., pág. 221.

⁵⁸ VAN DEN HURK, H. “Starbucks versus the People.” *Journals IBFD: Bulletin for international taxation*. Núm, 68, 2014, pág. 28-29.

La doble irlandesa de Google está formada por la sociedad matriz sita en Estados Unidos y posteriormente por dos empresas irlandesas creadas por la primera, *Google Ireland Limited*, cuya residencia se encuentra en Irlanda y *Google Ireland Holdings*, con sede en Bermudas (gestionada, por tanto, desde un paraíso fiscal), considerada como empresa irlandesa por parte de EEUU y como empresa bermudeña⁵⁹. *Google Ireland Holdings* adquiere los derechos de propiedad intelectual e industrial de Google y percibe unos ingresos de las demás entidades del grupo por el uso de los mismos, pero por esos ingresos no debe pagar impuestos en Estados Unidos donde se encuentra la matriz, sino que le es aplicable el tipo del 3,2% de Bermudas al ser dónde se encuentra la sede, siendo no residente en Irlanda⁶⁰. En cuanto a *Google Ireland Limited*, residente en Irlanda, soporta todos los costes relativos a la operativa en el extranjero y vende la publicidad al resto de países, que, al ser considerado como un servicio prestado en Irlanda, supone que la sociedad reciba todos los ingresos generados en el resto del mundo por Google. Pese a recibir todos los ingresos, la cuota a pagar será mínima debido a que *Google Ireland Limited* deberá pagar royalties de gran valor a la empresa residente en Bermudas y, por tanto, podrá aplicarse la deducción de los pagos sobre el impuesto a pagar en Irlanda, la cual establece el tipo en 12,5 %.

Por otro lado, el sándwich holandés es usado por Google para evitar la retención irlandesa del 20% del pago de royalties a un no residente. Google crea una sociedad en Holanda, *Google Netherlands Holding BV*, a la cual le es aplicable la Directiva de la Unión Europea 2003/49/CE, de 3 de junio de 2003, de intereses y cánones exime de tributación por el pago de royalties cuando éste se realiza a otra empresa de la Unión Europea y el CDI firmado entre Holanda e Irlanda en 1969, así que lo que hace Google es que *Google Netherlands Holding BV* cobre las royalties a *Google Ireland Limited*, para posteriormente realizar un pago mínimo en los Países Bajos y transferir el 99% a *Google Ireland Holdings*.

6. El Plan de acción BEPS de la OCDE

Como hemos podido ir viendo a lo largo del trabajo, tradicionalmente se extendió una gran red de CDI con la finalidad de distribuir el poder tributario y evitar la doble imposición que surgía como consecuencia de la interacción de los distintos sistemas fiscales de los Estados, dedicándose, por tanto, la OCDE a la evitación de la doble imposición. Como resultado de ello encontramos los informes “*Base Companies Report*”, “*Conduit Companies Report*” o “*Draft Contents of the 2002 Update to the Model Tax Convention*”, que

⁵⁹ VAN DEN HURK, H. “Starbucks versus the People”, *op. cit.*, pág. 30.

⁶⁰ SERRALLER, M. ¿Por qué pagas más impuestos que Apple? *Trampas y montajes de las grandes empresas y de los millonarios para no pagar*, *op. cit.*, págs. 83-84.

realizaron modificaciones en el MC OCDE para evitar la doble imposición internacional⁶¹. Pero a consecuencia de la aparición de la llamada planificación fiscal agresiva utilizada por las empresas, la voluntad de los Estados para luchar contra la evasión y el fraude fiscal ha comportado un cambio en el enfoque de estudio, intentando evitar las situaciones de doble “desimposición”.

La OCDE se ha dedicado a estudiar este uso indebido de los CDI formando incluso el Comité de Asuntos Fiscales un grupo de trabajo para ello (el Grupo de Trabajo número 8). Además de la formación de dicho grupo de trabajo, cabe destacar una serie de informes realizados con anterioridad al Plan BEPS, tales como el denominado “*The application of the OECD Model tax Convention to Partnerships*” primer informe donde la OCDE muestra la necesidad de evitar la doble no imposición; el informe “*Tackling aggressive tax planning through improved transparency and disclosure*” que inicia la búsqueda de mecanismos e instrumentos con el fin de acabar con la planificación fiscal agresiva; o el informe “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*” documento que introdujo el Plan BEPS que estamos tratando.

Más recientemente la OCDE ha realizado diversos informes sobre el abuso de los CDI para erosionar las bases imponibles y trasladar los beneficios, debiendo destacar entre ellos el publicado en 2013 (“*Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*”) y el Plan de acción que trataremos, publicado en 2014: “*Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*”.

6.1. Introducción

El Plan de Acción BEPS, de 19 de julio de 2013, elaborado por la OCDE es un proyecto de fiscalidad internacional realizado debido a la necesidad de luchar contra la llamada planificación fiscal agresiva, tal y como establece José Carlos Pedrosa en su artículo, el cual define las planificaciones fiscales agresivas como “*aquellas operaciones realizadas como norma general por entidades transnacionales que tratan de aprovechar las lagunas jurídicas y fiscales derivadas de las divergencias y fricciones de los ordenamientos jurídicos de cada Estado, a fin de reducir considerablemente su carga impositiva, incluso en ocasiones hasta alcanzan situaciones de doble no imposición*”⁶². Tiene como finalidad la erradicación de la erosión de bases imponibles y el desplazamiento de beneficios (BEPS) por parte de empresas multinacionales, actualmente muy presente en las planificaciones fiscales de las mismas al haberse generalizado a consecuencia de la globalización, la transformación de los distintos sectores de la economía e intensificado a causa de la crisis económica que se padece. La erosión de bases imponibles y el desplazamiento de beneficios, según

⁶¹ SERRANO ANTON, F. “El informe sobre erosión de bases imponibles y traslación de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado”, *op. cit.*, pág. 49.

⁶² PEDROSA LOPEZ, J.C. “El plan de acción BEPS de la OCDE: pasado, presente y futuro.” *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. Núm, 2, 2015, pág. 691.

considera Elisabeth Gil, tiene su base en la presencia de las lagunas y divergencias entre las normativas que se encuentran presentes en la interacción de las mismas por grupos de empresas y no de vulneración de las leyes por las mismas⁶³.

Este Plan de Acción puede comportar cambios relevantes para las estructuras de planificación fiscal internacional que llevan a cabo las multinacionales, ya que pretende establecer cuáles son las acciones que se deben utilizar con el fin de evitar las BEPS y qué se necesita para poder realizarlas. Los mecanismos y entidades híbridas, los regímenes preferenciales y la revisión del concepto de EP, el uso de los precios de transferencia, etc. son elementos sobre los que se establece la necesidad de ser examinados y realizar modificaciones según el Plan BEPS, siendo además componentes clave en toda planificación fiscal internacional.

En concreto, en el Plan BEPS⁶⁴ se señalan tres importantes modificaciones que deben realizarse: el diseño de nuevos estándares internacionales para dar coherencia al Impuesto sobre Sociedades entre los distintos Estados, la “realineación de la imposición y de las actividades productivas esenciales para restaurar los efectos y los beneficios pretendidos por los estándares internacionales, que puede que no hayan evolucionado a la par de los cambiantes modelos empresariales y de la evolución tecnológica”, y la necesidad de mayor transparencia, certidumbre y predictibilidad para las empresas⁶⁵.

Hay que tener presente la importancia que tiene el Plan BEPS en cuanto a la toma de conciencia del problema de la erosión de las bases imponibles y traslado de beneficios que supone para los Estados. El Plan tiene en cuenta también a los países que no forman parte de la OCDE y a las economías en desarrollo. Pese a ello hay cierta preocupación en cuanto a la posibilidad de que los Estados adopten medidas unilaterales para evitar BEPS al considerar que las de acciones en conjunto podrían no adaptarse a las circunstancias de cada país⁶⁶.

⁶³ GIL, E. *BEPS VS. Planificación fiscal empresarial*, pág.2. Ver: <http://www.aedf-ifa.org/ficherosvisiblesweb/doctrinas/archivodocctrina22.pdf>

⁶⁴ OECD. Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. OECD Publishing, 2014. Disponible en http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/plan-de-accion-contra-la-erosion-de-la-base-imponible-y-el-traslado-de-beneficios_9789264207813-es, págs. 15-16.

⁶⁵ Estas tres modificaciones que expone la OCDE en su Plan BEPS se basan, sobre todo, como venimos exponiendo, en el abuso que realizan las empresas de las disposiciones de los distintos sistemas fiscales y los convenios para evitar la doble imposición, debiendo adaptar la normativa actual para evitar estas actuaciones, mediante instrumentos que eviten la doble “desimposición”, aumentar la transparencia con el fin de detectar las prácticas de planificación fiscal agresiva para poder luchar contra las mismas o la mejora de la normativa de precios de transferencia, de los cuales las empresas también abusan.

⁶⁶ Países como Alemania, Australia o Nueva Zelanda han creado grupos de trabajo internos para realizar el estudio de manera independiente de los temas que son objeto de estudio del proyecto BEPS.

6.2. Objetivos

El Plan de Acción BEPS tiene como objetivo general la erradicación de la erosión de bases imponibles y traslado de beneficios por medio del establecimiento de diferentes acciones que tratan temas concretos tales como la eliminación de los abusos realizados por las discordancias entre jurisdicciones y el aprovechamiento de los CDI, como la doble “desimposición”; la adaptación del Impuesto sobre Sociedades a la realidad económica de la empresa y a las nuevas realidades económicas y sociales; y, por último, “el debate sobre el reparto de la jurisdicción tributaria entre el Estado de la fuente o de residencia no está contemplado formalmente: se pretende restaurar el derecho de gravamen de ambas partes, pero no revisar el consenso internacional ya sea el modelo de convenio de la OCDE o los principios básicos de las Directrices en materia de precios de transferencia”⁶⁷.

6.3. Acciones

El Plan de Acción BEPS establece quince acciones para la consecución de sus objetivos, cada una con un plazo determinado de estudio y desarrollo, encontrando algunos ya finalizados en septiembre de 2014 y otros que podrán llevarse a cabo hasta finales de 2015. Estas acciones se encuentran divididas en cinco grupos distintos relativos a la economía digital; la coherencia internacional; el restablecimiento de los estándares internacionales; la transparencia y seguridad jurídica; y la rápida aplicación de las medidas.

Describiremos, entonces, con la información disponible actualmente, en qué consisten los distintos grupos con las diferentes acciones que los componen.

- Primer grupo de acciones: la economía digital.

En este grupo se engloba la acción primera: “*Identificación de las principales dificultades que la economía digital plantea para aplicación de tributos (directos o indirectos)*”, cuyo plazo para su estudio y desarrollo finalizó en septiembre de 2014, teniendo como resultado el informe de la OCDE “*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*”⁶⁸.

⁶⁷ MARTIN JIMENEZ, A.; CALDERON CARRERO, J.M. “El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (“BEPS”): ¿el final, el principio del final o el final del principio?” *Quincena Fiscal Aranzadi 1-2*, 2014, pág. 89.

⁶⁸ OECD. “Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy”. *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing, 2014. Ver: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy_9789264218789-en.

La economía digital es aquella “*transformación de un proceso caracterizado por la información y la comunicación tecnológica como elementos que han permitido mejorar la eficiencia y rapidez en la compra-venta en el mercado, abaratar costes entre proveedor-cliente, perfeccionar el modelo de negocio y fortalecer la innovación como base de muchos sectores*”⁶⁹. Tiene su base en el uso de activos intangibles, el uso de datos (sobretudo datos personales) realizado de manera masiva y en la dificultad de determinar la jurisdicción a la que corresponde la creación del valor, características que aprovechan las multinacionales e incluso las pequeñas y medianas empresas para situar sus sociedades en territorios de baja o nula tributación y realizar de este modo una reducción de sus bases imponibles mediante la deslocalización de los beneficios. Esta acción pretende obtener información sobre las estrategias fiscales utilizadas para deslocalizar beneficios y así adaptar la normativa o establecer una regulación concreta, estableciendo el lugar de tributación de los beneficios por parte de las empresas que hacen uso de estos avances digitales⁷⁰.

- Segundo grupo de acciones: coherencia internacional.

En el grupo de restablecimiento de la coherencia del Impuesto sobre Sociedades se engloban las acciones 2, 3, 4 y 5.

La acción segunda de “*Neutralización de los efectos de instrumentos o entidades híbridos generadores de doble no imposición, doble deducción o diferimiento*” tiene como plazo establecido para su consecución la fecha de septiembre de 2014. Esta acción persigue realizar cambios en el modelo de convenio de la OCDE con el objetivo de que no se realice un uso indebido de los instrumentos y entidades híbridas, además de diseñar modelos de disposiciones internas para no establecer deducciones o exenciones que puedan suponer un abuso⁷¹. En relación con la misma cabe destacar el informe “*hybrid mismatch arrangements. Tax Policy and Compliance issues*” considerado como el precedente de la acción 2 del Plan BEPS⁷². El 16 de septiembre de 2014, al haber finalizado el plazo para la realización del desarrollo de la acción, se publicó el artículo sobre la misma, cuyo título corresponde a su denominación, “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*”⁷³, el cual establece la necesidad de modificar el artículo 4.3 del MC OCDE para así evitar la problemática que comportan las entidades de doble residencia fiscal a la hora de realizar ajustes

⁶⁹ PEDROSA LOPEZ, J.C. “El plan de acción BEPS de la OCDE: pasado, presente y futuro.” *op. cit.*, pág. 697.

⁷⁰ GIL, E. *BEPS VS. Planificación fiscal empresarial*, *op. cit.*, pág.3 y 4.

⁷¹ Se distingue entre la normativa interna del Estado de residencia del preceptor, en relación con la eliminación de la exención, y el no reconocimiento de los pagos deducibles por el pagador; en el Estado del pagador, cuando no representen ingresos para el pagador; así como la imposibilidad de realizar una doble deducción y el otorgamiento de prioridad a una de las normas en caso de solapamiento de las mismas.

⁷² PEDROSA LOPEZ, J.C. “El plan de acción BEPS de la OCDE: pasado, presente y futuro.”, *op. cit.*, pág. 692.

⁷³ OECD. “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements.” *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing, 2014. Ver: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements_9789264218819-en.

y recomienda que los ordenamientos jurídicos internos incorporen normativa relativa a la posibilidad de aplicar deducciones y a su compensación sobre las entidades situadas en distintas jurisdicciones.

En tercer lugar, la acción tercera sobre “*recomendaciones sobre el diseño de normas de Transparencia Fiscal Internacional (CFC rules)*” para la que se establece como plazo igualmente el mes de septiembre de 2015. Mediante esta acción lo que se pretende es reforzar la normativa sobre las sociedades extranjeras controladas (CFC por sus siglas en inglés) para evitar la implantación de filiales no residentes con el fin de distribuir los beneficios.

Seguidamente, la cuarta acción es la relativa a las “*reglas que prevengan la erosión de bases imponibles a través de pagos de intereses y otros gastos financieros excesivos*”. Esta acción consta de dos plazos, septiembre de 2015 para la legislación interna y diciembre de 2015 en lo relativo a las directrices sobre precios de transferencia. Lo que se propone realizar con la cuarta acción es, por un lado, el establecimiento en la normativa interna de recomendaciones sobre buenas prácticas y, por otro lado, fijar unas directrices sobre los precios de transferencia en materia de financiación intragrupo.

Por último, la quinta acción propone “*contrarrestar las prácticas de competencia fiscal lesiva de manera más efectiva, tomando en consideración la transparencia y sustancia*”, la cual, igual que la acción segunda, posee un informe que le precede como es el informe “*Harmful tax competition: an emerging global issue*” realizado en 1998 por la OCDE. Esta acción posee tres plazos distintos para su desarrollo y estudio teniendo, en primer lugar, septiembre de 2014 en cuanto a la revisión de regímenes; en segundo lugar, la consecución de una estrategia con terceros estados para septiembre de 2015; y, en tercer lugar, diciembre 2015 para la revisión de los criterios actuales. Con ello se pretende erradicar las prácticas tributarias perniciosas y lograr una mayor transparencia, definiendo los requisitos básicos para los regímenes preferenciales (como, por ejemplo, el de patentes), así como contrarrestar las prácticas de competencia fiscal lesiva adoptando una mayor coordinación entre los Estados de la OCDE. La revisión de los regímenes poseía un plazo que a día de hoy ha expirado y, por ello, poseemos ya un informe sobre la misma acción titulado “*Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*”⁷⁴ el cual concluye la necesidad de establecer normas de intercambio de información entre los Estados y coordinación entre los mismos.

⁷⁴ OECD. “Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance.” *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing, 2014. http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/countering-harmful-tax-practices-more-effectively-taking-into-account-transparency-and-substance_9789264218970-en.

- Tercer grupo de acciones: restablecimiento de los estándares internacionales.

El tercer grupo de acciones está formado por las acciones 6 a 10, las cuales consisten en el restablecimiento de los estándares internacionales.

La primera acción tendente al restablecimiento de los estándares internacionales, la acción 6, recibe el nombre de “*prevención del abuso de CDIs*”. Mediante cambios en el modelo de convenio de la OCDE y recomendaciones sobre la normativa interna de los Estados se pretende coordinar la normativa de manera que se graven los ingresos en el lugar donde se desarrolla la actividad económica, además de determinar lo que deben tener en cuenta los Estados para celebrar CDI, restringiendo el uso de beneficios de los CDI en circunstancias inapropiadas. Todo ello con plazo a septiembre de 2014, por tanto, ya disponemos de informe de la OCDE sobre el mismo, “*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*”⁷⁵, que recalca la necesidad de luchar contra los abusos de los CDIs y el *treaty shopping* mediante la introducción de políticas fiscales generales en las que basarse a la hora de firmar un CDI, además de recalcar que los convenios no tienen como finalidad la doble no imposición y la introducción de cláusulas en los mismos que denieguen su aprovechamiento en ciertas circunstancias consideradas inapropiadas.

Por otro lado, la acción 7 pretende conseguir “*impedir los comportamientos que evitan de manera artificial el establecimiento permanente en el país fuente*” estableciendo cambios al modelo de convenio de la OCDE para septiembre de 2015. Esta acción pretende adaptar la noción de EP que establece el modelo aludido porque el concepto vigente, que se realizó en un momento en que la economía estaba en su fase industrial, no se adapta a la situación actual, dominada por la economía post-industrial o de servicios.

El tercer grupo de acciones finaliza con las acciones 8 a 10 tendentes a conseguir “*evitar un uso indebido por las multinacionales del estándar «arm’s-length»*”. El estándar del *arm’s length*, relativo a los precios de transferencia, se encuentra dividido en 3 acciones distintas que afectan a los intangibles, las operaciones de riesgo y capital y otras operaciones de riesgo. Las multinacionales han realizado un abuso del estándar *arm’s length* y es por ello que el Plan considera oportuno establecer una definición y delimitación más precisa del mismo con el fin de evitar el abuso por parte de las entidades mediante cambios en las Directrices y en el modelo de convenio de la OCDE. Por ello, se pretende realizar, en un plazo que finaliza en septiembre de 2015, un estudio sobre los intangibles, proporcionando una definición de los mismos y desarrollando normativa que establezca reglas de precios de transferencia o medidas especiales para casos de difícil

⁷⁵ OECD. “Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances.” *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing, 2014. Ver: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances_9789264219120-en.

valoración, así como la puesta al día de las Directrices sobre acuerdos de reparto de costes; en cuanto a los riesgos y capital, se requiere una clarificación sobre su definición y desarrollar reglas para evitar erosionar la base imponible mediante la transferencia de riesgos o atribución de capital excesivo a miembros del grupo empresarial realizados con el fin de poder recibir mayores devoluciones; por último, en cuanto a las otras operaciones de riesgo, se pretende el desarrollo de reglas para prevenir la erosión de bases a través de operaciones inusuales. Dentro del mencionado grupo la acción 8 ya posee de informe de la OCDE al finalizar su plazo en septiembre de 2014, el cual recibe el nombre de “*Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*”⁷⁶, considerando la necesidad de determinar una denominación precisa sobre los intangibles, el aseguramiento de un reparto adecuado de los beneficios y el desarrollo de normativa sobre precios de transferencia regulando supuestos en los cuales es complicada la determinación del valor.

- Cuarto grupo de acciones: transparencia y seguridad jurídica.

El cuarto grupo de acciones, consistente en el aseguramiento de la transparencia y promoción de certeza y predictibilidad, incluye las acciones 11 a 14.

La acción 11 consiste en el “*desarrollo de metodologías para recopilar y analizar datos sobre BEPS y las acciones para atacar este fenómeno*”, con plazo determinado para septiembre de 2015.

La siguiente acción perteneciente al cuarto grupo, la acción número 12, es denominada como la “*obligación de los contribuyentes a revelar sus esquemas de planificación fiscal agresiva*” teniendo como fin la realización de recomendaciones sobre el diseño de legislaciones internas para septiembre de 2015. Aquí se busca establecer reglas para delimitar transacciones y la planificación fiscal realizada para así poder establecer de una manera más precisa cuándo ésta se considera agresiva. Se desarrollarán recomendaciones sobre el diseño de planificaciones fiscales, mediante la valoración de la información obtenida, estableciendo una definición sobre “beneficios fiscales” en el ámbito internacional que pueda permitir determinar las planificaciones fiscales agresivas y ampliar los mecanismos de intercambio de información para detectarlos en las diferentes administraciones tributarias.

Por su parte la acción 13, relativa a la “*necesidad de reexaminar la documentación de precios de transferencia*”, pretende realizar cambios en las directrices y recomendaciones de legislación interna mediante el desarrollo de la normativa que afecta a la documentación necesaria para la realización de precios

⁷⁶ OECD. “Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles.” *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing, 2014. Ver: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/guidance-on-transfer-pricing-aspects-of-intangibles_9789264219212-en.

de transparencia, con el fin de otorgar una mayor transparencia a esta actuación y poder evitar así su abuso por las multinacionales, las cuales deberán además aportar información a sus gobiernos sobre las distribuciones que realicen de sus ingresos, de la actividad económica y de los impuestos pagados en los distintos territorios en que actúen. Esto había sido desarrollado ya por informes de la OCDE, como el informe de 3 de octubre de 2013 sobre documentación de precios de transferencia e información a aportar a cada país, y el Libro Blanco sobre Documentación de Precios de Transferencia de 30 de julio de 2013, el cual define “*un modelo estandarizado de documentación que gira entorno al Masterfile y el Locafile, asimilable a la documentación del grupo y del obligado tributario en España, definiendo algunos principios base*”, pero mediante esta acción se formuló en septiembre de 2014 el informe “*Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*”⁷⁷, proponiendo la revisión en cuanto a la documentación necesaria para la realización de precios de transferencia otorgando una mayor transparencia además de un modelo de declaración de ingresos, ganancias e impuestos que deberán realizar las Administraciones tributarias de cada jurisdicción⁷⁸.

Por último, la acción 14 pretende la “*mejora de los procedimientos internacionales de resolución de disputas*”, mediante cambios en el modelo de convenio de la OCDE, y está prevista para septiembre de 2015. La OCDE pretende que las multinacionales den su apoyo al Plan de Acción sobre la base de la eliminación de obstáculos al procedimiento amistoso del art. 25 del modelo de convenio de la OCDE y la generalización del arbitraje. Se quiere conseguir que las nuevas reglas del Plan no ocasionen problemas de seguridad jurídica o certeza y que, cuando existan conflictos, los contribuyentes tengan procedimientos eficientes a su alcance para resolverlos.

- Quinto grupo de acciones: rápida aplicación de las medidas.

Formada por la acción 15, esta acción del quinto grupo consiste en el desarrollo de un instrumento multilateral para llevar a cabo las medidas establecidas por medio del conjunto de acciones, así, puede ser considerado como una acción que engloba a la mayoría de las anteriores. La acción propone la identificación de los problemas en el Derecho internacional y tributario, resultando el informe de septiembre de 2014

⁷⁷ OECD. “Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting.” *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing, 2014. Ver: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/guidance-on-transfer-pricing-documentation-and-country-by-country-reporting_9789264219236-en.

⁷⁸ PEDROSA LOPEZ, J.C. “El plan de acción BEPS de la OCDE: pasado, presente y futuro.” *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, op. cit., pág. 701.

“*Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*”⁷⁹ y el establecimiento de un instrumento multilateral para septiembre de 2015.

⁷⁹ OECD. “Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties.” *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing, 2014. Ver: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties_9789264219250-en.

CONCLUSIONES

El objeto de debate en la planificación fiscal agresiva no es tanto la legalidad de la misma como la moralidad en el uso de la misma. Como hemos podido ver a lo largo del trabajo, la planificación fiscal agresiva es una puesta al límite de la planificación fiscal internacional pero constituye formalmente una estrategia que se encuentra permitida legalmente, pese a que pueda conllevar una reducción extrema del gravamen e incluso la nulidad del pago de impuestos por aquellos que tienen oportunidad de realizar estudios exhaustivos de las posibilidades legales que permitan una reducción de la carga fiscal. Esta práctica, a mi parecer, no puede catalogarse en ningún caso de ilegal, debido a que la misma se realiza mediante mecanismos establecidos en los ordenamientos jurídicos. Por tanto, igual que el pequeño contribuyente realiza todas las acciones posibles con el fin de pagar menos impuestos en sus declaraciones sobre la renta, las multinacionales tienen una mayor facilidad en este juego debido a que tienen un abanico mayor de posibilidades en la realización de sus actuaciones.

En todo caso, sí pueden tacharse estas prácticas de inmorales. Y ello porque pese a que todas las prácticas realizadas son legales, causando un beneficio para aquél que las realiza, las consecuencias que comportan las mismas causan un perjuicio externo. Ya no es el hecho de que una multinacional con unos beneficios exorbitantes acabe pagando proporcionalmente menos que el ciudadano de a pie, sino que, como hemos podido ver, la baja tributación por parte de las multinacionales conlleva un perjuicio tanto para los gobiernos, como para las empresas y por supuesto los ciudadanos.

Existe multitud de investigaciones realizadas por parte de la OCDE, la UE y los Estados sobre dichas estrategias, que intentan identificar y limitar estas prácticas mediante el establecimiento de distinta normativa con el fin de luchar contra la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios. Pese a ello, hay que tener presente que lo que permite el uso de estas estrategias es la misma normativa establecida por las instituciones, que debido a las lagunas existentes, ambigüedades o disparidad entre normas faculta a las empresas para reducir al máximo su carga fiscal. Es por ello que hay que contemplar que estas actuaciones no son responsabilidad única de las empresas, tal vez ni sería posible responsabilizarlas excluyendo la inmoralidad de las mismas, ya que no sería tampoco extraño contemplar la posibilidad de una promoción por parte de los Estados de su uso por interés propio para atraer beneficios a sus territorios.

Considero que es necesario establecer un equilibrio entre la libertad empresarial y un control fiscal para garantizar un pago correspondiente a la realidad de las actuaciones y los beneficios, para que no se utilicen posibles montajes que produzcan legalmente un pago bajo o nulo de impuestos. Se trata no tanto de una lucha contra el abuso a través de dichos mecanismos con el fin de erosionar bases imponibles y desplazar

beneficios, sino más bien la garantía de establecer una normativa que no dé pie a ambigüedades, lagunas o divergencias que permitan hacer uso de los mismos en perjuicio ajeno.

BIBLIOGRAFIA

- ALMUDI CID, JOSE MANUEL.** “Planificación fiscal internacional a través de sociedades holding.” *Documentos*. Núm. 24/06. Instituto de estudios fiscales, 2006.
- AMOROS VIÑALS, ALBERTO.** “La planificación fiscal agresiva.” *Estudios financieros: revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*. Núm. 362, 2013, págs. 23-58.
- BARNADAS, FRANCESC.** *Fiscalitat internacional*. 2ª ed. Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona: Eureka media, SL, 2005.
- COMISION EUROPEA.** Comunicación de la comisión al parlamento europeo y al consejo. Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal. 2012. Ver: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/com_2012_722_es.pdf.
- FALCON Y TELLA, RAMON; PULIDO GUERRA, ELVIRA.** *Derecho Fiscal Internacional*. 2ª ed. Manuales profesionales Fiscal. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- FERNANDEZ VILLOSLADA, MARIA PAZ.** “Análisis comparado del régimen fiscal de las entidades holdings en la Unión Europea.” *Institutos de estudios financieros: Cuadernos de formación*. Vol. 10/2010, 2010. Ver: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/10_2010/11.pdf
- FINNERTY, CHRIS; MERKS, PAULUS; PETRICCIONE, MARIO; RUSSO, RAFFAELE.** *Fundamentals of International Tax Planning*. IBFD Publications BV, 2007.
- GALLEGO CAMARENA, MARIA JESUS.** “La armonización del impuesto sobre sociedades mediante la base imponible consolidada común: análisis crítico y alternativas”. *Documentos*. Núm. 14/2013. Instituto de estudios fiscales, 2013.
- GIL, ELIZABETH.** *BEPS VS. Planificación fiscal empresarial*. Ver: <http://www.aedf-ifa.org/ficherosvisiblesweb/doctrinas/archivodocctrina22.pdf>
- MACHANCOSES GARCIA, ESTER.** “Límite a la economía de opción como freno a la erosión recaudatoria en general y al fraude fiscal internacional en particular: defensa de la regla de tributación compartida en los CDI” de García-Herrera Blanco, Cristina. *Encuentro de Derecho Financiero y Tributario 2ª ed.: Las medidas de lucha contra el fraude fiscal 2ª parte - Fraude Fiscal: Dimensión internacional*. Instituto de Estudios Fiscales. Núm. 17, 2013, págs. 53-62.

- MARTIN JIMENEZ, ADOLFO; CALDERON CARRERO, JOSE MANUEL.** “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 Aranzadi 1-2*. Enero I-II , 2014, págs. 87-115.
- OECD.** “Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy”. *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing, 2014. Ver: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy_9789264218789-en.
- OECD.** “Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance.” *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing, 2014. http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/countering-harmful-tax-practices-more-effectively-taking-into-account-transparency-and-substance_9789264218970-en.
- OECD.** “Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties.” *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing, 2014. Ver: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties_9789264219250-en.
- OECD.** “Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles.” *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing, 2014. Ver: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/guidance-on-transfer-pricing-aspects-of-intangibles_9789264219212-en.
- OECD.** “Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting.” *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing, 2014. Ver: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/guidance-on-transfer-pricing-documentation-and-country-by-country-reporting_9789264219236-en.
- OECD.** Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. OECD Publishing, 2013 Ver: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/abordando-la-erosion-de-la-base-imponible-y-la-deslocalizacion-de-beneficios_9789264201224-es.
- OECD.** Model tax convention 2014. Ver: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2014_mtc_cond-2014-en.
- OECD.** “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements.” *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing, 2014. Ver: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements_9789264218819-en.

- OECD.** Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. OECD Publishing, 2014. Ver: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/plan-de-accion-contra-la-erosion-de-la-base-imponible-y-el-traslado-de-beneficios_9789264207813-es.
- OECD.** “Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances.” *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing, 2014. Ver: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances_9789264219120-en.
- OECD.** Transfer Pricing Guidelines for Multinationals Enterprises and Tax Administrations. París: OECD Publishing, 2010. Ver: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010_tpg-2010-en#page1.
- PEDROSA LOPEZ, JOSE CARLOS.** “El plan de acción BEPS de la OCDE: pasado, presente y futuro.” *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. Núm. 2, 2015, págs. 689- 706.
- POZA CID, ROBERTA; PRIETO CUADRADO, MARIA ISABEL.** “La Base Imponible Común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades (BICCS)” *Instituto de Estudios Financieros: Cuadernos de formación*. Vol. 15/2012, 2012.
- ROSEMBUJ, TULLIO.** “La erosión de la base imponible y el desplazamiento de beneficios” en Adame Martínez, Francisco; Ramos Prieto, Jesús. *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público*. 1ª ed. Instituto de Estudios Financieros, 2014.
- SERRALLER, MERCEDES.** *¿Por qué pagas más impuestos que Apple? Trampas y montajes de las grandes empresas y de los millonarios para no pagar*. 1ª ed. Conecta. Barcelona, 2014.
- SERRANO ANTON, FERNANDO.** *Fiscalidad internacional (2)*. 5º ed. Centro de Estudios Financieros, 2013.
- SERRANO ANTON, FERNANDO.** “El informe sobre erosión de bases imponibles y traslación de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado.” *Derecho PUPC*. Núm. 72, 2014, págs. 45-70.
- VAN DEN HURK, HANS.** “Starbucks versus the People.” *Journals IBFD: Bulletin for international taxation*. Núm, 68, 2014, págs. 27-34.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA (Gran Sala), de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA (Gran Sala), de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, Eurofood IFSC.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA (Gran Sala, de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03, Marks & Spencer.