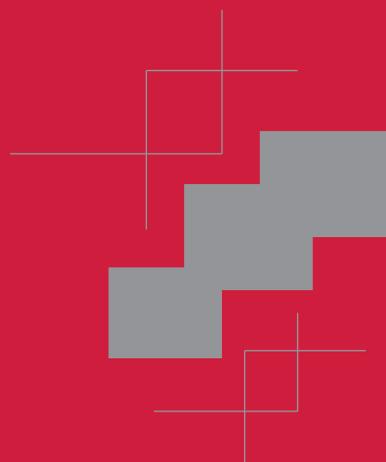




Fundación  
Impuestos y  
Competitividad

---

# PLAN DE ACCIÓN BEPS: UNA REFLEXIÓN OBLIGADA





# **PLAN DE ACCIÓN BEPS: UNA REFLEXIÓN OBLIGADA**

EDITA: **Fundación Impuestos y Competitividad**  
Pº de la Castellana 135, 7ª Planta, 28046 Madrid  
info@fundacionic.com

Edición: **Junio 2017**

*Todos los derechos reservados. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra, sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.*

ISBN: **978-84-697-4151-1**

Depósito Legal: **M-18002-2017**

**AUTOR\***

Garrigues

El presente documento refleja el resultado de un proyecto promovido dentro de sus objetivos estatutarios por la Fundación Impuestos y Competitividad, que ostenta en exclusiva los derechos legales para su difusión. No obstante la autoría del mismo corresponde a las personas o entidades arriba mencionadas, a las que resultan imputables en exclusiva las opiniones o juicios de valor que el documento incorpora.

\* Este libro es fruto de un trabajo colectivo, con participación de profesionales de todos los patronos de la Fundación Impuestos y Competitividad, si bien la autoría se atribuye a Garrigues como firma coordinadora del proyecto.



# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	11
<b>Capítulo I.</b>	
<b>ACCIÓN 1: LOS DESAFÍOS DE LA ECONOMÍA DIGITAL PARA LA TRIBUTACIÓN DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES .....</b>	<b>19</b>
<i>Ramón Palacín Sotillos (EY Abogados)</i>	
<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>21</b>
<b>2. PROBLEMAS IDENTIFICADOS EN EL MARCO DEL PROYECTO BEPS</b>	<b>24</b>
<b>3. CAMBIOS EN EL MODELO DE CONVENIO RELATIVOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE DIGITAL .....</b>	<b>30</b>
<b>4. CAMBIOS EN LA APLICACIÓN DE LOS PARÁMETROS ESPECÍFICOS DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA A MODELOS DE NEGOCIO DIGITALES .....</b>	<b>31</b>
<b>5. VALORACIÓN FINAL.....</b>	<b>39</b>
<b>Capítulo II.</b>	
<b>ACCIÓN 2: NEUTRALIZAR LOS EFECTOS DE LOS MECANISMOS HÍBRIDOS .....</b>	<b>41</b>
<i>Carlos Concha Carballido( PwC Tax &amp; Legal Services)</i>	
<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>43</b>
<b>2. LA ACCIÓN 2 DEL PLAN DE ACCIÓN BEPS, EL INFORME FINAL DE OCTUBRE DE 2015 .....</b>	<b>44</b>

<b>3. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA : LOS MECANISMOS HÍBRIDOS EN LA LEY 27/2014.....</b>	<b>51</b>
<b>4. DERECHO COMPARADO .....</b>	<b>54</b>
<b>5. VALORACIÓN DE LA MEDIDA Y PROPUESTAS DE ADAPTACIÓN DE LA NORMA ESPAÑOLA.....</b>	<b>56</b>

**Capítulo III.**

<b>ACCIÓN 3: DISEÑAR NORMAS DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL EFICACES.....</b>	<b>65</b>
<i>Carlos Concha Carballido y M<sup>a</sup> del Mar Sánchez Mercader (PwC Tax &amp; Legal Services)</i>	

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>67</b>
<b>2. LA ACCIÓN 3 DEL PLAN BEPS. EL INFORME FINAL DE OCTUBRE DE 2015 .....</b>	<b>68</b>
<b>3. EL RÉGIMEN CFC EN ESPAÑA .....</b>	<b>81</b>
<b>4. LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS CONTROLADAS EN LA DIRECTIVA ANTI-ABUSO .....</b>	<b>86</b>
<b>5. SITUACIÓN EN OTROS PAÍSES .....</b>	<b>88</b>
<b>6. VALORACIÓN DE LA MEDIDA Y PROPUESTAS DE ADAPTACIÓN DE LA NORMA ESPAÑOLA.....</b>	<b>91</b>

**Capítulo IV.**

<b>ACCIÓN 4: LIMITACIÓN DE LA EROSIÓN DE LA BASE IMPONIBLE POR VÍA DE DEDUCCIONES DE INTERESES Y OTROS GASTOS FINANCIEROS .....</b>	<b>95</b>
<i>Rafael Fuster Tozer, Carlos Durán Haeussler, Julia Villalón Pérez-Artacho y Alberto Artamendi Gutiérrez (Uría Menéndez Abogados)</i>	

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>97</b>
<b>2. LA LIMITACIÓN A LA DEDUCIBILIDAD DE GASTOS FINANCIEROS EN LA UNIÓN EUROPEA .....</b>	<b>103</b>
<b>3. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA.....</b>	<b>106</b>
<b>4. DERECHO COMPARADO .....</b>	<b>113</b>
<b>5. VALORACIÓN DE LAS MEDIDAS .....</b>	<b>123</b>

**Capítulo V.****ACCIÓN 5: COMBATIR LAS PRÁCTICAS TRIBUTARIAS PERNICIOSAS, TENIENDO EN CUENTA LA TRANSPARENCIA Y LA SUSTANCIA .... 135***Diego Arribas Plaza, Marta López Tamayo y Andrés Sánchez López (Cuatrecasas)*

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>137</b>
<b>2. LA ACCIÓN 5 DEL PLAN DE ACCIÓN BEPS: LOS REGÍMENES FISCALES PREFERENCIALES .....</b>	<b>139</b>
<b>3. LA ACCIÓN 5 DEL PLAN DE ACCIÓN BEPS: LOS ACUERDOS CON LAS ADMINISTRACIONES O TAX RULINGS.....</b>	<b>146</b>
<b>4. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA .....</b>	<b>150</b>
<b>5. SITUACIÓN EN OTROS PAÍSES Y EN LA UNIÓN EUROPEA .....</b>	<b>154</b>
<b>6. VALORACIÓN DE LA MEDIDA .....</b>	<b>156</b>

**Capítulo VI.****ACCIÓN 6: IMPEDIR LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN ..... 163***Diego Arribas Plaza, Marta López Tamayo y Andrés Sánchez López (Cuatrecasas)*

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>165</b>
<b>2. CONTENIDO Y MODO DE IMPLEMENTACIÓN DE LA ACCIÓN 6</b>	<b>166</b>
<b>3. EL APARTADO A DE LA ACCIÓN 6: CLÁUSULAS CONVENCIONALES Y/O INTERNAS PARA IMPEDIR LA CONCESIÓN DE LOS BENEFICIOS DEL CONVENIO EN CIRCUNSTANCIAS INAPROPIADAS .....</b>	<b>167</b>
<b>4. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA FISCAL QUE, EN GENERAL, LOS ESTADOS DEBEN TENER EN CUENTA ANTES DE FORMAR UN CONVENIO CON OTRO ESTADO .....</b>	<b>184</b>
<b>5. VALORACIÓN DE LA MEDIDA .....</b>	<b>185</b>

**Capítulo VII.**

**ACCIÓN 7: IMPEDIR LA ELUSIÓN ARTIFICIOSA DEL ESTATUTO DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE..... 191**

*Isabel Otaola Ubieta (Baker & McKenzie)*

- 1. INTRODUCCIÓN ..... 193**
- 2. LA ACCIÓN 7 DEL PLAN DE ACCIÓN BEPS. MODIFICACIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 5 DEL MC OCDE EN RELACIÓN CON EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE ..... 194**
- 3. ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE ..... 212**
- 4. VALORACIÓN DEL INFORME: INCIDENCIA EN ESPAÑA ..... 215**

**Capítulo VIII.**

**ACCIONES 8, 9 Y 10: ALINEANDO RESULTADOS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y GENERACIÓN DE VALOR ..... 219**

*Carolina del Campo Azpiazu (KPMG)*

- 1. ANTECEDENTES ..... 221**
- 2. DEFINICIÓN GENERAL DE LAS ACCIONES 8, 9 Y 10 ..... 222**
- 3. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA..... 231**
- 4. DERECHO COMPARADO Y UNIÓN EUROPEA ..... 234**
- 5. VALORACIÓN DE LAS MEDIDAS ..... 236**

**Capítulo IX.**

**ACCION 11: EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO DE BEPS ..... 239**

*Luis M. Viñuales Sanabria y Daniel Muñoz Almazán (J&A Garrigues)*

- 1. INTRODUCCIÓN ..... 241**
- 2. EVALUACIÓN DE LAS DISTINTAS FUENTES DE DATOS EXISTENTES 242**
- 3. INDICADORES DE BEPS ..... 244**
- 4. ANÁLISIS DE LA MAGNITUD E IMPACTO ECONÓMICO DE BEPS Y DE LA EFICACIA DE LAS MEDIDAS DESARROLLADAS PARA COMBATIRLAS..... 247**

<b>5. SEGUIMIENTO Y MONITORIZACIÓN DE BEPS MEDIANTE LA MEJORA DE LA INFORMACIÓN Y LAS HERRAMIENTAS DISPONIBLES .....</b>	<b>249</b>
<b>6. VALORACIÓN DE LA ACCIÓN .....</b>	<b>250</b>
 <b>Capítulo X.</b>	
<b>ACCION 12: EXIGIR A LOS CONTRIBUYENTES QUE REVELEN SUS MECANISMOS DE PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA .....</b>	<b>253</b>
<i>Miguel Muñoz Pérez (EY)</i>	
<b>1. INTRODUCCIÓN: CONTENIDO GENERAL DE LA ACCIÓN 12 .</b>	<b>255</b>
<b>2. EL INFORME FINAL DE LA ACCIÓN 12.....</b>	<b>257</b>
<b>3. SITUACIÓN EN DERECHO COMPARADO Y EN ESPAÑA .....</b>	<b>270</b>
<b>4. CUESTIONES QUE PUEDEN PLANTEARSE.....</b>	<b>273</b>
 <b>Capítulo XI.</b>	
<b>ACCIÓN 13: REEXAMINAR LA DOCUMENTACIÓN SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA .....</b>	<b>275</b>
<i>Carolina del Campo Azpiazu, José Díaz-Faes Álvarez y César Salagaray Scarpa (KPMG)</i>	
<b>1. DEFINICIÓN GENERAL DE LA ACCIÓN 13 DE BEPS.....</b>	<b>277</b>
<b>2. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA.....</b>	<b>286</b>
<b>3. DERECHO COMPARADO Y UNIÓN EUROPEA .....</b>	<b>289</b>
<b>4. VALORACIÓN DE LAS MEDIDAS .....</b>	<b>291</b>
 <b>Capítulo XII.</b>	
<b>ACCIÓN 14: HACER MÁS EFECTIVOS LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS .....</b>	<b>297</b>
<i>Francisco Martín Barrios, Lucía Fuente Brey y Aida Ordoñez Riaño (Deloitte Legal)</i>	
<b>1. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES.....</b>	<b>299</b>
<b>2. ESTÁNDAR MÍNIMO: ELEMENTOS CONFIGURADORES .....</b>	<b>301</b>

<b>3. MEJORES PRÁCTICAS .....</b>	<b>311</b>
<b>4. MECANISMO DE ARBITRAJE OBLIGATORIO Y VINCULANTE....</b>	<b>314</b>
<b>5. PROCESO DE MONITORIZACIÓN.....</b>	<b>315</b>
<b>6. GRADO DE IMPLEMENTACIÓN DE LA ACCIÓN 14 EN LOS DISTINTOS PAÍSES .....</b>	<b>319</b>
<b>7. VALORACIÓN DE LAS MEDIDAS .....</b>	<b>322</b>

**Capítulo XIII.**

<b>ACCIÓN 15: DESARROLLAR UN INSTRUMENTO MULTILATERAL QUE MODIFIQUE LOS CONVENIOS BILATERALES.....</b>	<b>343</b>
<i>Francisco Martín Barrios, Lucía Fuente Brey y Aida Ordoñez Riaño (Deloitte Legal)</i>	

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>345</b>
<b>2. CONFIGURACIÓN DEL CONVENIO MULTILATERAL Y SU APLICACIÓN .....</b>	<b>347</b>
<b>3. VALORACIÓN DE LAS MEDIDAS PREVISTAS POR LA ACCIÓN 15</b>	<b>357</b>

**Capítulo XIV.**

<b>DIRECTIVA EUROPEA ANTI-ABUSO.....</b>	<b>365</b>
<i>Luis M. Viñuales Sanabria y Daniel Muñoz Almazán (J&amp;A Garrigues)</i>	

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>367</b>
<b>2. IMPOSICIÓN DE SALIDA (EXIT TAX) .....</b>	<b>380</b>
<b>3. NORMA GENERAL CONTRA LAS PRÁCTICAS ABUSIVAS .....</b>	<b>387</b>

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>397</b>
--------------------------	------------

## INTRODUCCIÓN

La globalización de la economía es el origen de BEPS (erosión de bases imponibles y traslado de beneficios entre jurisdicciones, por sus siglas en inglés: *Base Erosion and Profit Shifting*).

La globalización es un fenómeno que sin duda ha beneficiado a las economías domésticas. No se trata de un fenómeno nuevo, pero ha acelerado su ritmo en el siglo XXI al amparo del desarrollo tecnológico, de la llamada “economía digital”, de las mejoras de las telecomunicaciones, de Internet, de la eliminación de barreras comerciales, de la apertura de fronteras que facilita la migración del capital humano,... Así, la globalización ha impulsado la innovación, la creación de puestos de trabajo y las inversiones transnacionales. La globalización o internacionalización es un fenómeno a todas luces positivo, aunque pueda generar algunas zonas de sombra.

Esta globalización ha tenido un profundo impacto en la forma en la que se organizan y operan los grandes grupos multinacionales y también en los sistemas fiscales de los distintos estados. Por una parte, los grupos multinacionales han reemplazado modelos de negocio nacionales por modelos de gestión global centralizada y organizaciones matriciales, con líneas de reporte verticales transnacionales y centralización de determinadas funciones de la cadena de valor a nivel regional o mundial (v.g. centros de compras, gestión centralizada de clientes, centros de I+D, centros financieros, entidades que concentran y gestionan la propiedad intelectual, etc.) Por otra, en lo que concierne a los estados, la preocupación que surgió en los años veintiesobre la doble imposición internacional que pudiera suponer un obstáculo a las operaciones e inversiones transfronterizas<sup>1</sup> y que fue el motor de

---

(1) “Report on Double Taxation” by the Financial Committee of the League of Nations, April 3, 1923

los Convenios para evitar la Doble Imposición hasta finales del siglo pasado, ha dado paso a una preocupación en sentido contrario.

En efecto, las administraciones quieren combatir los supuestos de des-imposición a los que pueda dar lugar un uso que consideran incorrecto o ilegítimo de las oportunidades de planificación fiscal que se generan por la combinación de modelos de negocio globales y la descoordinación de los sistemas fiscales nacionales. Las administraciones han considerado que la denominada “planificación fiscal agresiva”, que se habría convertido en práctica habitual entre las grandes multinacionales, generaba una situación particularmente tensa en un momento en que la grave crisis económica de comienzos de siglo había generado una mayor sensibilidad social en cuanto a la obligación de los grandes grupos empresariales de contribuir a la sociedad con una “cuota impositiva justa”, esto es, con el denominado “*fair share of tax*”.

Y es en este nuevo contexto en el que surge el Plan de Acción BEPS. En noviembre de 2012 los Ministros de Finanzas del G20 pidieron un diagnóstico de la situación a la OCDE; el 12 de febrero de 2013 la OCDE presentó el trabajo denominado “Cómo solucionar la erosión de bases y el traslado de beneficios” (“*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”); tres días después, los Ministros de Finanzas del G20 reunidos en Moscú (15-16 Feb. 2013) manifestaban:

*“Damos la bienvenida al informe de la OCDE sobre erosión de bases y traslado de beneficios y reconocemos que una parte importante de la sostenibilidad fiscal consiste en preservar las bases imponibles. **Estamos decididos a desarrollar medidas que solucionen la erosión de bases y el traslado de beneficios, a adoptar colectivamente las medidas necesarias, y esperamos que la OCDE nos presente un plan omnicompreensivo en julio**”*

Se había logrado así un fuerte apoyo político del G20 para solucionar de forma colectiva y coordinada los problemas detectados. Y el plan omnicompreensivo que pedía el G20 no se hizo esperar. Puntualmente, en julio de 2013 se publicó un plan de 15 acciones (“*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*”) organizadas sobre tres pilares fundamentales: i) la coherencia del Impuesto sobre Sociedades a nivel internacional; ii) una realineación de la imposición y la sustancia económica y iii) la transparencia junto con la seguridad jurídica y la predictibilidad. También se ocupaba el

Plan de Acción BEPS de la economía digital y del desarrollo de un instrumento multilateral que facilitase la implementación de las medidas que se pudieran acordar.

El Plan BEPS tomó nuevo impulso, el definitivo, con el apoyo explícito de los líderes del G20, quienes unos meses más tarde, en su reunión del 5 y 6 de septiembre de 2013 en San Petesburgo, afirmaron:

*“Refrendamos por completo el ambicioso y completo Plan de Acción [..]. Saludamos el nacimiento del Proyecto BEPS de la OCDE y el G20 y pedimos a todos los países interesados que participen. Los beneficios deben ser gravados allí donde se desarrollan las actividades productivas y donde se crea el valor (...)”*

Pues bien, tras dos años de un intenso trabajo coordinado por el equipo de la OCDE liderado por Raffaele Russo, y tras un proceso de elaboración omnicompreensivo, en el que se recabaron opiniones y comentarios de las administraciones y del sector privado, tanto de la industria como de los despachos de abogados y resto de firmas de asesoría fiscal, sobre todas y cada una de las acciones propuestas, se presentó el 5 de octubre de 2015 el paquete definitivo de medidas para llevar a cabo una reforma integral, coherente y coordinada de la normativa tributaria internacional y que sería discutido y aprobado días más tarde por los ministros de Finanzas del G20 en su reunión del 8 de octubre en Lima, Perú. ¡Misión cumplida! ¿O tal vez deberíamos decir “¿Misión cumplida?”, entre signos de interrogación? Los signos de interrogación nos atrevemos a ponerlos ahora, en la primavera de 2017, casi dos años después de la publicación del paquete de medidas relativo a las 15 acciones y tras confirmar la complejidad de la implantación práctica de las medidas propuestas –sirvan como ejemplo las numerosas cuestiones que suscita el denominado Convenio Multilateral desarrollado al hilo de la Acción 15 del Plan BEPS y que es objeto de análisis más adelante en esta obra, cuya firma ha tenido lugar en junio de 2017–.

Con esta introducción pretendemos ilustrar el contexto económico y social en el que se gesta el Plan de Acción BEPS y la fuerza que el compromiso político de los estados miembros del G20 proporcionó a este Proyecto; sin ese compromiso político que queda plasmado en las contundentes manifestaciones de los Ministros de Finanzas y de los Líderes del G20 en las citas anteriores, difícilmente se hubiera logrado. No eran (éramos) pocos los escépticos en cuanto a la capacidad de la OCDE para sacar adelante este pro-

yecto en un tiempo record, teniendo en cuenta los precedentes de otros proyectos con objetivos relativamente similares como pudo ser en su momento la iniciativa para lograr en la Unión Europea una Base Imponible Consolidada Común del Impuesto sobre Sociedades (BICCIS), iniciativa sumida en un largo letargo del que, precisamente, parece haber despertado como consecuencia del “terremoto” BEPS.

Y no solamente ha despertado la iniciativa de la BICCIS, sino que la Unión Europea, en un intento de implantar de forma coordinada en los distintos estados miembros las medidas BEPS, lanzó en mayo de 2016 el denominado Paquete de Medidas Anti-elusión Fiscal (“*Anti Tax Avoidance Package*” – ATAP), del que la Directiva Anti-abuso<sup>2</sup> (“*Anti Tax Avoidance Directive*” – ATAD) forma parte.

Pero volvamos al Plan de Acción BEPS, cuyas 15 acciones son objeto de análisis en esta obra:

Acción 1: Los desafíos de la **economía digital** para la tributación de las empresas multinacionales.

Acción 2: Neutralizar los efectos de los **mecanismos híbridos**.

Acción 3: Diseñar normas de **transparencia fiscal internacional** eficaces.

Acción 4: Limitación de la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros **gastos financieros**.

Acción 5: Combatir las **prácticas tributarias perniciosas**, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia.

Acción 6: Impedir la **utilización abusiva de convenio** para evitar la doble imposición.

Acción 7: Impedir la elusión artificiosa del estatuto de **establecimiento permanente**.

Acciones 8, 9 y 10: Alineando resultados de **precios de transferencia y generación de valor**.

Acción 11: Evaluación y seguimiento de BEPS.

---

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

Acción 12: Exigir a los contribuyentes que **revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva**.

Acción 13: Reexaminar la **documentación sobre precios de transferencia**.

Acción 14: Hacer más efectivos los **mecanismos de resolución de controversias**.

Acción 15: Desarrollar un **instrumento multilateral** que modifique los convenios bilaterales.

No todas las acciones propuestas requieren el mismo nivel de compromiso de implantación por parte de los estados que se sumen a BEPS, sino que se agrupan en tres categorías distintas en función de dicho nivel de compromiso:

A) Estándares mínimos: Acción 5 (medidas fiscales perniciosas), Acción 6 (abuso de convenio), Acción 13 (información país por país) y Acción 14 (procedimientos amistosos).

B) Enfoques comunes: Acción 2 (híbridos) y Acción 4 (gastos financieros).

C) Mejores prácticas: Acciones 3 (CFC), 7 (EP), 8-9-10 (precios de transferencia) y 12 (revelar mecanismos de planificación fiscal agresiva).

Mientras que los estados que se sumen a BEPS se comprometen a implantar en sus legislaciones nacionales las medidas propuestas en las acciones que se consideran “estándares mínimos”, las incluidas en la categoría de “enfoques comunes” aconsejan regular de forma coordinada esas materias con el fin de conseguir legislaciones domésticas consistentes que eviten supuestos de des-imposición y, finalmente, las denominadas “mejores prácticas” se limitarían a realizar una serie de sugerencias o recomendaciones que podrían o no ser seguidas por los estados.

Intencionadamente hemos comenzado esta introducción resaltando el origen político del Proyecto BEPS, impulsado por el compromiso de los líderes de los estados que componen el G20. No es irrelevante a la hora de valorar la “obligatoriedad” de las medidas que se proponen en el Plan de Acción BEPS. Podría pensarse que se trata, al fin y al cabo, de “*soft-law*”, cuya infracción por parte de algún estado tendría nulas consecuencias legales para el estado incumplidor. Sin embargo, el incumplimiento de un claro compromiso político sí podría tener consecuencias tanto en el ámbito polí-

tico como en el económico. Lo relevante del Proyecto BEPS es que poco a poco las medidas propuestas se están viendo materializadas en el derecho positivo de los estados que han decidido formar parte del mismo y, por tanto, serán de obligado cumplimiento para administraciones y contribuyentes. Si bien es cierto que unas administraciones se han mostrado más activas y entusiastas con este Proyecto –entre las que sin duda se encuentra la Administración española– parece evidente que la presión internacional, política y social, hace prever que no serán muchos los estados que se atrevan a incumplir los compromisos adquiridos. Cabe destacar, por ejemplo, el mecanismo denominado “*peer review*” (revisión entre pares) que se prevé en la acción 14 (procedimientos amistosos) para monitorizar el grado de cumplimiento de las administraciones en esta materia.

Y es más, tratándose como se trata de “*soft-law*”, ha sido tal el impacto mediático del Plan de Acción BEPS que incluso antes de que se publicara el paquete de medidas definitivo hemos comenzado a leer referencias a BEPS en no pocas sentencias de nuestros tribunales de justicia y en resoluciones administrativas, que empiezan a guiarse por los llamados “principios BEPS”.

Habrà observado el lector que, al categorizar las distintas acciones BEPS en función del grado de compromiso adquirido faltaban tres de las quince acciones propuestas: la acción 1 (economía digital), la acción 11 (recopilación y análisis de datos) y la acción 15 (instrumento multilateral). Se trata, en efecto, de acciones que no requieren un compromiso o actuaciones específicas por parte de los estados:

La acción 1 sobre la economía digital viene a ser una especie de introducción a los problemas a los que BEPS trata de dar solución, muchos de los cuales se han presentado o detectado con especial virulencia en el mundo de la economía digital. La acción 11 aborda medidas para medir el impacto de los problemas BEPS y la efectividad de las soluciones propuestas. Y la acción 15, como decíamos, consiste en la elaboración de un Convenio Multilateral, cuya firma sí tendrá consecuencias muy prácticas para los estados firmantes pues debería resultar en la modificación automática de muchos de los CDI suscritos por ellos. El Convenio Multilateral ya es un hecho habiéndose firmado en junio de 2017, sin perjuicio de las particularidades con respecto a su entrada en vigor, las cuales son objeto de análisis en el capítulo de esta obra dedicado a la acción 15.

No son pocos los interrogantes que plantea el Plan de Acción BEPS, ni son pocos los retos a los que se enfrentan las administraciones para su correcta implantación y los contribuyentes y profesionales del ámbito fiscal para asimilar los cambios y operar en un entorno empapado de un nuevo paradigma fiscal.

¿Se verá reforzada o mermada la seguridad jurídica como consecuencia del Plan de Acción BEPS? ¿Se trata de normas nuevas o de criterios interpretativos de las ya existentes? ¿Incrementará la litigiosidad en el corto y medio plazo? ¿Supondrá el auge de una relación cooperativa bidireccional entre contribuyentes y administración? ¿Se verán desbordadas las administraciones por una avalancha de procedimientos amistosos y de acuerdos previos de valoración? ¿Se verán desbordadas las empresas al tener que cumplir con unas obligaciones de información mucho más complejas y detalladas?

Si tuviéramos que resumir el Plan de Acción BEPS en una sola frase nos inclinaríamos a decir que BEPS supone el fin de la planificación fiscal mediante operaciones o instrumentos carentes de motivos económicos válidos distintos de los fiscales. Y, en este sentido, BEPS no sería algo absolutamente nuevo sino que llevaríamos conviviendo con BEPS no menos de una década.

En los capítulos que componen esta obra se analizarán todas las 15 acciones del plan BEPS así como la Directiva Anti-abuso de la Unión Europea (ATAD), intentando explicar de forma didáctica las, con frecuencia, complejas medidas propuestas, identificando posibles problemas sin resolver y posibles problemas que las propias medidas crearían y, finalmente, apuntando con humildad propuestas y posibles soluciones. Todo ello en línea con el espíritu que mueve a la Fundación Impuestos y Competitividad, que no es otro que la revisión, innovación y mejora de la regulación y aplicación práctica de los sistemas fiscales de España y de la Unión Europea, en beneficio de la competitividad de ambas economías.



## **CAPÍTULO I**

### **ACCIÓN 1: LOS DESAFÍOS DE LA ECONOMÍA DIGITAL PARA LA TRIBUTACIÓN DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES**

*Ramón Palacín Sotillos  
(EY Abogados)*



## 1. INTRODUCCIÓN

La génesis del proyecto BEPS se encuentra en la acción 1, relativa a la economía digital. La tributación de las empresas multinacionales cuyo negocio es esencialmente digital ha puesto en el foco de atención el sistema de gravamen de las rentas empresariales, caracterizado por el principio de tributación por renta mundial en el estado de residencia. Posiblemente los redactores originales del artículo 7 del modelo de convenio de la OCDE (beneficios empresariales) nunca contaron con la posibilidad, hoy cierta, de que ciertas empresas multinacionales pueden llevar a cabo modelos de negocio profundamente desmaterializados, y por tanto sin substancia operativa en un sentido tradicional sujeta a gravamen en los países en que realizan actividad económica (la obtención de renta como hecho imposible). La globalización económica tal y como la conocemos hoy, ha puesto en cuestión el sistema internacional de sujeción tributaria de los beneficios empresariales. Desde el punto de vista económico la globalización aumenta exponencialmente el papel de la empresa multinacional y por tanto su relevancia tributaria y social.

Escapa de los propósitos de estas páginas realizar una definición cerrada de los contornos de la economía digital. En primera instancia incluye las actividades de las empresas que tienen un contenido eminentemente digital, es decir, la prestación de servicios o venta de bienes de contenido digital. Por ejemplo, entre otras, servicios prestados por buscadores en Internet y correo electrónico, producción y descarga de aplicaciones, gestión de contenidos audiovisuales, extracción y explotación de datos, servicios relativos a telecomunicaciones o servicios relacionados con redes sociales.

Pero no es menos cierto que las tecnologías de información y comunicación han posibilitado la adopción de nuevos modelos de negocio de actividades tradicionales. Desde este punto de vista, y al igual que en el primer caso del párrafo anterior, se produce por ejemplo una acusada disminución

de la presencia física de los negocios en las jurisdicciones en las que se realiza la venta de los productos o servicios, planteando problemas de tributación directa e indirecta. También las actividades de fabricación encuentran en la revolución digital nuevas fuentes de eficiencia y nuevos modelos operativos. Las capacidades de *cloud computing*, por ejemplo, permiten que el stock de materia prima y de producto terminado se pueda controlar de manera remota, e incluso la resolución de incidencias del propio proceso en sí mismo.

Por tanto, es imposible aislar los problemas de la economía digital a efectos tributarios del resto de los desafíos que plantean las tecnologías de comunicación e información (TCI). Ciertamente, los nuevos entornos tecnológicos han permitido modificar sustancialmente los modelos de negocio de las empresas multinacionales. Dado que una de las señas distintivas de la empresa multinacional es precisamente su alcance global, la capacidad de producir y comercializar bienes y servicios de manera remota se ve notablemente acrecentada<sup>3</sup>. Incluso las estructuras de gestión internas se ven también afectadas<sup>4</sup>. Por ejemplo, las responsabilidades de gestión (*reporting lines*), la toma de decisiones o los comités de gestión con localizaciones en varias jurisdicciones simultáneamente (equipos de gestión virtuales) cuestionan, como veremos, conceptos esenciales en la fiscalidad internacional como la gestión del riesgo, la realización de funciones o la sustancia a efectos tributarios.

Las TCI afectan a uno de los vectores básicos de la empresa multinacional (EM), como es la centralización de los procesos de creación de valor. De este modo, la realización de funciones clave de un negocio, por ejemplo en el ámbito de la comercialización, puede contar con la gestión de inventarios realizada de manera externa, en otra jurisdicción tributaria, al margen de las capacidades de la propia entidad que realiza la actividad comercial radicada en el propio mercado de ventas. Otro ejemplo, de solución más compleja si cabe, es la creación y explotación de activos intangibles.

---

(3) A estos efectos, resulta muy recomendable la lectura de la obra de la OCDE (2013) *Interconnected Economies. Benefiting from Global Value Chains*.

(4) A estos efectos, nótese que uno de los elementos más novedosos de los requisitos de documentación de operaciones vinculadas al hilo de la Acción 13 del propio plan BEPS son precisamente las "*reporting lines*", pieza clave de la documentación del contribuyente tal y como ha quedado configurada en el nuevo Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

El informe de la acción 1 del proyecto BEPS (*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*), clasifica los modelos de negocio resultantes de las TCI en las siguientes categorías esenciales<sup>5</sup>:

- Comercio electrónico, como la venta de productos físicos o servicios a través de la red mediante plataformas específicas. Puede acontecer en entornos B2B (*Business to Business*), B2C (*business To Consumer*) o C2C (*Consumer to Consumer*) en los que el empresario desarrolla el rol de intermediario y procediendo sus ingresos bien de los propios consumidores o usuarios o bien de servicios publicitarios de terceros empresarios.
- Servicios o plataformas de pagos, en las que el empresario digital actúa de intermediario entre comprador y vendedor.
- Servicios de descarga de aplicaciones y productos digitales.
- Publicidad *Online*
- Plataformas de red participativas, frecuentemente llamadas redes sociales.
- *Cloud Computing*. Posiblemente la categoría más difícil para delimitar sus contornos, comprende la prestación de servicios digitales y estandarizados relativos a la programación informática, almacenamiento de datos, gestión de *software* y datos y la utilización compartida de recursos físicos y virtuales. Un caso de particular relevancia por su complejidad tributaria es la explotación de datos. La información obtenida de consumidores, usuarios y empresas a través de múltiples fuentes es objeto de tratamiento de cara a su explotación comercial por empresas y organizaciones, frecuentemente en entornos internacionales. De este modo, la conexión de los ingresos de las empresas desarrollando este tipo de actividades se predica tanto de las (múltiples) jurisdicciones de origen de los datos como de las de destino (también múltiples y posiblemente no coincidentes con las primeras)<sup>6</sup>.

---

(5) Toda clasificación de los negocios digitales es por definición forzada e insuficiente. En cualquier caso, la aquí referida sirve al objeto de clarificar el alcance de la economía digital.

(6) Referidos en el informe de Economía Digital en el proyecto BEPS (acción 1) como *Multi-sided business models*.

Con todo ello, los ingresos de los empresarios digitales tanto pueden provenir de cuotas de suscripción periódicas, ingresos por operaciones o transacciones, ingresos por descarga de servicios o *software*, pagos por licencias de tecnología, pagos por acceso y uso de datos e informaciones.

De todo ello, se derivan las especiales características de la cadena de valor de las empresa de la economía digital, especialmente globales, y susceptibles de contar con una flexibilidad máxima a la hora de configurar geográficamente sus actividades, por cuanto la centralización de ciertas funciones puede ser muy acusada y la posibilidad de concentrar funciones de producción digital (*software*, infraestructura, contenidos) en jurisdicciones convenientes en cuanto a capacitación técnica y coste, aunque distintas de aquellas en las que se realizan ventas. De este modo, las empresas de la economía digital pueden presentar cadenas de valor dónde la generación de los ingresos se logra en jurisdicciones con muy pocos o ningún requerimiento de presencia física (personal, instalaciones y activos –fijos y circulantes–) mientras que en otras concentran funciones de producción con alta intensidad funcional (personal y activos). Este último aspecto es especialmente importante, en especial por la gestión de riesgos, por cuanto a las empresas digitales les atañe de manera especialmente acusada el riesgo de obsolescencia tecnológica, del que se protegen con altísimas tasas de inversión en investigación y desarrollo, frecuentemente alcanzando porcentajes de dos dígitos respecto de los ingresos consolidados.

## **2. PROBLEMAS IDENTIFICADOS EN EL MARCO DEL PROYECTO BEPS**

La estructura de la cadena de valor de las empresas digitales plantea los siguientes desafíos esenciales:

- En primer lugar, la obtención de ingresos en la jurisdicción de la fuente (*market jurisdiction*) con un nivel de funciones extremadamente bajo.
- En segundo lugar, la posibilidad de que las actividades realizadas en la jurisdicción de la fuente escapen de la definición de establecimiento permanente, por tener carácter auxiliar o preparatorio.
- En tercer término, la atribución de beneficios a los activos intangibles inherentes al modelo de negocio, ya sean estos comerciales o tecnológicos. Evidentemente, en función de la secuencia de ope-

raciones en la cadena de valor pudiera suceder que la jurisdicción de los intangibles fuera una jurisdicción intermedia entre la *market jurisdiction* y la de producción de los activos intangibles y de gestión funcional del riesgo, de modo que la titularidad de la citada jurisdicción intermedia sobre los ingresos derivados del intangible pudiese ponerse en cuestión (beneficiario efectivo) en el estado de la fuente de la renta.

- En cuarto y último término, la atribución de riesgos específicos de la cadena de valor, en especial el propiamente tecnológico, y su papel en la atribución de beneficios. Mientras que los activos intangibles están dotados de una alta movilidad<sup>7</sup> y pueden estar localizados en una jurisdicción específica y beneficiarse de su tratamiento tributario propio, la gestión funcional de los riesgos tiene un menor grado de movilidad y por tanto puede entrar en conflicto la atribución de beneficios a la gestión funcional de los riesgos con la propia de los activos intangibles, y ésta a su vez con las de las *market jurisdictions*. Así, en la medida en que los riesgos propios de mercado y los activos intangibles se encuentren disociados en términos de entidad de control y explotación, respectivamente, se producirá una inevitable tensión de la vis atractiva de unos y otros. El informe parte así de entender que así como la ubicación de los activos intangibles puede ser propia del ámbito de decisión empresarial, al menos desde la perspectiva de propiedad legal, la gestión de los riesgos debe hacerse desde el lugar en que esta es pertinente. El informe tiene una marcada preferencia por el riesgo como elemento de atracción de renta respecto de la mera titularidad no funcional (sin explotación desarrollo, control etc...) de los activos intangibles.

## **2.1. CONDICIONANTES TRIBUTARIOS DEL MODELO DE NEGOCIO DIGITAL**

### *2.1.1. Nexo*

La problemática del nexo es la referida a la capacidad de las cadenas de valor digitales de generar valor sin presencia física o bien con una presen-

---

(7) Párrafo 223, página 90, informe de economía digital (acción 1) del proyecto BEPS.

cia física reducida que resulta desproporcionada con los ingresos generados en la jurisdicción de la fuente de éstos, *market jurisdiction*. La reducida presencia presenta una problemática valorativa, es decir de definición de la base imponible, mientras que la ausencia de presencia o la presencia no significativa (por tratarse de una presencia auxiliar en el contexto del artículo 5, apartado 4 del Modelo de Convenio) genera una problemática de sujeción al impuesto, es decir de realización del hecho imponible en sí mismo, dada la regla de atribución de potestad tributaria del artículo 7 al Estado de residencia.

El informe de la acción 1 del proyecto BEPS ha considerado la adopción de un concepto de “presencia económica significativa” a construir desde diversos parámetros de configuración como luego veremos.

Sin embargo, en modo alguno estos factores han prosperado como base sólida de atracción tributaria de los negocios digitales, probablemente por la dificultad de asignación de base imponible a la presencia digital significativa.

### 2.1.2. Datos

El problema de la gestión en origen de datos e informaciones relevantes en el entorno digital es una variante del problema del nexo, y por tanto ha quedado igualmente sin resolver. En síntesis, el objetivo es asignar un valor a la información y datos obtenidos de manera remota sobre tendencias de consumo, orientaciones sociales, medios de pago, estrategias empresariales, entre otros, cuando la información es objeto de explotación comercial desde otra jurisdicción con destino a su consumo generalmente por empresas y organizaciones, digitales y no digitales, de Estados que pueden ser distintos del de origen de los datos, al menos en parte. La labor de recogida e interpretación se realiza por tanto de manera ajena a cualquier presencia física en la jurisdicción de procedencia del dato. Estos pueden ser visitas a páginas de internet, residencia de consumidores, búsquedas efectuadas en servidores, preferencias de consumo, compras digitales, transacciones financieras y pagos digitales o mediante tarjeta bancaria, etc.

### 2.1.3. Caracterización

Los problemas de caracterización consisten en la consideración de la renta como renta empresarial o bien como renta de naturaleza intangible a la que se pueda atribuir el carácter de *royalties*, ya encajen o no plenamente

en el concepto de licencia del artículo 12 Modelo de Convenio. Es, de nuevo, un problema subordinado al del nexo, y sobre el que volveremos en el apartado siguiente a la hora de valorar los problemas específicos de caracterización en el nuevo capítulo I de las Directrices para precios de transferencia en virtud de la redacción dada por el Informe de las acciones 8-10 del proyecto BEPS *“Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation”*.

De este modo, la pretendida sujeción a retenciones en fuente no es sino una reacción a los llamados por el Informe de la acción 1 como modelos de negocio digital completamente desmaterializados (*fully dematerialised business models*) en el Estado de la fuente, y a los que el proyecto BEPS ha respondido con modificaciones parciales de las Directrices OCDE y con modificaciones a la cláusula de establecimiento permanente.

## **2.2. MEDIDAS ALTERNATIVAS CONSIDERADAS PARA ATAJAR LOS PROBLEMAS DE LA TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL RESPECTO DE LA ECONOMÍA DIGITAL**

### *2.2.1. Medidas alternativas al sistema actual de fiscalidad internacional*

El grupo de trabajo sobre los aspectos fiscales de la economía digital (TFDE) empezó en 2013 sus trabajos como un grupo dependiente del Comité de Asuntos fiscales de la OCDE. El ámbito de reflexión no se limitó solamente a los parámetros conocidos del modelo de convenio sino que trató de traspasar sus limitaciones tradicionales para configurar la tributación de las multinacionales digitales sobre hechos imposables alternativos al beneficio empresarial conocido hasta ahora.

Las posibles alternativas, descartadas por su complejidad y posibles efectos secundarios en materia de competitividad y encaje con los mecanismos para evitar la doble imposición fueron, en síntesis, las siguientes.

En primer término, la creación del concepto de presencia fiscal significativa. Dicha figura trataría de atender la insuficiencia del concepto de establecimiento permanente para resolver la dinámica de la economía digital en modelos de negocio profundamente desmaterializados. Su adopción requeriría dos fases de trabajo.

Por una parte, la definición de los hechos (presunciones normativas) que debieran dar lugar a la creación de dicha presencia significativa como contribuyente. Los factores considerados se revelaron ciertamente impredecibles

en cuanto a sus efectos prácticos, y se ceñían a indicadores de por ejemplo, cifra de negocio, de modo que a partir de un cierto nivel se desencadenara la presencia gravable. Evidentemente, las dificultades de administración eran conocidas por el grupo de trabajo, de modo que se plantean por el informe alternativas como los factores digitales (dominio local, plataforma local o transacciones o medios de pago financieros realizados en el país) y factores de uso (como volumen de datos obtenidos en el territorio, número de usuarios, suscripción de contratos de modo *online*). Dichas alternativas tampoco resuelven los problemas de administración.

Por otra parte, el elemento desencadenante de la presencia gravable debiera tener una relación directa con la determinación del beneficio imponible en el país, especialmente en los casos de beneficios presuntos por oposición a los métodos basados en *fractional apportionment*, considerando fórmulas preestablecidas respecto del grupo en su conjunto. Lógicamente el encaje de este tipo de métodos de valoración presentan una divergencia notable con el principio de plena concurrencia, de modo que se plantea un problema de igualdad de trato entre aquellos contribuyentes operando mediante filial o establecimiento permanente tradicional y aquellos otros gravados mediante la presencia económica significativa. Asimismo, la figura en sí misma abriría un cuestionamiento directo de la cláusula de establecimiento permanente, especialmente para aquellos grupos, cualquiera que sea su actividad, operando en países no adheridos al consenso OCDE/ONU.

El segundo de los métodos propuestos consiste en la implantación de una retención a cuenta en transacciones digitales. La complejidad administrativa que plantea respecto de los nexos de retención desaconsejaba su puesta en práctica. Además, requería la fijación de tipos de retención que gravasen el beneficio empresarial presunto, lo cual complicaba más aún su implantación.

Finalmente, se consideró asimismo la implantación de una tasa de ecualización que permitiera gravar en el estado de la fuente los pagos por transacciones digitales, por ejemplo ventas a distancia. De este modo, de manera indirecta se sujetaba a gravamen en el lugar dónde se producen parte de los beneficios presuntos de la actividad. Su aplicación, no obstante plantea problemas de compatibilidad con el gravamen en residencia a la hora de evitar la doble imposición que de cualquier modo se produce.

En resumen, los métodos propuestos planteaban (i) problemas de implantación para las administraciones tributarias, (ii) problemas normativos de

encaje con los sistemas actuales de gravamen en residencia y eliminación de la doble imposición, (iii) así como dificultades derivadas de las limitaciones y restricciones que imponen al comercio internacional, asociadas asimismo a la posible discriminación impositiva o negativa entre contribuyentes. Por otra parte, el consenso actual entorno al principio de plena competencia en relaciones entre empresas del grupo quedaría francamente debilitado.

Por estas razones ninguna de las opciones planteadas fueron objeto de aprobación. El siguiente apartado da cuenta de los aspectos más destacables que las demás acciones han modificado al objeto de atender los cambios requeridos por la economía digital.

### 2.2.2. Áreas del plan BEPS relevantes para la Acción 1

El capítulo 6 de la acción 1 repasa las acciones relevantes a los efectos de atajar los problemas de erosión fiscal de bases en conexión con los modelos de negocio digitales, a través de la siguiente clasificación:

- Problemas BEPS exclusivos de la jurisdicción dónde se realizan las operaciones económicas (*market jurisdiction*). La acción 6 podría denegar el acceso a los convenios de doble imposición a ciertas operaciones en el curso de modelos de negocio digitales, evitando también el fenómeno de la doble no imposición y la renta apátrida a efectos fiscales (*stateless income*). Asimismo, la acción 7 puede afectar las excepciones a la existencia de establecimiento permanente de modo que se posibilite la aplicación de la figura de un modo más general.
- Problemas BEPS que se plantean tanto en la *market jurisdiction* como en aquella dónde reside la matriz. Las acciones 2 sobre híbridos, 4 sobre intereses, 5 sobre transparencia con especial énfasis en regímenes de *patent box*, y 8 a 10 sobre alineación de los resultados en clave de precios de transferencia con la creación de valor, parecen idóneas para resolver los problemas que se plantean. Especialmente útiles son las últimas, como luego veremos con más detalle.
- Problemas BEPS exclusivos de la jurisdicción de la matriz, cuyo enfoque puede provenir de la aplicación de la acción 3 sobre transparencia fiscal.

Con todo, las acciones que con mayor especificidad parecen proyectar conclusiones sobre los modelos de negocio digitales son la 7 y las 8 a 10, a las que dedicamos los siguientes apartados.

### **3. CAMBIOS EN EL MODELO DE CONVENIO RELATIVOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE DIGITAL**

Los cambios habidos afectan a la interpretación de las excepciones del apartado 4, relativo a actividades auxiliares o preparatorias, y por otro lado, a la noción de agente dependiente en el contexto del apartado 5 del mismo artículo. Ambos están llamados a generar importantes efectos en la determinación de la existencia de establecimientos permanentes (EP)

#### *3.1.1.1. Reinterpretación de actividades auxiliares o preparatorias*

El párrafo 22 de los comentarios al apartado 4, relativo a la auxiliariedad de los almacenes y por tanto su escape a la cláusula de establecimiento permanente debe ahora reinterpretarse en el contexto de la relevancia del almacén en el modelo de negocio, de modo que si éste se caracteriza por la respuesta ágil e inmediata a las necesidades de los consumidores el almacén será parte clave y no auxiliar del negocio de la empresa. Probablemente similares consideraciones puedan hacerse de los servicios postventa de productos vendidos en entornos digitales.

Es de esperar que la interpretación funcional de los supuestos del apartado 4 conduzca a la aparición de un mayor número de establecimientos permanentes, y en todo caso se dirige a resolver, aunque muy limitadamente, los problemas del nexo allí donde los negocios digitales tienen una presencia muy tenue en el país.

#### *3.1.1.2. La expansión de la cláusula de agente dependiente*

La nueva redacción del apartado 5, y los comentarios propuestos no dejan lugar a dudas acerca de la voluntad expresa de declarar como constitutivos de establecimiento permanente a toda persona o empresa que concluya contratos en nombre de la entidad no residente o bien que ejerza un rol de negociación principal en la negociación de éstos, ya actúe o no en nombre y por cuenta de la entidad no residente frente a terceros.

Especialmente revelador es el párrafo 32.6 de los comentarios, que describe la forma de actuar de un agente actuando por cuenta de la entidad no residente pero con amplios poderes de negociación, aun no definitivos y sujetos a aprobación (rutinaria) de la empresa principal no residente. El apartado concluye que con independencia de la forma de actuar jurídicamente frente a terceros, el agente es un establecimiento permanente.

En la interpretación de ambos supuestos (lugar fijo y agente dependiente), debe hacerse mención expresa a la relevancia valorativa de configuración de la base imponible de la posible declaración de un agente dependiente. La existencia de un establecimiento permanente determina la procedencia de calcular los beneficios que la empresa no residente obtiene en el Estado en el que radica el hipotético EP. Aceptado este hecho como premisa de partida, la atribución de beneficios a las funciones realizadas en la *market jurisdiction* no se efectuará, generalmente, mediante la aplicación rutinaria de métodos que sólo pretendan valorar las funciones locales sin considerar el volumen de beneficio total o agregado obtenido en el país. Los enfoques bilaterales podrán ser pertinentes, y en muchos casos frecuentes a la luz de la nueva doctrina de los capítulos I y II, a la que seguidamente nos referiremos, que determina que en presencia de intangibles para los que sea difícil encontrar comparables idóneos, o en presencia de modelos de negocio altamente integrados, los métodos unilaterales no están llamados en principio a ofrecer una solución definitiva.

Ciertamente, ambos supuestos se aplican a los entornos digitales, de modo que la existencia de un EP pondrá en cuestión severamente la atribución del beneficio a la jurisdicción de residencia del empresario principal.

## **4. CAMBIOS EN LA APLICACIÓN DE LOS PARÁMETROS ESPECÍFICOS DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA A MODELOS DE NEGOCIO DIGITALES**

### **4.1. ANÁLISIS DE COMPARABILIDAD Y CARACTERIZACIÓN**

El informe del proyecto BEPS relativo a las acciones 8-10, referentes a la aplicación del principio *arm's length* o principio de libre competencia ha revisado en profundidad la sección D del capítulo I de las Directrices, profundizando en la forma de realizar el análisis de comparabilidad y realizando asimismo una revisión en detalle de los principios relativos a la

recharacterización de operaciones<sup>8</sup> y la asunción y control de riesgos en materia de precios de transferencia y a los efectos del análisis de comparabilidad.

En síntesis, nos referiremos a los principios que gobiernan la delimitación ajustada de la transacción, el análisis de riesgos y finalmente en la potestad de recharacterización

La aplicación de los principios relativos al análisis de comparabilidad cuenta ahora con un proceso de análisis previo consistente en la delimitación ajustada de la transacción<sup>9</sup>. En paralelo al análisis de comparabilidad, y siguiendo los principios de éste, el análisis de la delimitación ajustada de la transacción pretende determinar la conformidad de la transacción declarada por el contribuyente y recogida contractualmente en su caso, con la realidad de la misma, es decir, comprobar que la sustancia de la operación es conforme con su forma, ya sea ésta última declarada en contratos entre las partes o simplemente deducida de la contabilidad y la documentación de precios de transferencia.

En la redacción anterior de las Directrices la administración tributaria contaba con la potestad de ignorar la operación en la forma declarada por el contribuyente y sustituirla por otra en dos supuestos tasados, siendo el primero de ellos el relativo a la discordancia entre fondo y forma de las operaciones. Con los principios de delimitación ajustada este supuesto de “desconocimiento” de la operación, a los efectos del principio *arm’s length*, ya no es necesario puesto que la aplicación de la realización del análisis de comparabilidad exige que la administración tributaria compruebe la conformidad de fondo y forma antes de proseguir<sup>10</sup>.

---

(8) A estos efectos, los párrafos siguientes deben interpretarse en relación a los comentarios que en esta obra se realizan sobre el análisis de la potestad de recharacterización en materia de operaciones vinculadas. En este capítulo se tratan los temas desde el punto de vista del impacto en los negocios de naturaleza digital.

(9) *Accurately delineation of the transaction*, párrafo 1.37 de las Directrices tras la revisión del informe “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*”.

(10) El párrafo 1.64 de las Directrices en su versión de 2010, establecía:  
*However, there are two particular circumstances in which it may, exceptionally, be both appropriate and legitimate for a tax administration to consider disregarding the structure adopted by a tax payer in entering into a controlled transaction. The first circumstance arises where the economic substance of a transaction differs from its form. In such a case the tax administration may disregard the parties’ characterization of the transaction and recharacterize it in accordance with its substance. An example of this circumstance would*

Los cambios, en los que a la economía digital se refiere, pueden encerrar una relevancia extraordinaria. Una de las razones fundamentales para la revisión del principio del desconocimiento, o potestad de recharacterización (“disregard” en el párrafo 1,64 de las Directrices en su versión de 2010) es precisamente posibilitar la aplicación del principio *arm’s length* a situaciones de especial complejidad, generalmente cuando estamos en presencia de cadenas de valor con un altísimo grado de integración y centralización y en las que la acepción clásica de dicho principio es de difícil aplicación, precisamente porque la especificidad de las transacciones tal y como las realiza el contribuyente con sus partes vinculadas hace que sea imposible encontrar transacciones semejantes entre partes independientes<sup>11</sup>.

El proceso de delineación ajustada de la transacción arranca con la realización de un análisis funcional detallado, que persigue no sólo esclarecer las funciones de cada parte en la operación en cuestión, sino el funcionamiento del sector y las características económicamente relevantes de la misma, es decir, los factores claves que aseguran un buen resultado a las partes, al grupo en definitiva, en la realización de sus actividades. El proceso incluye, para cada una de las partes, determinar su propensión a realizar o aceptar los términos de la operación al margen de su pertenencia al grupo,

---

*be an investment in an associated enterprise in the form of interest-bearing debt when, at arm’s length, having regard to the economic circumstances of the borrowing company, the investment would not be expected to be structured in this way. In this case it might be appropriate for a tax administration to characterize the investment in accordance with its economic substance with the result that the loan may be treated as a subscription of capital. The second circumstance arises where, while the form and substance of the transaction are the same, the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner and the actual structure practically impedes the tax administration from determining an appropriate transfer price.*

(11) El párrafo 1.11 de las Directrices indica que:

*A practical difficulty in applying the arm’s length principle is that associated enterprises may engage in transactions that independent enterprises would not undertake. Such transactions may not necessarily be motivated by tax avoidance but may occur because in transacting business with each other, members of an MNE group face different commercial circumstances than would independent enterprises. Where independent enterprises seldom undertake transactions of the type entered into by associated enterprises, the arm’s length principle is difficult to apply because there is little or no direct evidence of what conditions would have been established by independent enterprises. The mere fact that a transaction may not be found between independent parties does not of itself mean that it is not arm’s length.*

esto es, comparar la operación en cuestión con otras opciones disponibles, en su caso.

Seguidamente, se debe revisar la conformidad de los términos contractuales con las características económicamente relevantes. En caso de discrepancia, las conclusiones de éstas últimas deberán prevalecer.

El análisis de riesgos ha recibido conveniente y detallado desarrollo en el nuevo capítulo 1, ahondando en las nociones de control y capacidad financiera y de gestión de los riesgos antes ya contenidas en el capítulo IX de las Directrices. El párrafo 1.72 realiza una categorización no exhaustiva de riesgos relevantes. A los efectos de los modelos de negocio de la economía digital entendemos como especialmente relevantes los siguientes:

- Riesgos estratégicos. En esta rúbrica deben incluirse los del posicionamiento de la compañía respecto de competidores y respecto de la amenaza del progreso tecnológico y de obsolescencia. Desde el punto de vista de las *market jurisdictions*, siguiendo con la terminología empleada antes, este tipo de riesgos no serán generalmente relevantes, puesto que caen fuera del ámbito funcional de la esfera de comercialización. Aquellas entidades del grupo dedicadas a la concepción de los procesos de investigación y desarrollo y la gestión de intangibles, cuentan con este riesgo como el principal, o uno de los principales, parámetros de atribución de rentabilidades. Debe ponerse el acento en la posible disociación de capacidades de investigación y de explotación de intangibles, en caso de que la propiedad de éstos resida en compañías diferentes. A este aspecto volveremos en el epígrafe siguiente.
- Riesgos operativos. Se refieren a la capacidad de ejecución de sus actividades por el grupo de manera eficaz, tanto desde el punto de vista de su completitud como desde el de la realización en tiempos ajustados a las necesidades de la demanda. Debe ser un riesgo en general compartido, en capacidad de gestión, por las *market companies* y las compañías de desarrollo de productos y activos intangibles, siempre teniendo en cuenta las características de cada modelo de negocio. En aquellos eminentemente digitales dónde el acceso o la descarga de contenidos se realiza a través de servidores y la labor de comercialización es en definitiva una de mera promoción, el riesgo no será gestionado por la *market company*, en general, mientras que

si el modelo de negocio pivota sobre elementos físicos y digitales (*hardware y software*) el riesgo será en general compartido puesto que la labor de comercialización será en general más compleja y requerirá una adaptación de especificaciones técnicas del producto a las necesidades del cliente, especialmente en el entorno B2B.

- Riesgos transaccionales, que se refieren a la fijación de precios y términos comerciales y sobre los que se pueden precisar conclusiones semejantes a las de los riesgos operativos.

La sección D.2 analiza el supuesto en que las transacciones pueden ignorarse o sustituirse por otras aún después del proceso de concordancia relativo a la delineación ajustada. Se trata de aquellos casos donde se verifique una ausencia de racionalidad comercial, es decir, cuando los acuerdos alcanzados, siendo conforme sustancia y forma, difieran de los que racionalmente cabría esperar de terceros independientes en situaciones semejantes, tomando en consideración las opciones disponibles para cada una de ellas.

Nuevamente resulta relevante el inciso sobre la capacidad de observar operaciones semejantes entre terceros que se contiene en el apartado 1.122. Al igual que en el párrafo 1.11 que antes reproducíamos, la imposibilidad de encontrar operaciones semejantes entre terceros no permite concluir que la operación vinculada carece de realidad comercial, aunque como un indicio conducente a tal conclusión se pueda interpretar.

Este aspecto tiene indudable relevancia en el entorno de empresas digitales, cuyos modelos de negocio consisten en cadenas de valor con un alto grado de integración y asentadas en costosos activos intangibles que se dirigen a generar ventajas competitivas, muchas veces conduciendo a monopolios u oligopolios, como decíamos páginas atrás. De dichos factores nace la dificultad de encontrar operaciones equiparables idóneas y la dificultad de acreditar los parámetros de delineación ajustada de la transacción.

Se impone preventivamente un especial esfuerzo profundamente analítico en materia de documentación de las operaciones, identificando las características económicas relevantes a efectos competitivos y señalando los riesgos clave. La asignación a los efectos del análisis de comparabilidad debe ser cuidadosa y no simplista, evitando que del precio acordado se deduzca la asignación de riesgos, cuando debe ser al revés<sup>12</sup>.

---

(12) Párrafo 1.81 Directrices en revisión de octubre de 2015.

Evidentemente, todos estos aspectos se proyectan en la selección del método de valoración (dependiente de la calidad y cantidad de comparables identificados) que abordaremos en el apartado 3.3.

## 4.2. PAPEL DE LOS ACTIVOS INTANGIBLES

El informe de octubre de 2015 en el marco del proyecto BEPS relativo a las acciones 8 a 10 da nueva redacción por completo al capítulo VI de las Directrices relativo a activos intangibles. En esta sección nos proponemos desgranar los aspectos más destacados con impacto en los modelos de negocio de la economía digital. Este aspecto cobra especial relevancia al respecto de los riesgos que el proyecto BEPS identifica respecto de la economía digital y a los que nos referíamos en la introducción del apartado 2, es decir, la falta de nexo o vinculación al nivel del Estado de residencia de la matriz y la entidad que obtiene los retornos de los activos intangibles, dada la especial movilidad de éstos. No cabe duda que este aspecto está relacionado intrínsecamente con el *Nexus Approach* acordado por Francia y Alemania respecto de los regímenes de *Patent Box*, incorporado al texto de la Ley del Impuesto sobre Sociedades a partir de 2016.

## 4.3. METODOLOGÍAS VALORATIVAS

En conexión con las reflexiones del apartado precedente, las secciones D.2.5 y D.2.6 del capítulo VI reconocen la debilidad intrínseca de los métodos que contemplan sólo los resultados de una de las partes de la operación<sup>13</sup>. La cuestión que reside es si las operaciones que deben ser valoradas incluyen ciertamente activos intangibles como elemento esencial, es decir su transmisión o licencia, desarrollo o explotación por las partes.

En el mismo sentido se expresan las directrices actuales sobre el uso del método de *Profit Split*, cuando se trata de modelos altamente integrados. El

---

(13) Párrafo 6.141 sobre *one sided methods*.

borrador de documento de discusión sobre el método de *Profit Split* incluye un ejemplo relativo a modelos de negocio digitales<sup>14</sup>.

El ejemplo en cuestión describe un caso de *multisided business model*, a los que ya nos hemos referido antes. El ejemplo en cuestión se concluye en el discussion draft de diciembre de 2014 que es idóneo para la aplicación del método de *Profit Split*.

La puerta de entrada a la aplicación de dicho método es la alta integración de los negocios del grupo que hace poco viable la aplicación de los demás métodos. Sin embargo, debe hacerse notar que el apartado dedicado al alcance de la revisión de las directrices de aplicación del método *Profit Split* cuestiona la aplicación sistemática de dicho método por la mera constatación de la integración, dado que todos los grupos multinacionales se caracterizan por un grado de integración relativamente acusado, y sin duda en crecimiento. De ahí que se efectúa una interesante aportación, cual es la de distinguir entre modelos de negocio integrados secuencialmente y paralelamente.

La integración secuencial es sin duda la más frecuente, y la originadora de la empresa multinacional. También la conocemos como integración vertical y se relaciona por tanto con la cadena de valor aplicable a las industrias tradicionales, desde la materia prima hasta el producto final. En estos casos, el método de *Profit Split* no goza de una preferencia en la aplicación sobre los demás, que deberán ser de aplicación posible en general por cuanto las funciones realizadas por las partes serán relativamente accesibles a un ejercicio comparativo tradicional, la esencia del principio de plena competencia.

En cambio, los modelos de integración en paralelo ofrecen más problemas. En ellos las partes del grupo realizan las funciones para la consecución de un negocio de manera simultánea, y en este sentido se asemeja ciertamente a la puesta en común de recursos propia de las actividades empre-

---

(14) *Multisided business models*, párrafos 13 y siguientes. Sin embargo el informe resultante de las acciones 8 a 10 ha incluido una sección en la que clarifica el alcance del trabajo sobre el desarrollo del *Profit Split*, y aclara que el citado ejemplo, pese a referirse a modelos de negocio digitales, puede ser aplicable a otros, no predisponiendo así dicho ejemplo hacia una asociación sistemática entre economía digital y *profit split*. Con ello debe entenderse que el informe borrador de diciembre de 2014 no constituye una referencia esencial para el grupo de trabajo, que está así desarrollando un nuevo documento (*discussion draft*) en sustitución del anterior que someterá a comentarios.

sariales realizadas conjuntamente (*joint venture*), génesis del método de reparto de beneficios en proporción a las contribuciones realizadas. Es decir, se presume que terceros que realizasen conjuntamente un negocio de modo que la contribución simultánea de ambos fuese imprescindible, previsiblemente acordarían repartirse los resultados conjuntos. En este aspecto, debe anotarse que el uso de un método de reparto de beneficios se asentaba en la idea de que ese es el método empleado para fijar los precios y contribuciones *ex ante*<sup>15</sup>.

De ahí nace la eficacia del método de reparto de beneficios para acordar casos de integración sumamente acusados como la integración paralela, de la que se ponen dos ejemplos recurrentemente, tanto en el informe de la acción 1 como en el de las acciones 8 a 10: los negocios de la banca mayorista<sup>16</sup> y los negocios digitales, en particular los *multisided business models* como el descrito.

Los restantes métodos, tienen un ámbito propio de aplicación también en la economía digital. La aplicación de estos podrá ser suplementada por la aplicación corroborativa del método de reparto de beneficios<sup>17</sup>, por ejemplo para calcular precios de operaciones de los que no existen comparables idóneos (por ejemplo, cánones muy específicos para los que es complejo encontrar comparables auténticos) aunque se registren contractualmente por las partes de modo diferente al reparto de beneficios.

---

(15) El uso del método de *Profit Split* como *price setting method* o también como *price testing method* ha sido un debate presente aún hasta en la actualidad. La visión ortodoxa de este método restringía su aplicación a los casos donde las partes efectivamente hubiesen acordado en sus relaciones aplicarlo contractualmente, esto es *ex ante*. Ahora, sin duda ya con la revisión del capítulo VI, es tanto un método con relevancia *ex ante* como *ex post*, en particular para corroborar la aplicación de otros métodos o realizar un *benchmarking* "sintético" en ausencia de comparables idóneos. Por ejemplo, para determinar un canon o un margen neto sobre ventas, a efectos de determinar una política de precios de transferencia, puede analizarse sobre la base de un reparto de beneficios que a continuación se traduce en una de las formas citadas.

(16) *Global trading* de instrumentos financieros.

(17) Llamen la atención diversas referencias contenidas en el informe de las acciones 8 a 10 acerca de la aplicación de métodos de precios de transferencia no basados en comparables, y por ello susceptibles de padecer patologías propias de los métodos de reparto global según fórmulas preestablecidas, que continúan siendo proscritos por las Directrices como métodos no conformes con el espíritu del principio de plena competencia.

Sin embargo, en aquellos casos donde la integración no sea paralela y se puedan encontrar comprobables suficientemente buenos para las funciones realizadas, la aplicación de métodos tradicionales puede ofrecer resultados idóneos, especialmente margen neto del conjunto de operaciones para funciones comerciales, precio libre comparable para licencias de intangibles y coste incrementado para servicios.

## 5. VALORACIÓN FINAL

Los trabajos de la acción probablemente partieron de una fijación de objetivos maximalistas para los que resultaron muy difíciles de consensuar las medidas proporcionadas a la ambición de tales objetivos. Asimismo, los cambios e incidencias en muchos otros aspectos del sistema de fiscalidad internacional, incluidos los precios de transferencias eran tantos que la aplicación práctica resultó a los ponentes de la acción 1 difícil de planificar y prever.

En efecto, en un entorno multijurisdiccional tan sumamente complejo como el actual abordar una revisión de los principios aplicables a la economía digital requería la concertación de acciones que ninguno de los entornos de cooperación actuales, ni la OCDE ni la UE, por ejemplo, son capaces de garantizar.

Con ello la economía digital ha quedado, qué duda cabe, señalada con el estigma de la planificación fiscal agresiva.

Los próximos avances que en este contexto se esperan no invitan al optimismo. En el informe remitido por el Secretariado General a la reunión del G20 en Baden-Baden en marzo de 2017 se incluye una breve nota sobre la agenda fiscal internacional, indicando que se prevé la emisión definitiva del informe sobre la economía digital en 2020, con un informe interino previo en 2018. El aspecto fundamental, considerando la integración de los aspectos de precios de transferencia en este tipo de grupos multinacionales serán las metodologías valorativas de rentas y activos intangibles.

Cabría urgir a la OCDE a acelerar los trabajos de este grupo. No debemos olvidar que desde la emisión del primer informe, en octubre de 2015, la escena fiscal internacional en el seno de la propia OCDE se ha alterado profundamente. Los expedientes de Ayudas de Estado patrocinados por la Comisión de la UE, en especial el referido a Apple e Irlanda, la salida del

Reino Unido de la UE conjuntamente con los planes de reforma tributaria de la Administración Trump en EEUU configuran un orden internacional en lo tributario notoriamente más asimétrico, en el que fraguar consensos va a ser muy complejo. Mantener la incertidumbre hasta 2020 en esta materia no es, en modo alguno, aconsejable.

## **CAPÍTULO II**

### **ACCIÓN 2: NEUTRALIZAR LOS EFECTOS DE LOS MECANISMOS HÍBRIDOS**

*Carlos Concha Carballido  
(PwC Tax & Legal Services)*



## INTRODUCCIÓN

Aun cuando no quepa negar la importancia de la iniciativa BEPS, es justo también reconocer que, en algunos aspectos, BEPS no ha sido tanto una fuerza creadora como un aglutinador de una serie de trabajos e iniciativas que ya venían gestándose.

Antes de que el acrónimo BEPS hiciese fortuna allá por el mes de junio de 2012, y casi un año antes de la publicación del primer informe BEPS en febrero de 2013 (“Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios”), la OCDE ya había publicado un informe de 25 páginas que llevaba por título *“Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance issues”*.<sup>18</sup>

Los híbridos estaban también incluidos en el plan de acción publicado por la Comisión Europea en diciembre de 2012,<sup>19</sup> año en el que los servicios de la Comisión habían lanzado una consulta pública sobre situaciones de doble no-imposición y cómo hacerles frente, en la que los híbridos ocupaban un lugar destacado.<sup>20</sup>

Con estos antecedentes, no sorprende que los mecanismos híbridos fueran objeto de inclusión en el Plan de Acción BEPS, ni que la Acción 2 haya

---

(18) [http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/HYBRIDS\\_ENG\\_Final\\_October2012.pdf](http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf).

(19) *“Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion.”* 6 de diciembre de 2012. COM(2012) 722 final. [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/taxation/tax\\_fraud\\_evasion/com\\_2012\\_722\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/com_2012_722_en.pdf)

(20) *“The internal market: factual examples of double non-taxation cases. Consultation Document”*. Bruselas, TAXUD D1 D(2012). [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/common/consultations/tax/double\\_non\\_tax/consultation\\_paper\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/common/consultations/tax/double_non_tax/consultation_paper_en.pdf)

sido una de las más fructíferas, cuando menos por lo que a la extensión del informe final respecta.

En este documento de trabajo intentaremos, en primer lugar, resumir, de manera necesariamente sucinta, la estructura y contenido del informe final correspondiente a la Acción 2; veremos a continuación cuál ha sido la reacción legislativa, tanto en España como en otras jurisdicciones –incluyendo la “versión europea” de la normativa anti-híbridos– para finalizar con algunas reflexiones sobre las dificultades que plantea la solución propuesta y su incorporación al sistema tributario español.

## **1. LA ACCIÓN 2 DEL PLAN DE ACCIÓN BEPS. EL INFORME FINAL DE OCTUBRE DE 2015.<sup>21</sup>**

Como hemos señalado en la introducción, las asimetrías híbridas, los desajustes híbridos o los mecanismos híbridos –como de manera menos fiel al original inglés, pero indudablemente más eufónica, la OCDE ha decidido traducirlo al español– constituyen una de las áreas del Proyecto BEPS en las que parte del camino ya estaba andado, si no en lo que se refiere a la formulación de propuestas concretas de abordaje del problema, sí al menos en lo relativo a la identificación y categorización del mismo. Seguramente por esto, los principios fundamentales y las recomendaciones sustantivas contenidas en el informe final publicado el 5 de octubre de 2015, ya estaban casi íntegramente contemplados en los borradores publicados en marzo de 2014<sup>22</sup> y en el informe provisional de septiembre de ese mismo año.<sup>23</sup>

El documento final de la Acción 2, como ya lo hacían los borradores que lo precedieron, se estructura en dos partes conexas pero diferenciadas: una primera que contiene recomendaciones para el diseño de disposiciones normativas en el ámbito interno o doméstico; y una parte segunda que com-

---

(21) OCDE (2015), *“Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report”*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>

(22) <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/hybrid-mismatch-arrangements-discussion-draft-domestic-laws-recommendations-march-2014.pdf>;  
<http://www.oecd.org/ctp/treaties/hybrid-mismatch-arrangements-discussion-draft-treaty-issues-march-2014.pdf>

(23) <http://www.oecd.org/ctp/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-9789264218819-en.htm>

plementa a la anterior e incluye propuestas de modificación del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE (en su versión de 2014).

## Parte I

En la primera parte de la Acción 2, las recomendaciones de la OCDE se estructuran en torno a tres categorías de mecanismos híbridos que se definen por el efecto tributario que cada una de ellas produce:

1. *Deducción/ No inclusión (“D/NI”)*: Este tipo de desajuste híbrido tiene lugar cuando el pago hecho por el contribuyente genera un gasto deducible sin que la recepción de dicho pago genere un ingreso ordinario gravable en sede del receptor.

Las diferentes reglas de imputación temporal que puedan aplicar la jurisdicción del pagador y del receptor de la renta no generan por sí mismas un efecto híbrido, aunque el informe final señala que la diferencia puede llegar a considerarse permanente (y quedar, por tanto, alcanzada por las recomendaciones) cuando el contribuyente no pueda acreditar a satisfacción de la administración tributaria que dicho pago será reconocido como ingreso dentro de un marco temporal definido.

“Ingreso ordinario” es aquel ingreso que se encuentra sujeto a imposición de forma efectiva al tipo marginal aplicable en la jurisdicción de residencia del receptor del pago. La existencia de partidas deducibles que minoren la base imponible resultante no desvirtúa su consideración como tal ingreso ordinario.

El concepto de “pago” se define de forma amplia como cualquier cantidad susceptible de ser entregada, lo que incluye aquellos importes devengados que serán objeto de pago efectivo posterior. Excepto cuando explícitamente así se menciona (por ejemplo, en la recomendación 1), la definición de pago no se circunscribe a los de naturaleza financiera, con lo que cánones y pagos por servicios, entre otros, quedarían también alcanzados por las recomendaciones de la OCDE. Se excluyen sin embargo de forma específica las cantidades que solo se entienden pagadas a efectos fiscales, y se cita el ejemplo de las deducciones de interés “nacionales” sobre fondos propios, categoría en la que quedaría encuadrada la reserva de capitalización prevista en el artículo 25 LIS.<sup>24</sup>

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

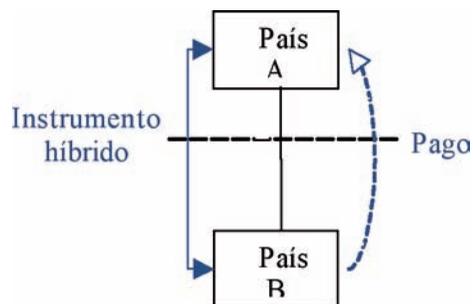
2. *Doble deducción (“DD”)*: En este caso el resultado híbrido es consecuencia de que el pago realizado se considera fiscalmente deducible en más de una jurisdicción.
3. *Deducción/ No inclusión indirecta (“D/NI indirecta”)*: Situaciones en las que un pago no-híbrido desde una jurisdicción tercera se compensa con una deducción generada por un mecanismo híbrido, de forma tal que no se llega a producir una tributación efectiva en sede del receptor. Estamos ante lo que el informe final llama un “híbrido importado”, por cuanto el efecto híbrido se importa a través de una jurisdicción intermedia.

Dentro de estas tres categorías se identifican hasta seis tipologías diferenciadas de mecanismo híbrido que son el objeto de las ocho primeras recomendaciones incluidas en esta Parte I. La estructura de estas recomendaciones es común e incluye: (i) una regla primaria; (ii) una regla secundaria o defensiva (que deberá ser aplicada por otra jurisdicción en ausencia de respuesta primaria); y (iii) el ámbito de aplicación de la recomendación. El documento no recoge una definición única de *hybrid mismatch*, sino que las recomendaciones 1, 3, 4, 6 y 7 contienen otras tantas definiciones específicas, en lo que constituye sin duda una de las mejores evidencias de la complejidad del informe.

Las recomendaciones 9 a 12 incluyen una serie de pautas y recomendaciones para una mejor transposición de las reglas propuestas al derecho interno de los estados (incluyendo recomendaciones para una adopción uniforme y coordinada en el tiempo de las mismas), así como definiciones de términos utilizados a lo largo del informe final.

### 1. Instrumentos financieros híbridos (“Hybrid financial instrument”)

Las recomendaciones 1 y 2 se dirigen a neutralizar los efectos de instrumentos financieros híbridos como los del ejemplo siguiente:

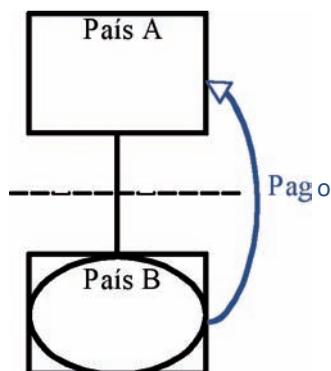


La respuesta primaria que se propone en la recomendación 1 es negar la deducibilidad en sede del pagador (B en el ejemplo) en la medida en que dé lugar a un resultado de D/NI. Si la jurisdicción del pagador permite la deducción, será la jurisdicción del receptor del pago, en aplicación de la regla defensiva, quien deberá hacer tributar el ingreso.

Esta recomendación aplica tanto a instrumentos híbridos como a ‘transmisiones híbridas’ (préstamos de valores, repos y similares), y solo en la medida en que las partes estén vinculadas (se define un umbral de vinculación del 25%) o formen parte de un “*structured arrangement*” (un acuerdo o transacción diseñado para dar lugar a un resultado híbrido).

Por su parte, la recomendación 2 propone medidas adicionales para lidiar con este tipo de asimetrías híbridas. En concreto, se propone que los países que prevén el método de exención como fórmula para eliminar la doble imposición sobre dividendos, no apliquen esta exención a los dividendos que hayan sido deducibles en otra jurisdicción. Al contrario de lo que sucede con otras recomendaciones, en este caso concreto la OCDE propone que la no exención aplique a todos los dividendos y no únicamente a los recibidos de entidades vinculadas o en el seno de un grupo.

## 2. Pagos ignorados hechos por una entidad híbrida (“Disregarded payment made by a hybrid”)



Nos encontramos aquí con otro supuesto de D/NI y la solución propuesta por la OCDE es similar a la que hemos visto en el caso anterior.

La respuesta primaria que se propone en la recomendación 3 es negar la deducibilidad en sede del pagador (B en el ejemplo) en la medida en que

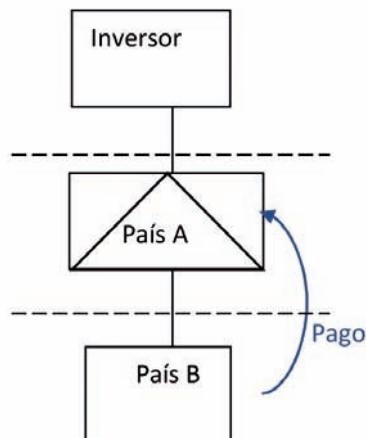
dé lugar a un resultado de D/Ni. Si la jurisdicción del pagador permite la deducción, será la jurisdicción del receptor del pago, en aplicación de la regla defensiva, la que deberá hacer tributar el ingreso.

Para que la recomendación aplique tienen que darse las siguientes condiciones:

1. Que se trate de un “pago ignorado”, esto es, un pago deducible en sede del pagador pero que sin embargo no computa como ingreso gravable para el receptor del mismo;
2. Que provenga de un “pagador híbrido”, que será aquel cuyo tratamiento fiscal por la jurisdicción del receptor de la renta hace que dicho pago sea ignorado. Este sería el caso, por ejemplo, si A considera que B es una entidad en atribución de rentas (transparente).
3. Pagador y receptor han de ser parte de un grupo o, en su defecto, que el pago sea consecuencia de un “structured arrangement”.

La recomendación no resultará de aplicación en la medida en que los ingresos del pagador híbrido también estén tributando en sede del receptor del pago ignorado (lo que el documento denomina *dual inclusion income*).

3. Pagos hechos a un híbrido invertido (“Payment made to a reverse hybrid”)



Como en los casos anteriores, la respuesta primaria prevista en la recomendación 4 para los pagos hechos a un híbrido invertido (*reverse hybrid*)

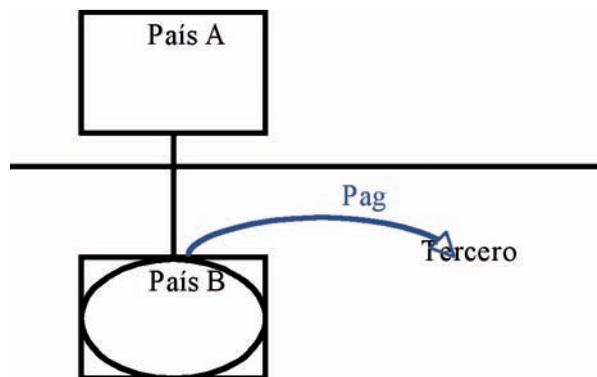
es negar la deducibilidad en sede del pagador en la medida en que dicho pago dé lugar a un resultado de D/NI.

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

La OCDE no ha considerado necesaria una regla defensiva en este caso, pero la recomendación 5 aconseja a los estados la adopción de diversas medidas destinadas específicamente a evitar las situaciones de D/NI producidas por los híbridos invertidos: adopción o, en su caso, mejora de las reglas CFC; limitar la transparencia fiscal de estas entidades en la medida en que tengan inversores no residentes; y mayores obligaciones de suministro de información para este tipo de entidades.

#### 4. Pagos deducibles hechos por una entidad híbrida (*"Deductible payment made by a hybrid"*)

Frente a los anteriores casos de D/NI, nos encontramos aquí con un supuesto de DD, en el que el pago tiene la consideración de deducible tanto para el pagador como para la matriz de este.



La respuesta primaria que se propone en la recomendación 6 es la no deducibilidad de dicho pago en sede de la matriz (País A en el ejemplo), en la medida en que se produzca una situación de DD. De no ser ese el caso, la

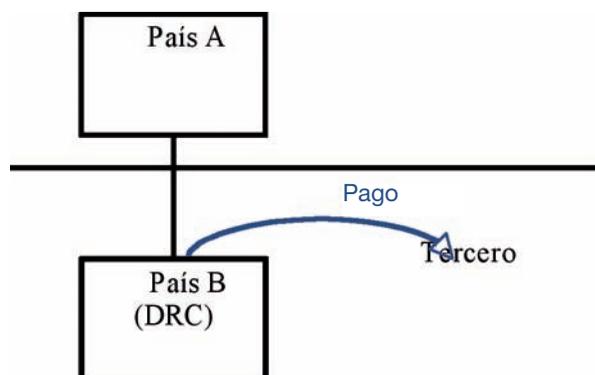
regla defensiva es la no deducibilidad en sede del pagador. La respuesta primaria se propone sin limitación de alcance, en tanto que la regla defensiva aplicará solo en los casos en que las partes (pagador y su socio) pertenezcan a un mismo grupo o el pago forme parte de un *structured arrangement*.

A los efectos de esta recomendación 6, el pago se considera hecho por una entidad híbrida cuando el pagador no tiene la consideración de residente en el país del que proviene el pago (País B) y dicho pago da derecho a una doble deducción de acuerdo con la legislación del país en el que el pagador es residente (País A). Este sería el caso, por ejemplo, si una entidad residente en el País A operase en el País B a través de una sucursal, y el País A utilizase el método de imputación para las rentas derivadas de dicha sucursal.

Alternativamente, el pago se considerará hecho por una entidad híbrida cuando el pagador sea residente en el País del que proviene el pago (País B) y dicho pago dé lugar a una segunda deducción en sede de un socio o inversor del pagador situado en el País A. Este será el caso, habitualmente, cuando el País A considere al pagador como fiscalmente transparente.

Como ocurría en el caso 2) anteriormente descrito, la regla no resultará de aplicación en la medida en que los ingresos de la entidad híbrida califiquen como *dual inclusion income*, esto es, estén también tributando en sede del socio o inversor.

5. *Pagos hechos por una entidad con doble residencia ("Deductible payment made by a dual resident")*



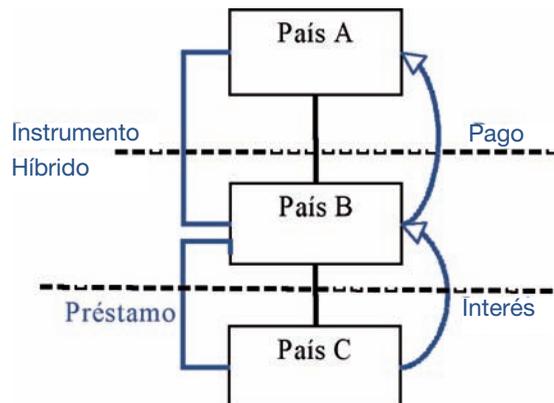
El segundo supuesto de DD es aquel en el que el pagador es considerado residente fiscal de dos o más jurisdicciones:

La recomendación 7 propone, para aquellos pagos que tengan la consideración de deducibles en dos o más de dichas jurisdicciones en las que el pagador es residente, una respuesta primaria consistente en que todas las jurisdicciones en las que el pagador es residente denieguen la deducibilidad de dicho pago.

Como en el supuesto anterior, no se limita el alcance de la recomendación (es decir, aplica con independencia de que haya vinculación o no con el receptor del pago). También como en el supuesto anterior, la regla no resultará de aplicación en la medida en que el pago se esté deduciendo contra *dual inclusión income*.

#### 6. Mecanismos híbridos importados (“Imported mismatch arrangements”)

Por último, la recomendación 8 se refiere a los híbridos importados, que dan lugar a la tercera categoría de mecanismos híbridos: la D/NI indirecta.



Los híbridos importados se definen como aquellos que constituyen un mecanismo híbrido de acuerdo con la legislación de otra jurisdicción, y el efecto de dicho híbrido se “importa” en la jurisdicción del pagador a través de la deducción del pago híbrido contra el ingreso generado por el pago “no híbrido”. En el ejemplo que aparece arriba, vemos que efecto D/NI generado por el pago híbrido entre el País A y el País B surte efectos en el País C, que no es parte (directamente) del mecanismo híbrido, convirtiendo el pago hecho por este último en un pago híbrido importado.

La regla primaria contenida en la recomendación 8, es que la jurisdicción del pagador (en este caso, el País C) niegue la deducibilidad del pago híbrido

importado. La recomendación solo resultará de aplicación cuando las entidades involucradas formen parte de un grupo o cuando el pago sea consecuencia de un *structured arrangement* del que el pagador sea parte. No se prevé una regla secundaria o defensiva.

## Parte II

La segunda parte del informe correspondiente a la Acción 2, mucho más breve (apenas 20 páginas de las 459 que tiene el documento completo), incluye tres capítulos con una serie de recomendaciones tendentes a evitar que los instrumentos y entidades híbridas sean utilizados para obtener, de forma inapropiada, los beneficios previstos en Convenios de Doble Imposición.

Se hace en primer lugar referencia a las entidades con doble residencia y a la propuesta contenida en la Acción 6, consistente en abandonar la sede de dirección efectiva como criterio exclusivo para dirimir situaciones de doble residencia para tomar también en consideración “otros factores relevantes”, tales como el lugar de constitución. Se admite, no obstante, que esta modificación puede no ser suficiente para evitar los problemas derivados de la existencia de sociedades con residencia dual, por lo que se sugiere a los estados que valoren la introducción de una norma específica en su legislación interna que considere no residentes a aquellas entidades que, por aplicación de un Convenio de Doble Imposición, sean consideradas residentes en otro estado.

La OCDE propone también ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de los Convenios de Doble Imposición (Artículo 1. Personas comprendidas), incluyendo a las entidades transparentes. Los cambios propuestos están en línea con los principios rectores del informe sobre sociedades de personas publicado por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE en 1999,<sup>25</sup> que se incorporan en buena parte al comentario del Convenio Modelo, extendiendo su aplicación a todo tipo de entidades transparentes.

Por último, la OCDE reconoce la necesidad de asegurar una adecuada coordinación entre las recomendaciones de la primera parte del informe y el Modelo de Convenio Tributario.

---

(25) OCDE (1999), “*The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*”.

## 2. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA: LOS MECANISMOS HÍBRIDOS EN LA LEY 27/2014

Desde el inicio del Proyecto BEPS la OCDE ha venido insistiendo en la conveniencia de una adopción coordinada y –en lo posible- uniforme de las recomendaciones emanadas de las distintas acciones. Por lo que se refiere a la Acción 2 en particular, se manifiesta de forma expresa (véase la recomendación 9) la necesidad de que los estados actúen de forma coordinada en la adopción de las distintas medidas propuestas; coordinación tanto en la forma de implementación como en el tiempo.

Esta llamada ha tenido una acogida desigual, en parte, probablemente, porque la situación de partida en los distintos países tampoco era la misma. Así, mientras que algunas jurisdicciones ya contaban con normas anti-híbridos (valga citar, a modo de ejemplo, las normas sobre doble utilización de pérdidas estadounidenses, conocidas como *“Dual Consolidated Loss rules”*), otros, como es el caso de España, no las tenían y han considerado oportuno introducirlas sin más demora. La aprobación de una nueva ley del Impuesto sobre Sociedades en nuestro país constituía una ocasión propicia para ello.

La exposición de motivos de la LIS, al enumerar los objetivos que han guiado la reforma del impuesto, alude al Plan de Acción BEPS como *“una herramienta fundamental de análisis del fraude fiscal internacional”*. *“En ese marco –prosigue– la presente reforma anticipa medidas encaminadas a este objetivo, como es el caso del tratamiento de los híbridos.”*

Este tratamiento de los híbridos en nuestra LIS se concreta específicamente en la introducción del nuevo artículo 15j), pero también se enmarcan dentro de las propuestas de la Acción 2 algunas de las novedades introducidas en la regulación de la doble imposición económica internacional.<sup>26</sup>

### 1) No deducibilidad de pagos híbridos

La Exposición de Motivos de la Ley 27/2014 destaca *“la inclusión de una norma sobre operaciones híbridas, entendiendo como tales aquellas que*

(26) No serán objeto de discusión en este documento las modificaciones introducidas en relación con el tratamiento fiscal de los préstamos participativos y de determinados instrumentos financieros con una consideración mercantil diversa de la contable. Pese a que pueden responder a una finalidad similar a la del artículo 15.j), no estamos propiamente ante mecanismos híbridos en el sentido de la Acción 2.

*tienen distinta calificación fiscal en las partes intervinientes*". La referencia es inequívoca a la letra j) del artículo 15 LIS, que considera no deducibles aquellos gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una dispar calificación fiscal en estas, no generen ingreso o dicho ingreso esté exento o sometido a una tributación nominal inferior al 10 por ciento.

La norma parece responder a la respuesta primaria propuesta por la OCDE para la primera tipología de híbridos arriba mencionada (instrumentos financieros híbridos), pero haciéndola extensiva a todo tipo de pagos, y no solo a los de naturaleza financiera. Pese a que se ha sugerido<sup>27</sup> que una interpretación amplia del artículo 15j) LIS podría servir para dar la respuesta primaria a otros supuestos de D/NI, en los que el efecto híbrido viene determinado no por el instrumento sino por las entidades intervinientes, nos parece que la dicción literal del precepto se compadece mal con dicha interpretación expansiva. Entendemos que cuando la norma habla del efecto híbrido *"como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas"* se está refiriendo a la calificación fiscal de la operación no de la persona o entidad vinculada. En cualquier caso, podrá discutirse si la calificación fiscal diferente se predica de la operación o de la entidad contraparte, pero difícilmente podrá referirse a ambas según convenga.

El artículo 15j) LIS tampoco incluye mecanismos de reacción a los híbridos importados, ni la respuesta defensiva para hacer frente a situaciones DD.

## 2) Eliminación de la doble imposición

En este ámbito, dos son las novedades introducidas por la LIS directamente relacionadas con los mecanismos híbridos.

La primera de ellas se encuentra recogida en el artículo 21.1 y se concreta en la no aplicación de la exención a los dividendos y participaciones en beneficios recibidos por un contribuyente español cuando su distribución haya generado un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora.

La expulsión de estos dividendos del régimen de exención supone la adopción en nuestro ordenamiento jurídico de la recomendación 2.1 de la

---

((27) SANZ GADEA, "Recetas para neutralizar los efectos perniciosos de los híbridos". Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad 4/2014. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

Acción 2 de BEPS, a la vez que se da cumplimiento a lo requerido por el artículo 4.1(a) de la Directiva Matriz-Filial.<sup>28</sup>

La norma interna se refiere de forma específica a dividendos que han devenido fiscalmente deducibles en origen como consecuencia de su distribución. Entendemos, por tanto que no han de verse alcanzados los dividendos recibidos de sociedades residentes en jurisdicciones que apliquen algún tipo de deducción nocial sobre los fondos propios (como pueda ser el caso de Bélgica o Italia). Esta interpretación es consistente con las recomendaciones de la Acción 2, que vincula la noción de híbrido a la existencia de un “pago”.

La segunda modificación operada por la reforma de la LIS en relación con los instrumentos híbridos se encuentra en el artículo 32.2.2º, que veda la aplicación de la deducción para evitar la doble imposición económica internacional al receptor de los dividendos cuando, en virtud de un contrato que verse sobre los valores de los que aquellos proceden, deban ser objeto de entrega a otra entidad, registrando un gasto al efecto. Será esta otra entidad, beneficiario económico del dividendo, la que podrá, en su caso, aplicar la deducción. Idéntica solución se ha adoptado en el régimen de exención y, en consecuencia, el artículo 21.2.3º LIS también reserva la posibilidad de aplicar la exención sobre dividendos al titular económico de los mismos.

Debemos reseñar también, por último, la modificación introducida por la Ley 16/2013, de 29 de octubre, en relación con el régimen de tributación de las rentas obtenidas a través de establecimientos permanentes en el extranjero. Nos referimos concretamente a la no deducibilidad de las rentas negativas obtenidas a través de estos establecimientos permanentes, salvo en el caso de transmisión o cese del mismo, que actualmente queda recogida en los artículos 22.1 y 31.4 LIS. Pese a ser anterior en el tiempo a los primeros documentos de la Acción 2 (y a que es probable que su nacimiento no respondiera a una voluntad del legislador de luchar contra los mecanismos híbridos), consideramos oportuna su mención aquí en la medida en que responde a la regla primaria propuesta por la recomendación 6 para situaciones DD causadas por pagos efectuados por un pagador híbrido.

---

(28) Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, en la redacción dada por la Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio.

### 3. DERECHO COMPARADO

#### 3.1. UNION EUROPEA: LOS HÍBRIDOS EN LA DIRECTIVA ANTI-ABUSO

La Directiva anti-abuso<sup>29</sup>, también conocida como ATAD (por sus siglas en inglés), presentada por la Comisión en enero de 2016 y aprobada por el Consejo en julio de ese mismo año, constituye un compendio de medidas que buscan dar cumplimiento a una de las actuales prioridades políticas de la Unión en materia de fiscalidad internacional: que los impuestos se paguen allí donde se generan valor y beneficios.

Con este propósito, se incluyen en la ATAD algunas de las recomendaciones emanadas del Plan de Acción BEPS, por ejemplo en materia de deducibilidad de gastos financieros o de híbridos, pero también otras medidas no-BEPS, tales como la regulación de la imposición de salida (o *exit tax*).

Por lo que se refiere al tratamiento de las asimetrías híbridas, que es la terminología adoptada en la Directiva, la propuesta inicial de la Comisión distinguía entre entidades híbridas e instrumentos híbridos y en ambos casos mandataba que prevaleciese la caracterización legal otorgada por el estado en el que el pago tenía su fuente como solución para eliminar el efecto híbrido. Sin embargo, la versión finalmente aprobada adoptó un enfoque diferente, más en la línea de la Acción 2, pero estableciendo una regulación extremadamente sucinta que se podía resumir como sigue:

1. En los casos en los que el híbrido diera lugar a una DD, el pago solo sería deducible en el Estado miembro en que aquel tuviera su origen.
2. En los supuestos de D/NI, el Estado miembro del pagador consideraría el pago no deducible.

Esta primera “versión UE” de la normativa anti-híbridos presentaba unos perfiles relativamente bien definidos:

---

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

- El ámbito de aplicación se circunscribía a las asimetrías híbridas surgidas entre Estados miembros. Las asimetrías con terceros países, así como las que involucraban a establecimientos permanentes, dentro o fuera de la Unión, quedaban fuera del ámbito de la Directiva.
- Como señalábamos anteriormente, la norma incluida en la ATAD original alcanzaba tanto a supuestos de D/NI como a los de DD. Con carácter general, la Directiva incorporaba la respuesta primaria propuesta por la OCDE en las 4 primeras tipologías de asimetrías híbridas pero no se contemplaban, por el contrario, las entidades con doble residencia ni los híbridos importados.
- La Directiva no preveía reglas defensivas, presumiblemente porque una trasposición armonizada por parte de los 28 Estados miembros las debiera hacer innecesarias en el ámbito UE.

En cualquier caso, las cuatro líneas que ocupaba el artículo 9 de la ATAD contrastaban con las 450 páginas del documento final de la Acción 2, y así, en el ECOFIN de julio de 2016 en el que se aprobó la Directiva, los Estados miembros solicitaron a la Comisión Europea que presentase una nueva propuesta legislativa que regulase las asimetrías híbridas con terceros países y que fuese, cuando menos, tan eficaz como las reglas propuestas por la Acción 2. Cumpliendo con este mandato, la Comisión presentó su propuesta en octubre de 2016 y el 29 de mayo de 2017 el Consejo de la Unión Europea aprobaba la ATAD II (en puridad, una modificación de la Directiva 2016/1164), –a la fecha de finalización de este documento, estaba pendiente de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea– con la que podemos decir que la Acción 2 ha entrado a formar parte del acervo comunitario, hasta el punto de señalarse en los considerandos introductorios que “al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros deben recurrir a las explicaciones y los ejemplos aplicables al informe sobre la acción 2 del proyecto BEPS de la OCDE como fuente de ilustración o interpretación en la medida en que sean coherentes con las disposiciones de la presente Directiva y del Derecho de la Unión.”

De esta forma, la ATAD II ha expandido la definición de asimetría híbrida que, además de las situaciones de doble deducción y de deducción/ no inclusión, incluye ahora también las asimetrías derivadas de operaciones con establecimientos permanentes, transferencias híbridas, híbridos importados, híbridos invertidos y, finalmente, asimetrías híbridas derivadas de situaciones de doble residencia fiscal.

Asimismo, mientras que el alcance de la ATAD se circunscribía a las asimetrías híbridas entre Estados miembros, la ATAD II resulta también de aplicación a situaciones que involucren a terceros países (por ejemplo, híbridos importados o transacciones con establecimientos permanentes en la UE de un residente en un país tercero).

Las disposiciones de la ATAD II deberán ser incorporadas al derecho interno de los EE.MM. antes del 1 de enero de 2020, para ser aplicables a partir de esa fecha.<sup>30</sup>

### 3.2. SITUACIÓN EN OTROS PAÍSES

España no es la única jurisdicción que ha incorporado en su legislación medidas tendentes a neutralizar el efecto fiscal de los híbridos. En las líneas que siguen, trataremos de esbozar el paisaje legislativo en algunos de los países más relevantes de nuestro entorno:

#### Alemania

Desde el año 2012, Alemania cuenta en su normativa reguladora del régimen de *participation exemption* con el conocido como “principio de correspondencia” –incorporado en 2014 a la Directiva Matriz-Filial-, esto es: la no aplicación de la exención a aquellos dividendos que hayan sido fiscalmente deducibles en sede del pagador.

En 2014, se planteó la aprobación de una norma anti-híbridos con una estructura y alcance similar al artículo 15.j) LIS, pero la propuesta fue abandonada. En la actualidad un grupo de trabajo con participación del gobierno federal y los estados federados está preparando una nueva propuesta legislativa que se espera se dé a conocer a final del verano.

Alemania cuenta desde hace años con normas que limitan el doble aprovechamiento de gastos. La previsión es que la nueva norma anti-híbridos incorpore estas reglas, adaptándolas en lo necesario.

---

(30) Como excepción, los EE.MM. tendrán hasta 31 de diciembre de 2021 para trasponer la regla sobre híbridos invertidos, que requiere la tributación de la renta obtenida por este tipo de entidades en la medida en que dicha renta no tribute de otra forma con arreglo a las leyes del Estado miembro de constitución ni de ninguna otra jurisdicción.

## Francia

Aunque no se trata propiamente de una regla anti-híbridos, Francia introdujo en 2013 una regla que limita la deducibilidad de intereses en los casos en los que el prestamista vinculado no está sujeto a una tributación equivalente al menos al 25% de la que correspondería de acuerdo con la legislación francesa. Asimismo, con efectos 1 de enero de 2015, Francia no aplica la exención a los dividendos recibidos que hayan sido deducibles en sede del pagador.

## Italia

Desde hace varios años, la norma italiana requiere para la aplicación de la exención sobre dividendos que estos hayan sido no deducibles en su totalidad. Aplicada a casos como el de los *juros sobre capital próprio* brasileños, la norma italiana no respeta el principio de proporcionalidad y puede dar lugar a situaciones de doble imposición.

## Reino Unido

El gobierno británico propuso ya en 2016 una detallada legislación anti-híbridos que implementaba de manera completa las recomendaciones de la Acción 2 y que suponía la derogación de la legislación anti-arbitrage aprobada en 2010. Pese a que estaba prevista su inclusión en la ley de presupuestos para 2017, la convocatoria de elecciones generales el 8 de junio motivó que se acelerará la tramitación parlamentaria de los presupuestos y la normativa anti-híbridos no ha sido, finalmente, aprobada.

## México

Desde el año 2014, los intereses, cánones y pagos por asistencia técnica satisfechos a vinculados no residentes no son deducibles cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- a) que el receptor de la renta sea una entidad transparente cuyos miembros no estén sujetos a imposición en esa jurisdicción;
- b) que la jurisdicción en la que reside el receptor ignore el pago; o
- c) que el pago no se considere gravable para el receptor de acuerdo con las disposiciones fiscales que le sean aplicables.

Adicionalmente, no son deducibles los pagos realizados a vinculados cuando dichos pagos también son deducibles para la persona o entidad vin-

culada, salvo que ésta incluya el ingreso en la base imponible del mismo ejercicio o en uno posterior.

## Japón

Japón cuenta con un régimen de *participation exemption* similar al de muchos países europeos, en el que el 95% de los dividendos recibidos de filiales extranjeras está exento de tributación siempre que se cumplan determinados requisitos de tenencia y antigüedad de la participación. A raíz de una modificación operada en 2015, la exención ha dejado de ser aplicable a los dividendos recibidos en la medida en que hayan sido fiscalmente deducibles en la jurisdicción del pagador. Al igual que sucede en España o Alemania, la nueva regla se aplica de forma proporcional en los casos en los que el dividendo es parcialmente no deducible en origen.

## Australia

Las normas de subcapitalización australianas incorporan reglas precisas para clasificar fiscalmente como deuda o capital los instrumentos financieros emitidos por contribuyentes australianos y determinar, en consecuencia, la deducibilidad de los rendimientos satisfechos.

En octubre de 2014 Australia modificó su régimen de *participation exemption* para incorporar los mismos criterios de clasificación deuda-capital que regían para las normas de subcapitalización.

Así, son dividendos a efectos fiscales y, en consecuencia, exentos, los rendimientos recibidos por la tenencia de instrumentos que tengan la consideración de fondos propios a efectos fiscales australianos. Y, de la misma manera que para denegar la deducibilidad del gasto es irrelevante el tratamiento fiscal en sede del receptor, para decretar la exención del ingreso no se tiene en consideración la calificación fiscal en la fuente.

El gobierno australiano anunció en marzo de 2016 su propuesta para incorporar a la legislación interna las reglas anti-híbridos propuestas por la OCDE/G20. Se trata de una propuesta normativa claramente inspirada en la británica y, como ésta, incorpora la práctica totalidad de las recomendaciones de la Acción 2, incluyendo normas específicas destinadas a no dejar exentos aquellos pagos que hayan tenido la consideración de gasto deducible en origen. La fecha de entrada prevista de la legislación es enero de 2018, pero hasta entonces tendremos en la norma australiana un pequeño recordatorio de que la coherencia –uno de los leit-motiv de BEPS- también puede generar híbridos.

#### **4. VALORACIÓN DE LA MEDIDA Y PROPUESTAS DE ADAPTACIÓN DE LA NORMA ESPAÑOLA**

A pesar de su extensión (o precisamente por ello) el informe final de la Acción 2 deja numerosas cuestiones sin resolver, generando complejidad e incertidumbre en cuanto a la implementación y aplicación de las distintas recomendaciones. Esto es especialmente cierto en lo que atañe a la recomendación sobre híbridos importados, cuya aplicación requiere no solo un conocimiento detallado de la normativa fiscal de la propia jurisdicción y de la jurisdicción de la contraparte, sino también de la de terceros países. Albergamos por ello dudas acerca de la capacidad de contribuyentes y administraciones tributarias para aplicar con la mínima certidumbre exigible el conjunto de las recomendaciones propuestas por la OCDE. El hecho de que el tratamiento tributario de una determinada renta venga determinado por la fiscalidad aplicable a esa misma renta en una jurisdicción foránea, generará también dificultades para el adecuado control jurisdiccional de las actuaciones administrativas, con la consiguiente merma de seguridad jurídica.

Son varios ya los países que cuentan con normas anti-híbridos, algunas de las cuales preceden a BEPS, y no todos las modificarán para adoptar las recomendaciones de la Acción 2. Lo previsible es que los estados asuman aquellas recomendaciones que mejor sirvan a sus objetivos de política tributaria y que sean capaces de administrar de forma mínimamente eficaz.

Por último, casi nadie duda de que la adopción de las recomendaciones de manera no uniforme por los distintos países generará, inevitablemente, situaciones de doble imposición en el seno de grupos multinacionales que, ya hoy, soportan unos niveles de tributación efectiva bastante más altos de lo que podríamos pensar. Un estudio elaborado por los profesores AVI-YONAH y LAHAV, con datos financieros del periodo 2001-2010, concluyó que la tasa de gravamen efectiva de las 100 mayores empresas estadounidenses se situó en la primera década del siglo XXI en el 30%, mientras que la tributación efectiva de las 100 mayores empresas europeas en ese mismo periodo estaría en el entorno del 34%.<sup>31</sup>

---

(31) Avi-Yonah, Reuven S. and Lahav, Yaron, "The Effective Tax Rate of the Largest US and EU Multinationals" (2011). *Law & Economics Working Papers*. Paper 41.

La doble imposición es un obstáculo para el comercio internacional y para la expansión de las relaciones económicas entre los distintos países. Desde esta perspectiva, la eliminación de la doble imposición no es un fin en sí mismo, sino una herramienta más al servicio de la justicia tributaria y del comercio internacional como motor del desarrollo económico. Por la misma razón, la lucha contra el fenómeno BEPS no debería tampoco olvidar que la inversión privada y los movimientos internacionales de capitales, personas y tecnologías, son instrumentos clave para el progreso social y económico, muy particularmente de los países en vías de desarrollo.

Seguridad jurídica, simplicidad en la interpretación y aplicación de las normas, y contribución a la competitividad de la economía y la empresa española son también los principios que deberían inspirar cualquier normativa anti-híbridos en nuestro país. En este sentido, creemos que cualquier revisión de la normativa española en esta materia debería tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) El artículo 15.j) LIS supone una adopción parcial de las recomendaciones emanadas de la Acción 2, limitada a determinadas situaciones de D/NI. No obstante, y quizás fruto de la celeridad con que fue incorporada a nuestra legislación, la norma adolece de falta de claridad en algunos puntos. Así, entendemos que sería deseable que se clarificase el ámbito de aplicación concreto de la medida y las situaciones que quedan alcanzadas (instrumentos híbridos con resultado de D/NI).
- b) La incorporación de la respuesta primaria para situaciones de D/NI causadas por entidades híbridas, esto debería hacerse de forma expresa, concreta y separada.
- c) Algunas de las propuestas contenidas en la Acción 2, como por ejemplo, la recomendación sobre híbridos importados, serán extremadamente onerosas de aplicar para los contribuyentes y de muy difícil control por parte de la administración tributaria. En consecuencia, tememos que su incorporación devenga en una mayor inseguridad jurídica sin aportar beneficios tangibles en términos de lucha contra la evasión fiscal. Dicho esto, y en la medida en que su incorporación a nuestra normativa se hace obligada como consecuencia de la aprobación de la ATAD II, abogamos, cuando menos,

porque dicha trasposición se plantee con la antelación necesaria y con la participación de los administrados.

- d) Se hace imprescindible la introducción de reglas de coordinación y prelación, para impedir que la aplicación concurrente de dos legislaciones distintas dé lugar a situaciones de doble imposición.
- e) Por último, resulta, en nuestra opinión, urgente la revisión y mejora del régimen de entidades en atribución de rentas constituidas en el extranjero. La situación actual, con una regulación difusa y una posición administrativa titubeante, es claramente insatisfactoria y no se compadece con las líneas maestras de la Acción 2 en lo que al tratamiento de entidades transparentes se refiere.



## **CAPÍTULO III**

### **ACCIÓN 3: DISEÑAR NORMAS DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL EFICACES**

*Carlos Concha Carballido y M<sup>a</sup> del Mar Sánchez Mercader  
(PwC Tax & Legal Services)*



## 1. INTRODUCCIÓN

Atendiendo a la finalidad de la iniciativa BEPS (“Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios”), difícilmente se habría podido entender completada la tarea sin una acción dedicada al diseño de normas de transparencia fiscal internacional eficaces.

Si bien es cierto que las normas sobre transparencia fiscal internacional (“*controlled foreign company*” o “CFC”) han sido ampliamente aceptadas e introducidas por un gran número de jurisdicciones desde su introducción en 1962 por Estados Unidos (en particular, la legislación de 30 de los países participantes en el Proyecto BEPS contempla dichas normas), debe también señalarse que las citadas normas no siempre se han adaptado a los cambios que han ido aconteciendo en el contexto internacional, comercial y empresarial, lo que ha derivado en la ineficacia de muchas de éstas para abordar el problema BEPS.

Considerando lo anterior, la Acción 3 plantea una serie de consideraciones y recomendaciones relativas a los pilares fundamentales que deben conformar la normativa CFC y que otorgarían a la misma una eficacia suficiente que permita combatir el traslado de beneficios y el diferimiento a largo plazo de los tributos; ello atendiendo al contexto internacional actual.

Dichas recomendaciones serán de utilidad tanto para aquellas jurisdicciones que no hayan implementado aún las normas CFC, de modo que podrán introducirlas directamente en su legislación observando estas propuestas, como para aquellas otras que ya dispongan de la correspondiente regulación pero pretendan actualizarla e incrementar su eficacia.

Las consideraciones y recomendaciones contenidas en el documento final de la Acción 3 han sido elaboradas de un modo amplio con vistas a que

puedan compatibilizarse con las políticas que, en cada jurisdicción, motiven la adopción de las normas CFC; a este respecto se han considerado tanto aquellas políticas de carácter general como aquellas otras que obedecen a la configuración específica de cada sistema tributario individual. Por ello, dichas recomendaciones presentan la flexibilidad necesaria para poder satisfacer por igual las bases generales que deben guiar la adopción de las normas CFC así como aquellas consideraciones de carácter más específico que deseen tomar en cuenta los países para adaptar la aplicación de estas normas a su sistema tributario.

A lo largo de este documento intentaremos, en primer lugar, resumir el contenido del informe final correspondiente a la Acción 3; veremos a continuación cuál es la situación legislativa en España, en la Unión Europea, así como en algunos países de nuestro entorno, para finalizar con algunas consideraciones críticas y propuestas de adaptación de la norma española.

## **2. LA ACCIÓN 3 DEL PLAN BEPS. EL INFORME FINAL DE OCTUBRE DE 2015**

El documento final de la Acción 3 dedica sus primeras páginas a realizar una serie de consideraciones generales sobre la política que debe sustentar la introducción de las normas CFC.

A estos efectos, distingue entre aquellos principios y objetivos que derivan de la política común que debe guiar a todas las jurisdicciones para introducir estas normas, y aquellos otros principios que responden a adaptaciones de dicha política general atendiendo a las peculiaridades del sistema tributario que rija en cada jurisdicción.

Determinado lo anterior, el documento dedica cada uno de los siguientes capítulos a definir los distintos pilares que deben conformar las normas CFC atendiendo a la siguiente sistemática:

- a) Definición de CFC.
- b) Excepciones aplicables a las CFC y determinación de umbrales impositivos.
- c) Definición de rentas CFC.
- d) Cómputo de rentas.
- e) Atribución de rentas.
- f) Prevención y eliminación de la doble imposición.

## 2.1. OBJETIVOS DE LAS NORMAS CFC Y CONSIDERACIONES SOBRE LA POLÍTICA FISCAL

Como es sabido, las normas CFC persiguen evitar que los contribuyentes erosionen la base imponible en su país de residencia (y, en algunos casos, también en otros países) trasladando sus rentas a una entidad residente en una jurisdicción distinta; alternativamente o complementando lo anterior, dichas normas se emplean por determinadas jurisdicciones para evitar el diferimiento a largo plazo de impuestos.

Con carácter general, estas normas, en sus distintas configuraciones, comparten objetivos de política tributaria tales como: (i) su papel como medida disuasoria, (ii) su rol complementario a las normas sobre precios de transferencia, (iii) la búsqueda del equilibrio entre su eficacia y la carga administrativa asociada a su implementación, y (iv) una aplicación efectiva de las mismas que, sin embargo, no genere supuestos de doble imposición.

Respecto a lo anterior, nos detenemos únicamente para precisar aquí que el rol complementario de las normas CFC y las normas sobre precios de transferencia implica, con carácter general, que estas últimas aplicarán en primer lugar seguidas de la correspondiente aplicación, en su caso, de las normas CFC.

En este sentido, cabe la posibilidad de que se hayan imputado correctamente determinadas rentas a una entidad calificada como CFC atendiendo al pertinente análisis de precios de transferencia y, sin embargo, dichas rentas queden también sujetas a las normas CFC. Esto podría tener cabida, por ejemplo, en situaciones en que se impute un rendimiento por financiación a una entidad con un bajo perfil funcional residente en una jurisdicción de baja tributación.

Si bien las consideraciones anteriormente indicadas son comunes a la mayoría de países, existen también -como ya hemos apuntado- diferencias entre las distintas jurisdicciones atendiendo principalmente a las particularidades del sistema tributario vigente en éstas. Así, el documento final de la Acción 3 prevé la posibilidad de que el diseño de las normas CFC varíe atendiendo a las dos siguientes circunstancias: (i) existencia de un sistema territorial *versus* un sistema de inclusión de renta mundial, y (ii) pertenencia o no de la correspondiente jurisdicción a la Unión Europea.

En cuanto respecta a la primera de estas circunstancias, resulta lógico concluir que aquellos sistemas de carácter territorial debieran, *a priori*, adoptar una visión más limitada de la aplicación de las normas CFC en la medida en que éstas sólo estarían facultadas para gravar aquellas rentas que, en cualquier caso, habrían sido objeto de tributación en la correspondiente jurisdicción atendiendo a su principio de territorialidad.

En relación con la consideración de la correspondiente jurisdicción como Estado miembro de la Unión Europea, el documento final ya indica que las recomendaciones allí contenidas pretenden ser conformes con el Derecho de la Unión Europea de modo que éstas puedan ser aplicadas por la totalidad de las jurisdicciones participantes en el Proyecto BEPS sin interferir con la debida observación del Derecho comunitario y, en particular, con las libertades contempladas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Asimismo, en aquellos casos en que las recomendaciones prevén una mayor flexibilidad, los Estados miembros deberán asegurarse de configurar éstas de un modo tal que sean conformes con el citado Derecho de la Unión. En particular, el documento final señala los siguientes aspectos como aquéllos que podrían ser considerados por los distintos Estados miembros al objeto de cumplir con la legislación comunitaria:

- incluir un análisis de sustancia que implique la exclusiva aplicación de las normas CFC cuando la entidad participada no esté involucrada en el desarrollo de actividades económicas;
- aplicar dichas normas CFC a las entidades participadas que residan no solamente en el extranjero sino también en el mismo estado que el contribuyente sujeto a la aplicación de dichas normas;
- aplicar las citadas normas a operaciones que tengan un carácter artificial;
- diseñar las normas de modo tal que aseguren la correcta distribución de la potestad tributaria.

## **2.2. DEFINICIÓN DE CFC**

La delimitación de qué debe calificarse como una CFC pasa por definir los dos siguientes aspectos: (i) el tipo de entidad que puede considerarse CFC, y (ii) el grado de influencia o control que el contribuyente debe ejercitar sobre ésta para considerarla una CFC.

Por lo que se refiere al tipo de entidad que cabría calificar como potencial CFC, la recomendación planteada en la Acción 3 es la de incluir no solamente a sociedades de capital sino también a sus establecimientos permanentes en el extranjero y a entidades en régimen de atribución de rentas; ello siempre que dichos establecimientos permanentes y entidades generen rentas que susciten la problemática propia de las normas CFC y ésta no quede solucionada mediante la aplicación de otra medida prevista en la legislación doméstica correspondiente. Adicionalmente, la recomendación va más allá y sugiere la inclusión como CFC de entidades híbridas empleadas en estructuras que persigan evitar la aplicación de estas normas.

Respecto al grado de influencia o control que el contribuyente debe ejercitar sobre la CFC para que resulten de aplicación las correspondientes normas, la recomendación es que las jurisdicciones apliquen, al menos, un doble test alternativo de control legal y económico de modo que baste el cumplimiento de una de las dos circunstancias para entender que existe dicho control. Asimismo, las recomendaciones prevén la posibilidad de incluir (i) bien un test relativo a la existencia de un control *de facto* que impida la inaplicación de las normas CFC por no concurrir las circunstancias formales que permiten definir objetivamente la existencia de control, (ii) bien la consideración de que existe un grado suficiente de influencia o control cuando existe obligación de consolidar la entidad extranjera correspondiente atendiendo a la normativa contable (por ejemplo, *IFRS*).

En cuanto respecta al control legal, éste debe entenderse como el porcentaje sobre el capital de la entidad extranjera poseído por el contribuyente y que permite determinar el porcentaje de derechos de voto en dicha entidad. Por su parte, el control económico se centra en el derecho a los beneficios generados por la entidad correspondiente así como al capital y a los activos de ésta en determinadas circunstancias, como puede ser la liquidación de la entidad.

La Acción 3 propone situar el umbral de control en el 50%; si bien se faculta a los países para que fijen umbrales menores de control en la medida en que éstos deseen adoptar un alcance más amplio de las normas.

Por su parte, el control *de facto* hace referencia a supuestos en que la CFC es, de algún modo, gestionada recurrentemente por el contribuyente correspondiente; en este mismo sentido, cabría también atender a la posible existencia de acuerdos contractuales entre el contribuyente y dicha en-

tividad, o los accionistas de ésta, que permitan ejercer una determinada influencia significativa sobre la misma. Este tipo de control implica una mayor carga administrativa y de prueba en la medida en que precisa del análisis detallado de los hechos y circunstancias vigentes y carece del carácter más automático que presentan las restantes tipologías de control señaladas en este documento.

Adicionalmente, existirá una situación de control cuando se actúe de modo conjunto por varios contribuyentes, cada uno de los cuales posee una participación minoritaria en la CFC. A este respecto, el documento final propone hasta tres alternativas para determinar si existe tal actuación concertada y, por ende, tal control:

- Analizar si, atendiendo a las circunstancias, existe una actuación conjunta por parte de los accionistas minoritarios sobre la CFC. A estos efectos, debe agregarse la participación de cada accionista en la entidad para determinar si existe o no control suficiente.
- Analizar la relación existente entre los distintos accionistas minoritarios. Si, por ejemplo, la norma prevé el cómputo conjunto de los porcentajes poseídos por entidades relacionadas con el contribuyente, ello haría innecesaria la inclusión de la alternativa mencionada en primer lugar.
- Analizar la existencia de un grupo concentrado de accionistas de la CFC residentes en una misma jurisdicción. Si bien el documento final recoge esta alternativa, también indica que la misma no necesariamente muestra la existencia de una actuación conjunta por parte de dichos accionistas y, por tanto, no resulta tan apropiada para valorar la existencia de control.

A efectos de implementar cualquiera de las tres alternativas indicadas, las recomendaciones plantean la posibilidad de computar no sólo la participación en manos de accionistas residentes en la misma jurisdicción sino también por aquellos otros residentes en el extranjero si bien, en este último caso, la tributación en sede del contribuyente debería limitarse a su participación real en la CFC (al margen de la participación agregada que pudiera resultar al considerar a los restantes accionistas no residentes).

Asimismo, las recomendaciones son claras al señalar que las normas CFC deben considerar tanto el control directo como el de carácter indirecto.

Por último, el documento final deja a las jurisdicciones la posibilidad de elegir el momento en que dicho control debe verificarse, ya sea al final del período impositivo del contribuyente o, asumiendo una postura más conservadora, en cualquier momento del citado período. Asimismo, indica que la existencia de tal control por parte de contribuyentes residentes en una jurisdicción debe evaluarse no solamente respecto a personas jurídicas sino también respecto a personas físicas.

### **2.3. EXCEPCIONES APLICABLES A LAS CFC Y DETERMINACIÓN DE UMBRALES IMPOSITIVOS**

En aras a (i) intentar limitar la aplicación de las normas CFC a aquellas situaciones que, por sus características, presentan una mayor probabilidad de incurrir en supuestos de erosión de bases imponibles y traslado de beneficios a jurisdicciones de menor tributación y (ii) reducir la carga administrativa asociada a la implementación de las normas CFC, la Acción 3 propone la inclusión de determinadas excepciones así como la introducción de umbrales impositivos.

Se recomienda la inclusión de una excepción que suponga la aplicación de las normas CFC únicamente a aquellos supuestos en que la tributación efectiva en la jurisdicción de la CFC no sea lo suficientemente similar a la que resultaría de aplicación en la jurisdicción de residencia del contribuyente correspondiente. Asimismo, contempla la posibilidad de completar esta excepción con un listado de jurisdicciones que quedarían automáticamente excluidas de la aplicación de las citadas normas CFC.

En cuanto respecta al primer supuesto, la Acción 3 recomienda atender al tipo efectivo de gravamen de la CFC, calculado como la diferencia entre el impuesto efectivamente pagado por ésta en su jurisdicción de residencia y la renta total imponible obtenida por aquélla. A su vez, para determinar el impuesto efectivamente pagado habrá de atenderse a aquel impuesto que tenga una naturaleza análoga al impuesto sobre la renta vigente en el país de residencia del contribuyente y que haya sido pagado y no vaya a ser devuelto a la CFC; asimismo, la renta imponible obtenida por la CFC habría de determinarse bien atendiendo a la normativa vigente en el país de residencia del contribuyente o bien atendiendo a principios generales de contabilidad tales como las normas IFRS.

Durante las sesiones de trabajo previas a la elaboración del documento final las jurisdicciones involucradas valoraron también la posibilidad de incluir las siguientes medidas que, aun cuando ya constan en la legislación de muchos de estos países, sin embargo no constan expresamente incluidas como recomendaciones del citado documento:

- La determinación de un umbral por debajo del cual no cabría imputar las rentas obtenidas por la CFC en sede del contribuyente, aun cuando tales rentas calificaran formalmente para proceder a dicha imputación. Así, dichas rentas no serían imputadas (i) si no alcanzan un determinado porcentaje de las rentas totales obtenidas por la CFC, (ii) si no alcanzan un importe fijo previamente determinado, (iii) o si la renta imponible no supera un determinado importe.

Para evitar situaciones de abuso, la Acción 3 recomienda que aquellas jurisdicciones que opten por este mecanismo adopten, asimismo, medidas específicas que impidan la fragmentación de rentas entre las distintas entidades participadas por el contribuyente.

- La introducción del requisito relativo a la existencia de un ánimo de eludir la aplicación de las normas CFC por parte del contribuyente. Si bien no se descarta la implementación de una disposición de este tenor, el documento final ya indica el aumento significativo de carga administrativa que ello podría conllevar.

## **2.4. DEFINICIÓN DE RENTAS CFC**

La Acción 3 aborda también la cuestión sobre la naturaleza de las rentas que, siendo obtenidas por una entidad calificada como CFC, son susceptibles de generar la problemática BEPS y deben, por tanto, configurarse como rentas CFC y quedar sujetas a la correspondiente normativa.

Por otra parte, cabe destacar que el documento final no emite recomendación específica alguna y se limita a señalar que los distintos países deberán adoptar una definición de rentas CFC que asegure que toda renta problemática (en el contexto BEPS) se atribuirá a los controladores en su jurisdicción de residencia.

Dicho lo anterior, el documento sí recoge algunas aproximaciones que estima podrían emplearse para abordar la calificación de las referidas rentas CFC:

- a) Atender a criterios tales como la clasificación legal de la renta, la relación habida entre las partes, en su caso, y la fuente de la renta.

En lo relativo a la clasificación legal, las jurisdicciones tienden a distinguir entre las siguientes categorías: dividendos, intereses y otras rentas de naturaleza financiera, rentas derivada de la actividad aseguradora, cánones y rentas derivadas de la cesión de propiedad intelectual y, por último, rentas derivadas de ventas y servicios. Con carácter general, esta distinción obedece a que estas tipologías de rentas tienden a ser fácilmente deslocalizables.

Por la misma razón, determinadas jurisdicciones optarán por calificar como rentas CFC todas aquellas (i) obtenidas por la entidad CFC de entidades vinculadas con esta última, (ii) obtenidas por la entidad CFC como consecuencia de la venta de existencias adquiridas previamente a una entidad vinculada, u (iii) obtenidas por la entidad CFC como consecuencia de la cesión de bienes que fueron producidos conjuntamente con una entidad vinculada.

Asimismo, cabría atender a la fuente de obtención de la renta para determinar su calificación o exclusión como rentas CFC. En este sentido, la renta quedaría sujeta a las normas CFC si procede de ventas realizadas por la CFC a entidades residentes en la misma jurisdicción en que reside el contribuyente o por la prestación de servicios a residentes en dicha jurisdicción.

- b) Atender a la existencia de un nivel de sustancia suficiente que permita a la entidad CFC realizar por sí misma las actividades que generan la renta obtenida.

El análisis sobre sustancia puede implementarse bien determinando un umbral, bien de modo proporcional. En el primer supuesto, alcanzar dicho umbral podría suponer la exclusión del ámbito de aplicación de las normas CFC de la totalidad de la renta obtenida por la entidad CFC; sin embargo, en el segundo supuesto, la exclusión sería proporcional al porcentaje de actividad que, efectivamente, hubiera sido desarrollada por la CFC.

Si bien el referido análisis de sustancia proporciona una aplicación más precisa de las normas CFC, lo cierto es que conlleva asimismo un incremento de la carga administrativa, en la medida en que

exige un análisis mayor de los hechos y circunstancias existentes en sede de la CFC. No obstante, a efectos de paliar dicha complejidad, el documento final considera las siguientes opciones: (i) adoptar este análisis únicamente para determinadas categorías de renta de modo que, por ejemplo, no quepa realizar dicho análisis respecto de aquellas rentas que por su movilidad, por la relación de las partes involucradas o por su fuente queden automáticamente imputadas al contribuyente controlador, (ii) aplicar este análisis atendiendo a un umbral específico en lugar de hacerlo proporcionalmente, conforme a lo anteriormente indicado, o (iii) atender a criterios objetivos, tales como el gasto incurrido por la CFC, más que a factores cuya evaluación pueda resultar más compleja.

Cabe destacar que son varios los Estados miembros de la Unión Europea que combinan la clasificación anteriormente referida en la letra a) con la existencia de la citada sustancia en sede de la CFC.

- c) Realizar un análisis sobre aquellos beneficios que, conforme a una fórmula previamente determinada, puedan considerarse obtenidos en exceso por la CFC residente en un país de baja tributación.

Esta alternativa calcularía el rendimiento normal que se esperaría obtener de las operaciones realizadas por la CFC y, a continuación, sustraería de éste el rendimiento realmente obtenido por dicha entidad. La diferencia entre ambos parámetros será el exceso señalado que calificará, en su totalidad, como renta CFC.

Este criterio podría combinarse con la categorización de las rentas que podrían potencialmente quedar sujetas al mismo; por ejemplo, el documento considera la posibilidad de aplicar esta alternativa a la renta obtenida por la CFC que derive de propiedad intelectual adquirida a entidades vinculadas.

- d) Considerar un enfoque transaccional versus un enfoque que atienda a la propia entidad. Así, adicionalmente al análisis que la jurisdicción decida aplicar para definir las rentas que calificarán como rentas CFC, ésta podría también considerar si tal análisis debe efectuarse a nivel de entidad CFC o a nivel transaccional.

Bajo el primero de dichos enfoques, la entidad que no obtenga un determinado importe o porcentaje mínimo de renta atribuible o

bien aquélla que desarrolle determinado tipo de actividades quedaría excluida de la aplicación de las normas CFC por la totalidad de las rentas que obtenga. Sin embargo, bajo el enfoque transaccional, se analizarían cada uno de los distintos tipos de renta obtenidos por la entidad para determinar si éstos califican o no, individualmente, como rentas atribuibles.

Si bien el enfoque transaccional implica una mayor carga administrativa, éste es más preciso y consistente tanto con los principios que guían la Acción 3 como con el derecho europeo.

## 2.5. CÓMPUTO DE RENTAS

El cómputo de rentas CFC requiere la determinación de dos aspectos diferenciados: (i) qué normas han de considerarse para realizar dicho cómputo, y (ii) si, adicionalmente, deben considerarse reglas especiales relativas a tal cómputo. El documento final es claro respecto a la recomendación del criterio a adoptar en relación con cada uno de dichos aspectos.

Así, para determinar qué normas han de considerarse en el cálculo de la renta CFC, se recomienda atender a la normativa aplicable en la jurisdicción de residencia del contribuyente controlador. Dicha elección se justifica por ser más consistente con el espíritu del Proyecto BEPS (especialmente, si las normas CFC se destinan principalmente a evitar la erosión de la base imponible del contribuyente) y conllevar una menor carga administrativa.

Previo a concluir sobre lo anterior, las siguientes opciones fueron también consideradas por los grupos de trabajo:

- Atender a la normativa aplicable en la jurisdicción de residencia de la CFC. Esta alternativa se descartó porque podría permitir al contribuyente disminuir la renta atribuible y también porque implicaría una mayor carga administrativa para la Administración.
- Permitir al contribuyente optar por la aplicación de la normativa vigente en su país de residencia o en el de la CFC. De nuevo, esta opción fue descartada en la medida en que podría dar lugar a oportunidades de planificación fiscal no deseada.
- Realizar el correspondiente cómputo atendiendo a estándares generalmente aceptados, tales como las normas IFRS. Si bien este me-

canismo permitiría una homogeneidad a nivel internacional respecto al modo de cálculo aplicable, lo cierto es que también supondría un incremento de la carga administrativa en la medida en que dicho cálculo habría de efectuarse atendiendo a criterios no necesariamente aplicables en ninguno de los países directamente involucrados (CFC y contribuyente).

Por su parte, en cuanto respecta a la eventual aplicación de reglas de carácter más específico, la Acción 3 propone que, en la medida de lo posible, las jurisdicciones apliquen límites a la deducibilidad de las pérdidas generadas en sede de la CFC de modo que tales pérdidas puedan compensarse únicamente contra los beneficios obtenidos bien por la misma entidad CFC, bien por otras entidades CFC residentes en la misma jurisdicción que aquélla. Asimismo, no se descarta la posibilidad de que tal regla conviva con otra que únicamente permita compensar pérdidas con rentas positivas de similar naturaleza, de modo que sólo se permita la compensación de pérdidas obtenidas por la CFC con rentas positivas pasivas obtenidas por la misma entidad CFC.

A este respecto, el documento final sugiere, de forma genérica, que la jurisdicción del contribuyente aplique normas similares a aquéllas que resultarían de aplicación a las pérdidas obtenidas a nivel doméstico; esta posición es consistente con la aplicación de la norma doméstica para determinar el cómputo de las rentas CFC, por lo que refuerza dicha recomendación.

## **2.6. ATRIBUCIÓN DE RENTAS**

Este quinto pilar de las normas CFC exige el análisis de los cinco aspectos señalados a continuación:

a) ¿A qué accionistas debe atribuirse la renta CFC?

La recomendación propuesta en la Acción 3 es la de atribuir la renta atendiendo al umbral mínimo de control que haya sido previamente definido, de modo que si un contribuyente sobrepasa dicho umbral de control entonces debería atribuírsele la renta que corresponda.

No obstante, existirán situaciones en que dicha regla no resulte óptima: bien porque existen accionistas minoritarios que, sin embargo agregados, sí poseen dicho control, bien porque pueden existir si-

tuaciones de control *de facto* o similares que deben implicar asimismo la debida atribución de renta y, sin embargo, quedarían fuera de tal atribución si solamente se aplicara el criterio anteriormente indicado.

Si bien el documento final apunta una solución para el primero de los problemas señalados, consistente en atribuir la renta correspondiente a cada uno de dichos accionistas minoritarios, como respuesta a la segunda situación únicamente indica que las jurisdicciones podrán adoptar aquellos mecanismos que estimen oportunos para asegurar que la renta CFC es imputada a quien efectivamente puede ejercer una determinada influencia sobre la correspondiente entidad.

b) ¿Qué importe de renta debe atribuirse?

A estos efectos, deberá atenderse (i) al porcentaje de propiedad en la entidad CFC, y (ii) al período durante el que, efectivamente, se ha mantenido dicha propiedad o la correspondiente influencia. Respecto a dicha influencia, cabrá afirmar la existencia de la misma cuando se posea la pertinente participación el último día del ejercicio fiscal si ello implica, asimismo, la posibilidad de ejercer la misma.

Adicionalmente, las normas CFC deben asegurar que no se realiza una atribución superior al 100% de las rentas obtenidas por la entidad CFC; situación que podría surgir si, por ejemplo, la suma del control legal y económico supera el 100% de control.

c) ¿Cuándo debe incluirse la correspondiente renta en la declaración del accionista?

El documento final no es prescriptivo en cuanto al momento temporal en que las rentas deben incluirse en la referida declaración y se limita a señalar que las jurisdicciones son libres para determinar dicho momento de un modo que sea consistente con su legislación doméstica.

d) ¿Cómo debe tratarse dicha renta?

De nuevo, respecto a este aspecto no hay una recomendación específica en el documento final, que se limita a mencionar distintas alternativas empleadas actualmente por las legislaciones inclu-

yendo el tratamiento de dicha renta CFC como si fuera un dividendo presunto o bien otorgar a dicha renta el mismo tratamiento que correspondería observar si hubiera sido obtenida directamente por el contribuyente.

En definitiva, se da libertad a las jurisdicciones para determinar el tratamiento fiscal de la renta siempre que éste sea coherente con la legislación doméstica.

e) ¿A qué tipo impositivo debe quedar gravada tal renta?

La recomendación de partida es la de aplicar el tipo de gravamen aplicable al contribuyente en su jurisdicción de residencia. No obstante, la Acción 3 prevé asimismo la posibilidad de aplicar un tipo máximo de gravamen de modo que dicha renta únicamente quede sujeta a tributación por la diferencia entre el importe efectivamente pagado y dicho tipo máximo.

## **2.7. PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN**

La aplicación de las normas CFC puede involucrar la existencia de las siguientes tres principales situaciones de doble imposición:

- la renta atribuida conforme a las normas CFC tributa asimismo en el extranjero;
- la renta atribuida tributa en varias jurisdicciones como consecuencia de la aplicación de las normas CFC vigentes en tales jurisdicciones (por ejemplo, una entidad CFC es directamente participada por otra entidad y ésta, a su vez, es participada por el contribuyente controlador y en las jurisdicciones de las dos entidades referidas en segundo lugar aplican normas CFC);
- cuando la entidad CFC distribuye dividendos con cargo a rentas que ya se han atribuido a los controladores vía la aplicación de normas CFC o bien cuando el accionista de la entidad CFC transmite las acciones ostentadas en la misma.

En los dos primeros escenarios, la solución recomendada es la de otorgar una deducción en cuota por el impuesto efectivamente pagado en el extranjero por la entidad CFC; este impuesto podrá incluir tanto el impuesto

de naturaleza equivalente al impuesto sobre la renta pagado por dicha entidad como la retención soportada en el extranjero. Con el objeto de limitar esta medida a la eliminación de la efectiva doble imposición, la mayoría de las jurisdicciones limitan dicha deducción en cuota a la cantidad menor entre el impuesto efectivamente pagado y aquél que correspondería pagar en el estado de residencia del contribuyente por la renta CFC.

Particularmente en la segunda situación, la deducción debería también poder acreditarse respecto al impuesto pagado por la entidad intermedia como consecuencia de la aplicación de sus normas CFC. Alternativamente, la norma debería determinar una jerarquía de reglas para determinar qué país tiene preferencia para aplicar sus normas CFC; a priori, tendría sentido que fuera el país de residencia del controlador directo de la correspondiente entidad CFC.

En cuanto respecta al tercer escenario, la recomendación pasa por otorgar una exención sobre los referidos dividendos y ganancia en la jurisdicción de residencia del controlador si la renta de la CFC ha sido ya sometida a tributación conforme a las normas CFC.

En relación con dichos dividendos, muchas jurisdicciones exceptúan del sometimiento a las normas CFC a aquellos dividendos que provienen de rentas que ya han tributado conforme a la normativa CFC; no obstante, esta exención sólo debería ser necesaria en aquellas jurisdicciones que no prevén la aplicación del mecanismo de *participation exemption* o, aun previéndolo, cuando la entidad CFC no califica para su aplicación.

La exención, por último, aplicable a la ganancia derivada de la transmisión de la CFC debería, en su caso, limitarse al importe de dicha ganancia que se corresponda con rentas no distribuidas en sede de la entidad CFC y que hayan tributado ya como consecuencia de la aplicación de las correspondientes normas CFC.

### **3. EL RÉGIMEN CFC EN ESPAÑA**

En España, las normas sobre transparencia fiscal internacional (“TFI”) se introdujeron en los años 90 con la publicación de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. Dicha norma introdujo la correspondiente regulación, tanto respecto a las personas jurídicas como en relación con las personas físicas, y ya en su momento presentaba las características propias de un régimen CFC avanzado.

Prácticamente inalterado durante dos décadas –salvo por la obligada adaptación al Derecho europeo derivada de la Sentencia *Cadbury Schweppes*– nuestra normativa TFI ha sufrido una modificación sustancial con motivo de la última reforma integral del Impuesto sobre Sociedades.

La Exposición de Motivos de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, Ley 27/2014 o LIS) expresamente alude a la lucha contra el fraude fiscal como uno de los motivos que justifican dicha reforma y añade que “(...) resulta esencial incrementar las medidas que favorezcan una efectiva lucha contra el fraude fiscal, no solo a nivel interno sino en el ámbito de la fiscalidad internacional. Precisamente en este ámbito, los últimos trabajos elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y materializados en los planes de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, constituyen una herramienta fundamental de análisis del fraude fiscal internacional. En este marco, la presente reforma anticipa medidas encaminadas a este objetivo, como es el caso del tratamiento de los híbridos, o las modificaciones realizadas en materia de transparencia fiscal internacional u operaciones vinculadas”. Asimismo, al referirse con posterioridad a las modificaciones realizadas en relación con la deducción por doble imposición, señala que el “tratamiento de las rentas derivadas de la tenencia de participaciones se complementa con una importante reforma del régimen de transparencia fiscal internacional, reestructurándose todo el tratamiento de la doble imposición con un conjunto normativo cuyo principal objetivo es atraer a territorio español la tributación de aquellas rentas pasivas, en su mayoría, que se localizan fuera del territorio español con una finalidad eminentemente fiscal”.

Aunque un análisis exhaustivo de la normativa española excede claramente el propósito de este documento, sí nos parece interesante reseñar brevemente las principales modificaciones operadas por la Ley 27/2014 en el régimen de TFI, poniéndolo también en relación con las recomendaciones emanadas de la Acción 3.

### **3.1. INCLUSIÓN DEL TOTAL DE LAS RENTAS OBTENIDAS POR UNA CFC**

La imputación de la totalidad de la renta obtenida por la entidad calificada como CFC cuando ésta no disponga de la correspondiente organiza-

ción de medios materiales y personales para su realización constituye, indudablemente, una de las mayores novedades introducidas por la Ley 27/2014.

Sin embargo, dicha imputación total no tendrá lugar (i) cuando el contribuyente acredite que la CFC se está sirviendo, para el desarrollo de la correspondiente actividad, de medios materiales y personales existentes en una entidad no residente en territorio español que pertenezca al mismo grupo de sociedades, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, o (ii) cuando dicho contribuyente acredite que la constitución y operativa responde a motivos económicos válidos.

Este supuesto de inclusión “total” no afectará a dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de participaciones obtenidos por la CFC, que seguirán, en todo caso, su regla específica.

### **3.2. INCLUSIÓN DE NUEVAS CATEGORÍAS DE RENTAS PASIVAS**

Tras la última modificación, la tipología de rentas pasivas expresamente definidas por la norma y que, por tanto, habrán de imputarse al contribuyente controlador salvo que concurra algún supuesto de excepción se amplía de modo que ésta ahora incluye también las siguientes rentas positivas:

- Las derivadas de operaciones de capitalización y seguro, que tengan como beneficiaria a la propia entidad, así como las rentas procedentes de derechos sobre su transmisión;
- Las derivadas de la propiedad industrial e intelectual, asistencia técnica, bienes muebles, derechos de imagen y arrendamiento o subarrendamiento de negocios o minas, siempre que no deriven de la realización de actividades económicas;
- Las que provengan de instrumentos financieros derivados, excepto los designados para cubrir un riesgo específicamente identificado derivado de la realización de actividades económicas.

### **3.3. DISMINUCIÓN DEL UMBRAL EXCEPTUADO DE IMPUTACIÓN**

Con carácter previo a la última modificación, la norma eximía al contribuyente de imputar las rentas pasivas de la CFC cuando éstas no alcanzan el 15% de la renta total obtenida por dicha CFC o el 4% de los ingresos

totales de la entidad no residente. Además, la norma permitía que dichos límites se refirieran a la renta o a los ingresos, respectivamente, obtenidos por el conjunto de las entidades no residentes en territorio español pertenecientes a un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

La nueva redacción excluye (i) la aplicación del parámetro que hace referencia al 4% de los ingresos totales, y (ii) la posibilidad de referir dichos límites al conjunto de entidades no residentes pertenecientes al mismo grupo. De este modo, sólo cabrá acudir a tal supuesto de excepción cuando las rentas pasivas no alcancen el referido 15% de la renta total obtenida por la CFC, determinada a nivel individual y conforme a la normativa española.

### **3.4. BEPS Y EL RÉGIMEN TFI ESPAÑOL**

Señalábamos anteriormente que nuestra normativa sobre transparencia fiscal internacional concebida en los años 90 ya contaba con prácticamente todas las características de un régimen CFC avanzado<sup>33</sup>.

Teniendo en cuenta este carácter avanzado de nuestra regulación, no sorprende que el Artículo 100 LIS se encuentre en términos generales alineado con los principios fundamentales contenidos en el documento final de la Acción 3:

- La definición de qué ha de entenderse por CFC y el grado de influencia y control que el contribuyente debe ejercitar sobre ésta (control legal y económico) coinciden en lo sustancial con lo recogido en el primer bloque de la Acción 3, a excepción de la inclusión como CFC de establecimientos permanentes en el extranjero y de las entidades en régimen de atribución de rentas.
- Asimismo, la norma española contempla los umbrales de excepción (únicamente aplicará el régimen CFC si la entidad no residente tributa a un tipo efectivo inferior al 75% de lo que correspondería tributar en España) que, en modo similar, se encuentran previstos por el segundo bloque de la referida Acción 3.

---

(33) De hecho, buena parte de las modificaciones introducidas por la Ley 27/2014 se encontraban ya en el texto original que el gobierno llevó al Congreso en el año 1994, pero fueron cercenadas durante su tramitación parlamentaria.

- El régimen español combina varios de los parámetros apuntados por el tercer bloque de la Acción 3 para calificar las rentas como susceptibles de ser sometidas al régimen, i.e. combina la categorización en función del tipo de rentas, el análisis de la existencia de sustancia suficiente en sede de la CFC, la vinculación entre las partes intervinientes en las operaciones realizadas por la CFC, así como el lugar donde se obtienen dichas rentas.
- En cuanto respecta al modo de cálculo de dichas rentas, nuestra normativa doméstica coincide con lo apuntado en el documento final de la Acción 3 y atiende a la norma interna española para realizar dicho cálculo.
- La atribución de rentas es también consistente con las consideraciones indicadas por la Acción 3. Así, si bien el documento final no emite recomendaciones específicas a este respecto, la norma española prevé la atribución atendiendo a supuestos que sí son considerados por la Acción 3 al valorar las distintas opciones que podrían implementar las jurisdicciones; por ejemplo, atribución de la renta en el ejercicio en que finalice el período impositivo de la CFC, tributación de dicha renta conforme al tipo de gravamen general aplicable al contribuyente, etc.
- Por último, la norma española contempla también la mayoría de los mecanismos recogidos en el último bloque del documento final de la Acción 3 para evitar supuestos de doble imposición.

Así, la norma otorga (i) una deducción por doble imposición en relación con los impuestos pagados en el extranjero por la CFC, (ii) la exención de la aplicación de la norma a aquellos dividendos que provengan de rentas que han tributado previamente conforme al régimen CFC, y (iii) la inaplicación de la norma a la renta que se genere con motivo de la transmisión de la participación en la CFC y que se corresponda con beneficios no distribuidos en sede de esta última que hayan tributado vía régimen CFC.

Quedaría, por tanto, pendiente de incorporar de forma expresa la posibilidad de acreditar, en concepto de deducción por doble imposición y sujeto a los límites previstos en la normativa local, el impuesto pagado por las entidades no residentes intermedias que, en función de su normativa CFC, tributan también por los beneficios obtenidos por sus filiales directas que, a su vez, constituyen CFC del contribuyente español.

#### **4. LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS CONTROLADAS EN LA DIRECTIVA ANTI-ABUSO**

Tras la publicación de los informes finales de BEPS, el Consejo de la Unión Europea declaró la necesidad de encontrar soluciones comunes y a la vez flexibles que se ajusten a lo señalado en las distintas acciones del Proyecto BEPS.

Así, las Conclusiones del Consejo de fecha 8 de diciembre de 2015 respaldan una rápida y efectiva aplicación coordinada de las medidas contra la erosión fiscal y el traslado de beneficios en el plano de la Unión Europea y consideran que las Directivas deben ser, en su caso, el mejor medio para poner en práctica tales Conclusiones dentro de la Unión. Meses más tarde se publicó la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior (en adelante, la Directiva). Entre las medidas contempladas en la Directiva se encuentran las normas relativas a las sociedades extranjeras controladas o, lo que es lo mismo, las normas CFC.

Aproximadamente la mitad de los 28 Estados miembros cuentan ya con la correspondiente normativa doméstica en materia de CFC. Aquellos que no cuentan con normas CFC o que, aun teniéndolas previstas en su legislación, no se ajusten a los criterios mínimos establecidos por la Directiva, deberán adoptar las disposiciones legislativas necesarias para trasponer la Directiva no más tarde del 31 de diciembre de 2018 y con fecha de efectos 1 de enero de 2019.

##### **a) Definición de CFC.**

La Directiva incluye en su ámbito de aplicación no solo a entidades sino también a los establecimientos permanentes cuyos beneficios no estén sometidos a imposición o estén exentos de imposición en el Estado miembro de la casa central.

Así, calificarán como CFC: (i) en el caso de una sociedad, si el contribuyente, solo o conjuntamente con sus empresas asociadas, posee una participación directa o indirecta de más del 50% en los derechos de voto, o posee directa o indirectamente más del 50% del capital o tiene derecho a percibir más del 50% de los beneficios de dicha entidad, y (ii) tanto en relación con la sociedad como con

el establecimiento permanente, si el impuesto sobre sociedades efectivamente pagado por sus beneficios es menor que la diferencia entre el impuesto sobre sociedades que se habría aplicado a dicha sociedad o establecimiento permanente en virtud del sistema del impuesto sobre sociedades aplicable en el Estado miembro del contribuyente y el impuesto sobre sociedades efectivamente pagado sobre sus beneficios por la sociedad o establecimiento permanente.

b) Rentas CFC.

Por lo que se refiere a las rentas susceptibles de inclusión, la Directiva prevé la inclusión en la base imponible del contribuyente (i) de aquellas rentas que califiquen como pasivas atendiendo al listado contenido en el artículo 7.2.a) de la Directiva, o (ii) de las rentas no distribuidas de dicha CFC derivadas de mecanismos falseados que se hayan establecido con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal.

En el primero de los casos, la Directiva prevé que la inclusión no tenga lugar cuando la CFC lleve a cabo una actividad económica de importancia (*“substantive”* en la versión inglesa) basada en una plantilla, un equipamiento, bienes e instalaciones.

Por lo que se refiere al segundo de los supuestos de inclusión, un mecanismo se considerará falseado cuando la CFC no posea los activos o no hubiera asumido los riesgos que generan una parte o la totalidad de su renta de no estar controlada por una sociedad en la que las personas influyentes ejercen funciones, pertinentes en relación con dichos activos y riesgos, que contribuyen a la generación de la renta de la sociedad controlada.

El cómputo de dichas rentas habrá de efectuarse conforme a la normativa del Estado miembro donde resida fiscalmente el contribuyente controlador. Por su parte, las pérdidas de una CFC no se incluirán en la base imponible del contribuyente pero se podrán aplazar y tener en cuenta en períodos fiscales subsiguientes.

c) Umbrales de exención aplicables a las CFC.

Cada Estado miembro podrá optar por introducir un umbral de exención a la aplicación de las normas CFC en aquellas situacio-

nes en que las rentas pasivas obtenidas por la CFC, atendiendo al listado anteriormente indicado, sean iguales o inferiores a 1/3 del total de las rentas generadas por dicha CFC.

Asimismo, los Estados miembros podrán optar por no aplicar la regla de cómputo de las rentas derivadas de mecanismos falseados a aquellas CFC que (i) tengan beneficios contables no superiores a 750.000 Euros e ingresos no comerciales no superiores a 75.000 Euros, o (ii) cuyos beneficios contables no representen más del 10% de sus gastos de explotación durante el período impositivo.

d) Eliminación de la doble imposición.

Por último, la Directiva prevé (i) la inaplicación de las normas CFC a los dividendos distribuidos por la CFC con cargo a rentas que ya han tributado en sede del contribuyente como consecuencia de dichas normas, (ii) la inaplicación a la parte de la renta que derive de la transmisión en la participación de la CFC que ya haya tributado previamente como consecuencia de la aplicación de las normas CFC, y (iii) la deducción del impuesto pagado por la CFC en su país de residencia o situación, conforme a las condiciones previstas por la legislación de la jurisdicción de residencia del contribuyente.

## 5. SITUACIÓN EN OTROS PAÍSES

Considerando el amplio número de jurisdicciones que cuentan con normas CFC plenamente vigentes, nos limitaremos aquí a apuntar sucintamente la situación en algunos países relevantes:

### Alemania

Desde que Alemania introdujera las normas CFC en 1973, éstas han sido objeto de diversas modificaciones.

En la actualidad, dichas normas suponen la atribución de rentas pasivas al contribuyente residente fiscal en Alemania como si éste las hubiera obtenido directamente siempre que hayan estado sujetas en origen a un régimen de baja tributación, entendido éste como aquél en que la renta en cuestión haya sufrido una carga tributaria efectiva inferior al 25%. Dicho lo anterior, tales normas excluyen la atribución de rentas que se correspondan

con la realización efectiva de actividades económicas mediante los medios precisos a tal efecto.

Ya con carácter previo a la publicación de la Directiva el gobierno alemán anunció la revisión de las normas CFC; por tanto, cabría esperar una modificación de las mismas en un futuro próximo.

## **Estados Unidos**

Como ya apuntamos al inicio de este documento, Estados Unidos fue pionero en la introducción de las normas CFC y, desde entonces, éstas han sido objeto de numerosas modificaciones.

En 2015, la Administración modificó con carácter temporal dichas normas de cara a fortalecer las mismas. Así, dicha modificación se centró en los dos siguientes aspectos: (i) expandir las normas específicas anti-elusión de la normativa CFC, introduciendo también determinadas operaciones efectuadas vía *partnerships*, y (ii) modificar la excepción relativa a las rentas derivadas de alquileres y cánones obtenidos en el desarrollo de una actividad empresarial.

Esta regulación temporal se introdujo con efectos 1 de septiembre de 2015 y permanecerá vigente durante, al menos, los tres siguientes años. No obstante, el futuro alcance de las reglas CFC es una de las cuestiones que está siendo objeto de análisis y debate dentro del proyecto de reforma fiscal anunciado por la nueva administración republicana.

## **Italia**

Las normas CFC se introdujeron por primera vez en el año 2000 y han sido modificadas recientemente con efectos 1 de enero de 2016.

Así, la norma italiana actual realiza la siguiente distinción: (i) aplicación de las normas CFC a entidades controladas residentes en un paraíso fiscal, que no residan en una jurisdicción perteneciente al Espacio Económico Europeo, si han estado sujetas a un tipo nominal inferior al 50% del impuesto aplicable en Italia; y (ii) aplicación de las normas CFC a entidades controladas residentes en cualquier jurisdicción si se encuentran sujetas a un tipo efectivo inferior al 50% del que correspondería asumir en Italia y obtienen principalmente rentas pasivas. En cada supuesto, aplican determinadas re-

glas de excepción (por ejemplo, realización de actividades económicas por la entidad CFC).

## **Japón**

Japón introdujo sus normas CFC en el año 1978 y éstas han sido modificadas en diversas ocasiones; así, la última modificación se anunció el pasado mes de diciembre y no será efectiva hasta aquellos ejercicios iniciados a partir del 1 de abril de 2018.

En términos generales, esta reforma introduce las siguientes calificaciones de renta como renta CFC: (i) renta obtenida por filiales extranjeras que no desempeñan una actividad económica real, conforme al criterio expresamente señalado por la norma a tal efecto, y cuya carga tributaria es inferior al 20%, (ii) renta obtenida por filiales extranjeras que incumplan determinados test de sustancia y administración y control y que, además, hayan estado sometidas a una tributación inferior al 30%, y (iii) rentas obtenidas por filiales extranjeras si tales rentas califican como pasivas y han estado sometidas a una tributación inferior al 20%.

## **Reino Unido**

Reino Unido introdujo las normas CFC en el año 1984 y, desde entonces, han sido objeto de diversas modificaciones siendo la más reciente del año 2015.

Con carácter general, las rentas atribuidas al contribuyente controlador residente en Reino Unido quedarán sujetas a la tributación ordinaria aplicable en dicha jurisdicción si califican como rentas CFC y no se encuentran exentas conforme a la normativa doméstica. A efectos de determinar la calificación como rentas CFC, la norma prevé la aplicación de determinados test tendentes a identificar si el principal propósito del contribuyente ha sido el de deslocalizar artificialmente la obtención de la correspondiente renta con el propósito de obtener una ventaja fiscal. Además, la norma contempla determinados supuestos de excepción como, por ejemplo, rentas obtenidas en jurisdicciones con tipos impositivos similares a los vigentes en Reino Unido, rentas obtenidas en determinadas jurisdicciones, entidades con beneficios o márgenes bajos, etc.

## **6. VALORACIÓN DE LA MEDIDA Y PROPUESTAS DE ADAPTACIÓN DE LA NORMA ESPAÑOLA**

Como ya indicamos al principio de este documento, las normas CFC tienen una historia considerable y forman ya parte de la legislación de muchos de los países participantes del Proyecto BEPS.

No obstante, aun cuando el trabajo a desarrollar parte ya de esta situación de madurez, lo cierto es que el documento final de la Acción 3 refleja la falta de consenso en relación a la definición de los aspectos concretos que deben configurar dichas normas.

En este sentido, el informe final hace un encomiable esfuerzo de identificación y categorización de los pilares sobre los que ha de erigirse un sistema de reglas CFC eficaz pero, una vez expuestos estos cimientos, el documento se limita a presentar un abanico de alternativas entre las que los países pueden elegir, en claro contraste, por ejemplo, con los informes finales de las Acciones 2 o 4, que contienen un catálogo de recomendaciones mucho más definido.

En términos generales, el documento final otorga un peso importante a las distintas visiones vigentes en cada uno de los Estados y, por tanto, considera que no hay una única solución que resulte válida a nivel global sino que dichas normas requieren de la adaptación específica por cada país atendiendo a su legislación doméstica y a sus objetivos de política fiscal.

Al tratarse de un texto más metodológico que normativo, la Acción 3 resultará seguramente muy útil a aquellas jurisdicciones que introduzcan las normas CFC en lo sucesivo, pero es de esperar que tenga menos impacto en aquellos países que, como España, ya cuentan con un sistema de reglas más o menos acabado.

Desde este punto de vista, la Acción 3 seguramente se traducirá en la introducción de reglas CFC en un mayor número de países pero no existe ninguna garantía de que esto vaya a contribuir a una mayor coherencia, en la medida en que la Acción 3 no contiene ningún estándar mínimo sino únicamente recomendaciones.

Por lo que se refiere a la situación en nuestro país, no prevemos que la Acción 3 vaya a tener un impacto significativo. No obstante, y dado que la adecuada trasposición de la Directiva 2016/1164 requerirá la modificación

de nuestro régimen de TFI en determinados aspectos (véase, por ejemplo, la necesidad de incluir a los establecimientos permanentes en el ámbito de aplicación subjetiva de la norma), consideramos que sería también conveniente la revisión de los siguientes aspectos:

- En la medida en que la normativa sobre operaciones vinculadas ya permite dar una respuesta adecuada a la mayoría de situaciones de traslado artificial de beneficios, opinamos que sería conveniente –en aras a la seguridad jurídica– una mayor concreción de las circunstancias en las que resulta de aplicación el supuesto de inclusión total de la renta obtenida por la CFC si ésta no dispone de los medios materiales y personales para realizar la correspondiente actividad previsto en el artículo 100.2 LIS e introducido por la Ley 27/2014.
- Asimismo, nuestro régimen TFI prevé actualmente la inclusión de determinadas categorías de renta (v.g. las actividades financieras y de prestación de servicios) únicamente cuando las actividades se realicen con entidades vinculadas y residentes en España. Entendemos que la extensión de este requisito al resto de rentas pasivas redundaría en una mayor coherencia del régimen.
- De forma más general, abogamos por la calificación de las rentas como susceptibles de inclusión únicamente cuando no se inscriban en el ejercicio de una actividad económica. De hecho, ya está así previsto por la norma en el caso de determinadas categorías de renta (véase, por ejemplo, las rentas inmobiliarias y los cánones), sin que se alcance a entender por qué dicho requisito no se hace extensivo al resto de rentas pasivas.
- Cuando menos, la expulsión del régimen CFC de las entidades que llevan a cabo una actividad económica sustancial debería legislarse para todas aquellas sociedades extranjeras controladas que residan en el Espacio Económico Europeo. En nuestra opinión, el apartado 16 del artículo 100 LIS no respeta de forma suficiente la libertad de establecimiento tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia y debería ser modificado para trasponer adecuadamente la Directiva.
- Por último, la norma española únicamente prevé la imputación de rentas positivas, lo que es consistente con lo dispuesto en la Di-

rectiva. No obstante, ésta prevé la posibilidad de admitir la compensación de las rentas negativas obtenidas por la CFC con futuras rentas positivas susceptibles de inclusión en la base imponible del contribuyente. Entendemos que la norma española debería incorporar de forma expresa esta posibilidad, que dotaría de mayor coherencia a nuestro régimen TFI, máxime teniendo en cuenta la actual no deducibilidad de las provisiones de cartera y pérdidas derivadas de la transmisión de participadas.



## **CAPÍTULO IV**

### **ACCIÓN 4: LIMITACIÓN DE LA EROSIÓN DE LA BASE IMPONIBLE POR VÍA DE DEDUCCIONES DE INTERESES Y OTROS GASTOS FINANCIEROS**

*Rafael Fuster Tozer, Carlos Durán Haeussler, Julia Villalón Pérez-Artacho y  
Alberto Artamendi Gutiérrez  
(Uría Menéndez Abogados)*



## 1. INTRODUCCIÓN

La globalización que ha experimentado el sistema financiero mundial a lo largo del último siglo permite que, en nuestros días, el dinero y los capitales financieros fluyan de un lugar a otro con una facilidad y velocidad nunca vistas hasta la fecha. Esta circunstancia ha contribuido a que los grupos multinacionales puedan financiar sus operaciones transfronterizas de forma eficiente, optimizando la captación y aplicación de los recursos propios y ajenos que destinan a su actividad empresarial.

Sin embargo, los sistemas impositivos nacionales no han experimentado una evolución similar; a pesar de la influencia en el ordenamiento tributario de los convenios para evitar la doble imposición y del Derecho Comunitario, se sigue legislando desde una perspectiva eminentemente nacional sin que exista, hasta la fecha, una normativa fiscal internacional coordinada entre los países occidentales. La descoordinación entre los sistemas fiscales nacionales ha propiciado el diseño de estructuras fiscalmente óptimas que permitían la reducción de la tributación a nivel global.

Desde la perspectiva fiscal, financiar una actividad empresarial con recursos propios (fundamentalmente, mediante aportaciones de capital realizadas por los accionistas y reinversión de beneficios) o ajenos (empleando instrumentos de deuda) no es neutro. La financiación ajena a través de deuda se retribuye mediante el pago de intereses que se deducen del beneficio gravable. Por el contrario, la financiación con recursos propios se remunera mediante el pago de dividendos al accionista, partida que se detrae de los beneficios después de impuestos y que, por tanto, no genera un gasto fiscalmente deducible. Desde el punto de vista del financiador, los intereses percibidos por el prestamista generan un ingreso gravable mientras que, con carácter general, los dividendos quedan exentos de tributación para el ac-

cionista persona jurídica. El distinto tratamiento tributario que reciben dividendos e intereses es un aspecto importante a la hora de decidir cómo se financia la actividad empresarial por cuanto fiscalmente la deuda resulta más eficiente para el deudor que los recursos propios.

En el ámbito estrictamente nacional, la diferencia entre el tratamiento fiscal de los intereses y dividendos es generalmente menos relevante porque el gasto financiero en la entidad prestataria genera un correlativo ingreso financiero gravable en la sociedad prestamista. Sin embargo, en estructuras de financiación transfronterizas, el atractivo de los recursos ajenos respecto a los propios cobra mayor trascendencia en la medida en que los intereses deducibles que reducen el beneficio empresarial tributable en una jurisdicción se gravan, en su caso, en otra jurisdicción; dicho en otros términos, el estado de residencia de la entidad prestataria ve reducida su recaudación porque los beneficios empresariales tributables se reducen en el importe de los intereses abonados a una entidad residente en otro estado cuyos beneficios no puede gravar salvo de forma limitada mediante la aplicación de retenciones. De esta forma, se pueden trasladar beneficios gravables de un estado a otro, situando lógicamente el gasto financiero en aquella jurisdicción en la que la tributación sea más alta y el correlativo ingreso financiero en la de menor tributación. El impacto de este efecto puede ser mayor cuando financiador y financiado forman parte de un mismo grupo empresarial y establecen condiciones de financiación que no son de mercado (por ejemplo, pactando un tipo de interés excesivo).

Así, imaginemos que en un Estado A el tipo impositivo es del 10%, mientras que en otro Estado B el tipo impositivo es del 30%. En el Estado B es posible deducirse los gastos financieros derivados de la financiación recibida mientras que el dividendo distribuido para remunerar al accionista no constituye un gasto fiscalmente deducible. En este escenario, una multinacional que pretendiera llevar a cabo una actividad empresarial en el Estado B constituyendo una filial ("Filial B") podría financiar la Filial B desde su matriz ("Matriz A") bien con aportaciones a los fondos propios o mediante la concesión de un préstamo. El préstamo generaría unos intereses que la Filial B podría deducirse y que la Matriz A tendría la consideración de ingreso gravable. Sin embargo, la Matriz A tributaría al 10% por los ingresos por intereses, mientras que la Filial B reduciría su tributación en un 30% de los gastos financieros. Como consecuencia de lo anterior, frente a una situación en la que la Filial B hubiera obtenido financiación de otra entidad del grupo resi-

dente en un mismo Estado (cuyos ingresos por intereses hubieran tributado al 30%), el grupo multinacional reduciría su carga fiscal global en un 20%.

Este ejemplo ilustra de forma sencilla la práctica que han llevado a cabo algunos grupos multinacionales en la financiación de su actividad empresarial. Junto a la localización de los gastos y correlativos ingresos financieros en jurisdicciones de alta y baja tributación, respectivamente, existen técnicas legítimas más sofisticadas tales como la utilización de instrumentos financieros híbridos que generan un gasto deducible en el pagador y un ingreso exento en el receptor, entidades híbridas con doble residencia fiscal para aprovechar dos veces un mismo gasto financiero o la utilización de recursos ajenos para financiar la adquisición de activos que generan rentas exentas. En definitiva, respetando la legalidad vigente en las distintas jurisdicciones, algunas multinacionales han aprovechado la globalidad del sistema financiero y la descoordinación de la normativa fiscal nacional de los distintos países para erosionar las bases imponibles de sus sociedades residentes en países de alta tributación, trasladando estos beneficios a sociedades residentes en países de baja o nula tributación y optimizando de esta forma su beneficio después de impuestos.

Esta práctica fue identificada por la OCDE en su informe preliminar de *BEPS* publicado en 2013 como uno de los mecanismos de planificación internacional más sencillos y más habituales entre los grupos de sociedades transfronterizas para deslocalizar bases imponibles. Como consecuencia de ello, la Acción número 4 del Proyecto BEPS ha trabajado en la revisión coordinada de las normativas fiscales nacionales de los países de la OCDE relativas a la deducibilidad del gasto por intereses y otros pagos financieros con la finalidad de atajar este tipo de prácticas, integrando las lagunas jurídicas que los ordenamientos jurídicos nacionales han creado y que han sido aprovechadas por algunas multinacionales.

El 5 de octubre de 2015 la OCDE publicó el informe final de la Acción 4 del Plan BEPS cuyas recomendaciones básicas –en línea con los trabajos de la Unión Europea plasmados en la resolución del ECOFIN de 8 de junio de 2010–, consisten en:

- Establecer como regla general una ratio fija de deducibilidad de intereses (*fixed ratio rule*) en virtud de la cual se limita el gasto financiero deducible al resultado de aplicar un porcentaje de entre el 10% y el 30% sobre el EBITDA –acrónimo de *Earnings Before In-*

*terest Taxes Depreciations and Amortizations* –o, en su caso, sobre el EBIT –acrónimo de *Earnings Before Interest and Taxes*–. La finalidad de la propuesta consiste en vincular la deducibilidad de los intereses al beneficio empresarial tributable, asegurando que en todo caso una parte de dicho beneficio será objeto de gravamen. A priori, se trata de una norma sencilla tanto en lo relativo a su aplicación por parte de los contribuyentes como en su control por parte de las administraciones tributarias de los diferentes estados, cualidades que debieran contribuir a reforzar la seguridad jurídica de la norma y reducir la litigiosidad (superando el déficit que en este sentido suelen presentar las normas de subcapitalización tradicionales).

- Incorporar opcionalmente como “regla de escape” una norma adicional que permita adaptar la regla general a la situación particular de cada grupo multinacional (*group ratio rule*). La filosofía que subyace bajo esta previsión es el hecho de que algunos grupos multinacionales pueden estar altamente endeudados con terceras personas por motivos operativos, propios de su negocio y ajenos a consideraciones fiscales. Por lo tanto, en estos casos debería permitirse la deducibilidad de los gastos financieros incluso aunque se superaran los niveles establecidos en la regla general de la ratio fija, siempre que el nivel de endeudamiento de la sociedad del grupo estuviera en línea con el endeudamiento del grupo con terceros no vinculados.

La aplicación práctica de esta regla sin embargo plantea numerosos problemas. De ahí que, en la actualización del informe final de la Acción 4 del Plan BEPS publicada el 22 de diciembre de 2016, la OCDE haya tratado de proporcionar nuevas reglas para ayudar a los países a aplicar esta recomendación de acuerdo con el enfoque común. Así, se incluyen mecanismos para (i) el cálculo del gasto por intereses incurridos con terceros y del EBITDA del grupo; (ii) para la aplicación del porcentaje de deducibilidad determinado al EBITDA de una sociedad del grupo; y (iii) para solventar los efectos adversos de la existencia de entidades dentro del grupo con EBITDA negativo.

- Establecer opcionalmente también un umbral mínimo de deducibilidad (esto es, una cantidad de gastos financieros que en todo

caso serán deducibles, con independencia del porcentaje que representen sobre el EBITDA) para permitir que las pequeñas y medianas empresas no se vean afectadas por la norma general (*de minimis rule*). Asimismo, se plantea la posibilidad de que el límite sea aplicable únicamente a los gastos financieros netos (esto es, a los gastos financieros obtenidos por una entidad menos los ingresos financieros que esa misma entidad obtiene) o que se excluyan de este límite determinados proyectos de interés público que se financien con un endeudamiento notable.

- Prever opcionalmente la posibilidad de que los contribuyentes arrastren la deducibilidad de la carga financiera no aplicada a ejercicios futuros (*carry forward of disallowed interest*) o incluso adelantar la deducción de intereses a ejercicios previos (*carry back of disallowed interest*), si bien se recomienda establecer una serie de límites a tal deducción.

Esta previsión pretende resolver la rigidez de la propuesta de la ratio fija en aquellos casos en los que, por la naturaleza de la actividad empresarial financiada, no existe correlación entre los ingresos de una sociedad y sus gastos financieros, produciéndose unos y otros en ejercicios distintos (como puede ocurrir, por ejemplo, en el sector de las infraestructuras y concesiones, donde los proyectos se inician con una notable carga financiera y los ingresos de la actividad crecen progresivamente con posterioridad). Por ejemplo, una entidad podría endeudarse para afrontar determinados proyectos de inversión que no generarán ingresos hasta pasado un cierto número de ejercicios. En estos casos, los gastos financieros incurridos serían legítimos y, sin embargo, no podrían ser deducidos por insuficiencia de ingresos. En cambio, cuando el proyecto de inversión empezara a ser rentable, existiría un excedente de ingresos que no podría ser aprovechado para deducir gastos financieros, por no existir ya gastos financieros que deducirse (puesto que la deuda ya se habría amortizado total o parcialmente). Con el fin de afrontar estas situaciones, se sugiere que la norma permita que cuando el proyecto del inversor empiece a generar beneficios, se puedan deducir los gastos financieros que no fueron deducibles en un momento inicial por falta de ingresos suficientes. En otras palabras, se recomienda articular la norma de limitación a la deducibilidad de

los gastos financieros como una norma de imputación temporal que permita que los gastos financieros no deducidos lo sean en ejercicios subsiguientes.

- Igualmente, permitir la posibilidad de que los contribuyentes arrastren la capacidad de deducción de intereses no utilizada en un ejercicio (en función de su EBITDA) a ejercicios posteriores, siempre que la deducción por el importe neto de los intereses efectivamente abonados por una entidad esté por debajo del máximo permitido.
- Excluir del ámbito de aplicación de este límite a bancos y aseguradoras (*banking and insurance groups exclusion*) dado que este tipo de entidades, por la naturaleza de su negocio, tienen normalmente gasto financiero neto negativo (sus ingresos financieros superan a sus gastos financieros), por lo que los límites generales no suelen operar adecuadamente.

La primera versión de la Acción 4 del Plan BEPS no desarrollaba esta cuestión con detalle. Sin embargo, la actualización de dicho informe, publicada el 22 de diciembre de 2016, incluye un examen pormenorizado de los requisitos reglamentarios y comerciales que limitan la capacidad de las entidades bancarias y aseguradoras para utilizar el gasto financiero para erosionar bases imponibles e identifica las peculiaridades normativas que permiten reducir dicho riesgo. La OCDE no es ajena a las diferencias entre países y los riesgos que siguen existiendo en algunos de dichos países. Por ello, sólo se plantea la no aplicación de estas recomendaciones cuando un país tenga claramente identificado que la regulación extra fiscal de estos sectores impide en buena medida la existencia de prácticas abusivas. No obstante, no se descartan medidas concretas destinadas a impedir determinadas prácticas elusorias en el caso de que esta normativa extrafiscal no fuera suficiente para impedir las.

- En último término, la OCDE deja abierta la puerta a que los Estados incorporen normas o previsiones adicionales a las sugeridas (*targeted rules*) para facilitar la consecución de los objetivos de BEPS respetando sus particulares normas legales y constitucionales.

En definitiva, como puede apreciarse, la Acción 4 del Plan BEPS incluye un conjunto de recomendaciones que pretenden, por un lado, evitar el uso

de estructuras de financiación transfronterizas por parte de los grupos multinacionales para erosionar bases imponibles y trasladar sus beneficios a otras jurisdicciones de menor o nula tributación y, por otro lado, incentivar la localización de deuda por motivos puramente empresariales o de racionalidad económica y no con base en criterios de optimización fiscal.

## **2. LA LIMITACIÓN A LA DEDUCIBILIDAD DE GASTOS FINANCIEROS EN LA UNIÓN EUROPEA**

La doctrina comunitaria cuestionó, desde un principio, la validez de los preceptos anti-subcapitalización incorporados en las legislaciones fiscales de muchos de los Estados miembros a la luz del principio de libertad de establecimiento contemplado en el actual artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sentenció en dos ocasiones (sentencias *Lankhorst-Hohorst GmbH*, asunto C-324/00 y *Test Claimants in the Thin Cap Group*, asunto C-524/04) la incompatibilidad de las normas anti-subcapitalización con el principio de libertad de establecimiento, si bien matizó que no existía tal oposición cuando estas normas (i) estuvieran destinadas a combatir prácticas abusivas; (ii) permitiesen al contribuyente probar los motivos económicos válidos de tal financiación; y (iii) sólo se aplicasen sobre la parte de financiación que excediese de la que hubiera podido pactarse en condiciones de libre competencia.

En esta línea, la Comisión Europea afirmó en su Comunicación de 10 de diciembre de 2007, relativa a la simplificación del entorno empresarial en los ámbitos del Derecho de sociedades, la contabilidad y la auditoría, que las normas anti-subcapitalización deberían *“limitar su aplicación a los montajes puramente artificiales”*, añadiendo que esto podría lograrse siempre que *“las condiciones de las operaciones de financiación mediante deuda entre sociedades vinculadas no rebasen los límites de lo que habrían acordado unas partes no vinculadas o que se basen en razones comerciales válidas”*.

Posteriormente, en la Resolución del Consejo ECOFIN de 8 de junio de 2010 sobre la coordinación de las normas de subcapitalización en la Unión Europea, se reiteró la compatibilidad de las normas anti-subcapitalización con el derecho comunitario, siempre que estas respetasen el principio de libertad de establecimiento. No obstante, en este documento se recomendaba el uso de determinados indicadores para la identificación de la transferencia artificial de beneficios vía intereses: (i) el coeficiente de en-

deudamiento; (ii) el valor que representa en la entidad el interés neto sobre el EBIT o el EBITDA; o (iii) el porcentaje de patrimonio neto de la sociedad respecto del grupo mundial.

A la vista de todos estos pronunciamientos, la configuración de las normas anti-subcapitalización en diversos Estados miembros no llegó a superar el test de compatibilidad con el Derecho comunitario, provocando su adaptación, bien suprimiendo su aplicación respecto del endeudamiento procedente de la Unión Europea (como ocurrió en España), bien ampliando su aplicación a situaciones puramente nacionales. No obstante, las incoherencias y problemas prácticos de aplicación de la normativa resultante y el influjo del ambiente “pre-BEPS” aceleró la introducción de normas anti-erosión en materia de deducibilidad de gastos financieros (*earning stripping rules*) en algunos Estados miembros como España, aunque de manera aislada y sin uniformidad legislativa entre los Estados miembros en cuanto a la restricción de gastos financieros.

En este contexto y en aras de garantizar un enfoque común en la lucha contra el fraude internacional y la acción conjunta contra la erosión de bases imponibles, la Comisión Europea presentó un paquete de medidas contra la elusión fiscal el 28 de enero de 2016, claramente inspirado en los principios del Proyecto BEPS de la OCDE y entre las que destacaba la aprobación de una directiva que incluyese un conjunto de normas jurídicamente vinculantes para hacer frente de manera coordinada a algunos de los mecanismos de elusión fiscal más frecuentes, como el de la erosión de bases imponibles a través de la utilización de deducciones por intereses.

Pues bien, dicha propuesta se ha materializado en la aprobación de la Directiva 2016/1164, del Consejo, de 12 de Julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (la “**Directiva ATAD**”), cuyo artículo 4 contiene normas de implementación de la Acción 4 de BEPS armonizadas para toda la Unión Europea y que, con carácter general, deberán transponerse al derecho positivo de los Estados miembros antes del 31 de diciembre de 2018, para su aplicación desde el 1 de enero de 2019.

En concreto, en materia de limitación a la deducibilidad de gastos financieros, el artículo 4 de la Directiva ATAD contempla las siguientes medidas:

- Una norma general de obligatoria transposición que limita la deducibilidad de los gastos por intereses netos del ejercicio fiscal en que estos se soporten al 30% del EBITDA (*fixed ratio rule*). A estos efectos, la Directiva ATAD señala que el EBITDA se calculará incluyendo en la renta imponible los importes corregidos a efectos fiscales de los costes de endeudamiento, así como los importes corregidos a efectos fiscales en concepto de depreciación y amortización, quedando la renta exenta de impuestos excluida del EBITDA a estos efectos.
- Varias “reglas de escape” de implementación potestativa para los Estados miembros, según las cuales la limitación no se aplicará (i) en el caso de que los gastos por intereses netos no excedan de hasta tres millones de euros (*de minimis rule*) –por tanto, es posible establecer un límite inferior a tres millones de euros, como en el caso español– y (ii) si la sociedad no forma parte de un grupo de sociedades (*stand alone entities*).
- Además, se concede la posibilidad de que los Estados miembros permitan a aquellos contribuyentes miembros de un grupo consolidado:(a) la deducción íntegra de los gastos financieros netos si la ratio de los fondos propios del contribuyente y el total de sus activos es igual o superior a la ratio equivalente del grupo a nivel consolidado; o (b) la deducción de gastos financieros netos en una cuantía superior al 30% del EBITDA, siendo el porcentaje de deducibilidad la ratio entre los gastos financieros netos del grupo frente a terceros y el EBITDA del grupo.
- Se faculta a los Estados miembros para introducir “reglas de escape” adicionales en relación con los costes de endeudamiento de (i) empréstitos suscritos antes del 17 de junio de 2016 y (ii) préstamos utilizados para financiar proyectos de infraestructura pública a largo plazo, cuando tanto el promotor del proyecto como los costes de endeudamiento, los activos y la renta estén en la Unión Europea.
- Se concede la posibilidad a los Estados miembros de trasladar los gastos financieros no deducidos en un año fiscal a los ejercicios fiscales subsiguientes, o incluso traspasar a un periodo anterior (con el límite de tres ejercicios) los gastos financieros no deducidos en un determinado ejercicio. También se faculta a los Estados para que

puedan permitir el uso durante los cinco ejercicios inmediatos y sucesivos de la capacidad no utilizada de endeudamiento en un ejercicio.

- Se habilita a los Estados miembros para excluir a las entidades financieras del ámbito de aplicación de la limitación a la deducibilidad de intereses.

En definitiva, la Directiva ATAD traslada casi en su totalidad las recomendaciones del Informe Final de la Acción 4 del Proyecto BEPS de la OCDE a un texto legislativo con fuerza vinculante para los Estados miembros.

Si bien es cierto que, como se verá a lo largo del presente documento, algunos de los Estados miembros ya han incorporado en sus normativas, en mayor o menor medida, el articulado de la Directiva ATAD en materia de limitación de gastos financieros –como por ejemplo España–, la transposición del artículo 4 de la Directiva ATAD supone un hito más en la armonización legislativa entre los Estados miembros de la Unión Europea especialmente respecto de aquellos que aún mantienen las tradicionales reglas anti-subcapitalización y, más aún si cabe, para aquellos otros Estados miembros que no disponen de normas limitativas de la deducibilidad de gastos financieros de ningún tipo.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión ha manifestado su clara preferencia por la adopción de la base imponible consolidada común en el Impuesto sobre Sociedades (BICIS) como conjunto normativo eficaz para la lucha contra la evasión fiscal y la erosión de bases imponibles en el seno de la Unión Europea. No obstante, consciente del largo y complicado proceso de aprobación de esta propuesta, la Directiva ATAD es el instrumento normativo empleado para atacar de forma temporal las prácticas fiscales agresivas.

### **3. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA**

España ha sido uno de los Estados pioneros en el desarrollo legislativo de la Acción 4 de BEPS. Incluso puede decirse que nuestra normativa y nuestra práctica tributaria se han adelantado a las recomendaciones de la OCDE en esta materia. Así, las primeras medidas para combatir la recolocación internacional de gastos financieros claramente alineadas con los principios de BEPS se incluyeron en el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas diri-

gidas a la reducción del déficit público (el “**Real Decreto-Ley 12/2012**”), aprobado antes de que se iniciara el proyecto BEPS.

Previamente, los gastos financieros habían resultado fiscalmente deducibles salvo en los casos en los que aplicaba la norma anti-subcapitalización (*thin capitalization rule*). Esta norma se introdujo en 1991 e implicaba básicamente que cuando el endeudamiento de una entidad española con respecto a una entidad vinculada no residente en España superaba tres veces los recursos propios, se consideraba que este endeudamiento era excesivo a efectos fiscales (por comparación con los fondos propios, de ahí el término “capitalización delgada”) y se recalificaba la parte de los intereses correspondientes al exceso como dividendos no deducibles. La norma anti-subcapitalización, junto con la exigencia de valorar a mercado las operaciones entre partes vinculadas, delimitaron durante varios años la deducibilidad de gastos financieros en España sin mayor restricción.

No obstante, desde su aprobación, la doctrina española se planteó la compatibilidad de la norma anti-subcapitalización tanto con el Derecho Comunitario como con los convenios para evitar la doble imposición firmados por España que incluían la cláusula de no discriminación (es decir, la cláusula que impide la discriminación de los nacionales de un Estado contratante respecto de los nacionales del otro estado contratante). Aunque los tribunales españoles avalaron la compatibilidad de la norma de anti-subcapitalización española con los convenios para evitar la doble imposición firmados por España sobre la base del principio de independencia de los Estados, esta norma devino ineficaz después de que los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencias *Lankhorst-Hohorst GmbH*, asunto C-324/00 y *Thin Cap Group*, asunto C-524/04) limitaran considerablemente su alcance objetivo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que las normas anti-subcapitalización eran discriminatorias y contrarias a las libertades fundamentales de la Unión Europea en la medida en que sólo operaban si entidad prestamista y entidad prestataria eran residentes en distintas jurisdicciones y no en aquellas financiaciones en las que compartían residencia fiscal. Esta misma doctrina fue seguida por el Alto Tribunal español (sentencias de 21 de febrero de 2008, con número de recurso 8310/2002 y de 1 de octubre de 2009, con número de recurso 1596/2004) para declarar la incompatibilidad de la norma española anti-subcapitalización con la libertad de establecimiento y, por tanto, su inaplicación.

Finalmente, por medio del ya citado Real Decreto-Ley 12/2012, en un contexto de crisis económica y caída generalizada de la recaudación, acompañadas con una cada vez mayor sensibilización de la sociedad civil respecto de la evasión fiscal y del sostenimiento del erario público, se introdujeron dos nuevas limitaciones a la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades, que fueron aplicables a partir del ejercicio fiscal 2012 (inclusive) y que se mantienen vigentes de forma básicamente inalterada hasta la fecha: una limitación general a la deducibilidad de los gastos financieros (30% del EBITDA) –actual artículo 16 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (“LIS”)– y una limitación particular en supuestos de compraventas intra-grupo apalancadas de participaciones –actual artículo 15.h) de la LIS–. Estas dos medidas se han complementado con una tercera restricción, vigente desde 1 de enero de 2015, en relación con las operaciones de compraventa de acciones apalancadas (*leveraged buy outs*) –recogida en el apartado quinto del propio artículo 16 de la LIS–. Todas ellas (junto con el tratamiento fiscal de los híbridos financieros, respecto de la cual nos remitimos a los comentarios a la Acción 2 de BEPS) delimitan hoy en día la deducibilidad fiscal de los intereses en España en los términos que se recogen en las líneas que siguen.

- Limitación general a la deducibilidad de los gastos financieros netos a un 30% del EBITDA –artículo 16 de la LIS–.

Esta norma, inspirada en la legislación alemana, responde fielmente a la configuración de la ratio fija (*fixed ratio rule*) recomendada por la Acción 4 de BEPS y limita la deducibilidad de los gastos financieros netos a un 30% del EBITDA. A estos efectos, se consideran gastos financieros netos la diferencia entre los gastos financieros y los ingresos financieros (excluyendo los gastos financieros que no son fiscalmente deducibles por razón de las limitaciones especiales que siguen debajo). El porcentaje del 30% se aplica sobre el “beneficio operativo”, concepto que se define en la propia ley y que es similar al concepto económico-financiero de EBITDA, si bien con una serie de ajustes establecidos en la propia ley. En concreto, el beneficio operativo a estos efectos es equivalente al resultado de explotación (o EBIT) más: (i) la amortización del inmovilizado; (ii) la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras; (iii) el deterioro y resultado por enajenaciones de

inmovilizado; y (iv) los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio cuando su valor de adquisición es superior a 20 millones de euros o representan, al menos, el 5% del capital social de la entidad en la que se participa.

En todo caso, la norma general establece que resulta deducible la cuantía de un millón de euros de gastos financieros netos anuales (de nuevo, medida equivalente al *de minimis rule* recomendado por la Acción 4 de BEPS). Por ello, las pequeñas y medianas empresas quedan de facto excluidas de esta limitación como norma general, dado que podrán recurrir a la franquicia mínima establecida para la deducibilidad íntegra de sus gastos financieros. No obstante, en el caso de los grupos de consolidación fiscal, tanto el límite del 30% del beneficio operativo como el de un millón de euros se aplican al conjunto de las sociedades que forman parte del grupo.

Por otra parte, la norma establece que el gasto financiero neto que no resulte deducible en un ejercicio puede deducirse en ejercicios futuros en los que no se haya alcanzado el límite de deducibilidad (sin límite temporal alguno). Por ejemplo, si en el ejercicio 1 la sociedad A tiene 10 millones de euros de gasto financiero no deducible, y en el ejercicio 2 el EBITDA de la sociedad A es de 100 millones de euros y su gasto financiero neto es de 25 millones de euros, podrá deducirse 5 millones de euros de los 10 millones de euros no deducidos en el ejercicio previo (ya que en el ejercicio 2 se podrá deducir 30 millones de euros en gastos financieros por aplicación del límite del 30% sobre el EBITDA de este ejercicio, siendo 25 millones de euros el gasto financiero del ejercicio en curso y, por tanto, pudiendo consumir 5 millones de euros de gasto deducible procedente de los gastos financieros no deducidos en ejercicios anteriores). De la misma manera, si en un ejercicio determinado la sociedad tiene exceso de beneficio operativo no utilizado (esto es, con el beneficio operativo que ha generado, se ha podido deducir los gastos financieros netos incurridos, sin perjuicio de que todavía podría haberse deducido una cantidad adicional), este beneficio operativo se puede utilizar para deducirse gastos financieros que excedan el límite en cualesquiera de los cinco periodos impositivos siguientes. Como puede verse, ambas medidas

son sugerencias expresamente recogidas como opcionales en la descripción de la Acción 4 de BEPS (*carry forward of disallowed interest*) y que España ha adoptado.

Por último, cabe señalar que la norma española permite la deducibilidad de los gastos financieros pendientes de aplicación en el período impositivo en que se produzca la extinción de la entidad, salvo que esta disolución sea consecuencia de una operación de reestructuración.

Asimismo, conviene resaltar que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la norma las entidades financieras y aseguradoras.

En conclusión, como ya anticipábamos, la norma general establecida en España se adapta de forma casi milimétrica a la propuesta de la OCDE. El porcentaje sobre EBITDA que se ha fijado se encuentra en el límite superior del rango de intereses sobre EBITDA deducibles propuesto por la OCDE (que, recordemos, se situó entre el 10% y el 30%). En este sentido, lo cierto es que la propia OCDE ha admitido que el rango de deducibilidad de intereses puede ser mayor cuando, entre otros supuestos, (i) el Estado en cuestión ha establecido reglas especiales limitativas de la deducibilidad del gasto financiero que complementan a la regla general o (ii) no se ha establecido una segunda vía para la deducibilidad de los gastos financieros netos en función del nivel de endeudamiento con terceros del grupo al que la sociedad pertenece. Pues bien, dado que España no ha establecido esta segunda vía de deducibilidad y, en cambio, sí existen normas y limitaciones adicionales a la deducibilidad de gastos financieros –que comentaremos a continuación–, la opción por un porcentaje situado en la zona alta de entre los propuestos por la OCDE parece coherente.

- Compraventas de acciones apalancadas intra-grupo –artículo 15.h de la LIS–.

De forma repetida, la inspección tributaria cuestionó, con base en los mecanismos generales anti-abuso, las operaciones en las que una sociedad adquiría a otra sociedad de su mismo grupo las participaciones de una tercera entidad (o llevaba a cabo una ampliación de capital en otra entidad del grupo), y para financiar esta

adquisición (o esta ampliación de capital) obtenía un préstamo de otra entidad del grupo. Si bien estas operaciones podían ejecutarse por motivos económicos genuinos, por ejemplo, en el marco de una reestructuración empresarial o con ocasión de la entrada de un nuevo socio inversor, bajo este esquema también se realizaron transacciones con escasa justificación económica en las que únicamente se buscaba la generación de gastos por intereses deducibles mientras que los beneficios generados por la sociedad endeudada y percibidos en forma de dividendos quedaban exentas de tributación en destino. En ocasiones, incluso, los intereses se abonaban a sociedades situadas en territorios de baja tributación, de tal forma que el gasto adicional por intereses no venía compensado por una tributación correlativa en otra sociedad del grupo.

Debido a la debilidad de los mecanismos generales anti-abuso para restringir este tipo de prácticas, el propio Real Decreto-Ley 12/2012 limitó la deducibilidad de los gastos financieros generados en el seno del grupo mercantil por la financiación intra-grupo derivada de adquisiciones de participaciones en el capital de cualquier tipo de entidades realizada a entidades pertenecientes al mismo grupo mercantil, salvo que se acredite la existencia de motivos económicos válidos para la realización de tales operaciones de adquisición.

- Compraventas de acciones apalancadas (*leveraged buy outs*) –artículo 16.5 de la LIS–.

Desde el 1 de enero de 2015 se ha introducido una limitación adicional a la deducibilidad de gastos financieros, para cuyo entendimiento es conveniente conocer la práctica específica que se intentaba evitar. En concreto, era habitual que para financiar la adquisición de una sociedad se empleara una sociedad vehículo a la que se le inyectaba deuda, la cual se empleaba para adquirir la sociedad. Posteriormente, la sociedad adquirente y la adquirida se fusionaban o se incorporaban al mismo grupo de consolidación fiscal. Con frecuencia, la sociedad adquirente no realizaba ninguna actividad económica relevante por lo que los gastos financieros generados por ella no podían utilizarse para compensar ingresos. En cambio, la sociedad adquirida generaba normalmente un beneficio operativo significativo. Al fusionarlas (o formar un grupo de conso-

lidación fiscal) se podía aprovechar este beneficio operativo para deducir los gastos financieros generados por la deuda que se había empleado para adquirir la sociedad. En otras palabras, el beneficio operativo de la sociedad adquirida permitía a la sociedad adquirente deducirse los gastos derivados de la deuda que había contraído precisamente para adquirirla.

Con el fin de evitar esta práctica, se introduce una nueva limitación, que requiere de dos requisitos para ser aplicada:

1. Que una sociedad adquiera las participaciones de otra entidad recurriendo total o parcialmente al endeudamiento para su adquisición; y
2. Que en el lapso de cuatro años desde la adquisición de las participaciones, la sociedad que adquirió éstas se fusione con la sociedad adquirida, o la sociedad adquirida se incorpore al mismo grupo de consolidación fiscal que la adquirente.

En caso de concurrir estos dos requisitos, los gastos financieros generados por la entidad adquirente como consecuencia de la deuda que contrajo para adquirir las participaciones en la sociedad adquirida solo pueden ser deducidos con el límite del 30 % del beneficio operativo propio de la sociedad adquirente. Dicho de otro modo, la sociedad que se fusione o se una al mismo grupo de consolidación fiscal que la adquirente no puede sumar su beneficio operativo a la adquirente para poder deducirse los intereses que se deriven de la deuda de adquisición. Cabe matizar que, en este caso, no opera la franquicia de un millón de euros de gasto financiero deducible.

No obstante, aunque concurren los dos requisitos descritos, la limitación no se aplica durante el ejercicio fiscal en que se adquiere la sociedad si al menos el 30% de la operación se financia con capital (o, viceversa, si la adquisición se financia con deuda, como máximo, en un 70 % del precio de adquisición). Asimismo, tampoco aplicará este límite en los periodos impositivos siguientes, siempre que el importe de la deuda se minore proporcionalmente en los ocho años siguientes hasta que la deuda alcance, al menos, el 30 % del precio de adquisición.

De acuerdo con lo anterior, España ya habría implementado en buena medida las recomendaciones de la Acción 4 de BEPS. Por el contrario, no se han incorporado determinadas previsiones como la *group ratio rule* que podrían contribuir a una mayor flexibilidad y adaptación al caso concreto de la norma. A este respecto, en la fecha de edición de este documento no existe constancia de que el legislador tenga intención de incorporar estos elementos en el corto plazo, de modo que no es previsible un cambio sustancial de estas normas en el contexto BEPS.

En relación con la normativa comunitaria y las reglas introducidas por la Directiva ATAD, España ya tendría incorporadas en su normativa interna la práctica totalidad de las medidas consideradas como obligatorias. A efectos ilustrativos, se acompaña un cuadro comparativo en el anexo 1 incorporado a este documento. El único punto obligatorio que no parece totalmente armonizado es el referido a la definición del EBITDA, puesto que, conforme a la Directiva ATAD, es preciso excluir del importe de esta magnitud económica el importe de las rentas exentas de impuestos, previsión que la normativa interna española no contempla –de hecho, como se ha señalado anteriormente, la norma española permite incorporar expresamente determinados dividendos y ganancias de capital que estarían exentas de tributación incluso aunque conforme a la normativa contable éstas no formaran parte del EBITDA–. Preocupa también que se tenga que modificar la licencia concedida por el legislador español y consistente en la inaplicación del límite a la deducibilidad de gastos financieros en el ejercicio en que se disuelva la sociedad, en vista del silencio que a este respecto se mantiene en el Informe final de la Acción 4 del Plan BEPS y en la Directiva ATAD.

#### **4. DERECHO COMPARADO**

A lo largo de esta sección examinaremos la legislación fiscal de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de deducibilidad de gastos financieros con especial mención al grado de adecuación a la Directiva ATAD y, en su caso, a la necesidad de trasposición de las normas no potestativas. Seguidamente, se analizará la situación en otras jurisdicciones no comunitarias en el contexto de la Acción 4 de BEPS a fecha de 31 de marzo de 2017.

En este sentido, a efectos ilustrativos, se recoge como anexo a este capítulo un cuadro comparativo de la situación actual de la normativa en materia de limitación a la deducibilidad de gastos financieros en las jurisdicciones

más relevantes (normas anti-subcapitalización versus normas anti-erosión), incluyendo también las medidas de la Directiva ATAD y, en su caso, la adopción de las distintas recomendaciones incluidas en el Informe Final de la Acción 4 de BEPS. Por último, el cuadro refleja si se esperan reformas legislativas a la luz de las conclusiones de la OCDE sobre esta materia.

Advertimos que con esta exposición no se pretende llevar a cabo un análisis detallado de las normas aplicables en cada jurisdicción sino ofrecer una visión general del estado de la cuestión en el Derecho comparado.

## **Alemania**

Alemania fue uno de los países pioneros en la derogación de las normas tradicionales de subcapitalización –basadas en un coeficiente de endeudamiento máximo– y en la implantación de normas basadas en la limitación a la deducibilidad de gastos financieros netos por referencia a medidas objetivas de la actividad económica del contribuyente –las llamadas *interest stripping rules* o reglas anti-erosión–. De hecho, la legislación alemana ha servido como inspiración para aquellos países que modificaron sus normas fiscales en un ambiente “pre-BEPS” como es el caso de España.

En concreto, en el año 2008, Alemania incluyó en su legislación fiscal la deducibilidad de los gastos financieros netos con el límite del 30% del beneficio operativo del ejercicio (definido expresamente a estos efectos, en términos similares a lo establecido en la legislación española), pudiendo trasladar a ejercicios futuros los intereses no deducidos en un ejercicio anterior, siempre con el mismo límite. No obstante, esta limitación no resulta aplicable cuando los gastos financieros no excedan de tres millones de euros ni tampoco cuando la entidad sujeta al impuesto sobre sociedades alemán no sea miembro de un grupo de sociedades. En el supuesto de que los gastos financieros procedan de deuda contraída entre partes vinculadas, la limitación no será aplicable si el contribuyente alemán puede probar que su ratio de endeudamiento no es superior en más de dos puntos porcentuales al ratio de endeudamiento del grupo al que pertenece el contribuyente. Como puede observarse, la normativa alemana incorpora así la “regla de escape”, sugerida también en el informe final de la Acción 4 de BEPS.

A la vista de esta normativa, muy próxima a las recomendaciones de la OCDE y a la Directiva ATAD, no se prevén modificaciones legislativas en Alemania en materia de limitaciones a la deducibilidad de gastos por intereses fi-

nancieros. No obstante, cabe señalar que en la fecha de publicación de este documento la norma alemana está siendo objeto de revisión por parte del Tribunal Constitucional alemán después de que el Tribunal Federal alemán elevara, el pasado 14 de octubre de 2015, la correspondiente consulta por considerar que vulnera el principio de igualdad de los contribuyentes ante la ley.

## **Reino Unido**

Por su parte, en el Reino Unido se venían aplicando restricciones a la deducibilidad de gastos financieros cuando la financiación entre partes vinculadas no se establecía en términos de mercado o bien cuando el endeudamiento de una entidad británica era superior al endeudamiento medio del grupo a nivel internacional. La normativa también contemplaba ciertas restricciones adicionales a la deducibilidad de intereses, por ejemplo, en relación con los instrumentos híbridos o cuando la financiación carece de racionalidad económica.

Sin embargo, con efectos desde 1 de abril de 2017, la normativa inglesa ha incluido una norma de limitación de gastos financieros por referencia al EBITDA del grupo de sociedades al que pertenezca el contribuyente residente en Reino Unido según la cuál el grupo de sociedades tendrá derecho a la deducibilidad de gastos financieros netos en Reino Unido siempre que dichos gastos financieros netos no excedan del 30% del EBITDA generado por las entidades del grupo contribuyentes en Reino Unido. Esta norma es matizada por (i) la correspondiente *de minimis rule* (según la cual no se aplicaría la limitación cuando los gastos financieros no excedan de los dos millones de libras) y (ii) por dos “reglas de escape” conforme a las cuales no se aplicará la limitación cuando (a) la ratio de endeudamiento de las entidades en Reino Unido sea inferior a la ratio de endeudamiento del grupo a nivel global ni cuando (b) se reciba financiación privada para el desarrollo de infraestructuras públicas en el Reino Unido. Sin embargo, la normativa resulta de aplicación a las entidades bancarias y aseguradoras (es decir, no se ha restringido su aplicación a este tipo de entidades pese al descontento del sector), habiendo quedado excluidas las empresas petrolíferas y de gas natural.

En definitiva, puede decirse que Reino Unido ha replicado las recomendaciones BEPS en cuanto a la limitación a la deducibilidad de intereses y otros gastos financieros, aunque a día de hoy existen ciertas diferencias con respecto a lo establecido en la Directiva ATAD.

## Francia

Francia también incorporó de manera temprana legislación anti-erosión en materia de gastos financieros al tiempo que mantiene normas de subcapitalización para financiaciones entre entidades del mismo grupo. Esta jurisdicción es, sin duda, una de las más restrictivas en materia de deducibilidad de gastos financieros, al combinar ambos tipos de normas –y no está previsto que se produzcan modificaciones normativas a este respecto en el corto plazo–.

En primer lugar, aplica una limitación general –aprobada en el año 2013– según la cual los gastos financieros netos que excedan de tres millones de euros solo son deducibles en un 75% de su importe, sin que sea posible deducir en ejercicios futuros los gastos financieros no deducidos en un ejercicio –lo que aleja a la norma francesa de las recomendaciones de la OCDE–.

En segundo lugar, la legislación francesa contempla un conjunto de normas que sólo se aplican a los gastos financieros que se derivan de financiación por parte de entidades vinculadas. En este grupo de normas se incluyen las siguientes restricciones:

- (i) La limitación a la deducción de aquellos gastos financieros pagados a socios que excedan de la aplicación del tipo de interés bancario para préstamos concedidos por un plazo de dos años o del tipo de interés oficial que trimestralmente publica el Banco de Francia (2,15 % en 2015) –el denominado “test de mercado”– salvo que el contribuyente pueda demostrar un tipo de interés de mercado superior.
- (ii) La tradicional norma de subcapitalización que aplica sobre aquellos gastos financieros que superen el test de mercado y que limita la deducibilidad de los gastos financieros por operaciones vinculadas que excedan de (i) los ingresos financieros recibidos de entidades vinculadas francesas; (ii) 25 % del EBITDA; y (iii) 1,5 veces los fondos propios netos del deudor (al principio y al final del ejercicio); la parte de los gastos financieros que exceda de los tres umbrales anteriores no será deducible salvo que este exceso no sea superior a 150.000 euros. Las normas de subcapitalización también se aplican sobre los gastos financieros de entidades no vinculadas cuando la deuda correspondiente es garantizada por una entidad vinculada. No obstante, el “test de subcapitalización” no será aplicable cuando la empresa pueda demostrar que su endeu-

damiento es menor que el endeudamiento promedio del grupo al que pertenece.

- (iii) La no deducibilidad durante los ocho años siguientes de aquellos gastos financieros incurridos como consecuencia de la adquisición de determinadas participaciones de entidades vinculadas que gocen de exención en el reparto de dividendos (no aplica si el coeficiente de endeudamiento de la empresa es inferior al de su grupo de sociedades).
- (iv) La limitación de los gastos financieros incurridos con una entidad directa o indirectamente vinculada, que solo serán deducibles en la medida en que el deudor pueda probar que el prestamista está sujeto a tributación efectiva de, al menos, el 25% de la tributación que hubiera correspondido si el prestamista fuera residente en Francia por los intereses percibidos (es decir, si está sometido a un tipo de gravamen por el impuesto sobre sociedades o similar de, al menos, el 8,33%).

En definitiva, la legislación francesa incluye un compendio de normas destinadas a diferenciar la financiación intra-grupo “buena” de la “mala” y a limitar la deducibilidad de los pagos por intereses asociados a este último tipo de deuda. A la vista de esta estricta regulación, no se esperan reformas legislativas por el momento.

## **Italia**

Por su parte, Italia fue también pionera en el uso de reglas limitadoras de la deducibilidad de gastos financieros netos por referencia a medidas objetivas de la actividad económica. En efecto, en 2008 se introdujo una limitación a la deducibilidad de gastos financieros netos que excedieran del 30% del beneficio operativo (con posibilidad de aplicar los gastos financieros no deducidos en ejercicios posteriores de forma ilimitada). Es destacable que la norma italiana no contempla ninguna “regla de escape” (no existe un umbral mínimo de gastos por intereses por debajo del cual no aplica la restricción, ni se permite una mayor deducibilidad por referencia a una ratio de endeudamiento del grupo mundial, ni tampoco se excluyen ciertas circunstancias justificadas de la aplicación de esta norma), resultando una norma llamativamente restrictiva, sin que se prevean modificaciones legislativas en el corto plazo. No obstante, al no estar en línea con la Directiva ATAD, es posible que la regulación actual acabe siendo modificada.

## Países Bajos

Las normas restrictivas de la deducibilidad de gastos financieros vigentes en los Países Bajos no se han adaptado hasta la fecha a las recomendaciones del Informe Final de la Acción 4 de BEPS ni a las normas recogidas en la Directiva ATAD. En este sentido, aunque no es descartable alguna modificación normativa, por el momento, no hay ninguna propuesta legislativa concreta si bien se espera que se introduzcan con efectos para los ejercicios que se inicien el 1 de enero de 2019.

Las normas actualmente en vigor en los Países Bajos comprenden tanto una limitación de los gastos financieros incurridos en adquisiciones, aportaciones de capital o distribuciones realizadas a favor de entidad vinculada (salvo que se pruebe el sentido económico de la operación o salvo que se pruebe tributación efectiva a un tipo del 10% sobre los intereses); como normas restrictivas de la deducibilidad de gastos financieros intra-grupo cuando:

- (i) la deuda subyacente esté sometida a un tipo de interés inferior al tipo de interés de mercado (en particular, cuando el tipo de interés establecido es inferior al tipo de interés de mercado en un 30 % o más) y la deuda no tenga plazo de vencimiento o este plazo sea inferior a diez años;
- (ii) la deuda derive de la adquisición de filiales que permitan disfrutar del régimen de exención en el posterior reparto de dividendos (*participation exemption regime*), salvo que se pruebe que la financiación se destina a la ampliación de las actividades operativas del grupo o los intereses financieros no excedan de 750.000 euros al año; o
- (iii) se adquieran participaciones de una entidad filial, salvo que los intereses financieros sean inferiores a un millón de euros al año o que la deuda sea superior al 60% del precio de adquisición pero su importe se minore, desde el momento de la adquisición, al menos en la parte proporcional que corresponda a cada uno de los cinco años siguientes, hasta que la deuda alcance el 25% del precio de adquisición.

## Portugal

En Portugal, la legislación prevé desde el año 2013 una serie de reglas relativas a la deducibilidad de intereses y otros gastos financieros basadas en

el modelo de *earning stripping rules* que sustituyen el modelo anterior de normas de subcapitalización existente hasta ese momento y que guardan un parecido significativo con las normas previamente existentes en España y Alemania.

Así, no son deducibles los gastos financieros netos del ejercicio que hayan sido soportados por una entidad que supere el mayor de los siguientes umbrales: (i) el 30% del EBITDA (calculado a estos efectos con ciertos ajustes) o (ii) un millón de euros. La parte de los gastos financieros netos que no sea deducible con arreglo al límite del 30% del EBITDA (pero no del límite de un millón de euros) podrá deducirse en los cinco períodos impositivos siguientes. De la misma forma, la diferencia positiva entre el importe del 30% del EBITDA y el importe de los gastos financieros netos del período impositivo –es decir, la parte del 30% del EBITDA no deducida en un determinado ejercicio– se adicionará al límite del EBITDA de los cinco períodos impositivos siguientes. En el caso de que un grupo de entidades opte por la aplicación del régimen fiscal especial de consolidación, la limitación a la deducibilidad de gastos financieros operará a nivel del grupo fiscal, en cuyo caso el umbral del 30% del EBITDA se determinará con base en la suma de los EBITDA de todas las sociedades incluidas en la consolidación fiscal.

Por tanto, se puede decir que la normativa portuguesa ya ha incorporado algunas de las recomendaciones contenidas en el Informe Final de la Acción 4 de BEPS y está en línea con la Directiva ATAD; de ahí que no se prevean modificaciones legislativas en esta materia por el momento.

### **Resto de Estados miembros de la Unión Europea**

Otros países como **Finlandia, Grecia y Eslovaquia** han adaptado parcialmente sus legislaciones a las recomendaciones BEPS en materia de gastos financieros, por cuanto que han introducido reglas limitativas de la deducibilidad de gastos financieros netos por referencia a medidas objetivas de la actividad económica de las entidades o grupos multinacionales con la opción de obtener una mayor deducibilidad de gastos financieros por referencia a una ratio de endeudamiento del grupo mundial.

Otros Estados miembros como **Bulgaria, Dinamarca o Polonia** han adaptado también parcialmente sus legislaciones a estas nuevas normas de limitación a los gastos financieros netos, si bien combinadas con las normas de subcapitalización (si exceden la ratio de endeudamiento aprobado, aplican lí-

mites a la deducibilidad de gastos financieros por referencia a magnitudes objetivas de la actividad económica de las entidades o grupos multinacionales).

Sin embargo, **Bélgica, República Checa, Hungría, Rumanía, Croacia, Eslovenia, Letonia y Lituania** mantienen las tradicionales normas de subcapitalización. Por su parte, en jurisdicciones como **Luxemburgo, Austria, Irlanda, Suecia y Malta** existen ciertas normas restrictivas de la deducibilidad de gastos financieros, pero no se aplican en sentido estricto normas de subcapitalización ni normas basadas en la limitación a la deducibilidad de gastos financieros netos por referencia a medidas objetivas de la actividad económica del contribuyente. Finalmente, **Chipre y Estonia** no contemplan por el momento normas restrictivas de la deducibilidad de gastos por intereses o gastos financieros en sus normativas nacionales. Precisamente, este grupo de Estados miembros son los que más trabajo deben realizar para adecuar su normativa a lo establecido en la Directiva ATAD antes del 1 de enero de 2019 de forma que no existan diferencias competitivas en materia de deducibilidad de gastos financieros a nivel de la Unión Europea.

### **Derecho comparado al margen de la Unión Europea**

Al margen del ámbito de la Unión Europea, la puesta en práctica de las recomendaciones plasmadas en el Informe Final de la Acción 4 de BEPS en el resto de jurisdicciones parece encontrarse en un estado mucho más prematuro.

Así, a modo de ejemplo, en **Estados Unidos** se mantienen hasta la fecha las normas anti-subcapitalización tradicionales (que no establecen una ratio fija que determine la existencia de una situación de infracapitalización, sino que atienden a los criterios establecidos por la jurisprudencia para determinar cuándo un instrumento de deuda debe recalificarse como fondos propios a efectos fiscales). No obstante, se introdujo una limitación a la deducibilidad de intereses pagados a entidades vinculadas que no están sujetas al impuesto sobre sociedades estadounidense cuando la entidad norteamericana pagadora tiene un endeudamiento que excede de la ratio 1,5:1; en estos casos, la deducibilidad de los gastos por intereses queda limitada al 50% de la renta sujeta a tributación. Asimismo, los intereses devengados de préstamos concedidos por entidades vinculadas no residentes en Estados Unidos sólo son deducibles en la medida en que sean efectivamente abonados. Sin embargo, la actual propuesta de reforma del sistema fiscal ame-

ricano contempla la prohibición de la deducibilidad del gasto financiero neto si bien se compensaría esta medida con la posibilidad de deducir la inversión en CAPEX –capital expenditures, bienes de equipo– en lugar de imputarlo a lo largo del tiempo vía amortización. De aprobarse la no deducibilidad de intereses en la reforma fiscal americana, supondría igualar el trato dado a los dividendos con el trato que recibirán entonces los intereses. No obstante, a fecha de edición de este documento, las propuestas fiscales de la nueva administración no han sido aún aprobadas.

Por su parte, la **normativa brasileña** establece límites a la deducibilidad fiscal de los intereses pagados por empresas brasileñas a personas físicas o jurídicas del mismo grupo o a residentes en paraísos fiscales basadas en reglas anti-subcapitalización. De acuerdo con estas reglas, no será deducible para la sociedad brasileña aquella parte de los intereses que se devengue sobre el principal del préstamo cuando el importe del préstamo exceda los siguientes porcentajes:

- (a) en el caso de un préstamo entre partes del mismo grupo directamente relacionadas, 200% del valor de la participación del prestamista no residente en el patrimonio neto del prestatario brasileño;
- (b) en el caso de un préstamo entre partes indirectamente vinculadas del mismo grupo, 200% del total del patrimonio neto del prestatario; y
- (c) en el caso de que el préstamo haya sido concedido por una sociedad residente en un paraíso fiscal o sometido a un régimen fiscal privilegiado, 30% del total del patrimonio neto.

Los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de gastos no necesarios y no deducibles (esto es, no se recalifican como dividendos). En cualquier caso, la normativa brasileña establece una regla anti-abuso general por la cual un gasto solo será deducible siempre y cuando la sociedad compruebe que es necesario para su actividad y usual. Por el momento, no se visualizan cambios normativos significativos en línea con la Acción 4 de BEPS, considerando las medidas ya existentes en Brasil.

En otros países de Latinoamérica tampoco puede apreciarse un gran avance. **México**, por ejemplo, mantiene las normas de subcapitalización aprobadas en 2005 (con una ratio de endeudamiento legalmente aceptada de 3:1) y no hay por el momento ningún movimiento para la adecuación de

su normativa a las recomendaciones de la OCDE en este campo. En idéntica situación encontramos a **Perú, Chile y Colombia**, donde se aplican normas similares anti-subcapitalización y no parece que se vayan a producir cambios normativos en el corto plazo.

Por lo que se refiere a Asia, en la República Popular China y Japón se sigue aplicando una norma anti-subcapitalización. En concreto, en **China** el interés correspondiente a la deuda que exceda del doble de los fondos propios no es fiscalmente deducible (en el caso de entidades financieras, este límite se incrementa hasta cinco veces esta cifra). No obstante, actualmente se están estudiando cambios en la normativa vigente para clarificar el concepto de gastos financieros, posibilitar la deducibilidad de intereses no deducidos en un ejercicio en los ejercicios futuros (incluso aprovechar el excedente de deducibilidad de un año en ejercicios subsiguientes) y establecer ratios de endeudamiento respecto a fondos propios específicas para ciertos sectores industriales.

Por su parte, en **Japón** está vigente una limitación general a la deducibilidad de los intereses correspondientes a la parte de deuda que exceda del triple de los fondos propios (se paguen a entidades vinculadas o no). No obstante, el contribuyente puede optar por aplicar otra ratio si puede probar que su estructura de financiación responde a condiciones de mercado en su sector. Adicionalmente, desde 2012, se ha introducido una nueva limitación en línea con las recomendaciones del Informe Final de la Acción 4 de BEPS que consiste en una limitación de los gastos financieros al 50% de la base imponible ajustada (tal y como estos se definen en la normativa japonesa). Por otra parte, el gobierno japonés ha anunciado su intención de revisar ambas limitaciones, por lo que no son descartables nuevos cambios normativos en los próximos años (de hecho se espera una reducción del porcentaje de deducibilidad de los intereses).

Por lo que se refiere a la **India**, en este país no existe, como norma general, una norma de subcapitalización, de forma que la normativa de operaciones vinculadas es la única restricción a la deducibilidad de gastos financieros. No obstante, sí existen algunas normas particulares que limitan la deducción de gastos financieros en determinadas circunstancias (por ejemplo, cuando los fondos del préstamo se destinan a financiar actividades que generan ingresos exentos de tributación y cuando no se ha practicado la retención que corresponde conforme a la normativa aplicable). Además,

con efectos desde 1 de Abril de 2017, se han introducido un conjunto de cláusulas generales anti-abuso que, si bien no están enfocadas específicamente a la deducibilidad de los gastos financieros, sí pueden potencialmente afectar a su deducibilidad.

Finalmente, fuera del continente americano y de Asia, jurisdicciones como la **australiana** mantienen también las tradicionales normas anti-subcapitalización: los contribuyentes pueden deducir los gastos financieros incurridos siempre que la ratio de endeudamiento no supere sus fondos propios en una proporción de 60% / 40% y no se prevén cambios legislativos en línea con la Acción 4 de BEPS.

## 5. VALORACIÓN DE LAS MEDIDAS

El objetivo del Informe Final de la Acción 4 de BEPS consiste literalmente en establecer *“recomendaciones sobre las mejores prácticas en el diseño de normas para evitar la erosión de la base imponible a través de la utilización de deducciones por intereses, por ejemplo, mediante el uso de deuda entre entidades vinculadas y con terceros para lograr la deducción excesiva de intereses o para financiar la producción de ingresos exentos o diferidos y otros ingresos financieros que son económicamente equivalentes a los pagos de intereses”*.

Las medidas recomendadas merecen, en general, una valoración positiva. En cuanto al fondo, el Informe Final de la Acción 4 de BEPS aspira a erradicar la erosión de la base imponible de las multinacionales a través del traslado de sus beneficios a otras jurisdicciones mediante el pago de gastos financieros. En cuanto a la forma, la previsible adopción de sus medidas por la mayoría de los Estados, como ya está sucediendo en el contexto de la Unión Europea, tendrá un efecto armonizador en las normativas fiscales nacionales que contribuirá a reforzar la seguridad jurídica en una cuestión tan importante como el tratamiento fiscal de la financiación de los grupos multinacionales.

Dicho lo anterior, las medidas recomendadas por el Informe Final de la Acción 4 de BEPS deben ser transpuestas a la normativa nacional de los diferentes países de forma proporcionada y aplicadas con cautela por sus respectivas autoridades fiscales y tribunales de justicia. Si las limitaciones se incorporan a los ordenamientos jurídicos internos de forma absoluta y se

aplican de forma indiscriminada, partiendo del apriorismo de que la financiación ajena supone –casi *per se*– un mecanismo de erosión de bases imponibles, la fiscalidad generará distorsiones en los mercados de capitales, penalizando el recurso a instrumentos de financiación que son tan legítimos como los recursos propios. En tal caso, los objetivos perseguidos por el Informe Final de la Acción 4 de BEPS no solo no se alcanzarían, sino que la iniciativa habría resultado un fracaso.

Para evitar estas distorsiones, los legisladores nacionales deberían acotar el potencial efecto expansivo de las medidas propuestas bajo las premisas de que (i) los intereses por gastos financieros son, en la mayoría de las situaciones, gasto real indubitado para las sociedades y que (ii) el uso de deuda no está asociado necesariamente a fines fiscales.

De conformidad con estas dos premisas y sin perjuicio de las complicaciones que a nivel de la Unión Europea podrían suponer a la luz de la Directiva ATAD, recomendaríamos las siguientes modificaciones:

- Limitar el amplio ámbito subjetivo de aplicación de las recomendaciones del Informe Final de la Acción 4 de BEPS. Así, si lo que se pretende con estas normas es evitar la erosión de bases imponibles mediante el uso de estructuras societarias transfronterizas, tiene sentido excluir del ámbito de aplicación de las normas limitativas de la deducibilidad de gastos financieros a aquellas entidades que no pertenezcan a un grupo de sociedades o a grupos de sociedades no transfronterizos. De hecho, la Directiva ATAD ya contempla la posibilidad de excluirde su aplicación, potestativamente, a las conocidas como *stand alone entities* como vía subsidiaria para permitir la deducción de los gastos financieros, aunque la exclusión de grupos de sociedades no transfronterizos no se plantea debido a los problemas de discriminación que bajo Derecho Comunitario se podrían generar (de ahí que muchos apuesten por la adopción del sistema de base imponible consolidada común como sistema único para la persecución de la planificación fiscal agresiva y la erosión de bases imponibles dentro de la Unión Europea).
- Excluir la aplicación del límite general de deducibilidad de gastos financieros en aquellas situaciones en las que se pruebe su razonabilidad o los motivos empresariales. Por ejemplo, si el endeudamiento y la consecuente generación de gastos financieros se debe

a una fase de inversión (y el contribuyente puede probar este ciclo mediante datos objetivos) debería poderse habilitar la deducibilidad plena de los gastos financieros, máxime si la financiación es concedida por entidades financieras o entidades ajenas al grupo o, siendo concedida por entidades del grupo, pueda probarse que esta se ha concedido en términos de mercado y que la entidad prestamista tributa de forma efectiva por los intereses que percibe.

- Excluir la aplicación del límite general de deducibilidad de gastos financieros en aquellas situaciones en las que la limitación deja de ser una norma de imputación temporal –que produce una sobreimposición también temporal–, para convertirse en una norma de imputación permanente, produciendo, por tanto, una situación de sobreimposición permanente. El ejemplo más claro es el de aquellas inversiones que resulten fallidas y no generen los flujos de caja esperados. Restringir la deducibilidad del coste de la financiación supone “añadir sal a la herida”, sobre todo en los casos en que se atiende al servicio de la deuda y el prestamista reconozca los intereses como ingreso. Otro ejemplo claro también se refleja cuando el ejercicio en el que la sociedad se liquida, el límite general de deducibilidad de gastos financieros aplica igualmente –supuesto que sí ha quedado excluido en la normativa española y que esperamos que se mantenga a pesar de que no se contempla ni en el informe final de la Acción 4 del Plan BEPS ni en la Directiva ATAD–.
- Previsión de normas específicas que tengan en cuenta las especialidades de ciertos sectores económicos –además del sector financiero y asegurador– o de fases expansivas o de lanzamiento de nuevos negocios, considerando magnitudes objetivas referenciadas al valor de los activos de la sociedad, número de empleados, volumen de las existencias, etc. Sin embargo, se ha claudicado en este sentido a favor de la sencillez del “café para todos” con una norma “forfaitaria” más formalista y de inmediata aplicación que es la que ofrece el umbral monetario frente a normas que se acomoden mejor a las muy diferentes situaciones de las empresas. A este respecto, la Directiva ATAD sí contempla al menos una previsión en este sentido, excluyendo de su ámbito de aplicación los gastos por intereses generados como consecuencia de la inversión en infraestructuras públicas en la Unión Europea.

En cualquier caso, de poco sirven estas propuestas si no encuentran un desarrollo legislativo armonizado y acompasado en las distintas jurisdicciones. De no ser así, no solo no se evita el problema de la descoordinación de los sistemas impositivos nacionales sino que, incluso, puede empeorarse la situación existente. De hecho, la descoordinación en la puesta en aplicación de las recomendaciones plasmadas en el Informe final de la Acción 4 del Plan BEPS puede afectar a la competitividad de las empresas sitas en las jurisdicciones más restrictivas, colocándolas en inferioridad de condiciones a la hora de captar recursos en los mercados internacionales de capitales o de obtener financiación (ya que, de facto, la no deducibilidad total o parcial de su carga financiera a efectos fiscales incrementa indirectamente el coste de su financiación ajena). Si así aconteciera, el resultado de los trabajos de la OCDE en esta materia sería el contrario del declaradamente pretendido.

En este sentido, debemos aplaudir la iniciativa que los Estados miembros de la Unión Europea han plasmado en la Directiva ATAD para establecer un marco común en el territorio comunitario, de suerte que –con mayor o menor fortuna en cuanto a las normas que impondrá– se evite la asimetría entre las legislaciones nacionales. Solo cabe ahora desear que el proceso de transposición a las distintas normativas nacionales sea pacífico y que, en el particular caso del Reino Unido, el *Brexit* no afecte a este proceso.

Ya en clave interna, es menester valorar cuál es la posición institucional de España y cómo afecta a la competitividad de nuestras empresas. Como ya se ha puesto de manifiesto en el apartado 2 de este capítulo, en España, algunas de las recomendaciones vertidas en el Informe Final de la Acción 4 de BEPS así como otras medidas anti-erosión de bases imponibles fueron incorporadas de forma prematura en la legislación, si bien con un propósito más oportunista en la medida en que pretendían, fundamentalmente, el ensanchamiento de las bases imponibles en un entorno de elevado déficit público; propósito que fue con creces logrado ya que, según datos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, tales medidas tuvieron un importante efecto recaudatorio para el Tesoro Público –en términos de cuota, en el primer año de aplicación de las limitaciones a la deducibilidad de gastos financieros, esto es en el ejercicio 2012, se recaudó un importe adicional estimado de 1.010 millones de euros, incrementándose esta cifra en 110 millones de euros más respecto del año anterior en 2013–.

Además del efecto recaudatorio, las medidas anti-erosión en España han tenido un considerable impacto tanto en la práctica administrativa como en la doctrina jurisprudencial.

En la práctica administrativa y de la inspección tributaria, se ha venido observando una clara influencia del Plan de Acción BEPS y, en particular, de la Acción 4 de BEPS. España ha participado activamente en el desarrollo de las 15 líneas de actuación del Proyecto BEPS y esto está teniendo un impacto directo en la práctica inspectora y en los planes de control tributario. En efecto, el Proyecto BEPS viene mencionándose en los Planes Anuales de Control Tributario y Aduanero desde 2013, junto con la necesidad de adoptar sus directrices en el control de la actividad transfronteriza que realicen tanto los obligados tributarios españoles en el exterior como los inversores extranjeros en España para evitar el deterioro de las bases imponibles. En concreto, en el Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2017 (al igual que en el de 2016) se hace referencia expresa a la necesidad de potenciar el examen de las principales áreas de riesgo detectadas en el Proyecto BEPS, entre las que se encuentra el control de las operaciones de adquisición de participaciones con apalancamiento, fundamentalmente cuando quede acreditado que la operación tiene como finalidad principal generar gastos financieros.

Las orientaciones plasmadas en los planes anuales de control tributario han sido ciertamente reproducidas por la inspección tributaria que, impregnada con esta filosofía, viene usando los argumentos y premisas anti-abuso en las que descansa BEPS en los procedimientos inspectores, incluso cuando estos procedimientos se refieren a ejercicios fiscales *“pre-BEPS”*, para atacar estructuras de endeudamiento aparentemente avaladas por la normativa en vigor en aquellos ejercicios, si bien apoyándose en los mecanismos de simulación o fraude de ley (actualmente denominado conflicto en aplicación de la norma tributaria) y en cláusulas generales anti-abuso. Así, no son extrañas las alusiones a BEPS en las actas para calificar planificaciones societarias como *“prácticas fiscales agresivas dirigidas a erosionar bases imponibles”*. En particular, la revisión sobre estructuras apalancadas está siendo especialmente activa.

Pues bien, desde nuestro punto de vista, en ocasiones la Administración tributaria está haciendo un uso indiscriminado de estos mecanismos, aplicándolos retroactivamente sin que sus efectos hayan podido tenerse en

cuenta por parte de los contribuyentes en el momento de decidir la estructura de financiación más oportuna. Que se persigan actuaciones “BEPS” con base en las recomendaciones de los informes finales del Plan de Acción BEPS sería entendible siempre que estas afecten a situaciones coetáneas o posteriores a la propagación de esta doctrina fiscal y a su aceptación por parte de las autoridades tributarias. Lo que no es aceptable es que el Plan de Acción BEPS afecte a situaciones anteriores al inicio de la “era BEPS”; y ello porque a ningún agente económico se le puede exigir racionalmente que prevea esta evolución futura de los criterios administrativos ni de la conciencia social de la inspección tributaria, ya que esto supone un quebrantamiento inaceptable del principio de seguridad jurídica que debe imperar en el Estado de Derecho.

También los tribunales –tanto económico-administrativos como contenciosos– aluden a las recomendaciones de la OCDE a modo de *soft law* para atacar estructuras de financiación cuando entienden que no existen razones económicas o empresariales que justifiquen tales estructuras de endeudamiento. En un ambiente *pre*-BEPS, el propio Tribunal Supremo acudió a las directrices aprobadas por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE para razonar su fallo y declarar que *“el efecto elusivo es evidente cuando se obtienen unos gastos incomprensibles como consecuencia de una operación difícilmente aceptable, y que son, precisamente, los que la “liquidación impugnada trata de eliminar”* (sentencia de 18 de julio de 2012, recurso número 3779/2009). Posteriormente, el Tribunal Supremo ha hecho alusión varias veces al Plan de Acción BEPS para justificar la práctica inspectora contra operaciones de adquisiciones apalancadas en las que se reducían las bases imponibles españolas mediante préstamos concedidos a filiales españolas del grupo para trasladar los beneficios tributables a países de baja tributación. Ante estas situaciones, el Alto Tribunal ha manifestado que *“bajo el prisma de la existencia de una razón imperiosa de interés general, la práctica que detecta y corrige la Administración tributaria constituye en la actualidad una de las mayores preocupaciones en el seno de la OCDE, reflejada en el BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) Action Plan, Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, habiéndolo reconocido también el legislador español ante el nuevo tratamiento de la deducción de los gastos financieros en los grupos de sociedades dado por el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo”* (sentencias de 9 de febrero de 2015, recursos número 3971/2013 y 188/2014 y de 12 de febrero

de 2015, recurso número 184/2014). Aunque las alusiones al Proyecto BEPS son argumentos de apoyo a la regularización practicada por la inspección tributaria con base en la normativa general anti-abuso, los fallos reflejan cómo ha permeado la filosofía de la OCDE impregnada en el Plan de Acción BEPS. De nuevo, se trata de reflexiones *obiter dicta* pero de las que el Tribunal Supremo debería abstraerse cuando se refieren a situaciones “pre-BEPS”.

A la vista del prematuro pero intenso desarrollo legislativo de las medidas limitativas de la deducción de gastos financieros en España y de la notable porosidad de la filosofía inherente en BEPS dentro de la práctica administrativa y judicial española, es necesario volver a incidir en los efectos perniciosos que en términos de competitividad pueden generarse para las empresas españolas y poner de manifiesto la necesidad de una revisión de las normas actualmente en vigor. El hecho de que en España se haya optado por introducir la mayor parte de las recomendaciones del Informe Final de la Acción 4 de BEPS de forma pionera, junto con *targeted rules* de refuerzo pero, sin embargo, escasas “reglas de escape”, dificulta la inversión económica en España y que los agentes empresariales puedan tomar decisiones sobre los instrumentos de financiación (capital y deuda) en términos neutrales. Esta circunstancia, unida al hecho de que otras naciones todavía no han implantado medidas restrictivas a la deducibilidad de gastos financieros o éstas son más laxas que las implementadas por España, hace que las empresas españolas se encuentren en una situación de clara desventaja competitiva. Esta cuestión es especialmente cierta si se atiende al estándar fijado por la Directiva ATAD en el contexto de la Unión Europea –nuestro entorno competitivo más inmediato–, que permite a los Estados miembros un margen de flexibilidad muy superior al que impone la normativa española.

En conclusión, y a la vista de lo anterior, entendemos que el hecho de que España haya sido pionera en la adopción de algunas de las medidas propuestas en el Informe Final de la Acción 4 de BEPS ha comportado que la empresa española se sitúe, por lo menos de forma temporal, en desventaja competitiva frente a las empresas de otros países de nuestro entorno en esta materia.

Por ello, a la vista del Informe Final de la Acción 4 de BEPS y considerando que las necesidades recaudatorias han dejado de ser el objetivo principal, sería recomendable que el legislador español revisara en profundidad la normativa para, entre otras cuestiones, elevar el umbral mínimo de de-

ducibilidad (*de minimis rule*) dentro del rango permitido por la Directiva ATAD y en términos similares a lo establecido en Alemania o en Francia y para incluir “reglas de escape” adicionales, –por ejemplo, la no aplicación de la regla general de limitación en los casos en los que la entidad financiada no pertenezca a ningún grupo de sociedades o la financiación no proceda de entidades del grupo o, siendo del grupo, se pruebe que está concedida en puros términos de mercado–.

### Anexo I Transposición de la Directiva ATAD en España a 31 de marzo de 2017

Concepto	Texto oficial de la Directiva ATAD en inglés	Carácter	Estado de transposición en España
Limitación de gastos financieros al 30% del EBITDA	<i>1. Exceeding borrowing costs shall be deductible in the tax period in which they are incurred only up to 30 percent of the taxpayer's earnings before interest, tax, depreciation and amortization (EBITDA).</i>	Obligatorio	✓
Sujetos pasivos a los que les afecta la limitación	<i>For the purpose of this Article, Member States may also treat as a taxpayer an entity which is permitted or required to apply the rules on behalf of a group, as defined according to national tax law; an entity in a group, as defined according to national tax law, which does not consolidate the results of its members for tax purposes. In such circumstances, exceeding borrowing costs and the EBITDA may be calculated at the level of the group and comprise the results of all its members.</i>	Potestativo	✓
Definición EBITDA	<i>2. The EBITDA shall be calculated by adding back to the income subject to corporate tax in the Member State of the taxpayer the tax-adjusted amounts for exceeding borrowing costs as well as the tax-adjusted amounts for depreciation and amortisation. Tax exempt income shall be excluded from the EBITDA of a taxpayer.</i>	Obligatorio	X
Franquicia 3 meses	<i>By derogation from paragraph 1, the taxpayer may be given the right: to deduct exceeding borrowing costs up to EUR 3 000 000; (...) For the purposes of the second subparagraph of paragraph 1, the amount of EUR 3 000 000 shall be considered for the entire group.</i>	Potestativo	✓ (1M€)

Stand alone entities	<i>By derogation from paragraph 1, the taxpayer maybe given the right (...) to fully deduct exceeding borrowing costs if the taxpayer is a stand alone entity (...) a stand alone entity means a taxpayer that is not part of a consolidated group for financial accounting purposes and has no associated enterprise or permanent establishment.</i>	Potestativo	<b>X</b>
Exclusión temporal y finalística	<i>Member States may exclude from the scope of paragraph 1 exceeding borrowing costs incurred on loans which were concluded before 17 June 2016, but the exclusion shall not extend to any subsequent modification of such loans, or loans used to fund a long-term public infrastructure project where the project operator, borrowing costs, assets and income are all in the Union.</i>	Potestativo	<b>X</b>
Group ratio rule	<i>Where the taxpayer is a member of a consolidated group for financial accounting purposes, the taxpayer may be given the right to either: a) fully deduct its exceeding borrowing costs if it can demonstrate that the ratio of its equity over its total assets is equal to or higher than the equivalent ratio of the group and subject to the following conditions: the ratio of the taxpayer's equity over its total assets is considered to be equal to the equivalent ratio of the group if the ratio of the taxpayer's equity over its total assets is lower by up to two percentage points; and all assets and liabilities are valued using the same method as in the consolidated financial statements referred to in paragraph 8; or b) deduct exceeding borrowing costs at an amount in excess of what it would be entitled to deduct under paragraph 1. This higher limit to the deductibility of exceeding borrowing costs shall refer to the consolidated group for financial accounting purposes in which the taxpayer is a member and be calculated in two steps: first, the group ratio is determined by dividing the exceeding borrowing costs of the group vis-à-vis third-parties over the EBITDA of the group; and second, the group ratio is multiplied by the EBITDA of the taxpayer calculated pursuant to paragraph 2.</i>	Potestativo	<b>X</b>

<p>Posibilidad de deducir los gastos financieros incurridos en ejercicios futuros o anteriores</p>	<p><i>The Member State of the taxpayer may provide for rules either: to carry forward, without time limitation, exceeding borrowing costs which cannot be deducted in the current tax period under paragraphs 1 to 5; o carry forward, without time limitation, and back, for a maximum of three years, exceeding borrowing costs which cannot be deducted in the current tax period under paragraphs 1 to 5.</i></p>	<p>Potestativo</p>	<p>✓ (solo futuros)</p>
<p>Utilización de gasto financiero excedentario</p>	<p><i>The Member State of the taxpayer may provide for rules either: to carry forward, without time limitation, exceeding borrowing costs and, for a maximum of five years, unused interest capacity, which cannot be deducted in the current tax period under paragraphs 1 to 5.</i></p>	<p>Potestativo</p>	<p>✓</p>
<p>Exclusión de banca y seguros</p>	<p><i>Member States may exclude financial undertakings from the scope of paragraphs 1 to 6, including where such financial undertakings are part of a consolidated group for financial accounting purposes.</i></p>	<p>Potestativo</p>	<p>✓</p>

**Anexo II**  
**Cuadro comparativo de la situación actual de la normativa en materia de limitación a la deducibilidad de gastos financieros**

Estado	Normas anti-sub-capitalización	BEPS 4 – Normas anti-erosión						Posibles reformas legislativas en línea con BEPSy/o Directiva ATAD
		<i>Fixed ratio rule</i>	<i>Group ratio rule</i>	<i>De minimis rule</i>	<i>Carry forward of disallowed interest</i>	<i>Exclusión de bancos y aseguradoras</i>	<i>Otras “reglas de escape”</i>	
Directiva ATAD	—	✓	✓	✓	✓	✓	✓	—
Alemania	—	✓	✓	✓	✓	—	✓	—
Reino Unido	✓	—	—	—	—	—	—	✓
Francia	✓	✓	—	✓	—	—	✓	—
Italia	—	✓	—	—	✓	✓	✓	✓
Países Bajos	✓	—	—	—	—	—	—	✓
España	—	✓	—	✓	✓	✓	✓	—
Portugal	—	✓	—	—	✓	✓	—	—
Finlandia	—	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Grecia	—	✓	✓	✓	✓	✓	—	✓
Eslovaquia	—	✓	—	—	—	✓	—	✓
Estados Unidos	✓	—	—	—	—	—	—	✓
México	✓	—	—	—	—	—	—	—
Brasil	✓	—	—	—	—	—	—	—
Colombia	✓	—	—	—	—	—	—	—
Chile	✓	—	—	—	—	—	—	—
Perú	✓	—	—	—	—	—	—	—
Australia	✓	—	—	—	—	—	—	—

### **Anexo III**

#### **Sugerencias de reforma**

1. Restringir el alcance subjetivo de las normas limitativas de la deducibilidad de gastos financieros cuando las entidades prestatarias residentes en España satisfacen intereses a entidades prestamistas que no forman parte de su grupo de sociedades;
2. elevar el umbral mínimo de deducibilidad (*de minimis rule*) en línea con lo establecido en la Directiva ATAD;
3. incluir una “regla de escape” general para flexibilizar la limitación de la deducibilidad de gastos financieros cuando el contribuyente pueda demostrar que la financiación se acuerda en términos de mercado, por motivos económicos válidos y que la entidad prestamista está sujeta a tributación por los intereses que percibe; y
4. incluir “reglas de escape” específicas que respondan a las particularidades de determinados sectores y ciclos empresariales (sin limitarse al sector financiero y asegurador).

## **CAPÍTULO V**

### **ACCIÓN 5: COMBATIR LAS PRÁCTICAS TRIBUTARIAS PERNICIOSAS, TENIENDO EN CUENTA LA TRANSPARENCIA Y LA SUSTANCIA**

*Diego Arribas Plaza, Marta López Tamayo y Andrés Sánchez López  
(Cuatrecasas)*



## 1. INTRODUCCIÓN

El eje sobre el que pivota el Plan BEPS de la OCDE es la lucha coordinada entre los diferentes países contra el fraude y la planificación fiscal agresiva de las empresas multinacionales. El objetivo es que estas empresas queden sometidas a imposición en el lugar donde efectivamente se desarrolla su actividad y se genera valor, sin que determinadas prácticas agresivas puedan permitir que los beneficios sean artificialmente deslocalizados a territorios con una menor (o nula) presión fiscal. Se trata así de dar una respuesta en el ámbito fiscal a los retos que plantea la realidad económica de nuestro tiempo.

La Acción 5 del Plan BEPS, con el título “*Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia*”<sup>34</sup>, centra su ámbito de análisis en dos ámbitos en relación con los cuales la OCDE ha detectado prácticas fiscales que pueden considerarse perniciosas:

- Los regímenes fiscales preferenciales; es decir, aquellos que ofrecen condiciones fiscales ventajosas para aquellas sociedades que desarrollen determinadas actividades, y que por lo tanto suponen un incentivo de deslocalización de las actividades empresariales.
- Los acuerdos con las administraciones tributarias o *tax rulings*, y los efectos fiscales negativos que estos acuerdos con las diferentes administraciones locales pueden generar a nivel global.

---

(34) Puede llamar la atención el hecho de que la OCDE haya modificado ligeramente la redacción del título de la Acción 5 en su versión en castellano, en comparación con la versión en inglés, cuya redacción es la siguiente “*Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance*”.

Como puede apreciarse, los dos aspectos analizados en esta Acción tienen diferente naturaleza, motivo por el cual son analizados de forma independiente en el informe de la OCDE así como en el presente documento. Ahora bien, desde el punto de vista conceptual, puede identificarse un objetivo común por parte de la OCDE: sentar las bases y “reglas de juego” en ambos ámbitos para lograr una adecuada competencia entre los diferentes países y frenar con ello las prácticas fiscales abusivas.

En este sentido, durante los últimos años se ha detectado que las ventajas fiscales que *de facto* los países han reconocido a través de los regímenes preferenciales y los *tax rulings*, junto con la inactividad de las administraciones frente a las prácticas abusivas, podían conducir a una suerte de “competencia fiscal desleal” o “*tax dumping*” entre los diferentes países, cuyas consecuencias, lejos de generar riqueza, llevarían simplemente a tipos impositivos cercanos a cero, y a una distorsión en la localización del capital y los servicios.

Por ello, la Acción 5 se justifica en la necesidad de establecer parámetros y requisitos comunes a nivel global para limitar con ello la posibilidad de que las compañías utilicen de manera abusiva las asimetrías entre los diferentes mecanismos aprobados por los países. No se trata, pues, de instar a la abolición de los regímenes fiscales preferenciales o de los *tax rulings*, sino de acordar bajo qué condiciones mínimas éstos deben otorgarse para evitar que den pie a la realización de prácticas fiscales perniciosas.

Esta labor se realiza respectivamente sobre la base de dos conceptos: actividad sustancial y transparencia, en los que a su vez se asienta el propio Plan BEPS y que impregnan de una manera u otra una buena parte de las acciones en las que éste se concreta.

Así pues, la Acción 5 se desarrolla esencialmente en dos ámbitos:

- La actividad económica sustancial como premisa que justifique la aplicación de un régimen fiscal preferencial.
- La necesidad de incrementar la transparencia de los acuerdos alcanzados entre las administraciones fiscales y las empresas.

En resumen, el objetivo de la OCDE con esta Acción 5 no ha sido homogeneizar las diferentes normativas tributarias nacionales, sino instar una actuación coordinada de los Estados que reduzca distorsiones y dificulte la implementación de políticas fiscales agresivas basadas en las diferentes le-

gislaciones nacionales, en coherencia con el resto de Acciones del Plan BEPS. A su vez, dentro del Plan BEPS, juega un papel clave como uno de los cuatro elementos que forman parte del estándar mínimo.

## **2. LA ACCIÓN 5 DEL PLAN DE ACCIÓN BEPS: LOS RÉGIMENES FISCALES PREFERENCIALES**

En primer lugar, las conclusiones alcanzadas en la Acción 5 en relación con los regímenes fiscales preferenciales toman como punto de partida el informe *“La competencia fiscal nociva: una cuestión global”*<sup>35</sup> del año 1998.

Este informe resulta muy relevante a los efectos de esta Acción pues en él se analizó por primera vez la necesidad de llevar a cabo acciones para combatir determinadas prácticas llevadas a cabo por parte de las compañías multinacionales, cuyo fin principal era deslocalizar artificialmente determinadas actividades para así poder disfrutar de los regímenes tributarios preferenciales establecidos por los diferentes países.

De esta manera, en el informe de 1998 se estableció el marco y los criterios aplicables para determinar en qué casos un régimen fiscal debía ser objeto de análisis y bajo qué circunstancias éstos podían considerarse preferenciales y potencialmente perjudiciales, así como para considerar cuándo un determinado territorio debería ser considerado paraíso fiscal. También se incluyeron algunas recomendaciones para los países. En los años siguientes, nuevos informes y trabajos continuaron con las líneas marcadas en este primer informe, desarrollando estándares y evaluando los progresos llevados a cabo por las diferentes jurisdicciones.

La Acción 5 parte de la labor iniciada por el mencionado informe en la delimitación de los regímenes preferenciales y la continua, tal y como se ha mencionado en el apartado introductorio, en el desarrollo de los requisitos que deben exigirse normativamente para que la aplicación del trato fiscal privilegiado asociado al régimen preferencial en cuestión se considere justificada.

Entrando en materia, el marco de análisis de los regímenes fiscales preferenciales se define, tanto en el informe de 1998 como en la Acción 5, en relación con las actividades “geográficamente móviles”, como por ejemplo

---

(35) *“Harmful tax competition: an emerging global issue”* en su versión en inglés.

las actividades financieras o de servicios. El denominador común de estas actividades es la posibilidad, habilitada por la globalización y los avances tecnológicos, de que éstas sean trasladadas de un territorio a otro a un coste reducido (ya que no es necesaria en principio una estructura empresarial relevante) con el único motivo de obtener la ventaja fiscal asociada a los mencionados regímenes. Aquellas otras actividades de carácter manufacturero o similar que por lo general implican una inversión más importante presentan otras particularidades que no son las que se pretenden abordar aquí.

A su vez, respecto de los criterios para determinar cuándo un régimen es preferencial, es relevante tener en cuenta que dicha naturaleza preferencial se determina por comparación con los principios fiscales generales del país en cuestión, y no en relación con otros países. Asimismo, estos regímenes pueden ser perjudiciales en función de cuatro factores clave<sup>36</sup>, completados con otros ocho factores adicionales<sup>37</sup>.

Entre estos criterios, se pone el acento como requisito imprescindible para la consideración del régimen preferencial como perjudicial en la existencia de una reducida o nula imposición efectiva derivada del mismo. Sobre esta base, debe realizarse un análisis conjunto del resto de factores clave (y, cuando sean relevantes, del resto de factores) para determinar la consideración del régimen como potencialmente perjudicial. Ahora bien, en cualquier caso, debe tenerse en cuenta que un régimen preferencial es potencialmente perjudicial solo si efectivamente ha creado efectos económicos perjudiciales, toda vez que son precisamente estos efectos los que en última instancia son objetivo de la OCDE. En este sentido, la ausencia de creación de nueva actividad, la ausencia de inversión o una clara motivación fiscal en el proceso de decisión son factores relevantes a la hora de llevar a cabo este análisis.

---

(36) Reducida o nula imposición efectiva para actividades geográficamente móviles, la estancamiento o aislamiento del régimen, falta de transparencia y ausencia de intercambio efectivo de información en relación con el régimen.

(37) Definición artificial de la base imponible, no adhesión a los principios internacionales de precios de transferencia, no tributación de rentas de fuente extranjera, posibilidad de negociar la determinación de la base imponible o del tipo impositivo aplicable, existencia de normativa no pública, acceso a una amplia red de tratados internacionales, el régimen se promociona como un vehículo para conseguir una minoración en la carga impositiva y la promoción de operaciones y acuerdos motivados únicamente por cuestiones fiscales sin implicar la realización de una actividad sustancial.

Como se ha indicado, el concepto clave para entender las conclusiones que se alcanzan en relación con los regímenes preferenciales potencialmente perjudiciales es el de actividad económica sustancial. Este concepto es uno de los pilares fundamentales del Plan BEPS, que pretende alinear dicha sustancia con la tributación de las entidades. Con ello se pretende que las bases imponibles no puedan ser artificialmente trasladadas desde aquellos países donde se crea el valor a otros con una presión fiscal menor; y en este ámbito, que las ventajas fiscales asociadas a los regímenes preferenciales sean reconocidas únicamente si la entidad que las pretende lleva a cabo una actividad económica sustancial (vinculada al régimen en cuestión) en el país que las concede.

A su vez, dada la relevancia y la proliferación internacional de los regímenes preferenciales relacionados con la propiedad intelectual (*IP regimes*), la Acción 5 lleva a cabo en primer lugar un análisis separado de estos regímenes, para posteriormente incluir, de manera mucho menos detallada, las reflexiones aplicables al resto de regímenes preferenciales.

### **Regímenes preferenciales relativos a la propiedad intelectual**

La propiedad intelectual es sin duda uno de los activos más importantes para cualquier empresa hoy en día. La propia OCDE hace mención a ello en la Acción 5 cuando afirma que las industrias enfocadas en el desarrollo y explotación de estos activos intangibles son un factor clave de crecimiento y generación de empleo.

Como es lógico, los países deben ser libres para establecer incentivos fiscales que promuevan la inversión de las empresas en investigación y desarrollo. Ahora bien, dichos incentivos no deberían generar ninguna distorsión ni efecto pernicioso en la economía, motivo por el cual la exigencia de actividad sustancial se erige como un elemento imprescindible.

Respecto de la definición de este requisito de actividad sustancial en este ámbito, frente a los enfoques basados en la creación de valor o en el ámbito de los precios de transferencia, el planteamiento que ha sido aceptado a nivel internacional ha sido el del nexo (*nexus approach*).

Bajo este enfoque, se entiende que la actividad realizada goza de suficiente sustancia, y por lo tanto justifica la aplicación de un régimen fiscal preferencial, en función del nexo o relación existente entre los ingresos y los

gastos vinculados con el desarrollo del activo intangible. Así, los beneficios fiscales asociados al régimen únicamente resultarán aplicables a las rentas obtenidas de la explotación de la propiedad intelectual en función de la proporción existente entre los gastos cualificados y los gastos totales. De esta manera, la actividad sustancial que justifica el acceso al beneficio fiscal se evalúa en función de esta proporción.

Entrando en detalle, la Acción 5 incluye expresamente una fórmula de cálculo de los beneficios que deben aplicar dicho régimen fiscal especial, así como un desarrollo de los conceptos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de aplicar dicha fórmula.

La fórmula en cuestión, de acuerdo con el análisis proporcional indicado anteriormente, es la siguiente:

$$\frac{\text{Ingresos susceptibles de aplicar los beneficios fiscales asociados al régimen preferencial}}{\text{Gastos cualificados incurridos en el desarrollo del activo intangible}} = \frac{\text{Gastos cualificados incurridos en el desarrollo del activo intangible}}{\text{Total gastos incurridos en el desarrollo del activo intangible}} \times \text{Total ingresos derivados del activo intangible}$$

Los conceptos desarrollados son los siguientes:

- Los contribuyentes que pueden optar a la aplicación de los beneficios fiscales asociados al régimen especial son compañías residentes, establecimientos permanentes domésticos de compañías no residentes o establecimientos permanentes extranjeros de entidades residentes sujetas a imposición en la jurisdicción que reconoce el beneficio fiscal.

Los activos intangibles que quedan englobados bajo el concepto de propiedad intelectual son únicamente las patentes, el *software* registrado y, bajo ciertas circunstancias (entre otras, obtención de certificación oficial previa), otros intangibles siempre que sean novedosos, con aplicación económica y que impliquen una capacidad inventiva. Demás activos intangibles, como marcas o similares, no pueden beneficiarse de estos regímenes preferenciales.

La definición de gastos cualificados pivota sobre aquellos que sean efectivamente soportados por el contribuyente. Si bien se trata de un concepto que queda pendiente de ser desarrollado por cada uno de los países, se indica que únicamente debe comprender aquellos gas-

tos directamente relacionados con el activo intangible y con actividades reales de investigación y desarrollo. Se excluyen en cualquier caso los pagos de intereses, costes relativos a inmuebles, costes de adquisición de activos de propiedad intelectual o aquellos derivados de la subcontratación de actividades con partes vinculadas.

Se incluye la opción a los Estados de permitir a los contribuyentes un incremento del 30% respecto del importe de gastos cualificados, con el objetivo de no penalizar excesivamente a aquellos contribuyentes que adquieran la propiedad intelectual de terceros o que subcontraten su desarrollo con partes vinculadas, siempre que ello no determine que se supere la cifra total de gastos.

A efectos temporales, se indica expresamente que el criterio relevante es el momento en que la compañía incurre en el gasto, con independencia de cuál sea el tratamiento contable aplicable al mismo.

- Por gastos totales se entiende, además de los gastos cualificados, todos aquellos relacionados con los activos intangibles de propiedad intelectual que no quedan englobados en la anterior definición (esencialmente, coste de adquisición a terceros y de subcontratación con partes vinculadas).
- El concepto de ingresos totales también debe ser objeto de desarrollo por cada uno de los países, si bien se exige que sea proporcionado y que incluya únicamente los ingresos derivados del activo de propiedad intelectual.

Como puede apreciarse, la implementación del enfoque del nexo implica un importante análisis y seguimiento de los ingresos y gastos del contribuyente relativos a los activos de propiedad intelectual. Por este motivo, la Acción 5 recoge la necesidad de desarrollar un sistema de seguimiento de estos ingresos y gastos, incluyendo requisitos de documentación, que permitan verificar la existencia del vínculo entre ingresos y gastos en el que se basa este método.

Ahora bien, consciente de las dificultades que puede entrañar este seguimiento (en particular, las empresas pueden no llevar a cabo un análisis individualizado basado en sus activos de propiedad intelectual), la propia OCDE permite a los Estados tomar una variante del enfoque del nexo basado en el producto, en el que el enlace se establece entre los gastos, los productos obtenidos a partir de la propiedad intelectual y los ingresos.

Se habilita la opción de que el enfoque del nexo pueda ser empleado como una presunción *iuris tantum*, de manera que admita prueba en contrario. Así, en ausencia de otra información relevante, la Administración competente debe determinar los ingresos susceptibles de aplicar el régimen fiscal preferencial de acuerdo con este método, si bien el contribuyente podría demostrar que un importe superior de ingresos debería poder aplicar los beneficios fiscales asociados al régimen especial.

Por último, en apartados posteriores, la Acción 5 incluye una revisión de diferentes regímenes preferenciales de varios países, en los que se evalúa bajo determinados estándares su alineamiento con el enfoque del nexo. Se concluye que todos los regímenes (incluyendo los españoles), en todo o en parte, son inconsistentes con este enfoque, instándose por lo tanto a los diferentes países a que lleven a cabo las reformas necesarias, estableciéndose el plazo límite en el 30 de junio de 2016.

### Otros regímenes preferenciales

Si bien la Acción 5 presta una especial atención a la exigencia de actividad sustancial en relación con los regímenes preferenciales relativos a propiedad intelectual, esta exigencia se hace extensible a cualquiera de ellos (es decir, con independencia de cuál sea la actividad en la que se centren).

Lo anterior lleva a la OCDE a analizar también otro tipo de regímenes preferenciales, si bien el mensaje es similar al expuesto en relación con el apartado anterior: los contribuyentes únicamente deben poder aplicar los beneficios fiscales asociados a un régimen preferencial si efectivamente llevan a cabo por sí mismos y de manera sustancial las actividades económicas a las que hace referencia dicho régimen.

Los regímenes analizados son aquellos que otorgan beneficios fiscales a las empresas que se dedican a las siguientes actividades:

- Proporcionar servicios centrales de gestión, coordinación o control para un grupo en su conjunto o para un área geográfica en concreto (*head quarters regimes*). Para estos casos, se mencionan como actuaciones claves en la generación de los ingresos la toma de decisiones relevantes de gestión, decisiones sobre gastos por cuenta del resto de entidades del grupo o la coordinación de actividades a nivel del grupo.
- Intermediación y distribución de materias primas y productos terminados entre el resto de las empresas del grupo y los clientes finales

(*distribution regimes*) prestación de servicios auxiliares a otras empresas del grupo (*service center regimes*). En este caso, se consideran relevantes actividades como el transporte y el almacenamiento de los productos, la gestión de las existencias y de pedidos o la prestación de servicios de apoyo y administrativos.

- Financiación de las actividades de compañías del grupo o de terceros (*financing or leasing regimes*). Se consideran relevantes la labor de negociación de los términos de la financiación, la identificación y adquisición de los activos que van a ser financiados, la determinación de los términos de la financiación, el seguimiento y revisión de los acuerdos y la gestión de los riesgos.
- Gestión de fondos, cuya rentabilidad determina la compensación para el gestor en función de los términos previamente acordados (*fund management regimes*). En este caso se mencionan la toma de decisiones relativas a la tenencia y transmisión de los activos y a aspectos financieros, la gestión de riesgos o la preparación de la documentación (regulatoria, etc.) requerida por las Administraciones y los inversores.
- Actividad bancaria y de seguros (*banking and insurance regimes*), en cuyo caso la Acción 5 menciona actividades propias de estos sectores, como la financiación o la gestión de riesgos.
- Actividad naviera (*shipping regimes*), respecto de la cual se hace referencia a la gestión del personal, mantenimiento de las embarcaciones, seguimiento de las existencias y entregas y gestión de las rutas marítimas.
- Tenencia y gestión de activos, entre los cuales se encuentran las participaciones en entidades (*holding regimes*). Estas últimas son las que presentan un particular interés, por su utilización común en la realidad económica y su relación con conceptos tan relevantes en el ámbito de la fiscalidad internacional como el de beneficiario efectivo.

En este caso, si bien la Acción incluye remisiones a conceptos sugerentes como los acuerdos de intercambio de información, o las Acciones 2 (en relación con los mecanismos híbridos) ó 6 (prevención del abuso de convenio), no se incluyen comentarios sustanciales respecto de qué requisitos concretos debe cumplir una compañía para poder aplicar el régimen preferencial, más allá de que disponga de los

medios materiales y personales necesarios para la gestión de las participaciones sin definir exactamente en qué consisten estos medios. Simplemente se excluyen de esta posibilidad aquellas entidades meramente instrumentales (*letter box and brass plate companies*).

En un apartado posterior, la Acción 5 hace referencia al análisis llevado a cabo sobre la posible consideración de algunos regímenes preferenciales de diferentes países como potencialmente perniciosos. Si bien las conclusiones son variadas, no se menciona expresamente ningún régimen como realmente pernicioso.

### Conclusión

Como se ha expuesto, la OCDE no pretende que los países deroguen sus regímenes preferenciales, sino que acepten su aplicación únicamente cuando la entidad en cuestión lleve a cabo en el territorio en cuestión una actividad sustancial que lo justifique.

Dicha actividad sustancial depende de la actividad económica a la que el régimen preferencial haga referencia, analizándose las actividades características de aquellos regímenes que se consideran más habituales en la práctica. Entre ellas destacan los regímenes de propiedad intelectual, respecto de los que se sigue el enfoque del nexo, es decir, la aplicación del beneficio fiscal a los ingresos obtenidos en función de la proporción existente entre los gastos cualificados y los gastos totales.

### 3. LA ACCIÓN 5 DEL PLAN DE ACCIÓN BEPS: LOS ACUERDOS CON LAS ADMINISTRACIONES O *TAX RULINGS*

El segundo de los ámbitos en los que se desarrolla la Acción 5 hace referencia a los acuerdos con las administraciones fiscales o *tax rulings*.

En este caso, los antecedentes más relevantes los podemos encontrar en el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal<sup>38</sup> del año 1988 (modificado por el Protocolo del año 2010) y el modelo de Acuerdo de intercambio de información tributaria en 2002<sup>39</sup>. Ambos instrumentos han jugado un papel muy importante en el desarrollo de mecanismos que permitan a los diferentes países intercambiar información de naturaleza fiscal.

---

(38) *"Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters"*, en su versión en inglés.

(39) *"Agreement on exchange of information in tax matters"* en su versión en inglés.

Ahora bien, como decimos, la Acción 5 se centra en este punto en el intercambio espontáneo de información sobre ciertos *rulings*, con el objetivo compartido, eso sí, de mejorar la transparencia y promover mayor certeza y previsibilidad en el tratamiento fiscal aplicable.

### **Ámbito objetivo de análisis**

En primer lugar, debe aclararse que a estos efectos se entiende por *tax ruling* “cualquier asesoramiento, información o compromiso facilitado por una autoridad fiscal a un contribuyente específico o a un grupo de ellos que se refiera a su situación fiscal y en el que éstos puedan ampararse”.

A su vez, la Acción 5 aclara que el marco de intercambio espontáneo que pretende implantarse únicamente hace referencia a aquellos *tax rulings* que son específicos para determinados contribuyentes que los solicitan (*tax payer-specific rulings*). En esencia, se trata de:

- ATR (*advance tax rulings*), que son aquellos que recogen cuáles son las consecuencias fiscales bajo un supuesto de hecho consultado por el contribuyente, y que resultan vinculantes para éste en su relación con la Administración tributaria.
- APA (*advance pricing arrangements*), en los que se establecen cuáles son los criterios aplicables para determinar la valoración de transacciones bajo los principios de operaciones vinculadas durante un periodo de tiempo.

Los *rulings* generales, que no resultan de aplicación a un determinado contribuyente sino que suponen la publicación de criterios administrativos genéricos, no quedan comprendidos en el marco de intercambio espontáneo aunque sí en relación con las buenas prácticas. Asimismo, también queda fuera de este ámbito cualquier acuerdo alcanzado en un procedimiento inspector con un contribuyente si éste no hace referencia al tratamiento de beneficios futuros.

Una vez definidos qué acuerdos quedan comprendidos en el marco de la Acción 5 dado que pueden dar lugar a prácticas que se pretenden atacar bajo el Plan BEPS, se definen seis categorías específicas de *tax rulings*:

- Acuerdos específicos que hagan referencia a regímenes preferenciales, y ello aunque no se hayan considerado, en principio, potencialmente perniciosos.

- Acuerdos (APAs unilaterales<sup>40</sup> o cualquier otro *ruling*) que incluyan criterios relativos a la valoración de operaciones vinculadas en transacciones internacionales.
- Acuerdos concediendo un ajuste a la baja de los beneficios.
- Acuerdos relativos a establecimientos permanentes, en los que por ejemplo se haga referencia a la existencia de los mismos o a criterios de atribución de resultados.
- Acuerdos en materia de sociedades “canalizadoras de rentas” o *conduit companies*.
- Cualquier otro tipo de acuerdo que se considere en el futuro que puede conducir a prácticas elusivas en el marco de BEPS en caso de ausencia de intercambio de información.

### **Cuestiones materiales y procedimentales en el intercambio de *rulings***

Tal y como ha sido diseñado el sistema de intercambio de información, únicamente determinadas jurisdicciones están legitimadas para recibir la información. Así, si bien se establecen particularidades en función de las categorías de acuerdos mencionadas anteriormente, con carácter general este intercambio espontáneo de *rulings* permitirá que los siguientes países accedan a la información:

- Los países de residencia de las compañías vinculadas (así consideradas, actualmente, en caso de participación del 25%) con la sociedad que obtiene el *ruling*, normalmente siempre que dichas entidades vinculadas lleven a cabo transacciones con la entidad en cuestión.
- El país de residencia de su socia directa.
- El país de residencia de su socia última.

Se establece que el marco de intercambio espontáneo resulta obligatorio en relación con *rulings* concedidos desde 1 de enero de 2010 (siempre que

---

(40) Llama la atención que, pese a hacer referencia también a la posible existencia de APAs bilaterales y multilaterales, la Acción 5 no hace referencia a ellos en las seis categorías de *rulings* que deben ser compartidos obligatoriamente.

se encuentren en vigor a 1 de enero de 2014) así como en relación con futuros *rulings* (emitidos a partir de 1 de abril de 2016). Los primeros deben haber sido compartidos a finales de 2016, mientras que respecto a los nuevos *rulings* se establece con carácter general un periodo de 3 meses desde su inicio de vigencia para que el Estado en cuestión cumpla con su obligación de intercambio de información.

A su vez, con el objetivo de lograr transparencia sin imponer una excesiva carga a las administraciones, se establece que el intercambio debe realizarse en dos fases: en primer lugar, facilitando un resumen e información básica relativa al *ruling*, siguiendo los estándares aprobados<sup>41</sup> de manera que se consiga un intercambio fluido y estandarizado; y en segundo lugar, en función del análisis alcanzado gracias a este primer filtro, la Administración en cuestión facilitará el *ruling* en cuestión. También se analizan cuestiones de índole práctico, relativas a la implementación de este intercambio.

Respecto de la naturaleza y las condiciones en las que se realiza el intercambio, pueden destacarse dos aspectos principalmente. Por un lado, la obligación de que la información sea tratada de manera confidencial y emplearse únicamente para los propósitos específicamente habilitados. Por otro lado, se descarta expresamente cualquier exigencia de reciprocidad (es decir, el hecho de que un país no comparta su información no justifica que otro país no la comparta con él).

## **Buenas prácticas**

Por último, con el objetivo de reforzar la transparencia, se incluye un apartado de buenas prácticas que, a diferencia del marco de intercambio espontáneo, hacen referencia con carácter general a todos los *rulings*. Estas buenas prácticas se agrupan en tres ámbitos:

- Proceso de emisión de un *ruling*, en relación con el cual se recomienda (i) que sean resueltas por, al menos, dos funcionarios competentes; (ii) identificar y publicar por escrito la resolución, que será vinculante para la Administración; (iii) que estén basadas en la aplicación de la norma doméstica del Estado y respetando las normas convencionales; y (iv)

---

(41) En este sentido, el 11 de julio de 2016 se publicó en la página web de la OCDE el *ETR XML Schema*, que es el formato electrónico estandarizado para el intercambio de *rulings*.

que se emitan teniendo claros cuáles son los antecedentes del supuesto y comprobando su coherencia con el resto de resoluciones.

- Términos del *ruling* y proceso de revisión, mencionándose la conveniencia de que (i) los APA tengan un término fijo de vigencia; (ii) que las modificaciones en las circunstancias sean comunicadas a la autoridad fiscal por los contribuyentes; y (iii) se establezcan procedimientos de revisión, revocación o cancelación de los *rulings*.
- Publicación e intercambio de información, distinguiendo (i) los *general rulings*, que deben ser accesibles en la página web de la Administración tributaria, incluyendo una versión en una de las lenguas oficiales de la OCDE, en un plazo máximo de 6 meses; y (ii) los *tax payer specific rulings* que queden englobados dentro del marco de intercambio espontáneo, deberán ser facilitados a la autoridad competente para ser compartidos bajo el procedimiento establecido.

### **Revisión de la implementación**

Al formar parte de los estándares mínimos de BEPS, la Acción 5 está sujeta a un proceso de revisión de los avances realizados en sede del Foro de prácticas fiscales perniciosas (FHTP por sus siglas en inglés). Dicha revisión alcanza a los dos aspectos relevantes a los efectos del estándar mínimo: el proceso de revisión de los regímenes preferenciales que asegure que estos no son perjudiciales, y el régimen de transparencia aplicable a los *tax rulings*.

En relación con la implementación y revisión de este régimen de transparencia, cabe destacar que la OCDE ha publicado en febrero de 2017 un documento en el que desarrolla los términos de referencia y la metodología para llevar a cabo su revisión.

### **Conclusión**

La labor llevada a cabo por la Acción 5 en relación con los *tax rulings* se centra exclusivamente en el intercambio de los mismos entre las diferentes administraciones, y con ello, en la búsqueda de lograr una mayor transparencia sobre los acuerdos que las compañías han alcanzado con las diferentes administraciones como un fin en sí mismo. Es decir, el análisis no prosigue sobre las consecuencias prácticas de este intercambio ni sobre cómo el incremento de la transparencia puede contribuir en términos concretos a la consecución de los objetivos del Plan BEPS.

#### 4. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

Como en tantos otros ámbitos de análisis dentro del Plan BEPS, España ha sido uno de los países pioneros cuya legislación se encuentra más avanzada en los aspectos a los que hace referencia la Acción 5. Tal y como se ha expuesto en el anterior apartado, estos aspectos son dos: regímenes preferenciales y *tax rulings*.

##### **Los regímenes fiscales preferenciales y el requisito de actividad sustancial**

###### *Regímenes preferenciales relativos a la propiedad intelectual*

A nivel doméstico, el análisis de los regímenes preferenciales en materia de propiedad intelectual se remite obligatoriamente a la regulación de la reducción de las rentas procedentes de determinados activos intangibles o “*patent box*”, regulado actualmente a nivel estatal en el artículo 23 de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS). Este beneficio fiscal fue introducido por la Ley 16/2007, habiendo sido objeto de modificación posterior (operada por la Ley 14/2013).

Pese a que entre los requisitos para la aplicación del mismo se incluía la necesidad de que el contribuyente hubiera creado los activos intangibles objeto de cesión (al menos en un 25% en las últimas redacciones), en su análisis comparativo la OCDE determinó que el régimen español (tanto el estatal como los forales) no era totalmente acorde con el criterio del nexo.

Como consecuencia de ello, la Ley 48/2015 de Presupuestos Generales para el año 2016 modificó la LIS para adaptar el artículo 23 al estándar de la Acción 5. Si bien se mantiene el porcentaje de reducción en un 60%, se introducen algunas modificaciones, tal y como están son propuestas por la OCDE. En particular:

- Se establece la fórmula de cálculo analizada anteriormente en función de la proporción que representan los gastos cualificados sobre el total de gastos, eliminándose lógicamente la previsión de que la entidad cedente hubiera creado los activos objeto de cesión.
- Se hace uso de la previsión contenida en la Acción 5 sobre la posibilidad de incrementar los gastos cualificados en un 30%, siempre que ello no determine que el numerador sea superior al denominador.
- Las limitaciones en caso de operaciones entre empresas del grupo se sustituye por una referencia a entidades vinculadas.
- Se establece una entrada en vigor del nuevo régimen acorde con los requisitos de la Acción 5, ya que tiene efectos a partir de 1 de julio de 2016.

### *Otros regímenes preferenciales*

Respecto del resto de regímenes preferenciales que son analizados en la Acción 5, desde el punto de vista español uno de los que más atención puede suscitar<sup>42</sup> es el relativo a la tenencia de participaciones en entidades (*holding regime*), teniendo en cuenta la existencia del régimen de Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE), regulado actualmente en los artículos 107 y 108 de la LIS.

El régimen de ETVE encaja en el concepto desarrollado en la Acción 5 por cuanto reconoce un régimen fiscal privilegiado en caso de llevar a cabo la actividad de gestión y administración de valores. Si bien estrictamente el beneficio particular no se reconoce a la entidad acogida al régimen sino a sus socios extranjeros (al no quedar sometidos a imposición en España por las rentas obtenidas de sus participadas), y los activos que se encuadran en el régimen únicamente pueden ser participaciones en entidades extranjeras o sucursales en el extranjero, el régimen español de ETVE puede encuadrarse en esta categoría.

En relación con las condiciones que se recogen en la Acción 5, la regulación del régimen ETVE menciona expresamente que la actividad de gestión y administración de valores debe realizarse mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales, no siendo posible su aplicación cuando la sociedad tenga la consideración de sociedad patrimonial. Ahora bien, se permite que el objeto social de la entidad acogida al régimen ETVE sea más amplio e incluya además otras actividades diferentes a la gestión de participaciones, además de ser compatible con otros regímenes especiales de la LIS<sup>43</sup>.

---

(42) No se analizan en este apartado otros regímenes preferenciales recogidos en la normativa española y que podrían asimilarse a los analizados en la Acción 5, tales como la normativa relativa a la obra benéfico-social de las cajas de ahorro y fundaciones bancarias (en relación con los *banking regimes*), el régimen especial de entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda o de determinados contratos de arrendamiento financiero (en relación con los *leasing regimes*), ni el régimen de entidades navieras en función del tonelaje ni la operativa particular del *tax lease* (que podrían vincularse a los *shipping regimes*). Tampoco se hace referencia a otros regímenes especiales por razón del territorio vigentes en España (Canarias y País Vasco).

(43) La doctrina de la Dirección General de Tributos (entre otras, resolución V0411-12, de 23 de febrero de 2012) ha sido constante entendiendo que esta actividad no debe hacer referencia a la gestión de la entidad participada sino de las propias participaciones (es decir, ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones derivadas de la condición de socio, así como tomar las decisiones relativas a la propia participación). Entiende también que esta labor debe ser llevada a cabo por la propia entidad (es decir, no puede externalizarse o delegarse a terceros, como una empresa externa de servicios, las facultades de gestión y administración), si bien, dado que la gestión de participaciones no implica un nivel de sustancia económica relevante, puede ser realizada por los propios miembros del órgano de administración, siempre que estos gocen de las facultades correspondientes sin limitación (en este sentido, resolución V1065-16, de 16 de marzo de 2016).

Por otro lado, y si bien no se trata de una regulación fiscal específica (aunque sí esencial) de las entidades acogidas al régimen ETVE, no puede obviarse la relevancia en materia de regímenes *holding* del sistema de exención por doble imposición regulado en los artículos 21 y 22 de la LIS.

En este sentido, puede llamarse la atención sobre el hecho de que, a diferencia de normativas previas, el actual sistema de exención no exige expresamente la realización de una actividad económica (y menos sustancial) en sede de la filial respecto de la que se pretende corregir la doble imposición. Si bien deben tenerse en cuenta algunos mecanismos relacionados con este punto que pueden tener incidencia en el ámbito de la exención en el caso de transmisión de participaciones (el concepto de entidad patrimonial del artículo 5.2 de la LIS, o el régimen de transparencia fiscal internacional del artículo 100 de la LIS en relación con participaciones en entidades extranjeras), así como la posible aplicación de regímenes especiales (el propio régimen de transparencia fiscal internacional, por ejemplo), el requisito de actividad económica no se recoge expresamente como tal en la regulación del régimen de exención por doble imposición de nuestro país.

### **La mejora de la transparencia en relación con los *tax rulings***

La práctica fiscal española cuenta históricamente con todos los tipos de *rulings* que son mencionados por la Acción 5. Así, las dos modalidades de *tax payer-specific rulings* aparecen en el caso español ya que:

- En relación con los ATR, la Ley General Tributaria incluye en sus artículos 88 y 89 la regulación de las consultas tributarias escritas que los contribuyentes pueden formular a la Administración española, que son contestadas en un plazo máximo de 6 meses y habitualmente con carácter vinculante. Si bien las consultas hacen referencia únicamente al contribuyente consultante, las mismas tienen vocación de aplicación general a otros casos en los que coincida el supuesto de hecho.

Conviene reseñar que estas consultas, resueltas por la Dirección General de Tributos, se basan en un criterio meramente técnico, y no son fruto de una negociación con la Administración.

- En relación con los APAs, la normativa sustantiva (especialmente la LIS) menciona la posibilidad de que la valoración de las operaciones sea realizada por la Administración (en concreto, por la

Agencia Tributaria) en colaboración con el contribuyente. A modo de ejemplo pueden mencionarse los artículos 18.9 (operaciones vinculadas) y 23.5 (*patent box*) de la LIS.

A su vez, la Administración tributaria también publica sus criterios (en forma de resoluciones, manuales, etc.) con alcance general, que podrían asimilarse al concepto de *rulings* generales recogidos en la Acción 5.

Respecto de las actuaciones recogidas en la Acción 5, España cumple con carácter general con los requisitos de transparencia y publicación de las resoluciones de la Dirección General de Tributos, dado que todas ellas son públicas y su consulta puede realizarse a través de la página web de dicho órgano. No ocurre lo mismo con las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, que si bien dispone de una página web a estos efectos, en ella no se publican todas las resoluciones emitidas por el Tribunal.

## 5. SITUACIÓN EN OTROS PAÍSES Y EN LA UNIÓN EUROPEA

Junto con España, otros países incluyen en sus respectivas legislaciones domésticas cuestiones asociadas a los temas analizados en la Acción 5. Asimismo, desde el seno de la Unión Europea, también se han llevado a cabo iniciativas en este ámbito. En este apartado se analizan algunos de estos casos.

### Los regímenes fiscales preferenciales y el requisito de actividad sustancial

#### *Regímenes preferenciales relativos a la propiedad intelectual*

Como se ha indicado, la Acción 5 menciona expresamente que todos los regímenes preferenciales relativos a la propiedad intelectual incumplen, de un modo u otro, el enfoque del nexo, lo cual implica una llamada a los Estados para que modifiquen sus legislaciones al respecto. Pues bien, al igual que en el caso de España, son muchos los países que ya han incluido estas modificaciones:

- En junio de 2016, Bélgica publicó un proyecto de reforma de su régimen de propiedad intelectual (que incluye una deducción del 80%) con el objetivo de alinearlo con el enfoque de la OCDE.
- En el mismo mes, Suiza aprobó una reforma de su régimen a nivel cantonal para cumplir con el método del nexo.
- En el caso del Reino Unido, el sistema introducido en abril de 2013, que permite aplicar un tipo de tributación reducido del 10%

a estas rentas, está siendo objeto de revisión desde finales del año 2015 para lograr su adecuación al enfoque del nexo. Se prevé que entre en vigor en las próximas fechas, si bien los efectos desde 1 de julio de 2016.

- El régimen preferencial de los Países Bajos, que permitía lograr un tipo efectivo de tributación en torno al 5% en caso de que se cumplieran determinadas circunstancias, también está siendo objeto de un proceso de modificación a mediados de 2016.
- Luxemburgo ha derogado su régimen de exención del 80% de los resultados obtenidos en relación con estos activos intangibles con efectos desde julio de 2016 en relación con su impuesto sobre sociedades e impuestos municipales.
- Por último, Irlanda ha adaptado con efectos desde 2016 su régimen relativo a los activos intangibles.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que desde el seno de la Unión Europea se habían venido realizando trabajos en este ámbito, pudiendo destacarse el Código de Conducta del año 1997 (en relación con este, puede mencionarse el Informe Primarolo), la Comunicación de la Comisión para la Promoción del Buen Gobierno en materia fiscal del año 2009, o el Plan de Acción en Fiscalidad Corporativa del año 2015.

### *Otros regímenes preferenciales*

En relación con el resto de regímenes preferenciales analizados, la Acción 5 no hace referencia a que ninguno de ellos debe ser considerado estrictamente como perjudicial. Teniendo en cuenta que en el apartado anterior se han destacado los regímenes holding, puede llamarse la atención sobre el hecho de que los regímenes luxemburgueses son considerados no perniciosos.

Ahora bien, como excepción, puede destacarse el caso de dos regímenes suizos, establecidos a nivel cantonal (*holding regime* y *management regime*), que fueron derogados el pasado 17 de junio de 2016.

### **La mejora de la transparencia en relación con los *tax rulings***

El recurso a la emisión de *tax rulings* se encuentra muy generalizado en el ámbito internacional, como un instrumento eficaz para que el contribu-

yente logre seguridad jurídica y certidumbre así como para reducir la litigiosidad con la Administración. Por ello, en la mayor parte de los países de nuestro entorno es posible solicitar un *ruling*, siendo ésta una práctica relativamente común, con un matiz importante: a diferencia del supuesto español, en varios casos los acuerdos sí son fruto de una negociación con la administración tributaria competente.

En este sentido, la cuestión de los *rulings* se ha convertido últimamente, principalmente a nivel de la Unión Europea, en un tema recurrente en dos ámbitos: la transparencia y su posible instrumentalización para otorgar ayudas de Estado.

En relación con la transparencia, la conveniencia de implementar un intercambio automático de *rulings* ha cristalizado con la Directiva 2015/2376, de 8 de diciembre, en vigor a partir de 2017.

Por otro lado, si bien la cuestión de la identificación de ayudas de Estado a través de *tax rulings* excede en principio del ámbito de la Acción 5, ha sido uno de las cuestiones más recurrentes en el ámbito de la fiscalidad internacional reciente. La Unión Europea, a través de distintos papeles de trabajos y denuncias concretas de la Comisión, está llevando a cabo un activo plan de acción. A este respecto, pueden mencionarse los casos en Países Bajos (*Starbucks*), Luxemburgo (*FIAT, Amazon, McDonald's y GDF Suez*) e Irlanda (*Apple*).

Fuera de la Unión Europea, puede ponerse el ejemplo de India. Después de anunciar la posibilidad de solicitar APAs en el año 2012, en el mes de marzo de 2013 se dio inicio a los procedimientos administrativos. A su vez, en marzo de 2016 las autoridades indias han tomado la decisión de compartir con las autoridades competentes correspondientes los detalles más relevantes de los APAs unilaterales suscritos.

## 6. VALORACIÓN DE LA MEDIDA

Pese a que la Acción 5 del Plan BEPS no ha sido uno de los documentos que más controversia han generado (muestra de ello es su limitado desarrollo tras la publicación de la versión definitiva de los informes), sí es una de las Acciones que más repercusión práctica ha tenido en los países de la OCDE así como a nivel de la Unión Europea.

Tal y como se ha analizado, con carácter general, los países (entre ellos, España) están comenzando a implementar los comentarios recogidos en la

Acción 5, especialmente en lo que respecta a los regímenes preferenciales de propiedad intelectual y a los *tax rulings*. Creemos que eso es una muestra del consenso de los diferentes países respecto de estos temas, y de la buena labor desarrollada al haberse publicado un informe con medidas concretas a implementar en un horizonte temporal concreto. Se han evitado de esta manera algunos problemas detectados en relación con otras Acciones, como la falta de concreción de las medidas, la dificultad en la implementación de las mismas o la incertidumbre respecto de algunas cuestiones que quedan sin resolver.

En esencia, consideramos que la labor de coordinación entre los diferentes países que se ha llevado a cabo a través de esta Acción 5 es bastante positiva. No obstante, entendemos que suscita algunas cuestiones, tanto genéricas como particulares, que comentamos a continuación.

Desde el punto de vista general, la reflexión tiene que ver con el papel de los contribuyentes y de las Administraciones tributarias en relación con los aspectos que se pretenden atajar con esta Acción 5. En este sentido, no puede obviarse que la aplicación de regímenes preferenciales perniciosos y los *tax rulings* son prácticas en las que el papel de dichas Administraciones ha sido “más directo” que en otros casos y en el que, por lo tanto, el principio de confianza legítima por parte del contribuyente debe tenerse en cuenta.

Respecto a las cuestiones particulares, se desarrollan en los siguientes apartados en relación con cada uno de los temas objeto de análisis.

## **Los regímenes fiscales preferenciales y el requisito de actividad sustancial**

### *Regímenes preferenciales relativos a la propiedad intelectual*

Uno de los principales logros de la OCDE en la Acción 5 es haber podido fijar el enfoque del nexo como el estándar común en este ámbito a nivel internacional, el cual ha sido acogido positivamente por los países, incluido España. A este respecto, debe aplaudirse la diligencia del legislador español en la implementación de esta modificación.

Desde el punto de vista técnico, el enfoque del nexo se basa en una regla de proporcionalidad que pretende vincular la aplicación del beneficio fiscal con el concepto de sustancia económica. En este sentido la medida es coherente, aunque entendemos que en aquellos casos en los que los regímenes preferenciales se basen en la renta obtenida, una correcta valoración de las operaciones en términos de precios de transferencia ya debería per-

mitir alcanzar un resultado acorde con dicho principio, pues en tal caso únicamente la renta efectivamente atribuible a la entidad sería susceptible de aplicar los beneficios del régimen preferencial.

Por otro lado, la coordinación entre las legislaciones permitirá lograr un marco común de competencia razonable entre los diferentes países de acuerdo con los objetivos marcados inicialmente, aunque a su vez implica que para disponer de un régimen atractivo a la inversión extranjera, cada país deba ofrecer elementos diferenciales que los contribuyentes puedan percibir como atractivos.

En este sentido, dejando de lado cuestiones más generales como el tipo impositivo o el porcentaje de reducción aplicable a las rentas, el ámbito objetivo del régimen especial podría ser uno de los aspectos donde el régimen español puede tratar de diferenciarse. Teniendo en cuenta la posibilidad recogida en la Acción 5 de incluir en este ámbito otros activos intangibles “siempre que sean novedosos, con aplicación económica y que impliquen una capacidad inventiva”, podría valorarse la opción de acoger dicho criterio abstracto en la norma doméstica y así ofrecer la posibilidad, al menos teórica, de ampliar la tipología de activos intangibles susceptibles de aplicar el régimen.

Asimismo, otras cuestiones de índole práctico como facilitar la aplicación y documentación del régimen preferencial también pueden suponer una ventaja competitiva respecto a países en los que el régimen sea más complicado de llevar a la práctica. Este puede ser un aspecto relevante a desarrollar en este ámbito, toda vez que algunas de las principales inquietudes que se manifiestan en relación con el enfoque del nexo son más de índole práctico (en relación con su implementación y seguimiento) que teórico o conceptual.

En el caso de España, la normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades incluye la opción de llegar a acuerdos de valoración y calificación con la Administración tributaria, que implican lógicamente la revisión inicial por parte de ésta de la operativa de la entidad. Dicha opción podría complementarse con la estandarización de la información de la que debe disponerse para ser facilitada en caso de revisión administrativa posterior, para los casos en los que no se opte por alcanzar dichos acuerdos, y la publicación de criterios administrativos prácticos.

Asimismo, como elemento diferenciador, también podría facilitarse la opción de que el contribuyente haga efectiva la naturaleza del enfoque del nexo como presunción *iuris tantum*, ofreciendo la posibilidad real de que éste demuestre que un importe superior de ingresos del que resulte de la aplicación de este enfoque debería poder aplicar los beneficios fiscales asociados al régimen especial.

### *Otros regímenes preferenciales*

En relación con el resto de regímenes preferenciales, manteniendo el foco en lo relativo a los regímenes *holdings*, no consideramos que la Acción 5 deba tener ninguna influencia negativa respecto al régimen ETVE. Al contrario, su mención concreta contribuye en todo caso a confirmar la generalización e importancia de los regímenes holding a nivel mundial, y que sin embargo han sido criticados en los últimos tiempos por algunas formaciones políticas.

En el caso de España, la práctica demuestra la relevancia de estos vehículos en la canalización de inversiones internacionales, especialmente en territorios como Latinoamérica, en relación con los cuales nuestro régimen de ETVE es uno de los regímenes de referencia. Por ello, el régimen de ETVE debería ser objeto de especial atención por parte del legislador español, impidiendo actuaciones (algunas recientes) que puedan menoscabar su buen posicionamiento a nivel internacional.

Igualmente, a raíz de los comentarios recogidos en la Acción 5, podría avanzarse en la elaboración de criterios claros por parte de la Administración tributaria que aporten certeza sobre los requisitos de sustancia aplicables a las sociedades holding españolas. Si bien la Dirección General de Tributos ha publicado algunas resoluciones en las que se hace referencia a las condiciones en las que debe desarrollarse la actividad de gestión y administración de participaciones, razones de seguridad jurídica y certeza aconsejan una estandarización de éstas que incluya criterios claros. Es decir, tal y como se ha “definido” qué es sustancia en relación con los regímenes preferenciales relativos a la propiedad intelectual, sería muy positivo “definir” qué es sustancia en los regímenes *holding*.

A modo de ejemplo, puede mencionarse el caso de los Países Bajos, cuyas autoridades han publicado un listado de requisitos relativos a los medios materiales y personales de que debe disponer una entidad *holding* para entender que realiza su actividad propia.

La publicación de estos criterios contribuiría en gran medida a dotar de certidumbre a los contribuyentes en relación con este tipo de sociedades sobre las que, pese a su amplia utilización en la práctica, siempre pesa un cierto halo de inseguridad jurídica en términos de sustancia económica. Y ello no solo en relación con el régimen de ETVE, sino en otros muchos aspectos de la normativa española.

### **La mejora de la transparencia en relación con los *tax rulings***

La generalización de los acuerdos de intercambio de información, tanto a nivel comunitario como de la OCDE, traerá consigo sin duda un aumento de la transparencia entre los diferentes países.

Ahora bien, consideramos que esta transparencia no es un fin en sí mismo, sino que debe entenderse como un medio para lograr que los contribuyentes cumplan sus obligaciones fiscales en los países donde corresponda. Por ello, el hecho de que una administración disponga de información sobre el tratamiento fiscal de un contribuyente en otro país no supone ningún avance positivo, si no se acompaña de mecanismos para lograr una adecuada coordinación entre las administraciones en cuestión. En ausencia de estos mecanismos, el aumento de la transparencia puede tener simplemente un efecto negativo para el contribuyente, en forma de más administraciones requiriéndole el pago de impuestos, sobrevolando sobre su persona la amenaza de la doble imposición.

En este punto consideramos que la Acción 5 ha podido quedarse a medio camino de sus objetivos, al haberse centrado únicamente en establecer mecanismos para instar la transparencia y el intercambio de información, sin abordar cómo esta transparencia puede contribuir en sí misma a la consecución de los objetivos del Plan BEPS. De hecho, si no se presta suficiente atención a este aspecto, el efecto final puede ser simplemente un incremento de inseguridad jurídica para los contribuyentes.

Asimismo, el nivel de información que debe ser compartida puede considerarse excesivo, dada la amplitud del concepto de *ruling* definido en la Acción 5. Como en otros ámbitos del Plan BEPS (por ejemplo, la Acción 13 y el *country-by-country report*) así como en el ámbito comunitario, parece conceptuarse el intercambio ingente de información como un objetivo, sin prestar verdadera atención a cuándo la información compartida puede ser realmente útil y derivar en actuaciones concretas. En este sentido, conside-

ramos positivo que se hayan excluido de ámbito de intercambio los *rulings* de carácter general así como aquellos criterios que se deriven de procedimientos de inspección.

En el caso de España, si bien partimos de una posición privilegiada en relación con el requisito de transparencia, consideramos que algunas cuestiones deberían ser objeto de una especial atención.

Por un lado, respecto del sistema de intercambio de *rulings* y sus efectos prácticos:

- Pese a que ya son públicas, consideramos relevante el hecho de que las consultas tributarias de la Dirección General de Tributos no son fruto de un acuerdo con la Administración ni suponen un tratamiento particular para un contribuyente en concreto sino la interpretación de la norma a dicho caso, por lo que pueden plantearse dudas sobre su encaje en el concepto de *tax payer-specific rulings*, teniendo en cuenta que los casos que generan especial preocupación son aquellos que suponen un acuerdo previo entre administración y contribuyente.
- Como se ha mencionado, el intercambio de *rulings* debe acompañarse necesariamente con una mejora y dinamización de los procedimientos amistosos y asistencia mutua y de la coordinación entre las diferentes administraciones tributarias. Dicha coordinación debe pasar porque cada administración pueda conocer cuál es el tratamiento reconocido en otro país, pero también por evitar que los contribuyentes sufran las consecuencias negativas de la posible descoordinación entre éstas.
- Debe asegurarse la implementación de mecanismos que aseguren la confidencialidad de los acuerdos que son compartidos, y su utilización únicamente para propósitos coherentes con la finalidad de dicho intercambio. Esta cuestión es especialmente relevante en relación con acuerdos que incluyan información sensible sobre la operativa empresarial de las compañías.

Por otro lado, el actual sistema de publicación de la doctrina administrativa es muy avanzado y coherente a grandes rasgos con los estándares de la Acción 5, si bien consideramos que podrían llevarse a cabo avances en algunos aspectos:

- La implementación de la recomendación relativa a que los *rulings* se encuentren disponibles en alguna de las lenguas oficiales de la OCDE (consideramos que preferiblemente en inglés) sería muy positiva en la práctica de la fiscalidad internacional, para que asesores de otros países puedan conocer de primera mano los criterios de la Administración española.
- Con su inclusión en el análisis, la Acción 5 ha puesto de manifiesto la importancia de los *rulings* generales, es decir, la publicación de criterios generales por parte de las administraciones. En el caso español, especialmente a raíz de la reforma tributaria, en más ocasiones de las atendidas hubiera sido positivo disponer de criterios claros y homogéneos por parte de la Administración tributaria.
- Tal y como recoge la propia Acción 5, en aras de lograr la seguridad jurídica que se pretende a través de la solicitud de un *ruling*, debe prestarse especial atención al mantenimiento de la coherencia en las resoluciones emitidas.
- Otro de los aspectos en los que podría avanzarse en este ámbito es la valoración de los antecedentes de hecho facilitados por el contribuyente en relación con los requisitos establecidos por la norma. En ocasiones, algunas resoluciones incluyen una valoración de dichos antecedentes, mientras que en otras, dicha valoración se hace depender de la conclusión que alcancen los órganos de gestión tributaria.

Consideramos que sería positivo corregir esta asimetría y que, si bien la Dirección General de Tributos no puede certificar la concurrencia de determinadas situaciones fácticas (labor claramente encomendada a los órganos de gestión e inspección), sí puede llevar a cabo la labor de interpretación de la norma como subsunción en ésta de los antecedentes facilitados por el contribuyente, aunque dichos antecedentes consistan en una serie de circunstancias fácticas.

- Por último, sería positivo que todas las resoluciones del TEAC fueran publicadas, de manera que pueda disponerse de más información sobre los criterios aplicados por la Administración tributaria en casos concretos.

## **CAPÍTULO VI**

### **ACCIÓN 6: IMPEDIR LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN**

*Diego Arribas Plaza, Marta López Tamayo y Andrés Sánchez López  
(Cuatrecasas)*



## 1. INTRODUCCIÓN

El mandato de la Acción 6 consiste en *“desarrollar disposiciones convencionales y recomendaciones relativas al diseño de normas internas que impidan la concesión de los beneficios del Convenio en circunstancias inapropiadas. Se realizarán también trabajos para clarificar que los Convenios fiscales no se destinan a ser empleados para generar la doble no imposición e identificar las consideraciones de política fiscal que, en general, los países deben tener en cuenta antes de decidirse a entrar en un Convenio fiscal con otro país. El trabajo se coordinará con el trabajo sobre híbridos”*.

Como puede observarse, la Acción 6 tiene dos objetivos:

- i) Limitar las situaciones en las que se accede a los beneficios de un Convenio, impidiendo que tal acceso se produzca en circunstancias inapropiadas.
- ii) Proclamar que los Convenios no amparan las situaciones en que se produce doble “no imposición”.

Para ello, los Estados deberán instrumentar medidas concretas cuando resulte procedente, así como seguir determinadas directrices que deberán tenerse en cuenta a la hora de firmar, modificar o denunciar un Convenio y que se expondrán en este documento.

El informe final de la Acción 6 sustituye a la versión preliminar del mismo publicada en septiembre de 2014, e incluye cambios tanto al Modelo de Convenio de la OCDE como a los Comentarios, todo ello con el fin de erradicar la utilización de Convenios en situaciones de abuso. Sin embargo, quedan tareas pendientes con respecto a la Acción 6:

- Por un lado, tanto la cláusula de Limitación de Beneficios como los Comentarios para su interpretación no son definitivos y se deberán

revisar a la luz de las modificaciones propuestas al Modelo de Convenio de los EEUU, publicado en febrero de 2016.

- Por otro lado, quedan pendientes de realizar trabajos adicionales respecto de la aplicación de los beneficios del Convenio a los fondos de inversión (quedando descartada la aplicación de los beneficios a fondos distintos de las Instituciones de Inversión Colectiva), fondos de pensiones y REITs, los cuales serán objeto de consulta pública.

## 2. CONTENIDO Y MODO DE IMPLEMENTACIÓN DE LA ACCIÓN 6

### *Contenido*

El Informe BEPS relativo a la Acción 6 se divide en tres apartados claramente diferenciados, lo que permite identificar sin lugar a dudas el fin perseguido por la acción:

- a) El apartado A incluye disposiciones anti-abuso que proporcionan medidas para frenar la utilización indebida de los Convenios. Dichas medidas, que serán expuestas a continuación, constituyen un estándar mínimo contra la lucha del *treaty shopping*. Adicionalmente, el Informe incluye otras normas específicas dirigidas a evitar situaciones de abuso en supuestos de sociedades con doble residencia o de aplicación del Convenio por un establecimiento permanente situado en un tercer Estado con baja o nula tributación.
- b) El apartado B contiene una nueva redacción del Preámbulo, de la introducción al Modelo de Convenio, así como del título de los Convenios recogiendo una declaración expresa de que la finalidad de los Convenios es evitar la doble imposición sin crear oportunidades de doble no imposición o imposición a tipo reducido mediante la evasión o elusión fiscal.
- c) El apartado C identifica recomendaciones de medidas de política fiscal que los países deberán tener en cuenta a la hora de firmar/renegociar/denunciar un Convenio.

### *Implementación*

En cuanto al modo de implantación de la Acción, el Informe contempla que deberá realizarse mediante una combinación de las medidas siguientes:

- a) Introducción de cambios al Modelo de Convenio de la OCDE y a los Comentarios, en los términos comentados anteriormente.
- b) Desarrollo de un instrumento multilateral que produciría los mismos efectos que una renegociación simultánea de los instrumentos bilaterales, con el fin de agilizar y simplificar la implementación de medidas BEPS previstas en los Convenios.
- c) Compromiso de los Estados para introducir estas cláusulas en futuros Convenios o para modificar los vigentes, jugando este punto un papel esencial de cara a conseguir la efectiva aplicación de las medidas recogidas en la Acción 6.

### **3. EL APARTADO A DE LA ACCIÓN 6: CLÁUSULAS CONVENCIONALES Y/O INTERNAS PARA IMPEDIR LA CONCESIÓN DE LOS BENEFICIOS DEL CONVENIO EN CIRCUNSTANCIAS INAPROPIADAS**

Con el fin de frenar la utilización indebida de los Convenios para evitar la doble imposición, el apartado A de la Acción 6 identifica dos tipos de situaciones de abuso:

- a) Casos en que un contribuyente trata de eludir las limitaciones previstas en el propio Convenio, es decir, situaciones que tienen que ver con la aplicación del Convenio en sí mismo; y
- b) Situaciones de elusión de la normativa interna mediante la utilización de los beneficios del Convenio.

#### **3.1. CASOS EN LOS QUE UNA PERSONA INTENTA ELUDIR LAS LIMITACIONES PREVISTAS EN EL PROPIO CONVENIO**

La Acción 6 vincula las estrategias de *treaty shopping* con el concepto de residencia fiscal, es decir, con el intento por parte del contribuyente de alcanzar una situación en la que, como residente en un Estado contratante, acceda a las ventajas que proporciona algún o algunos de los Convenios suscritos por dicho Estado.

No es la primera vez que la OCDE aborda este problema, como el propio Informe se ocupa de recordar. Ya analizó estas prácticas en el pasado implementando, simultáneamente, medidas para frenar su expansión. Así, desde 1977 hasta 2014, la OCDE ha ido modificando el Modelo de Con-

venio y ha publicado distintos informes con el fin de (i) incluir el concepto de beneficiario efectivo en el Modelo de Convenio, concepto que ha ido matizando a lo largo de los años mediante la inclusión de comentarios aclarativos en los Comentarios al Modelo de Convenio; (ii) poner de manifiesto el papel de las sociedades instrumentales en relación con las estrategias de *treaty shopping*; e (iii) incluir, en relación con el uso indebido de Convenios, ejemplos adicionales de normas anti-abuso, así como una cláusula de limitación de beneficios inspirada en la recogida en el Modelo de Convenio de Estados Unidos de 1966.

En la actualidad, mediante la Acción 6, son tres las propuestas que se plantean para combatir el *treaty shopping*:

- a) Introducir una mención expresa en los Convenios de que los Estados contratantes desean evitar la elusión fiscal y la generación de oportunidades de *treaty shopping*.
- b) Introducir también por vez primera en el Modelo de Convenio la cláusula LOB ("*Limitation On Benefits*"), inspirada en las ya incluidas en los Convenios de Estado Unidos y de otros países, que busca limitar el acceso a las ventajas otorgadas en virtud del Convenio a aquellos contribuyentes que tengan la consideración de residentes cualificados; es decir, residentes que cumplan los requisitos establecidos en la propia cláusula basados, entre otros, en la propiedad, la actividad económica o la propia naturaleza jurídica del residente.
- c) Introducir en el Modelo de Convenio por vez primera un test del propósito principal ("*Principal Purposes Test*", o "*PPT*"), concebido como una norma anti-abuso general, que rechaza la aplicación de los beneficios del Convenio a operaciones realizadas con la finalidad primordial de aprovecharse del mismo.

Pero no todas las medidas deberán introducirse por todos los Estados obligatoriamente. Lo importante, según el Informe, es que todos los Estados dispongan de unos mecanismos para combatir el abuso de los convenios y que dichos mecanismos se inspiren en las líneas que marca el Informe. Así pues, lo importante es que exista un "*standard mínimo*", consistente en declarar que los convenios no amparan la doble no imposición junto con una de las tres siguientes alternativas:

- adopción conjunta tanto del PPT como de la cláusula LOB, permitiéndose en este caso adoptar una versión simplificada de la cláusula LOB; o
- adopción únicamente de la cláusula PPT; o
- incluir únicamente la cláusula LOB, junto con otras normas específicas para evitar la utilización de sociedades instrumentales en acuerdos financieros (“*anti-conduit arrangement rules*”).

Ahora bien, dado que lo importante es el cumplimiento de un “*standard mínimo*”, entendemos que la implantación de alguna de las medidas anteriores deberá ser analizada por cada país, debiendo modularse en aquellos países que cuenten ya con normas anti-abuso internas o con doctrina jurisprudencial (por ejemplo, relativa a la sustancia económica o a la sustancia sobre la forma) con entidad suficiente para hacer frente a diversas formas de abuso de Convenios o de normas fiscales internas.

Por tanto, en estos supuestos, en nuestra opinión podría resultar suficiente para cumplir con el “*standard mínimo*” que impone BEPS que dicho Estado aplicase de manera coordinada con la postura OCDE las medidas anti-abuso previstas en la normativa interna o en la jurisprudencia. Cabe prever, no obstante, que en esos casos los Estados preferirán adherirse al convenio multilateral que incluirá una cláusula PPT.

### 3.1.a. (i) *La lucha contra el treaty shopping: Limitation On Benefits*

En primer lugar, resulta necesario recordar que ni la redacción de esta cláusula ni los comentarios recogidos en el informe son definitivos, ya que deben revisarse a la luz de las modificaciones propuestas al MC de EEUU, cuya emisión se produjo en febrero de 2016.

Pues bien, aun con carácter provisional, en su afán por delimitar la aplicación de los Convenios fiscales, la OCDE ha incluido en su plan de Acción 6 esta cláusula en la negociación y renegociación de Convenios. Pero, ¿qué es una cláusula LOB? Como su propio nombre indica, es una limitación a la aplicación de los beneficios de un Convenio; es decir, se trata de una cláusula específica que exige que se cumplan ciertos requisitos para que un contribuyente pueda aplicar los beneficios de un determinado Convenio y evitar, así, el *treaty shopping*.

Por tanto, la aplicación de un Convenio queda supeditada a que el Estado en cuestión analice una serie de elementos de hecho al objeto de compro-

bar que, efectivamente, el contribuyente que solicita la aplicación del Convenio tiene derecho a su aplicación.

Nótese que un análisis de los hechos de cada caso resultaría útil en aquellos supuestos en que las prácticas de *treaty shopping* puedan identificarse a partir de estos criterios objetivos. Sin embargo, un análisis de este tipo no cubriría todo el abanico de posibilidades que podría darse en este sentido, ni tendría en consideración, por ejemplo, que un Estado contratante pudiese modificar sus medidas de política fiscal o que su normativa interna previese la aplicación de ciertas restricciones normativas (impuestas por su Constitución o por el ordenamiento comunitario<sup>44</sup>).

Por ello, la cláusula LOB propuesta se “flexibiliza” en algunos supuestos en los que se habilita la aplicación del convenio en situaciones que, por aplicación de los criterios objetivos de esta cláusula, hubieran quedado en principio fuera de éste. En este sentido, además de provisiones relativas a la efectiva realización de actividades económicas o vinculadas al análisis del beneficiario último de las rentas, destaca la siguiente provisión:

*“Si un residente de un Estado contratante no pudiera acogerse a todos los beneficios del Convenio en virtud de las disposiciones previas de este artículo, la autoridad competente del Estado contratante que, en su caso, le hubiera tenido que conceder los beneficios, tratará sin embargo al residente como si tuviera derecho a estos beneficios o a los beneficios respecto de un particular elemento de renta o patrimonio si dicha autoridad competente, previa solicitud del residente y después de valorar todos los hechos y circunstancias pertinentes, determina que el establecimiento, adquisición o mantenimiento de dicho residente y el desarrollo de sus operaciones no tenía como uno de sus propósitos principales la obtención de los beneficios de este Convenio”.*

El “*discretionary relief*” permitiría “salvar” situaciones injustas que podrían generarse como consecuencia de la aplicación de la cláusula LOB. Este resultaría ser el caso, por ejemplo, de una entidad residente de un Es-

---

(44) Los países integrantes de la UE mostraron una preocupación común: la aplicación de la cláusula LOB podía requerir una adaptación para reflejar las especialidades propias de la normativa comunitaria o de las particularidades de cada caso concreto. Con el fin de dar respuesta a estas inquietudes, el Informe final de la Acción 6 contempla la posibilidad de introducir alternativas en los comentarios para tratar estas cuestiones.

tado contratante que ejerce activamente una actividad económica en dicho Estado y obtenga rentas procedentes del otro Estado contratante en relación con esa actividad. En ese sentido se orienta el párrafo 69 de los Comentarios propuestos en el que se mencionan algunos factores que deberían tener en cuenta las autoridades competentes a la hora de valorar estas solicitudes: Historia, estructura, titularidad y operaciones que realiza el residente que formula la solicitud; si el solicitante es una entidad con un historial de operaciones que ha sido adquirida recientemente por razones no fiscales; si los beneficios del solicitante sufren efectivamente doble imposición.

Es decir, en base a este test alternativo, el análisis de los hechos permitiría aplicar los beneficios de un Convenio en supuestos en que no resulte probable que se generen problemas desde la perspectiva del *treaty shopping* y se salvaría, por tanto, el trato injusto que una aplicación del criterio objetivo previsto en la cláusula LOB podría generar.

El modelo de cláusula LOB propuesto tiene la estructura siguiente:

- i. Disposición que denegaría los beneficios del convenio a un residente de un Estado contratante que no sea una “persona cualificada” de acuerdo con el apartado 2 siguiente;
- ii. Definición de las situaciones en que un residente de un Estado contratante sería una “persona cualificada”, que incluiría a:
  - personas físicas;
  - un Estado contratante, sus subdivisiones políticas y entidades totalmente participadas por aquéllas;
  - ciertas entidades que cotizan en bolsa y sus filiales;
  - ciertas entidades sin ánimo de lucro y fondos de pensiones;
  - otras entidades que cumplan determinados requisitos de propiedad;
  - ciertos instrumentos de inversión colectiva;
  - entidades dedicadas a actividades empresariales en su país de residencia;
  - entidades que cumplan un test de beneficios; y
  - entidades a las que se haya otorgado la aplicación de los beneficios por parte de la autoridad competente.
- iii. En virtud del apartado 3 del artículo se otorgarían los beneficios del Convenio a aquellos contribuyentes que, si bien no cumplen

con la definición de persona cualificada, ejerza activamente una actividad económica<sup>45</sup> en su Estado de residencia y la renta en cuestión se obtenga en relación con esa actividad o sea incidental a la misma.

- iv. El apartado 4 concedería los beneficios del Convenio a una persona no cualificada si, al menos, más de un determinado porcentaje de la entidad es propiedad de determinadas personas con derecho a beneficios equivalentes.
- v. Conforme al apartado 5 del artículo se permitiría a las autoridades competentes de un Estado contratante conceder determinados beneficios del Convenio a una persona a la que se le denegarían, en aplicación de los apartados anteriores.
- vi. En el apartado 6 se incluirían definiciones aplicables a los párrafos 1 a 5 anteriores.

Puesto que el modelo de cláusula LOB sigue el Modelo americano y algunos conceptos a los que la misma se remite sólo están previstos en la legislación americana, se ha propuesto incluir una definición de estos conceptos en la propia cláusula.

Otras cuestiones que, a nuestro juicio, resultan de especial interés en relación con la aplicación la cláusula LOB, podrían resumirse del siguiente modo:

- Requisito de que cada accionista interpuesto sea residente en alguno de los Estados contratantes.

La cláusula LOB contiene una regla especial sobre participación indirecta que exige que cada propietario interpuesto de la entidad en cuestión sea residente de alguno de los Estados contratantes. En concreto, dicha regla se refiere a supuestos (i) de filiales de entidades cotizadas; (ii) de titularidad/erosión de la base imponible y (iii) beneficios derivados.

---

(45) Con carácter previo a la emisión del Informe definitivo de la Acción 6, surgieron dudas interpretativas sobre la cláusula de actividad empresarial en aquellos casos en que, por ejemplo, filiales situadas en un mismo país lleven a cabo actividades diferentes. Aunque los cambios que se propusieron en este sentido eran similares a los recogidos en el MC EEUU para modificar el test de actividad empresarial (i.e., “*active trade or business*”), este trabajo está pendiente de finalizar en línea con el nuevo MC.

Sin embargo, el propio Informe incluye la regla de participación indirecta de los dos primeros supuestos entre paréntesis, al entender que los Estados podrían considerar este requisito muy restrictivo y podrían decidir no aplicarlo. Como se explicará en el apartado siguiente, los trabajos de aplicación de esta regla en supuestos de beneficios derivados están todavía pendientes de finalizar.

- Cuestiones relacionadas con la cláusula de “beneficios derivados”.

En esencia, el test de “beneficios derivados” legitima a las sociedades residentes en un Estado a aplicar los beneficios de un Convenio siempre y cuando el titular de la sociedad hubiera estado legitimado, al menos, al mismo beneficio de haber recibido directamente la renta.

Como se anticipaba anteriormente, la Acción 6 incluye una versión de la cláusula de “beneficios derivados” entre paréntesis, ya que la efectiva implementación de la misma dependerá de los trabajos que se realicen en otras Acciones BEPS (como podrían ser, por ejemplo, las Acciones 5 y 8).

En lo referente a la implementación por parte de España de la cláusula LOB en sus Convenios, nos remitimos a los comentarios que en este sentido realizaremos en el último apartado, relativo a la valoración de la acción.

### 3.1.a. (ii) *La lucha contra el treaty shopping: el Principal Purposes Test*

La Acción 6 propone incluir la cláusula siguiente como párrafo 7<sup>46</sup> del artículo sobre Limitación de Beneficios del Modelo de Convenio:

*“No obstante las restantes disposiciones de este Convenio, no se concederá un beneficio en virtud de este Convenio respecto de un elemento de*

---

(46) Es posible que algunos Estados, por diversas razones, no puedan aceptar la norma recogida en el apartado 7. Estos Estados, para poder combatir de manera efectiva todas las formas de *treaty shopping*, necesitarán complementar la cláusula LOB de los apartados 1 a 6 con normas capaces de hacer frente a las estrategias de *treaty shopping* comúnmente conocidas como “*estrategias de canalización de rentas a través de sociedades instrumentales*” (*conduit arrangements*). El Informe contiene ejemplos que muestran algunos tipos de estrategias de canalización de rentas a través de sociedades instrumentales y que requieren ser abordadas por dichas normas, así como ciertos tipos de operaciones que no deberían recibir dicha consideración a estos efectos.

*renta o patrimonio si resulta razonable concluir, a la vista de todos los hechos y circunstancias pertinentes, que la obtención de ese beneficio era uno de los propósitos principales de cualquier acuerdo u operación que tuviera como resultado, directa o indirectamente, la obtención de ese beneficio, a menos que se determine que la concesión de dicho beneficio en tales circunstancias sería conforme con el objeto y finalidad de las disposiciones en cuestión del presente Convenio”.*

Esta cláusula (i) tiene por finalidad denegar la aplicación de los beneficios de un Convenio en aquellos supuestos en que uno de los principales objetivos sea, precisamente, beneficiarse de dicho Convenio, a menos que la concesión de los citados beneficios esté en línea con las previsiones del Convenio; (ii) opera, en su caso, de manera complementaria con la cláusula LOB<sup>47</sup>; y (iii) para determinar si uno de los principales motivos es obtener los beneficios de un Convenio, debe realizarse un análisis objetivo caso por caso.

Según se ha comentado, la relevancia de algunos de los términos incluidos en la redacción de la cláusula ha supuesto que la OCDE haya considerado importante detenerse en los mismos y proporcionar unos criterios interpretativos de cara a la futura inclusión de la PPT rule en los Convenios:

- El término *“beneficios”* incluye las limitaciones a la potestad de gravamen previstas en los artículos 6-22 del Modelo de Convenio, la deducción para evitar la doble imposición (artículo 23) y la cláusula de no discriminación recogida en el artículo 24.
- La frase *“que tuviera como resultado, directa o indirectamente”* es deliberadamente amplia, al ser su fin primordial determinar que una operación amparada en motivos económicos válidos no protege de una posible situación posterior de abuso de Convenio.
- La inclusión de la mención *“uno de los propósitos principales”* implica que no es necesario que el único/principal motivo de la operación sea obtener la protección de un determinado Convenio, sino que basta con que éste sea uno de los principales motivos, tal y como

---

(47) Es decir, si de conformidad con lo previsto en los párrafos 1-6 (relativos a la cláusula LOB) un contribuyente no puede beneficiarse de la aplicación de un Convenio, esto no implica que, automáticamente, el párrafo 7 determine automáticamente su inaplicación bajo el PPT (y viceversa).

consta reflejado en el ejemplo incluido en el Informe de la Acción 6: *“Por ejemplo, una persona puede vender una propiedad por diversas razones pero, si antes de la venta, dicha persona se convierte en residente de uno de los Estados contratantes y uno de los propósitos principales de este cambio de residencia es la obtención de un beneficio del convenio, el apartado 7 podría ser de aplicación a pesar de que pueda haber más razones que motiven el cambio de residencia, como la facilitación de la venta o la reinversión de las ganancias derivadas de ésta”.*

Llama la atención en este ejemplo, no tanto la mención a “uno de los propósitos principales”, sino que se identifique un cambio de residencia con supuesto de abuso cuando, tradicionalmente, se ha venido defendiendo esta alternativa como economía de opción y deberá tenerse en cuenta de cara a futuro.

Tomando como punto de partida las consideraciones descritas anteriormente para la interpretación de la cláusula PPT se plantea una cuestión obvia: ¿basta, por tanto, con afirmar que una transacción ha sido realizada para beneficiarse de un Convenio, para que esta cláusula aplique automáticamente?

Para dar respuesta a esta pregunta, es necesario recordar que la aplicación de la cláusula PPT exige la realización de un análisis objetivo e individualizado de cada caso, por lo que la respuesta a la pregunta planteada debe ser negativa. Es decir, es necesario realizar un análisis razonable de las circunstancias de cada supuesto para poder concluir sobre el verdadero objeto de la misma.

Podría darse el caso de que, de manera similar a como ocurre en la cláusula LOB, los Estados pudiesen conceder algún tipo de beneficio discrecional en aquellos casos en que la aplicación de las disposiciones de un Convenio sean denegadas por aplicación de la cláusula PPT. En este sentido, el Informe final de la Acción 6 contempla que la inclusión de una cláusula de naturaleza discrecional es opcional, proponiendo su inclusión en un nuevo párrafo a continuación de la cláusula LOB.

Es decir, el hecho de que la inclusión de una cláusula discrecional tenga carácter opcional implica conceder a las autoridades fiscales de un país la potestad de otorgar o no los beneficios de un Convenio a un contribuyente que, en principio, no podría beneficiarse de los mismos por aplicación de la cláusula PPT.

Siendo este el enfoque que debe darse a la cláusula PPT, de carácter eminentemente práctico y casuístico, resultan de especial interés los ejemplos que han sido desarrollados en la propia Acción 6, tanto por los supuestos de hecho analizados como por las conclusiones que se alcanzan en su análisis. A continuación se comentan algunas de las consecuencias que se extraen de su revisión:

- Se recuerda que la intención de los convenios es estimular la inversión transfronteriza. El hecho de que con esta inversión se logre una tributación beneficiosa gracias a los convenios no implica automáticamente la aplicación de la cláusula PPT, sino que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias bajo las que se realiza una inversión.

Así, se admite que la inversión a través de una IIC situada en un país con una amplia red de convenios no implicaría un abuso a estos efectos, aunque los inversores fueran residentes en un país con acceso a una red más limitada.

Asimismo, se reconoce que no deberían denegarse los beneficios del convenio cuando la sociedad en cuestión realiza una actividad económica sustancial, que incluya activos reales y asunción de riesgos o cuando los acuerdos responden a una verdadera lógica empresarial en términos de eficiencia.

Se admite también que, en la compra de un grupo empresarial, los propósitos principales para adquirir las acciones están más vinculados con la expansión del negocio que con la obtención de los beneficios del convenio entre los Estados donde radican las sociedades adquiridas. Se menciona expresamente que el hecho de que la sociedad compradora actúe principalmente como *holding* no altera la conclusión.

- El tradicional supuesto de “lavado de dividendos” (vía sociedad interpuesta o vía transmisión del derecho de usufructo sobre acciones a favor de una entidad intermedia, de manera que en ambos casos se permita la aplicación de un convenio más beneficioso en la repatriación de dividendos), se aborda desde la perspectiva BEPS como un supuesto de *treaty shopping*.
- El fraccionamiento de contratos se señala como otro ámbito en el que, en ausencia de otros argumentos de peso, la obtención de una

ventaja fiscal contraria al objetivo del convenio puede ser uno de los motivos principales para su utilización, dando lugar a la aplicación de la cláusula PPT toda vez que dejaría sin contenido la definición del establecimiento permanente<sup>48</sup>.

- En algunas ocasiones, aunque el propósito de una transacción sea la obtención de una ventaja fiscal, esto no implica que resulte de aplicación la cláusula PPT, siempre que dicho beneficio sea acorde con el propósito del convenio. Así, un ligero incremento en la participación con el objetivo de aplicar el tipo reducido de retención no se considera un abuso sino una actuación acorde con la finalidad del convenio.

El informe recoge, asimismo, otros ejemplos de aplicación de la cláusula PPT en los que se analiza el papel de las *conduit companies* (o sociedades canalizadoras de renta) en determinados supuestos de hecho cuyo análisis resulta clarificador de la opinión de la OCDE al respecto. En particular:

- Se analizan supuestos de suscripción de acciones preferentes y de cesión de préstamos, respectivamente, en los que el principal motivo de interponer una *conduit company* en la estructura existente es obtener la aplicación del tipo reducido de retención sobre dividendos/exención en la fuente en pagos de intereses, previstos en los beneficios de los Convenios aplicables, dando lugar por lo tanto a la aplicación de la cláusula PPT.
- Se admite que, bajo una estructura corporativa de sociedades operativas, la distribución de dividendos es una práctica habitual, que debería dar lugar a la aplicación de los beneficios del convenio en cuestión pese a que la matriz última se encuentre en un Estado que no haya firmado un convenio con el Estado de la entidad pagadora.
- Se reconoce también que estructuras de licencia y sub-licencia de cánones dentro de un grupo son propias de la realidad empresarial y no persiguen *per se* la obtención de tipos de retención en la fuente más reducidas. Por lo tanto, si la red de convenios del Estado

---

(48) Se puede identificar la cuestión relativa al fraccionamiento de contratos como un tema recurrente dentro del Plan BEPS, ya que se aborda posteriormente en este misma Acción 6 así como en la Acción 7.

de residencia de la entidad que centraliza estos pagos dentro del grupo permite una fiscalidad más eficiente respecto a las retenciones en la fuente, ello no debe interpretarse en principio como un abuso a los efectos de la cláusula PPT.

Por último, resultaría necesario valorar la posibilidad de que la cláusula PPT no resulte de aplicación en aquellos supuestos en los que aplique la cláusula de arbitraje prevista en el artículo 25 del MC OCDE, párrafo 5.

Tal y como se ha expuesto, la cláusula PPT ha sido diseñada para resultar de aplicación en aquellas situaciones en las que sea razonable concluir que la obtención de los beneficios del Convenio es uno de los principales motivos de un acuerdo o una transacción. Puesto que la aplicación de la citada cláusula puede ser objeto de arbitraje, la existencia de la Acción 14 de BEPS (*“Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias”*) determinó que esta cuestión se incluyese en los trabajos a la realizar por la misma.

Así, el Informe final de la Acción 14 señala que la interpretación y/o aplicación de la cláusula PPT desarrollada en la Acción 6 puede encontrar amparo en el procedimiento de acuerdo amistoso (*“MAP”*) del artículo 25 del MC OCDE, por lo que el cumplimiento o no de la cláusula PPT, en supuestos de desacuerdo entre los contribuyentes y la autoridad competente, tendrá acceso al MAP en la medida en que se cumplan los requisitos procedimentales previstos en el artículo 25.1 del Modelo OCDE.

Sin perjuicio de lo anterior, el Informe de la Acción 14 pone de manifiesto que en el supuesto de que un Estado desee limitar o denegar las situaciones de acceso al MAP, deberá acordarlo específica y expresamente con el resto de Estados.

### *3.1.b. Otras situaciones en las que los contribuyentes tratan de evitar las limitaciones del convenio*

Como se ha expuesto, el *treaty shopping* y los mecanismos que se establecen el efecto (cláusulas LOB y PPT) centran el análisis en el concepto de residencia como llave que permite la aplicación (abusiva) de los convenios. Ahora bien, aunque de manera menos pormenorizada, la Acción 6 también dirige la atención a otras situaciones específicas donde las limitaciones para la aplicación de los beneficios del convenio establecidas en dichos convenios tratan de ser evitadas por los contribuyentes.

En este sentido, si bien se admite que con carácter general estas situaciones pueden ser neutralizadas mediante la aplicación de la cláusula PPT, en algunos casos se ha acordado la incorporación de algunas previsiones específicas en el Modelo de Convenio de la OCDE así como en los Comentarios. Las situaciones específicas y el análisis recogido en la Acción 6 en relación con cada una de ellas son los siguientes:

- Fraccionamiento de contratos, que puede dar lugar a casos de abusos en relación con el umbral (12 meses según el Modelo de Convenio) del concepto de establecimiento permanente. Ahora bien, no se propone ninguna acción concreta pues se entiende que la cláusula PPT y los trabajos recogidos en la Acción 7 son suficientes a estos efectos.
- Casos de arrendamiento de mano de obra y posible aplicación abusiva del apartado 2 del artículo 15 Modelo de Convenio (es decir, exención de rentas calificadas como provenientes del trabajo dependiente en casos de traslado inferior a 6 meses, cuando el coste del personal no es soportado por entidades sujetas a imposición en el Estado de la fuente), respecto de los que se considera suficiente la actual redacción de los Comentarios.
- Transacciones que pretenden evitar la caracterización de la renta como dividendos, tratando así de privar de potestad tributaria al Estado de la fuente. Dado que este ámbito puede tener relevancia también en relación con la Acción 2, se decide no abordarlo en esta Acción 6.
- Introducción de un criterio de cómputo anual a los efectos de analizar (i) la tenencia de un porcentaje mínimo de participación que habilite la aplicación del tipo reducido de retención para dividendos (artículo 10.2.a) del Modelo de Convenio); y (ii) la composición del activo de una sociedad y su calificación como inmobiliaria en caso de transmisión de participaciones (artículo 13.4 del Modelo de Convenio).

Con ello se pretende evitar que los contribuyentes realicen operaciones previas con anterioridad a la transacción principal que puedan desvirtuar la verdadera naturaleza de ésta. Nótese que nuestra norma interna ya incluye preceptos con una filosofía similar, como

por ejemplo en los artículos 21 y 5.2 de la Ley de Impuesto sobre Sociedades.

- Modificación de las normas de desempate en caso de doble residencia de personas jurídicas. Se abandona definitivamente el criterio de la sede de dirección efectiva y se opta por un sistema basado únicamente en el procedimiento de resolución amistosa<sup>49</sup>, en el que cada supuesto es analizado “caso por caso” teniendo en cuenta diversos factores (muchos de ellos relativos a la dirección y gestión de la entidad).

La OCDE justifica este cambio en la excepcionalidad de los supuestos de doble residencia de personas jurídicas y en su identificación como focos de posible elusión fiscal, aunque ello implique abandonar un criterio normativo y hacer depender la solución del conflicto a la fluidez y eficacia del procedimiento amistoso competente.

- Privación de los beneficios del convenio en determinadas estructuras. Por un lado, se identifica a las IIIICC como entidades intermedias que, sin estar sometidas a imposición efectiva en su Estado de residencia, pueden permitir a los inversores mantener una participación sustancial en ellas y con ello aplicar en su caso el tipo reducido de retención para dividendos (artículo 10.2.a) del Modelo de Convenio). Por ello, se establece que este tipo reducido no sea de aplicación cuando la pagadora sea una IIC.
- Por otro lado, se recomienda incluir en el ámbito de la cláusula inmobiliaria anteriormente mencionada (artículo 13.4 del Modelo de Convenio) no solo la transmisión de participaciones en entidades, sino también la transmisión de la participación en otro tipo de entidades (*como trust o partnerships*) cuya naturaleza también sea inmobiliaria.
- Por último, se establece una norma anti-abuso específica para casos triangulares, y en particular, para aquellos en los que un estableci-

---

(49) Con carácter general, durante la tramitación de procedimiento la entidad en cuestión no deja de ser residente pero no puede aplicar los beneficios del convenio.

miento permanente soporta una reducida tributación en el Estado donde radica<sup>50</sup>, mientras que el Estado de residencia de la casa central permite aplicar una exención a las rentas que provengan del mismo.

Para estos supuestos, en vez de cuestionar la mencionada exención, la Acción 6 establece que el tercer Estado del que provengan los rendimientos atribuidos al establecimiento permanente pueda aplicar un tipo de retención en la fuente superior al que correspondería en el caso habitual (no se recoge cuál es este tipo superior). Se excepcionan de esta norma los casos de realización de actividades económicas por parte del establecimiento permanente y de obtención de cánones por intangibles creados por éste.

Como se ha indicado, la OCDE no cuestiona la procedencia de la exención de las rentas procedentes del establecimiento permanente (aun cuando pueda no existir doble imposición, en caso de que el establecimiento permanente no haya quedado sometido efectivamente a imposición), sino que pretende proteger al Estado de la fuente para que no se vea obligado a reconocer los beneficios fiscales del convenio con la casa central, toda vez que el perceptor de la renta (el establecimiento permanente) no queda sometido a un “gravamen normal”.

### **3.2. CASOS DONDE LOS BENEFICIOS DEL CONVENIO PERMITEN EVITAR LAS DISPOSICIONES DOMÉSTICAS**

El segundo apartado de la sección A se centra en aquellos casos en los que, en vez de evitar las limitaciones establecidas expresamente en el convenio, el contribuyente se sirve del propio convenio para evitar la aplicación de las normas anti-abuso domésticas.

Se trata por lo tanto de impedir que los convenios sean utilizados como “escudos” para que estas normas internas no sean de aplicación; es decir, asegurar que la interacción entre las normas no aplicables (doméstica y con-

---

(50) Se entiende que concurre esta inferior tributación cuando el establecimiento permanente tribute por la renta obtenida menos del 60% de lo que hubiera procedido en caso de que dicha renta hubiera sido imputada a la casa central.

vencional) resulte acorde con el objetivo, compartido por ambas, de evitar las situaciones abusivas. Para ello, se revisa completamente el apartado “Uso indebido del convenio” de los Comentarios al artículo 1 del Modelo de Convenio.

A estos efectos, se reconoce que el enfoque de los Estados puede no ser coincidente, pues para algunos los abusos del convenio suponen un abuso del mismo exclusivamente, mientras que para otros los abusos de convenio son también abusos de la norma interna. Ahora bien, en ambos casos, a través de la correcta interpretación de los convenios o de la adecuada interacción entre normas convencionales y domésticas respectivamente, el objetivo básico es que no se deben reconocer los beneficios de un convenio en situaciones abusivas (definidas estas a la luz de la cláusula PPT y prestando atención a las circunstancias concretas de cada caso).

La Acción 6 presta especial atención al análisis de la mencionada interacción entre normas convencionales y domésticas. Por un lado, se admite la posible incidencia de las normas anti-abuso generales y la jurisprudencia domésticas en el ámbito de los convenios como instrumentos hábiles para evitar la aplicación de los beneficios a situaciones abusivas. Ahora bien, las reflexiones más interesantes se incluyen en torno al posible conflicto entre las normas anti-abuso específicas de la norma doméstica y los beneficios recogidos en el convenio, teniendo en cuenta que, con carácter general, la norma convencional debe prevalecer frente a la doméstica<sup>51</sup> pero no debe habilitar la aplicación de los beneficios del convenio a situaciones abusivas.

A estos efectos, se reconoce la existencia de varios mecanismos que podrían evitar la existencia de este conflicto, tales como posibles habilitaciones específicas en el convenio para la aplicación de la norma anti-abuso doméstica, las constantes remisiones del convenio a la norma doméstica, la aplicación de la cláusula PPT (o, en su ausencia, de los Comentarios al ar-

---

(51) La prevalencia de la norma convencional frente a la doméstica, recogida en nuestra Constitución, resulta acorde con la Convención de Viena sobre la interpretación de los Tratados y el Derecho Público Internacional que se mencionan en la Acción 6. Ahora bien, conviene no olvidar que esta no es la visión compartida por todos los países, motivo que puede explicar que la OCDE en este punto incluya sus comentarios “con carácter general” (“*generally*” en la versión en inglés) en la redacción propuesta al párrafo 23 de los Comentarios al artículo 1.

título 1) así como la jurisprudencia o los principios aplicables en la interpretación de los tratados. En todos estos casos, los beneficios del convenio decaerían a favor de la aplicación de la norma anti-abuso. Ahora bien, en los casos en los que la norma anti-abuso doméstica se haya redactado en términos objetivos<sup>52</sup> que no conduzcan a situaciones abusivas bajo el prisma de la cláusula PPT, los beneficios del convenio deberán prevalecer frente a la norma anti-abuso doméstica.

Por lo tanto, la conclusión parece clara: no se trata de que las normas anti-abuso prevalezcan siempre y en cualquier caso; al contrario, y de acuerdo con la máxima del Derecho Público Internacional, lo que prevalece es el convenio sobre la norma doméstica. Así, puede ocurrir que la norma anti-abuso doméstica sea acorde con los principios del convenio en materia anti-abuso, en cuyo caso no procede la aplicación de los beneficios de éste. Ahora bien, si la norma anti-abuso doméstica se aparta del concepto convencional de abuso, los beneficios del convenio prevalecerán sobre aquella.

Por último, se recogen dos cuestiones de naturaleza más particular. Por un lado, se propone modificar el artículo 1 de Modelo de Convenio para recoger expresamente que las disposiciones del mismo no afectan a la capacidad del Estado para gravar a sus residentes, excepto en aquellos casos expresamente mencionados en el apartado. Uno de los preceptos que puede modificar esta capacidad es la obligación de corregir la doble imposición (artículo 23 del Modelo de Convenio), respecto del cual se aclara que el Estado de residencia únicamente se verá afectado por esta disposición cuando el Estado de la fuente pueda gravar la renta según el convenio (es decir, sin que se exija la existencia de un efectivo gravamen).

Por otro lado, se mantiene el procedimiento de autoridad competente como mecanismo para corregir la potencial doble imposición en relación con los impuestos de salida o *“exit tax”*, frente a otras posibles alternativas como una interpretación más dinámica del artículo 23 del Modelo de Convenio (es decir, de manera que éste resultara de aplicación cuando una misma renta sea objeto de imposición en la misma persona pero en diferentes momentos). En relación con el procedimiento de autoridad competente, se propone que sea el nuevo Estado de residencia el que corrija la

---

(52) Entendemos que este supuesto será más común en casos de normas anti-abuso específicas y no tanto en relación con normas anti-abuso generales.

doble imposición excepto en el caso de que hubiera tenido potestad tributaria para gravar la renta en el momento en el que se produjo la pérdida de la residencia fiscal. Esta solución es coherente con la filosofía de reparto de potestades tributarias que pretenden perseguir los impuestos de salida.

#### **4. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA FISCAL QUE, EN GENERAL, LOS ESTADOS DEBEN TENER EN CUENTA ANTES DE FORMAR UN CONVENIO CON OTRO ESTADO**

El Informe final de la Acción 6 reconoce que hay muchos factores no tributarios que pueden llevar a la firma/modificación/denuncia de un Convenio entre Estados (entre ellos, el derecho a decidir con qué otro Estado se firma un Convenio).

Junto con las consideraciones más generales, el Informe incluye en su apartado C dos propuestas que tratan algunas de estas preocupaciones relativas a la legislación interna del otro Estado:

- Una primera propuesta de modificación del artículo 3 del Modelo de Convenio de la OCDE con el fin de incluir una definición de “régimen fiscal especial”. Adicionalmente, y en línea con lo anterior, se propone incluir nuevas disposiciones en los artículos 11 (intereses), 12 (cánones) y 21 (otras rentas) del Modelo de Convenio de la OCDE al objeto de denegar la aplicación de los beneficios del Convenio en aquellos casos en que el beneficiario efectivo de intereses, cánones u otros ingresos haya gozado de un “régimen fiscal especial” en su Estado de residencia, en cualquier momento del año en que se pagó la renta en cuestión.
- En segundo lugar, se propone incluir una nueva cláusula general en el Convenio por la que se permita al Estado de la fuente inaplicar las disposiciones del mismo relativas a dividendos, intereses, cánones y otras rentas si, en el futuro, se introducen ciertos cambios en la normativa interna del otro Estado contratante.

El Informe aclara que estas propuestas deberán revisarse en línea con las modificaciones propuestas por EEUU a su Modelo de Convenio.

## 5. VALORACIÓN DE LA MEDIDA

La Acción 6 es sin duda una de las más complejas y sugerentes del Plan BEPS. La utilización abusiva de los Convenios ha sido uno de los principales focos de conflicto en el ámbito de la fiscalidad internacional en los últimos tiempos, lo cual consideramos que justifica de forma clara su inclusión individualizada dentro del Plan BEPS.

La figura de los Convenios para evitar la doble imposición se ha mostrado durante las últimas décadas como un instrumento muy útil para el fomento de la inversión exterior y, con ello, de la dinamización de la economía mundial. Como es lógico, su utilización debe venir acompañada de unas normas claras que establezcan cuál debe ser su ámbito de aplicación y en qué casos ésta se entiende justificada. Al fin y al cabo, no puede perderse de vista que, entre otras cuestiones, la aplicación de un Convenio supone la renuncia del Estado de la fuente a su potestad tributaria, lo cual únicamente debe admitirse cuando quede suficientemente justificado.

Si bien esta labor de delimitación en la aplicación de los Convenios es necesaria, no se trata de una labor sencilla. Evitar que se lleve a cabo una utilización abusiva de los Convenios (opción relativamente factible teniendo en cuenta la globalización de la economía y las mejoras tecnológicas), supone abordar conceptos complejos y abstractos, lo cual da una idea de su dificultad.

Sobre esta base, en primer lugar, el esfuerzo llevado a cabo por la OCDE con esta Acción 6 debe aplaudirse por cuanto, como se ha indicado, supone una labor realmente compleja.

### *Sobre la introducción de una cláusula LOB*

Respecto de las novedades incluidas, destaca en primer lugar la cláusula LOB. La introducción de una cláusula como ésta con un contenido estandarizado y unos comentarios que unifiquen su interpretación es una mejora frente a la situación precedente, donde cada cláusula ha seguido su propio patrón, con la consiguiente dificultad en su interpretación.

Ahora bien su mayor virtud, la objetividad, puede convertirse en su mayor defecto, por cuanto puede suponer la denegación de los beneficios del convenio en situaciones en las que éstos deberían otorgarse (por razones materiales o de política fiscal). Los remedios propuestos (en especial, el

*discretionary relief*) arrojan algunas dudas sobre su capacidad para dar certeza a los contribuyentes, especialmente teniendo en cuenta que la inmediatez que caracteriza las transacciones internacionales no suele concurrir en las experiencias prácticas con las administraciones tributarias.

El tratamiento tan restrictivo que la cláusula LOB otorga sobre el papel a las sociedades *holding* también debe ser objeto de crítica, especialmente sobre la base de (i) la utilización común de este tipo de sociedades (piénsese por ejemplo en el ámbito del *private equity*), (ii) la comparación con otros ámbitos (la propia cláusula PPT), donde el tratamiento recibido es más benévolo, y (iii) el hecho de que en el ámbito comunitario la utilización de sociedades *holding* no parece descartarse automáticamente por el hecho de no realizar estrictamente una actividad empresarial. Si bien un análisis más detallado del papel de las sociedades *holding* estaría pendiente de desarrollo en la Acción 6<sup>53</sup>, no pueden obviarse las consecuencias nefastas que la introducción de la cláusula LOB tendría para este tipo de sociedades.

Por otro lado, debe resaltarse que la cláusula LOB no ha sido la solución comúnmente empleada ni en la normativa comunitaria ni en nuestra norma doméstica (más alineadas tradicionalmente con planteamientos similares a la cláusula PPT), por lo que cabe plantearse si resulta oportuno introducir en este momento una cláusula que no ha sido generalmente aceptada en el pasado. Y ello teniendo en cuenta que el principal promotor de esta cláusula LOB, Estados Unidos, no ha compartido todavía sus comentarios definitivos al respecto.

Sobre esta base, cobran vital importancia las diferentes modalidades que recoge la Acción 6 en su implementación, y que permiten la combinación y/o elección entre las cláusulas y comentarios propuestos. Desde este punto de vista, parece que la cláusula PPT se amolda mejor a nuestra tradición legislativa, y en particular, al enfoque empleado en lucha contra las prácticas abusivas, aunque su naturaleza esencialmente subjetiva pueda dificultar su aplicación práctica<sup>54</sup>.

---

(53) Crítica que también puede hacerse extensible a la Acción 5, donde pese a incluir un apartado propio de sociedades holding, las conclusiones alcanzadas no arrojan mucha luz sobre el criterio de la OCDE al respecto.

(54) BÁEZ MORENO, A. (2016): "La cláusula del propósito principal (*Principal Purpose Test*). Un análisis crítico de la Acción 6 del Proyecto BEPS". Centro de Estudios Fiscales, Revista Contabilidad y Tributación, número 404 (noviembre 2016).

### *Sobre la introducción de una cláusula PPT*

En primer lugar, en nuestra opinión, las similitudes entre la cláusula PPT y el conflicto en aplicación de la norma tributaria (artículo 15 de la Ley General Tributaria) son reseñables, en el sentido de tratar de objetivizar la voluntad de fraude fiscal de los contribuyentes sin perder de vista un análisis del caso concreto y no la mera concurrencia de determinadas circunstancias objetivas (tal y como hace la cláusula LOB). Entendemos que ambas normas anti-abuso deberían considerarse alineadas desde el punto de vista conceptual, especialmente teniendo en cuenta que el concepto de “*all relevant facts and circumstances*” al que se hace referencia en la cláusula PPT es precisamente el que puede conducir, en su caso, a la existencia de un conflicto en aplicación de la norma, en ambos casos, a la luz de la supuesta motivación fiscal de la actuación del contribuyente.

Lo anterior tiene como consecuencia varias reflexiones. Por un lado, la Acción 6 reconoce que un Estado puede no necesitar la inclusión de las medidas anti-abuso recogidas siempre que su norma interna y su jurisprudencia hayan construido conceptos que permitan luchar efectivamente contra situaciones abusivas. En este sentido, consideramos que la existencia de normas en nuestra legislación doméstica (el conflicto en aplicación de la norma tributaria complementado con el concepto de simulación del artículo 16 de la Ley General Tributaria), junto con el criterio jurisprudencial, deberían permitir a España hacer uso de la posibilidad prevista en la Acción 6 de BEPS de no incluir medidas adicionales y específicas en los convenios, aun cuando la implementación de esta Acción pueda determinar en cualquier caso su efectiva introducción.

Este planteamiento, de acuerdo con la propia Acción 6, parte de la base de que efectivamente la cláusula PPT se encuentra alineada con las medidas anti-abuso domésticas. Como se ha indicado, desde el punto de vista conceptual y estructural, entendemos que el conflicto en aplicación de la norma tributaria puede entenderse alineado a rasgos generales con el enfoque de la cláusula PPT y con la normativa anti-abuso comunitaria<sup>55</sup>. Si bien existen diferencias en su redacción, entendemos que el espíritu de las tres es similar.

---

(55) GÓMEZ JIMÉNEZ, C. (2015): “*El conflicto en la aplicación de la norma en el ámbito de la fiscalidad internacional*”. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

Asumiendo lo anterior, la siguiente cuestión hace referencia a la intensidad de ese abuso. En este sentido, debe repararse en el hecho de que el artículo 15 de la Ley General Tributaria hace referencia a actos o negocios que sean “notoriamente artificiosos o impropios”, que recuerda a la conocida visión del Derecho comunitario del “*wholly artificial arrangement*” ahora evolucionada en el concepto de “*genuine arrangement*”, en principio más restrictivo. Ahora bien, en cualquier caso, debe tenerse presente que la existencia de fraude en este ámbito ha requerido a nuestros efectos un nivel cualificado de artificiosidad, que consideramos que casa con el prisma que debe emplearse en la implementación práctica de la cláusula PPT y el análisis de si la obtención de un beneficio fiscal es uno de los propósitos principales de cualquier acuerdo u operación.

Sin perjuicio de lo anterior, y siguiendo el razonamiento incluido en la Acción 6, debe tenerse en cuenta qué medidas anti-abuso específicas de la legislación nacional deberían decaer en beneficio de las disposiciones del convenio. En principio consideramos que no existe ningún ejemplo claro de norma anti-abuso doméstica que se oponga al enfoque expuesto en la Acción 6 y que pueda tener incidencia a nivel convencional. Ahora bien, aunque limitado al ámbito comunitario, puede resultar interesante a estos efectos la respuesta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dé a la cuestión prejudicial planteada en el caso *Holcim*, por la similitud entre las cláusulas anti-abuso francesa y española en el ámbito de la Directiva Matriz-Filial, y que definen el abuso en términos objetivos potencialmente contrarios al enfoque de abuso “caso por caso” que parece imponerse.

En relación con este análisis casuístico de la existencia de abuso, merecen mención aparte los ejemplos incluidos en la Acción 6. Si bien la práctica demostrará con el tiempo hasta qué punto el criterio de la OCDE recogido en estos ejemplos resulta relevante, a día de hoy pueden extraerse algunas conclusiones. Por un lado, la efectiva realización de una actividad económica se suele considerar un argumento relevante a estos efectos, de manera acorde con el “enfoque del nexo” que impregna todo el plan BEPS. De esta manera, supuestos en los que la transacción no se acompaña de una sustancia relevante (por ejemplo, el “lavado de dividendos”) son constitutivos de situaciones abusivas.

### *Resto de medidas*

Respecto del resto de medidas propuestas, el abandono del concepto de sede de dirección efectiva como criterio de desempate en supuestos de doble residencia de personas jurídicas, dando lugar a un procedimiento de resolución amistosa, genera una limitación en el contribuyente (que no puede decidir por sí mismo el resultado del “desempate” con arreglo a las reglas previstas en el convenio, sino que deberá esperar al acuerdo entre Administraciones). En nuestra opinión, este nuevo procedimiento puede generar problemas en la aplicación práctica de los convenios.

Por otro lado, la propuesta relativa a los casos triangulares, además de pretender atajar supuestos relativamente concretos y asimétricos (“renuncia” a gravar por parte del Estado donde reside el establecimiento permanente y reconocimiento de la exención en el Estado de residencia de la casa central), parece haberse concebido desde un análisis objetivo de la existencia de fraude, y que incluso puede recordar a planteamientos similares a los *diverted profits tax* por cuanto trata de garantizar a toda costa la imposición de gravamen en situaciones donde el “tratamiento habitual” conduciría a desimposición o a una imposición reducida.

Como conclusión final, la Acción 6 representa de manera clara la preocupación de los Estados por la lucha contra las prácticas abusivas, situación a la que sin duda han conducido algunos ejemplos flagrantes. En nuestra opinión, sin embargo, el Plan BEPS en general, y esta Acción 6 en particular, no deberían conducir al extremo opuesto en el que se determine la existencia de abuso bajo criterios excesivamente laxos, discrecionales y no claros, tal y como ya ha apuntado algún autor<sup>56</sup>

---

(56) En este sentido, SANZ GADEA, E. (2016): “La Directiva Antiabuso”. Revista Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, número 403 (octubre 2016).



## **CAPÍTULO VII**

### **ACCIÓN 7: IMPEDIR LA ELUSIÓN ARTIFICIOSA DEL ESTATUTO DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE**

*Isabel Otaola Ubieta  
(Baker & McKenzie)*



## 1. INTRODUCCIÓN

La definición de Establecimiento Permanente ("EP") incluida en los Convenios para evitar la doble imposición internacional ("CDI") es el factor determinante de sujeción de las rentas obtenidas por no residentes en el desempeño de su actividad en otro Estado y uno de los conceptos más conflictivos de la fiscalidad internacional. Este es uno de los motivos por los que, en 2013, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ("OCDE"), publicó el Plan de Acción de lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios ("BEPS"), conocido como Plan de Acción BEPS, en el que ya se preveía la necesidad de actualizar la definición de EP, aprobándose formalmente en 2015 por el Consejo de la OCDE el informe de la Acción 7 del Plan BEPS ("el Informe"), donde se abordan las modificaciones a introducir en relación con el EP regulado en el art. 5 del Modelo de Convenio de la OCDE ("MC OCDE") y sus Comentarios a efectos de evitar la elusión artificiosa del EP.

En este capítulo abordaremos las modificaciones que el Informe prevé en: i) el concepto de EP recogido en los apartados 5 y 6 del artículo 5 del MC OCDE y sus Comentarios respecto a la definición de EP (referidos fundamentalmente al agente dependiente e independiente), ii) las excepciones específicas correspondientes a las actividades preparatorias contempladas en el párrafo 4 del artículo 5 y iii) a las obras o proyectos de construcción o de instalación del párrafo 3 del artículo 5. Asimismo, analizaremos la postura que la Administración y los tribunales españoles mantenían al respecto y en qué medida esta Acción 7 BEPS supone una novedad a efectos internos.

Este trabajo se complementa con el informe de la OCDE sobre atribución de beneficios a los EPs<sup>57</sup>, cuyo objetivo es proporcionar mayor certeza

---

(57) *Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*. Public-Discussion Draft 4 July - 5 September 2016.

en la determinación de los beneficios atribuibles a los EPs como consecuencia de los cambios previstos en el Informe.

Las modificaciones que el Informe introduce en la definición de EP en principio formarán parte de los cambios propuestos para su inclusión en el Convenio Multilateral (salvo reserva del Estado español).

## **2. LA ACCIÓN 7 DEL PLAN DE ACCIÓN BEPS. MODIFICACIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 5 DEL MC OCDE EN RELACIÓN CON EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE**

### **2.1. CONCEPTO DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE**

El EP es el umbral mínimo para que los beneficios de una empresa no residente en un Estado tributen en el otro Estado en el que se obtienen las rentas (Estado de la fuente). En general, tanto los CDIs como el MC OCDE entienden que una empresa residente opera en otro Estado mediante EP cuando: a) realiza toda o parte de su actividad mediante un lugar fijo de negocios en ese otro Estado; en particular y entre otros supuestos, cuando realiza una obra o proyecto de construcción o instalación cuya duración excede los 12 meses, o b) actúa en dicho Estado a través de un agente dependiente, siempre y cuando las actividades anteriores no sean consideradas como preparatorias o auxiliares de la actividad principal.

A pesar de las precisiones contenidas en los comentarios al MC OCDE, la definición de EP recogida en el artículo 5 en ocasiones ha resultado insuficiente a la hora de aplicar el derecho que el Estado de la fuente tiene sobre parte de los beneficios obtenidos por una empresa de otro Estado que opera en su territorio.

Esta amplitud conceptual en la noción de EP ha provocado que sociedades no residentes, que desempeñan actividades significativas en el Estado de la fuente, puedan excluir de forma artificial la existencia de un EP en dicho estado.

### **2.2. ELUSIÓN FRAUDULENTA DEL EP MEDIANTE ACUERDOS DE COMISIONISTA Y ESTRATEGIAS SIMILARES (APARTADOS 5 Y 6 DEL ARTÍCULO 5 DEL MC OCDE)**

#### **2.2.1. Los contratos de comisión y el agente independiente**

El apartado 5 del artículo 5 del MC OCDE considera que existe un agente

dependiente, generador de un EP, cuando una persona, distinta de un agente independiente, actúe por cuenta de una empresa, y tenga y ejerza de forma habitual en el Estado contratante poderes que le faculten para concluir contratos en nombre de la empresa.

La redacción literal del precepto permite excluir del concepto de EP a todos los supuestos de intermediación indirecta o que no impliquen una actuación formal en nombre del principal (aún cuando exista dependencia económica y jurídica respecto del principal) y, por lo tanto, no garantiza que se aplique el concepto de EP en el sentido pretendido por la normativa internacional.

De acuerdo con el Informe, el contrato de comisión es *"el instrumento a través del cual una persona vende productos tangibles en un Estado en su propio nombre, aunque por cuenta de una empresa extranjera que es la verdadera propietaria de dichos productos"*. Atendiendo a los criterios establecidos en los Comentarios del MC OCDE, un acuerdo de comisionista puede encuadrarse en un supuesto de exclusión de EP, situación que conlleva que empresas extranjeras se sirvan de comisionistas, que operan en nombre propio y realizan actividades empresariales esenciales, para vender sus productos y así evitar la tributación que correspondería si hubiera un EP, teniendo que tributar en el Estado de la fuente únicamente por la retribución del comisionista.

Lo mismo ocurre en aquellos casos en los que los contratos se negocian fundamentalmente en un Estado por el agente, pero se celebran o firman en otro Estado.

De ahí la necesidad de actualizar los elementos definitorios de la figura del agente dependiente contemplada en el MC OCDE para evitar aquellos supuestos en los que grupos multinacionales operan con la figura del comisionista, sin dar lugar a la existencia de un EP en el Estado de la fuente.

Por todo lo expuesto, la Acción 7 viene a recoger una nueva redacción, de los apartados 5 (agente dependiente) y 6 (agente independiente) del artículo 5 del MC OCDE y de sus Comentarios, que amplía sustancialmente los supuestos en los que el intermediario puede dar lugar a un EP.

#### **A. Agente Dependiente**

La nueva redacción del artículo 5 del MC OCDE, recogida en el Informe,

considera que existe un EP, bajo la modalidad de agente dependiente, cuando:

- una persona ejerce actividades por cuenta de una empresa,
- habitualmente concluye contratos o habitualmente desarrolla el rol principal que lleva a la conclusión de contratos que son rutinariamente celebrados sin modificación sustancial por parte de la empresa, y
- estos contratos son en nombre de la empresa o para la transmisión de la titularidad, o para garantizar el derecho de uso de bienes de la empresa o bien, para la prestación de servicios por esa empresa.

Con base en dicha definición, el Informe introduce una serie de modificaciones a los Comentarios al MC OCDE, entre las que destacamos las siguientes:

- Se establece que la expresión "*habitualmente desempeña el rol principal que lleva a la conclusión de contratos*" cubre las actividades que una persona realiza en un Estado con la finalidad de celebrar habitualmente contratos a ejecutar por la empresa extranjera. Esto es, afectaría por ejemplo a aquella persona que ofrece y recibe (no finaliza formalmente) órdenes de compra que son enviadas al almacén desde donde la empresa extranjera entrega los bienes y aprueba rutinariamente la ventas.
- Se extiende el concepto de EP a los supuestos de representación directa e indirecta, incluyendo las situaciones en las que un intermediario celebra habitualmente contratos que generan obligaciones que ha de cumplir una empresa extranjera en lugar de la persona contractualmente obligada. Se trata de los contratos concluidos por un agente o empleado de una empresa y de los contratos de comisionista que no vinculan legalmente al cliente con la empresa, porque se considera que en estos casos existe un nexo suficiente para tributar en el otro país en el que reside el intermediario.
- Se entiende que una persona realiza actividades por cuenta de la empresa cuando implica a la empresa en las actividades empresariales desarrolladas en el otro Estado, ya sea un agente, un socio, director o empleado, que actúa por cuenta de un mandante, sociedad o empleador, respectivamente.

- La celebración de los contratos puede llevarse a cabo sin una participación activa en la negociación de los términos del mismo. Asimismo, pueden darse situaciones en las que un contrato se considere celebrado en un Estado, a pesar de haber sido firmado fuera del mismo. Además, si una persona negocia en un Estado todos los elementos de un contrato que vincula a una empresa, se entiende que se ha concluido en dicho Estado.
- Es condición esencial para que exista un agente dependiente que las partes de los contratos relativas a la transferencia del dominio o la concesión del uso, o la prestación de servicios, sean ejecutadas por la propia empresa y por la persona que actúa por cuenta de la empresa. Por tanto, no será aplicable cuando la persona que celebra el contrato en su propio nombre obtiene los bienes y servicios de otras empresas. Este sería el caso de la empresa que actúa como distribuidor de productos en un mercado y vende a clientes los productos que previamente ha comprado a otra empresa (aunque esté relacionada), porque los bienes vendidos pertenecen al distribuidor que obtendría una ganancia por la venta de los productos y no una remuneración o comisión por su intermediación. Por este motivo, el distribuidor de bajo riesgo quedaría excluido del concepto de EP.
- La atribución de los beneficios al EP se determinará con arreglo a las normas del artículo 7 (ver apartado 3).

## **B. Agente Independiente**

El Informe restringe el concepto de agente independiente, modificando prácticamente en su integridad el párrafo 6 del artículo 5 del MC OCDE. Señala que no se considerará que el agente es independiente si actúa, exclusivamente o casi exclusivamente, por cuenta de una o más empresas estrechamente relacionadas.

El concepto de empresas estrechamente relacionadas (diferente al de empresas asociadas contemplado en el artículo 9 del MC OCDE), incluye: a) una empresa cuando tiene el control sobre la otra o ambas están bajo control de las mismas personas o empresas, y b), en todo caso, i) si una posee directa o indirectamente más del 50% del interés económico de la otra (o de los derechos de voto y del valor de las acciones o participación

en beneficios en caso de sociedades) o ii) si la otra posee directa o indirectamente más del 50% del interés económico en la persona y la empresa.

El agente independiente ha de actuar en el ejercicio de una actividad económica por lo que quedarían excluidas las personas físicas que actúen por cuenta de su empleador. Se considera que el agente actúa "*exclusivamente o casi exclusivamente*" por cuenta de empresas estrechamente relacionadas cuando las actuaciones por cuenta de empresas con las que no esté estrechamente relacionado no representen una parte significativa de los negocios del agente y, en todo caso, cuando sean inferiores al 10% de la cifra de negocios del intermediario.

Por otro lado, para que exista independencia es necesario que las actividades empresariales que realiza la persona no estén sometidas a instrucciones detalladas o a un control global. Además, es importante conocer si el riesgo empresarial lo soporta la persona o la empresa a la que representa. El agente independiente es responsable de los resultados de su trabajo y no se halla sometido a instrucciones precisas en cuanto a la marcha de sus negocios.

### 2.2.2. Interpretación española sobre los contratos de comisión y análogos

La Dirección General de Tributos ("DGT") entiende que lo relevante no es tanto la calificación como agente dependiente o comisionista, sino que hay que atender a la asunción de riesgos, existencia de control y al análisis de la independencia funcional entre las partes. En este sentido, cabe destacar, entre otras, las siguientes contestaciones a consulta:

- La Consulta *nº V2191-08* considera que una sociedad suiza que encarga a una sociedad española un servicio de fabricación, establece unas instrucciones claras al respecto y mantiene en todo momento la propiedad de lo fabricado, siendo la española la que asume el riesgo del proceso de fabricación a cambio de un precio normal de mercado, no da lugar a un EP en España.
- La Consulta *nº V2192/2008* de 20 noviembre 2008, analiza un supuesto similar en el que una sociedad española comercializa productos en contraprestación a una comisión pagada por la entidad suiza. La DGT señala que tampoco puede considerarse la existencia de EP en aquellos casos en los que el servicio de comercialización prestado por la española no está sujeto a unas instrucciones

generales de actuación, a exclusividad, y no supone un control en el actuar del agente en perjuicio de su independencia.

- Otra Consulta relevante es la *nº V1305/2009 de 3 junio 2009* en la que la consultante es una entidad residente en Bélgica que deposita materias primas en las instalaciones de una entidad española para que ésta las transforme. Una vez fabricados los productos permanecen en el almacén de la sociedad española hasta que son distribuidos a la clientes de la sociedad belga. Lo único que asume la entidad española son los riesgos del proceso de fabricación. La DGT puntualiza que a la exposición de los hechos, no se puede considerar que la sociedad española dé lugar a un EP de la sociedad belga. Sin embargo, si la sociedad española asumiera otra serie de riesgos o funciones distintas al proceso de fabricación, ello podría implicar la calificación de EP.
- La Consulta vinculante *V1480/2014 de 4 de junio de 2014* contempla un supuesto en el que una sociedad holandesa desea realizar en España operaciones de venta y recompra ("repos") de materias primas agrarias. Dicha entidad compra las materias primas a proveedores españoles las almacena en España y posteriormente revende la mercancía a los mismos proveedores<sup>58</sup>. Una sucursal del grupo pone en contacto a entidad holandesa con proveedores/clientes.

La DGT concluye que la entidad holandesa carece en España de un EP, tanto de un lugar fijo de negocios, por cuanto que la actividad de almacenaje se considera auxiliar a la principal que es la de compraventa de mercancías, como de un agente dependiente, por cuanto que la sucursal española realiza en España su propia actividad financiera en nombre propio, y sólo pone en contacto a la sociedad holandesa con potenciales clientes.

---

(58) La sociedad holandesa redacta y firma los acuerdos de compraventa y realiza todas las actividades de administración de las materias primas. La mercancía se almacena en locales de los proveedores alquilados por la sociedad holandesa. Por otra parte, la sociedad holandesa contrata los servicios de un agente para llevar a cabo las tareas de gestión, como disponer de las llaves del almacén, comprobar la idoneidad del local y la calidad de las materias primas.

A pesar de la posición expuesta de la DGT, la inspección tributaria ha optado por una interpretación más amplia del concepto de EP para hacer frente a las multinacionales que a su juicio alteraban su operativa empresarial mediante estructuras que evitaban la existencia de EPs en España.

Adicionalmente, los tribunales españoles han venido siguiendo esa interpretación adoptada por la inspección tributaria y han penalizado determinadas conductas empresariales a través del reconocimiento de tales EPs en supuestos, como mínimo dudosos. Entre otras resoluciones de nuestros tribunales, cabe destacar las siguientes:

- *Caso Roche*<sup>59</sup>. El Tribunal Supremo vino a considerar que la cláusula de agente dependiente debía ser interpretada en un sentido amplio, y que debido a que la sociedad española cumplía órdenes del principal, promocionaba sus productos, y no asumía los riesgos propios de la actividad empresarial, debía considerarse a efectos de tributación como un EP<sup>60</sup>.
- *Caso Dell Español*<sup>61</sup>. La Audiencia Nacional, en sentencia de 8 de junio de 2015, mantuvo la interpretación dada por el TEAC en 2012, y resolvió que, a pesar de que el agente no tuviera una representación directa de la empresa irlandesa, se trataba de un comisionista que ejercía sus funciones en nombre propio pero por cuenta ajena, por lo que actuaba en España a través de un EP.

El TS en sentencia del 20 de junio de 2016, mantiene el criterio de la AN, pero basándose en el concepto del lugar fijo de negocios (artículo 5.1) –que esencialmente atribuye a las instalaciones de Dell España,

---

(59) Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 2ª, S 12-1-2012: La sociedad suiza, *Roche Vitamins Europe*, reestructuró el negocio de su filial española, Roche Vitaminas, que pasó a ser un fabricante subcontratado (maquilador) y agente comercial de las ventas de su matriz. Las ventas se realizan por la sociedad suiza y la filial española tributa únicamente por los servicios de maquila y la comisión de ventas.

(60) En este sentido, la STS referida establece en el F.J. 4º que: "*se deduce que tanto la fabricación como la venta de productos son dirigidos desde Suiza por la interesada, la cual dispone la forma en que han de actuar los medios humanos y materiales situados en España. Es ella quien dispone qué se ha de fabricar y cuanto, en qué plazos, a quién ha de venderse y a qué precio...*"

(61) ST Audiencia Nacional de 8 de junio de 2015. *Dell Irlanda* tenía presencia en España mediante una entidad del grupo que actuaba como comisionista.

por cuanto que desarrollaba funciones del principal en España a través de las instalaciones que estaban a disposición del no residente—. Además concluyó que *Dell España* era un agente dependiente del principal porque tenía capacidad para concluir contratos en su nombre.

Es de destacar la afirmación del TS<sup>62</sup> en la que indica que el CDI aplicable no se debe interpretar en sentido formal-literal, sino de forma dinámica, teniendo en cuenta la sustancia de los modelos de negocio actuales de las multinacionales.

De este modo, se puede apreciar como la inspección tributaria y los tribunales españoles venían ya aplicando, de facto, algunas de las nuevas definiciones de EP incluidas en el Informe.

### 2.2.3. Posición adoptada por otras jurisdicciones

En el ámbito internacional no puede decirse, en términos muy generales, que las autoridades de otros Estados hayan hecho una interpretación tan expansiva como la realizada por las autoridades españolas en relación con el concepto de agente dependiente (con algunas excepciones). En este sentido destacan los siguientes casos:

- *Caso Zimmer*<sup>63</sup>. En un primer momento la *Court d'appel* de París califica de EP una filial francesa de una entidad británica que opera como comisionista en nombre propio, debido a la falta de independencia y control funcional que media entre ellas. Sin embargo, posteriormente la sentencia es desestimada debido a que el Consejo de Estado francés opta por la estricta aplicación de la ley, sin dar lugar a una interpretación extensiva del concepto de EP.

(62) Todo lo cual responde a la finalidad y función a cumplir en la regulación de la fiscalidad internacional, que pretende la distribución equitativa de las cargas impositivas y de los beneficios empresariales entre los Estados, en un escenario muy diferente al existente en el momento en el que surgen los Convenios de Doble Imposición, un mercado globalizado en el que las compañías multinacionales tratan de trasladar los beneficios obtenidos en otros Estados hacia uno de baja tributación. No cabe, pues, la interpretación RECURSO CASACION/2555/2015 estrictamente formalista-literal y estática que pretende la parte recurrente, aún cuando en momentos determinados tribunales de otros países, noruegos o franceses, como indica la parte recurrente hayan acudido a dichas interpretaciones de Convenios de Doble Imposición análogos al que nos ocupa.

(63) *Court d'appel* de Paris, Sentencia de 31 de marzo de 2010.

- *Dell Noruega*<sup>64</sup>. Los tribunales de apelación de Oslo determinaron, en un primer momento, la existencia de EP, atendiendo a la vinculación contractual y la dependencia económica que mediaba entre la sociedad irlandesa y la noruega. Sin embargo, al igual que ocurrió en el caso *Zimmer*, a *posteriori* el Tribunal Supremo se pronunció en sentido opuesto y determinó la inexistencia de EP basándose, entre otros, en el argumento de que lo debatido no era cuestionado en otros 15 países.

De este modo, el impacto de las nuevas definiciones recogidas en el Informe van a suponer, en algunas jurisdicciones, un cambio mucho más sustancial del que se va a producir en España si se aceptan las nuevas redacciones del EP previstas en el Convenio Multilateral.

### **2.3. ELUSIÓN ARTIFICIOSA DEL EP ACOGIÉNDOSE A LAS EXCEPCIONES DE ACTIVIDADES ESPECÍFICAS CONTEMPLADAS EN EL APARTADO 4 DEL ART. 5 MC OCDE**

#### *2.3.1. Lista de actividades incluidas en el apartado 4 del artículo 5: modificaciones en el concepto de actividades preparatorias o auxiliares*

Una de las cuestiones que más preocupaba al Comité de expertos del proyecto BEPS era el uso que hacen las sociedades de las actividades auxiliares o preparatorias reguladas en el apartado 4 del artículo 5 para evitar la existencia de un EP. Así, el hecho de que el MC OCDE excluya de la consideración de EP una serie de supuestos identificados como actividades de carácter preparatorio o auxiliar, ha dado lugar a la fragmentación de actividades entre empresas del mismo grupo, con la consiguiente elusión, en ocasiones de forma artificiosa, de la existencia de un EP en el Estado de la fuente.

Por ello, uno de los objetivos esenciales tratado en el Informe de la Acción 7 es el de completar el concepto de actividad auxiliar y preparatoria. Se incide en que las actividades antes consideradas como preparatorias o auxiliares, pueden desempeñar funciones esenciales en el proceso de comercialización de ciertas empresas. Por este motivo el Informe ha actualizado el significado de auxiliar o preparatorio modificando el tenor literal del apartado 4 del artículo 5 del MCOCDE, de forma que los supuestos re-

---

(64) Tribunales de apelación de Oslo, Sentencia de 2 de marzo de 2011.

cogidos en dicho apartado se consideran como una suerte de ejemplos que podrían tener la consideración de auxiliar y preparatorio siempre que, de hecho, tengan tal carácter. Es decir, que si en un supuesto concreto de los recogidos en el apartado 4 la actividad desarrollada no tiene la condición de auxiliar y/o preparatoria, se puede generar un EP como consecuencia de la realización de la citada actividad.

Las novedades más relevantes introducidas en los Comentarios del MC OCDE son las siguientes:

- El carácter preparatorio o auxiliar de las actividades realizadas en el lugar fijo ha de ser analizado teniendo en cuenta otras actividades que constituyen funciones complementarias y que son parte de la operación cohesionada de un negocio.
- Se define cuándo una actividad tiene carácter auxiliar y cuándo es preparatoria, con el objetivo de que únicamente gocen de la exención de generar un EP las funciones de apoyo y no esenciales de la sociedad no residente.
- Para determinar si las actividades desarrolladas en instalaciones utilizadas para almacenar (subapartado a)) tienen carácter auxiliar o preparatorio es necesario tener en cuenta los distintos factores que influyen en el conjunto de la actividad económica de la empresa (por ejemplo si requiere una proporción importante de activos, un número relevante de empleados, etc.).
- Respecto al mantenimiento de un depósito de bienes (subapartado b)), lo relevante es si la empresa tiene autorización para acceder ilimitadamente a una parte separada del depósito con el objeto de inspeccionar y gestionar los bienes almacenados.
- La tenencia de mercancías por una empresa para ser transformadas por otra empresa, por cuenta de la primera (subapartado c)) podría dar lugar a un EP si la empresa propietaria de las mercancías tuviese acceso ilimitado a las instalaciones del fabricante para la inspección y mantenimiento de los bienes almacenados.
- En el caso de las instalaciones utilizadas únicamente con el objeto de comprar bienes para la empresa (subapartado d)), no se aplicaría la excepción cuando el conjunto de la actividad empresarial

consiste en la venta de dichos bienes y cuando la compra es una de las funciones principales de la empresa.

- En cuanto a la actividad consistente en la recogida de información (subapartado d)) será necesario determinar si ésta va más allá del límite de lo preparatorio o auxiliar.
- En todo caso, es importante tener en cuenta que las excepciones a las que se refieren los apartados a) a d) del párrafo 4, son meramente ejemplos de actividades que a menudo tienen un carácter preparatorio o auxiliar, pero no son en sí mismas actividades auxiliares o preparatorias.
- No obstante, se acepta que algunos Estados consideren las actividades del apartado 4 intrínsecamente preparatorias o auxiliares .

### 2.3.2. *Fragmentación de actividades entre partes estrechamente relacionadas*

Otra preocupación reflejada en el Informe es la referida a la fragmentación de los negocios realizada por sociedades con la finalidad de erosionar su base imponible, trasladándola hacia jurisdicciones favorables. Por ello, considera que la norma anti-fragmentación no debe restringirse a los casos en que una empresa tiene varios lugares de negocio en un país, debiendo extenderse también a situaciones en las que dichos lugares pertenecen a varias empresas estrechamente relacionadas. Así, como respuesta a esta situación, el Informe ha añadido el apartado 4.1 del artículo 5 para *"impedir que una empresa o grupo de empresas estrechamente relacionados, fragmenten la operación de un negocio cohesionado en distintas partes para así alegar que cada una de ellas lleva a cabo una actividad meramente de carácter preparatorio o auxiliar"*<sup>65</sup>.

Dicha regla se aplica al lugar fijo de negocios que una empresa utilice, si la empresa u otra empresa estrechamente relacionada con ésta realiza actividades empresariales en el Estado donde radica el lugar fijo y:

- a) ese lugar fijo constituye un EP de la empresa o de la empresa estrechamente relacionada o

---

(65) Párrafo 30.2 del apartado 4.1 del art. 5 Informe BEPS 2015.

- b) no reviste carácter auxiliar o preparatorio la actividad global resultante de la combinación de las actividades realizadas por las dos empresas en el mismo lugar, o por la misma empresa o por empresas estrechamente relacionadas en los dos lugares siempre que las actividades empresariales llevadas a cabo por las empresas constituyan funciones complementarias que forman parte de la operación de un negocio cohesionado.

Como señalan los nuevos Comentarios a dicho párrafo, para que sea de aplicación, al menos, uno de los lugares donde se desarrollan las actividades debe constituir un EP o la actividad conjunta resultante de la combinación de todas ellas no debe ser meramente preparatoria o auxiliar.

### 2.3.3. Interpretación de las autoridades tributarias españolas

Las autoridades españolas han considerado los supuestos recogidos en el art. 5.4 del MC OCDE como una mera lista de ejemplos, reservándose la facultad de interpretar cuándo una actividad tiene el carácter de auxiliar o preparatorio de la principal, y dejando la facultad probatoria en el contribuyente. De esta forma, el Estado español se ha anticipado a la medida adoptada por la Acción 7 tal y como explicamos a continuación:

- La doctrina administrativa se ha pronunciado en este sentido, en fechas tan lejanas como, entre otras, en la contestación a la *Consulta de 13 de abril de 1998*<sup>66</sup>, en la que la Administración concluye que la empresa alemana dispone de un lugar fijo de negocios en virtud del contrato de alquiler de un almacén al entender que dicho lugar fijo se utiliza para el desarrollo de parte de su actividad, la cual no se puede considerar como preparatoria o auxiliar (almacenaje, ensamblaje, distribución y venta).

(66) Una empresa alemana alquila un almacén a una entidad española con el fin de almacenar y depositar mercancías que le eran importadas.

(67) ST Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2010. FJ. 9. En este supuesto se cuestiona la existencia de un EP de una sociedad residente en Irlanda que opera en España a través de un comisionista en nombre propio y por cuenta ajena que vende productos de la entidad irlandesa a clientes en España. El comisionista utiliza unos almacenes situados en España a la hora de prestar sus servicios.

- Por el contrario, en la sentencia conocida como *M-Real*<sup>67</sup>, la Audiencia Nacional se centra en el carácter auxiliar de las actividades que desempeña la entidad extranjera en España e interpretando textualmente el párrafo 32.1 del MC OCDE, acaba considerando que no concurren los elementos necesarios para declarar la existencia de un EP, por cuanto que no queda probado que la actividad de almacenamiento se corresponde con algo más que meras actividades auxiliares de almacenamiento, empaquetado y entrega respecto de la actividad principal.
- En relación con la fragmentación de actividades entre partes estrechamente relacionadas, la doctrina administrativa ha creado el concepto denominado "*asentamiento operativo complejo con coherencia económica*", que ha recogido en varias contestaciones a consultas, entre otras, la de *17 diciembre 2012 n° V2454/2012*. La DGT contesta diciendo que, para determinar la existencia de EP en España respecto de las sociedades residentes en Bélgica, hay que proceder a un análisis de las funciones y riesgos que las sociedades belgas asumen en España. Si resultara que éstas tuvieran el control y dieran las instrucciones en la actividad de la española, ello podría conllevar la existencia de una estructura empresarial asentada y por tanto, de "*un establecimiento permanente con coherencia económica y geográfica*".
- La Sentencia de la Audiencia Nacional conocida como *Caso Borax*<sup>68</sup>, concluye que las actividades desempeñadas con anterioridad a la reestructuración del grupo empresarial con el consiguiente cambio de modelo de negocio, son "exactamente las mismas" que las desempeñadas posteriormente y, por ello, no pueden ser consideradas como meras actividades preparatorias o auxiliares de la principal. Por tanto, al no haber modificado la localización de la actividad empresarial ni sus características en cuanto al ciclo mercantil, considera que existe un EP.

---

(68) ST Audiencia Nacional 9 febrero 2011. Una sociedad no residente dedicada a la producción de abonos, cerámica y detergentes se sirve de una filial española que a su vez almacena, transforma y empaqueta las mercancías de la entidad no residente. Posteriormente se produce una reestructuración del grupo empresarial por la que la filial española pasa a calificarse como una entidad de servicios por encargo y cuenta de la entidad no residente (maquila).

## 2.4. OTRAS ESTRATEGIAS PARA LA ELUSIÓN ARTIFICIAL DEL EP: APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 5 DEL MC OCDE

### 2.4.1. Contenido del Informe

El apartado 3 del artículo 5 MC OCDE establece que *"una obra o proyecto de construcción o instalación sólo constituye establecimiento permanente si su duración excede de los 12 meses."* Esta redacción ha supuesto otra de las preocupaciones planteadas en el Informe, debido a que empresas estrechamente vinculadas entre sí podían utilizar la estrategia de fraccionar los contratos y así eludir la creación de un EP en el Estado de la fuente.

A estos efectos, el Informe prevé una norma de test del propósito principal ("PPT"), que se regula en la Acción 6 (impedir la utilización abusiva de los Convenios para evitar la doble imposición) y en la que se recogen los riesgos de estas prácticas abusivas.

El Informe contempla la inclusión de un ejemplo en los Comentarios sobre la norma PPT (propuesta en el Informe sobre la Acción 6), que se incorporará al MC OCDE, al objeto de abordar los abusos consistentes en la fragmentación de contratos entre empresas vinculadas, sobre todo en el ámbito de las obras o proyectos de construcción o de instalación.

Además añade los siguientes puntos a los Comentarios del apartado 3 del artículo 5 del MC OCDE:

- Los abusos respecto al umbral de los 12 meses se pueden abordar también a través de la Acción 6, por medio de la aplicación de la norma anti-abuso PPT (sin perjuicio de que los Estados prefieran aplicar sus medidas internas).
- Aquéllos Estados que no incluyan dicha norma en sus CDIs, deberán introducir una cláusula adicional para abordar el fraccionamiento de los contratos y determinar si se ha superado el período de 12 meses, que básicamente contempla lo siguiente: cuando las obras de una empresa en otro Estado no superan los 12 meses, y una o varias empresas estrechamente relacionadas llevan a cabo actividades conectadas, durante períodos de tiempo que exceden de 30 días, éstos períodos se suman al tiempo durante el cual la empresa llevó a cabo la obra.

- Señalan determinados factores que pueden ser relevantes para determinar si las actividades están conectadas entre sí.

#### *2.4.2. Posición española*

La normativa española siempre ha sido más restrictiva en cuanto al plazo que considera para que una obra o proyecto de construcción o instalación constituya un EP, siendo éste de 6 meses frente a los 12 del MC OCDE.

La doctrina administrativa ha dado su punto de vista acerca de la interpretación que debe hacerse a estas obras o proyectos de construcción e instalación. Concretamente, en la contestación a consulta *V1467/2012 de 6 julio 2012*, la DGT reitera lo recogido en el párrafo 19 de los Comentarios del artículo 5 MC OCDE, en virtud del cual:

- En el plazo temporal de los 12 meses deben incluirse los trabajos preparatorios realizados en el país en el que se efectúa la construcción.
- No puede considerarse que una obra haya terminado cuando los trabajos se interrumpen temporalmente.
- No puede excluirse del cómputo de los 12 meses las obras y proyectos realizados por subcontratistas.

También se han pronunciado los tribunales, a este respecto y, en concreto, la STSJ Madrid, de 22 septiembre 2005, señala que el proyecto u obra realizado ha de considerarse como unidad de obra, a pesar de los subcontratos en los que se divide. En cuanto al cómputo del periodo de duración de la obra, habrá que estar a la fecha de inicio en la que los trabajos fueron comenzados, incluyendo en todo caso los trabajos preparatorios realizados. Asimismo, y en la misma línea que el Comité Fiscal de la OCDE, estima que el tiempo empleado por los subcontratistas en la obra ha de considerarse parte del cómputo total imputado al contratista principal.

### **2.5. MEDIDAS ADOPTADAS POR OTRAS JURISDICCIONES EN RELACIÓN CON BEPS**

Numerosas jurisdicciones ya habían identificado aquellos supuestos que producen una evasión fiscal y han implantado remedios que van en la misma línea de los recogidos en el Informe.

## Alemania

La legislación interna alemana ya recogía determinadas disposiciones similares a las que ahora pretenden implementarse con la Acción 7.

En concreto, bajo normativa alemana se considera que existe un EP cuando un agente está sujeto a la dirección de la compañía y concluye contratos para la misma. Esto es, ya atendía a la esencia de la relación entre las partes, considerando que un agente dependiente, independiente o un comisionista puede constituir un EP si se dan determinadas circunstancias.

Por otra parte, cabe destacar que la normativa interna alemana considera que los almacenes cualifican para considerar la existencia de EP.

## Australia

Australia es uno de los países que más ha expresado su preocupación acerca de la erosión de la base imponible y el desplazamiento de beneficios de grandes multinacionales.

Por este motivo, la Ley Anti-Evasión de las multinacionales establece –con efectos desde el 1 de enero de 2016– que bajo determinadas circunstancias, la realización de ciertas prácticas artificiosas de evasión determina que se entiendan realizadas las operaciones a través de un EP y se aplique una sanción del 100% (120% con agravantes) de los impuestos no satisfechos, más el correspondiente interés.

En virtud de dicha regulación, determinadas multinacionales<sup>69</sup> que obtienen ingresos en Australia sin un EP se ven sometidos a un test de "propósito principal" que analiza si el objetivo fundamental es obtener un beneficio fiscal en Australia o una reducción o diferimiento de otras cargas fiscales bajo normativa extranjera.

Como circunstancias adicionales al propósito principal cabe citar: a) la existencia de una entidad extranjera que distribuye bienes o presta servicios a clientes australianos obteniendo ingresos que no se imputan total o parcialmente a un EP; y b) si las actividades realizadas en Australia tienen co-

---

(69) Entidad matriz que tiene unos ingresos globales de más de mil millones de dólares australianos o entidades no residentes que pertenecen a un grupo de consolidación contable con ingresos anuales superiores a mil millones de dólares australianos.

nexión directa con la provisión de bienes o servicios y se realizan por una entidad asociada o dependiente comercialmente, bien en su totalidad o parcialmente.

Por otra parte, en los presupuestos del ejercicio 2016/2017 se ha introducido un "*Diverted Profits Tax*" (DPT), como en el Reino Unido, con el fin de garantizar que las grandes multinacionales estén pagando los impuestos debidos en Australia.

A partir del 1 de junio de 2017, bajo determinadas circunstancias, los grupos multinacionales con un beneficio anual igual o superior a mil millones de dólares australianos pagarán por anticipado una tasa del 40% por los ingresos derivados de transacciones entre partes vinculadas, cuando una de ellas es no residente y la otra un EP en Australia o una sociedad australiana con un volumen de negocio igual o superior a 25 millones de dólares australianos<sup>70</sup>.

Las circunstancias que cualifican para la aplicación del DPT son: i) que la cuota a pagar por los ingresos obtenidos por la entidad no residente sea menor al 80% del impuesto a pagar en Australia y, ii) que no haya suficiente sustancia económica para llevar a cabo las operaciones, siendo el principal objetivo de la misma la obtención de un beneficio fiscal.

### **Francia.**

El Consejo de Estado francés –máximo tribunal administrativo– se ha pronunciado en los últimos años de una manera similar a la nueva redacción del artículo 5 del MC OCDE en determinados aspectos.

En relación con el concepto de actividad auxiliar y preparatoria, el Tribunal considera EP de una sociedad extranjera a la oficina de compras establecida en Francia con un único empleado, cuya finalidad era la de comprar mercancías para ser vendidas en el extranjero por la empresa no residente. El Tribunal entiende que el EP francés tomaba decisiones operativas y no realizaba meras órdenes de compra. En definitiva, a la hora de calificar un EP, está a la verdadera funcionalidad de las actividades desempeñadas.

---

(70) Se considera el volumen del negocio de todo el grupo australiano. Por tanto, si hay más de una entidad en Australia, habrá que sumar el volumen de todas las entidades australianas.

Por otra parte, se ha incrementado el riesgo de EP de las filiales francesas de multinacionales extranjeras. En concreto, el Consejo de Estado francés –caso Interhome– estimó que una matriz suiza tenía un EP en Francia al considerar que su filial francesa era un agente dependiente de ella por tener la capacidad de obligar de manera habitual a la matriz en relación con sus negocios.

Por último, en relación con la fragmentación de las actividades preparatorias o auxiliares, la normativa francesa contempla la posibilidad de gravar a aquellas sociedades extranjeras que, a pesar de no constituir EP en Francia, realizan de forma regular actividades que implican un "ciclo comercial completo" en Francia. La Corte Suprema Francesa considera que existe un ciclo comercial completo en Francia incluso cuando una parte del proceso comercial se realiza en el extranjero.

### **Reino Unido.**

Reino Unido ya venía considerando el riesgo que entrañaba la definición de EP recogida en el MC OCDE. Por este motivo, y para prevenir que las empresas multinacionales localicen sus riesgos en jurisdicciones con un régimen fiscal flexible, fragmentando su cadena de fabricación para evitar la calificación de EP, ha introducido desde abril de 2015 lo que se conoce como "*Diverted Profits Tax*" (DPT).

El DPT se introduce pensando en aquellas empresas multinacionales con actividad en el Reino Unido y que se consideran por la Administración fiscal británica (HMRC<sup>71</sup>) como entidades que desvían sus ganancias fuera del país para evitar el Impuesto sobre Sociedades británico. Este impuesto afecta a ingresos que de otra manera hubieran sido atribuidos a un EP en el Reino Unido, ingresos que derivan de un acuerdo artificioso entre partes relacionadas donde no hay sustancia económica suficiente.

El tipo del DPT es del 25%, superior al tipo estándar del 20%<sup>72</sup> aplicable en el Reino Unido, al que pueden añadirse intereses<sup>73</sup>. No obstante lo an-

---

(71) *High Majesty Revenue & Customs.*

(72) El tipo estándar será del 19% a partir de abril de 2017 y del 18% desde abril de 2020.

(73) El procedimiento para la aplicación del DPT requiere de una notificación expresa del HMRC a la sociedad concreta, debiendo ésta proceder al pago en el plazo de 30 días desde dicha notificación. La impugnación de dicha notificación ante los Tribunales deberá realizarse por escrito en el plazo de los 30 días posteriores al año de la notificación.

terior, este impuesto no aplica en aquellos supuestos en los que se haya efectuado un ajuste adecuado de precios de transferencia en la declaración del impuesto del periodo correspondiente.

### 3. ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS AL EP

Existen distintos enfoques sobre la determinación de los beneficios atribuibles al EP<sup>74</sup>: i) el principio de fuerza de atracción (Modelo de CDI de la ONU); ii) el principio de reparto de la base imponible global (Modelo propuesto por la UE mediante la Directiva de Base Imponible Común Consolidada) y iii) el principio de empresa separada (adoptado por la OCDE), que es el que vamos a desarrollar en los apartados siguientes.

El Informe de la Acción 7 indica que las reglas y directrices contenidas en el artículo 7 del MC OCDE relativas a la atribución de beneficios al EP no requieren modificaciones sustanciales, pero que sí son necesarias directrices adicionales en relación a cómo se aplican dichas reglas a los EPs resultantes de los cambios establecidos en el Informe (sobre todo respecto al sector financiero). También indica que hay que tener en cuenta los trabajos sobre precios de transferencia realizados en otras Acciones del Plan BEPS.

Esto ha dado lugar a la elaboración del borrador de las “Directrices Adicionales sobre atribución de beneficios al EP” (el “Documento”).

En la determinación del ámbito y contenido del Documento, se deja claro que las modificaciones efectuadas en el Informe al artículo 5, párrafos 5 y 6 han alterado los límites de lo que se considera un EP, pero no lo que es un EP y su naturaleza. Lo mismo se indica respecto a las modificaciones a los párrafos 4 (que restringen las excepciones al concepto de EP) y 3 (en relación con la fragmentación de contratos y duración de las actividades de construcción y similares).

En consecuencia, estas modificaciones no deberían afectar a la atribución de beneficios al EP, sin perjuicio de la necesidad de establecer directrices adicionales en esta materia, que tendrán en cuenta el trabajo realizado en otras acciones del Plan BEPS, sobre precios de transferencia y, en particular,

---

(74) JIMÉNEZ VALLADOLID, Domingo Jesús. La atribución de beneficios al EP de agencia: ¿una reconsideración del criterio *arm's length*?. *RCyT. CEF*, número 403 (octubre 2016).

sobre intangibles, riesgos y capital. Por tanto, el objetivo de las directrices adicionales es explicar cómo funcionan las reglas de atribución de beneficios teniendo en cuenta ambos, los cambios introducidos en el Informe y en las directrices sobre precios de transferencia.

El Documento presenta dos modelos: a) EP como agente dependiente (“DAPE”), bajo la forma de comisionista o acuerdo similar y b) EP derivado de actividades no cubiertas por las excepciones del artículo 5.4 (“almacenes como lugar fijo de negocios”). El documento contempla 7 situaciones, 4 basadas en actividades de venta (DAPE) y 3 en la utilización de almacenes.

El análisis se realiza teniendo en cuenta el MC OCDE de 2010, los Comentarios de 2010 y el informe sobre atribución de beneficios de 2010, que establecen el enfoque autorizado de la OCDE (“*authorized OECD approach*”, “AOA”). La diferencia más importante entre el método AOA y el criterio existente con anterioridad está en el reconocimiento de las operaciones (“*dealings*”) entre el EP y la casa central, especialmente respecto al uso o transmisión de intangibles. En virtud del AOA, los beneficios que se atribuyen al EP son los que se hubieran obtenido aplicando el principio de plena competencia en sus relaciones con otras partes de la propia empresa, como si de una empresa independiente y separada se tratase, realizando sus actividades bajo las mismas o similares condiciones.

El AOA se aplica mediante un análisis en dos fases. En la primera se realiza un análisis funcional y de los hechos para establecer una hipótesis adecuada de las operaciones entre el EP y el resto de la empresa como si fuesen entidades vinculadas, cada una asumiendo sus funciones y riesgos y utilizando sus activos. En la segunda fase se determina la remuneración de dichas operaciones, aplicando por analogía los mecanismos del artículo 9 del MC OCDE.

## **1. Modelo DAPE**

El Estado en el que se genere el DAPE tendría derecho a hacer tributar a dos entidades: a la empresa del agente dependiente a la que hay que asignar una remuneración de mercado de acuerdo con el artículo 9 del MC OCDE y la no residente como consecuencia del EP (DAPE) que se genera en el otro Estado al que hay que asignar una remuneración en virtud del artículo 7 y el AOA.

Para determinar el beneficio imputable al DAPE, es necesario deducir la remuneración que corresponda al agente dependiente por los servicios pres-

tados a la entidad no residente, teniendo en cuenta los activos y riesgos<sup>75</sup>. Dicha remuneración se tiene que determinar a valor de mercado, cuando el agente dependiente está vinculado con la entidad no residente.

## **2. Modelo almacenes como lugar fijo de negocios**

Los ejemplos presentados se refieren a la actividades realizadas en un almacén como centro de beneficios de una multinacional especializada en prestar servicios de almacenamiento a clientes, por lo que se asume que no aplica el artículo 6 del MC OCDE.

El Documento incluye comentarios adicionales para coordinar la aplicación de los artículos 7 y 9 del MC OCDE a efectos de determinar la imputación de beneficios al EP. Este punto es importante porque la falta de coordinación de la implementación de ambos preceptos puede dar lugar a doble tributación en algunos países. El orden lógico sería aplicar primero el artículo 9.1º para determinar si el precio es de mercado y después analizar si existe un EP en dicho Estado y, en su caso, atribuir los beneficios al mismo. Este sistema evita que se considere por duplicado la renta derivada de los activos o riesgos atribuibles a la entidad bajo el artículo 9 y minimiza la complejidad al realizar estos cálculos.

Es más, el Documento identifica situaciones en las que el beneficio imputable al EP es cero a efectos del Impuesto sobre Sociedades, pero la existencia del EP puede implicar cumplir determinadas obligaciones formales y tener implicaciones a efectos de otros impuestos.

Hay algunos elementos del análisis que deberían ser objeto de un mayor desarrollo para clarificar cómo se aplica el método AOA. Definir las transacciones nocionales entre el EP y la casa matriz es el punto básico de la segunda fase del análisis AOA, ya que a dichas operaciones es a las que se les aplican las normas sobre precios de transferencia para determinar el beneficio imputable al EP.

Una cuestión que no ha quedado resuelta es el grado en el que estas directrices van a ser aplicadas por las distintas administraciones. La gran ma-

---

(75) Si la empresa del agente dependiente (DAPE) no desarrolla funciones significativas en relación con la propiedad de los activos o la asunción de los riesgos no se atribuirán activos o riesgos al EP, y por tanto ningún beneficio o pérdida.

yoría de los CDIs no se han actualizado para incorporar los cambios al artículo 7 de acuerdo con el informe de 2010 y, lamentablemente, el Instrumento Multilateral no incluye un artículo que permita a los Estados Contratantes actualizar este artículo 7. Desde un punto de vista técnico, las interpretaciones del Documento se deben aplicar también a los CDIs anteriores a 2010, dado que los ejemplos incluidos no recogen supuestos en los que puede haber beneficios atribuibles al EP derivados del uso de intangibles, que es la modificación más relevante del informe de 2010.

Prácticamente todos los países de la OCDE han aceptado que el informe AOA de 2008 representa los principios internacionales aceptados y en la medida en que no entren en conflicto con los Comentarios de 2008, establecen las directrices para aplicar la versión del artículo 7 anterior a 2010. En consecuencia, sería deseable que los gobiernos de la OCDE y el G20 confirmen su consenso en relación con este punto y entiendan que los ejemplos del Documento son igualmente aplicables a los CDIs anteriores a 2010 y animen a los países a actualizar los CDI para incorporar la versión del artículo 7 de 2010.

#### **4. VALORACIÓN DEL INFORME: INCIDENCIA EN ESPAÑA**

El Informe de la Acción 7 ha nacido para promover la creación de un sistema tributario justo y transparente que responda a los nuevos modelos de negocio existentes y que prevenga del uso abusivo y fraudulento de los CDIs. El plan de medidas supondrá, sin duda alguna, un antes y un después para aquellos Estados que han mantenido una postura laxa a la hora de regular mecanismos para luchar contra la evasión y el fraude fiscal.

Sin embargo, ¿podemos afirmar que BEPS supone una novedad en España? No del todo. A lo largo del presente documento hemos podido verificar que las modificaciones propuestas por la OCDE tratan de cubrir supuestos de abuso que la Administración Tributaria española ya venía atacando con soluciones similares a las que ahora plantea la OCDE, si bien, en nuestra opinión, en muchos casos, yendo más allá de lo establecido en los CDIs aplicables, el MC OCDE y los Comentarios al mismo.

Quizás donde más puede notarse esta iniciativa BEPS es en relación con el contrato de comisión. La postura española ha venido entendiendo que, a la hora de determinar la existencia de un EP, hay que atender a si media vinculación entre el agente y la entidad no residente. El añadido que aporta el

Informe es que, aparte de la vinculación entre las partes, hay que estar a la propiedad de los bienes y servicios prestados por el agente, así como al factor de que éste último ejerza actuaciones propias de la empresa conducentes a la conclusión de contratos.

En cuanto a las demás modificaciones recogidas por el Informe, no puede decirse que supongan novedades muy relevantes respecto a lo que ya se venía aplicando en España.

En relación a las actividades preparatorias y auxiliares, ya hemos apuntado que la interpretación de las autoridades tributarias españolas era considerar que la lista incluida en el apartado 4 del artículo 5 MC OCDE únicamente recoge ejemplos de lo que puede considerarse auxiliar o preparatorio y que, en todo caso, habrá que estar a la naturaleza de la actividad.

Lo mismo sucede en relación a la norma anti-fragmentación y la fragmentación de contratos de obras de construcción o instalación. La doctrina y jurisprudencia española ya venían atacando estas conductas elusivas. Manifestación de ello es que por un lado la Administración ha creado la doctrina del asentamiento complejo operativo con coherencia económica y, por otro, que también se ha manifestado junto con los tribunales en la misma líneas del Informe respecto al computo de plazo en las obras de construcción e instalación.

En definitiva, la interpretación que venía haciendo el Estado español en relación con la noción de EP puede considerarse como un logro desde la óptica de la propia Administración Tributaria. En este sentido, no andaba desencaminada la Administración Tributaria al interpretar el concepto de EP más allá de la literalidad de la ley, y muestra de ello son las modificaciones y cambios previstos por el Informe, los cuales plantean soluciones ya aplicadas por nuestra Administración y Tribunales.

Sin embargo, en un Estado de Derecho como el nuestro, la seguridad jurídica no debe verse violentada por el hecho de la consecución de un fin noble como puede ser evitar la evasión fiscal. En particular, la interpretación de los CDIs en vigor, que no han sido todavía modificados conforme a las recomendaciones de la Acción 7 por parte de los Tribunales españoles, supone *de facto* la aplicación retroactiva de tales recomendaciones.

De acuerdo con el Informe, estos cambios son prospectivos y, por tanto, no afectan a la interpretación de las disposiciones anteriores a la modifica-

ción del MC OCDE y de los CDI en los cuales dichas disposiciones están incluidas. Es más, del Informe puede corroborarse esta opinión, cuando en relación a los comisionistas señala que *"la mayoría de los casos debatidos en los Tribunales de Justicia, se desestimaron los argumentos esgrimidos por las Administraciones tributarias afectadas."* Esta cuestión resulta de interés en los conflictos jurisdiccionales en los que se dirima la existencia de EP en España conforme a los CDIs no modificados todavía para implementar esta Acción 7. A nuestro parecer -en aras de la seguridad jurídica- no resulta justificable jurídicamente la aplicación retroactiva de las recomendaciones de la OCDE por parte de los Tribunales españoles y de la Inspección tributaria.

A nuestro juicio, hubiera sido más adecuado utilizar los instrumentos que a tal efecto ofrece la Ley General Tributaria ("LGT") para combatir la elusión de los impuestos como es el conflicto en la interpretación de la norma tributaria, e incluso la calificación (art.13 LGT) y la simulación (art. 16 LGT).

De cara a futuro va a ser muy importante la posición que adopte España en el Convenio Multilateral, dado que los cambios recomendados al artículo 5 del MC OCDE previsto en el Informe, tienen la consideración de mejores prácticas, pero no constituyen un estándar mínimo. Esta circunstancia puede dar lugar a que la aceptación e interpretación de esta nueva definición del EP no sea uniforme en todos los países, lo que puede conllevar numerosos problemas de aplicación e incluso de desequilibrio entre las diferentes jurisdicciones. De ahí la conveniencia de que España adopte una posición prudente en la adopción de las nuevas medidas.



## **CAPÍTULO VIII**

### **ACCIONES 8, 9 Y 10: ALINEANDO RESULTADOS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y GENERACIÓN DE VALOR**

*Carolina del Campo Azpiazu*  
(KPMG)



## 1. ANTECEDENTES

En un inicio, cuando se definió el proyecto BEPS en la OCDE se consideró que el principal objetivo era garantizar que se iba a tributar allí donde se generase valor. Alrededor de este principio se han ido construyendo las diferentes Acciones de BEPS.

La OCDE reconoció que en el pasado los problemas de fiscalidad de las operaciones transnacionales se habían abordado desde la perspectiva de los Convenios para Evitar la Doble imposición y desde los precios de transferencia. Se dejaron de lado las normativas internas. La conclusión a la que se llegó desde el principio era que sólo se podía conseguir el objetivo marcado mediante recomendaciones complementarias en las tres áreas.

Todas las modificaciones planteadas son importantes y necesarias para llegar a ese objetivo, pero son de especial relevancia las indicadas en relación con los precios de transferencia. Hay una apuesta por la determinación del valor para considerar la aportación que cada parte hace al total de la actividad de un grupo y a partir de ahí se fijará su tributación.

Por este motivo, las tres acciones que ahora se plantean son la espina dorsal del proyecto BEPS: no pueden conseguir el objetivo marcado ellas solas, pero son la condición necesaria para la correcta implementación de todo el proyecto.

En un primer momento, la principal cuestión que se planteó fue la aparente crisis del principio de *"arm's length"*, es decir un planteamiento desde la raíz del problema. Después de varios meses de análisis se llegó a la convicción de que, aunque no sea el sistema aplicable en el cien por cien de los países, era un buen criterio que servía para la mayor parte de los casos. Sólo en los casos muy específicos de grandes multinacionales con activi-

dades y situaciones que no tenían comparables en el mercado, podría ser necesario un planteamiento complementario. Pero este caso era un porcentaje muy pequeño y podría ser analizado posteriormente.

Una vez concluido que el principio general es el correcto, la OCDE intentó buscar aquellas cuestiones que podían ser más conflictivas en el área de empresas asociadas y las cuestiones que surgieron fueron:

- Intangibles: este asunto ya estaba siendo objeto de análisis en la OCDE
- Forma vs fondo: es un principio que es aplicable a todas las Directrices de la OCDE
- Correcta valoración del riesgo
- Recaracterización de operaciones y operaciones de riesgo

Estas áreas han dado lugar a las tres Acciones de precios de transferencia que aquí se analizan. En estas Acciones se recogen definiciones, metodología de análisis, mecanismos de valoración que, posteriormente serán mencionados otra vez en la Acción 13, de manera que todo esto “vuelque” correctamente en la Documentación de las empresas.

## **2. DEFINICIÓN GENERAL DE LAS ACCIONES BEPS 8, 9 Y 10**

Desde su publicación en febrero de 2013, uno de los tres pilares fundamentales de los 15 puntos del plan de acción BEPS ha sido la necesidad de reforzar los requerimientos de sustancia como instrumento para alcanzar el objetivo principal de la iniciativa BEPS, esto es, que los beneficios obtenidos por las empresas multinacionales se reporten allí donde se llevan a cabo las actividades que efectivamente contribuyen a la generación de valor en el grupo.

Las acciones 8, 9 y 10 se dirigen a hacer frente a situaciones en las que la atribución de beneficios entre las entidades de un grupo multinacional no estén alineados con la actividad económica que genera dichos beneficios, mediante la atribución “artificial” contractual de funciones, activos y riesgos.

El trabajo inicial realizado en el marco de dichas acciones estaba dirigido a reforzar y aclarar el principio de libre competencia dada la aparente situación de crisis en la que había entrado este concepto. Si, a pesar del aná-

lisis y de las posibles aclaraciones que se pudiesen realizar, se llegase a la conclusión de que el potencial riesgo de manipulación en la atribución de ingresos podría persistir, se plantearía la posibilidad de introducir medidas especiales que pudieran incluso superar el propio principio de libre competencia.

Sin embargo, esto no ha sido necesario. Tal y como se señala en los informes finales, se considera que dichas medidas especiales no se han desarrollado en la medida en que las modificaciones y aclaraciones introducidas en las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE se han considerado suficientes en aras a evitar la vulneración del referido principio de libre competencia.

El trabajo realizado en materia de precios de transferencia en el marco de las acciones 8, 9 y 10 se ha dividido en tres áreas:

- Acción 8: trata los aspectos fiscales relativos a transacciones que involucren activos intangibles.
- Acción 9: relativa a la atribución “artificial” contractual de riesgos así como los beneficios atribuibles a las entidades que conceden fondos en el ámbito del Grupo.
- Acción 10: afronta otras áreas de riesgo, tales como: aquellas transacciones que carecen de razón de negocio y por tanto son susceptibles de recharacterización por parte de las autoridades fiscales, situaciones en las que se produce una aplicación inapropiada de los métodos de valoración, y la neutralización de determinados cargos intra-grupo (como son los “*management fees*” y gastos de estructura).

A estos efectos, se proponen una serie de modificaciones y aclaraciones a lo largo de diversos Capítulos de las Directrices de Precios de Transferencia, cuyas principales características podrían resumirse en las siguientes:

- a) **Análisis del fondo vs forma:** A la hora de definir una transacción económica, el análisis de las relaciones contractuales no se debe realizar de manera aislada sino que se debe realizar en conjunto con la conducta de las partes; se considera que prevalece, en caso de discrepancia, la conducta de las partes.
- b) **Desarrollo del concepto de gestión del riesgo:** hay que entenderlo como la capacidad y el ejercicio efectivo de control sobre el riesgo

y la necesidad de disponer de capacidad financiera para asumir dicho riesgo.

- c) **Tratamiento de los activos intangibles:** se establece expresamente que la propiedad legal por sí sola no conlleva necesariamente la atribución de los beneficios derivados de la explotación de dicho intangible.
- d) **Relación capital y riesgo:** a efectos de evitar posibles manipulaciones del principio de libre competencia a través de la atribución de fondos a determinadas entidades (ricas en capital pero con escasas funciones), se establece que cuando dichas entidades aporten financiación pero, de hecho, no ejerzan control alguno sobre el destino y utilización de dicha financiación, no deberán obtener los beneficios asociados a dicho riesgo financiero, limitándose a un retorno libre de riesgo, o incluso a no percibir retorno alguno cuando la transacción no se considere económicamente razonable.
- e) **Sinergias:** en aras a asegurar que los principales beneficios se atribuyan a las actividades económicas más relevantes, se introducen ciertas modificaciones relativas a los beneficios derivados del aprovechamiento de sinergias, y su debida atribución a aquellas entidades que efectivamente contribuyan a generar dichas sinergias.

Estas cuestiones se han desarrollado a lo largo de las tres Acciones de BEPS que ahora se analizan y que se han plasmado en la modificación de las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE. Estas Directrices están siendo aplicadas por muchos países por lo que es muy probable que impacten en la práctica de muchas Administraciones y empresas.

A diferencia del Modelo de Convenio de la OCDE, la aplicación de esas Directrices no requiere de una posterior negociación por parte de los Estados o de cambios normativos específicos (en la mayor parte de los casos). Muchos países consideran estas Directrices como interpretación válida de sus normas internas, otros han asumido los contenidos directamente en su Ley y hay quienes sólo asumen una parte de las mismas. En cualquier caso, las modificaciones que se recogen en las Acciones 8, 9 y 10 tienen impacto directo en las prácticas de un número muy elevado de países.

Se entra con las Directrices en el ámbito del “*soft law*” y sus efectos, que cada día parecen más claros pero que también tienen interpretaciones más dispares.

En este sentido, las principales secciones y capítulos de las Directrices que han sido objeto de modificación podrían resumirse en las siguientes:

- 1) Revisión de la sección D del Capítulo I, relativa al principio de libre competencia, y especialmente en materia de riesgos.

- a) Atribución de beneficios y riesgo

En primer lugar, las modificaciones introducidas buscan evitar que se atribuyan beneficios o pérdidas indebidamente a una entidad por el mero hecho de que haya asumido riesgos contractualmente o por el hecho de aportar fondos o capital.

Una de las principales modificaciones introducidas afecta al análisis funcional necesario a la hora de identificar una determinada transacción. Concretamente, por lo que respecta al análisis de los riesgos inherentes a la transacción se desarrolla un proceso de análisis en seis pasos:

- i) Identificar los riesgos económicamente relevantes.
- ii) Determinar cómo asumen contractualmente las partes dichos riesgos.
- iii) Determina a través de un análisis funcional, cómo operan las partes en relación con la asunción y gestión efectiva de dichos riesgos, y en particular:
  - qué parte lleva a cabo las funciones de gestión y mitigación de dichos riesgos,
  - qué parte soporta efectivamente los efectos positivos o negativos derivados de dicho riesgo, y
  - qué partes tienen capacidad financiera suficiente para asumir efectivamente dichos riesgos.
- iv) Una vez delimitada la transacción conforme a los tres pasos anteriores, se debe interpretar en qué medida la atribución contractual de los riesgos es consistente con la conducta de las partes, comprobando:
  - si las partes se atienen efectivamente a dichos términos contractuales,

- si las partes que asumen el riesgo efectivamente ejercen las funciones de control y mitigación del riesgo y
  - si tienen capacidad financiera para asumir dicho riesgo.
- v) En el supuesto de que se concluya que las partes que asumen contractualmente los riesgos no ejercen el control efectivo sobre los mismos o no tienen capacidad financiera para asumirlos, los riesgos, y por tanto sus consecuencias económicas, se deberán atribuir a la entidad que efectivamente ejerza dicho control y tenga capacidad financiera para ello.
- vi) Por último, se deberá determinar el valor de mercado de la transacción considerando las consecuencias financieras y de otro tipo derivadas de la asunción del riesgo.
- b) Recaracterización de operaciones

En los últimos años una de las cuestiones que más se han analizado, tanto a nivel de la OCDE como de las diferentes Administraciones, es la posible recaracterización de una transacción y los efectos que esto puede conllevar.

Tradicionalmente se desarrollaba escasamente en las Directrices esta posibilidad y se consideraba como algo remoto.

Sin embargo, en la última modificación que se realizó de las Directrices ya se quiso reforzar este concepto, manteniendo siempre su carácter excepcional, pero aumentando las guías o recomendaciones a seguir por las Administraciones.

Como no podía ser de otra manera, dado el ámbito de análisis de estas tres Acciones, se ha querido reforzar aún más esta cuestión. Se introduce mayor claridad en aquellos supuestos de recaracterización de transacciones que carecen de razonabilidad económica y no se darían entre partes independientes.

- 2) Adiciones al Capítulo II de las Directrices de precios de transferencia, relativas a transacciones con *“commodities”*.

Las modificaciones introducidas se limitan a señalar que el CUP *–comparable uncontrolled price–* debe entenderse como el método

generalmente más apropiado para valorar este tipo de transacciones; mencionando la posibilidad de utilizar precios de referencia y cotización en la medida en que se realicen ajustes de comparabilidad razonables y necesarios.

Asimismo, cuando existan inconsistencias en las fechas utilizadas por el contribuyente para valorar dichas transacciones, se establece la posibilidad de que las autoridades determinen y utilicen una fecha sobre la que exista evidencia suficiente como referencia para valorar la transacción, como puede ser la fecha de envío.

3) Guía en la aplicación del método “*profit split*”.

Dentro de los métodos de valoración propuestos en las Directrices han ido ganando importancia los métodos del beneficio en detrimento de los tradicionales. Sin embargo, el conocido como TNMM –*transactional net margin method*– siempre ha sido el más utilizado tanto por las empresas como por las Administraciones. El otro método del beneficio era menos frecuente: el *profit Split*.

El principal problema de este método residía en las dificultades de aplicación y muchas veces de aceptación del mismo por parte de las Administraciones, bien por la falta de información bien por la falta de control en relación con el mismo.

Sin embargo, con el proyecto BEPS en el cual se intenta garantizar que cada parte de la operación está siendo remunerada por su actividad y aportación de valor real, se necesita un método más omnicomprendivo de la actividad empresarial del Grupo en su conjunto. El *Profit Split* es un método que permite valorar y distribuir este valor entre las diferentes partes que contribuyen.

Se reconoce la idoneidad de dicho método de valoración para aquellos supuestos en los que existan cadenas de valor complejas y altamente integradas, y supuestos en los que las partes intervinientes activos o funciones pudieran considerarse “únicos” y de alto valor añadido.

A estos efectos se publicó el borrador para discusión relativo a la revisión de la aplicación del método *profit split* del 4 de julio al 5 de septiembre de 2016 y con fecha 8 de septiembre de 2016 se publicaron los primeros comentarios recibidos a dicho borrador.

Los problemas de falta de información para la Administración en relación con este método, en cierto modo, se han solucionado para multinacionales a través de la información que se suministra en el Masterfile, donde es obligatorio dar a conocer la cadena de suministro del Grupo. Esto debería ampliar y mejorar el número de casos en que este método sea aplicado y aceptado por las empresas y las Administraciones.

- 4) Revisión del Capítulo VI de las Directrices de precios de transferencia, relativas a activos intangibles.

Esta era otra de las asignaturas pendientes de la OCDE.

Antes de que se lanzase toda la iniciativa de BEPS, la OCDE ya estaba trabajando en la mejora y ampliación de las Directrices en relación con el tratamiento de los intangibles. Dado el objeto de BEPS tenía todo el sentido considerar este proyecto como un eje vertebral de las acciones relacionadas con Precios de transferencia.

La principal aclaración introducida implica el reconocimiento expreso de que la propiedad legal de un activo, por sí sola, no conlleva la atribución de los beneficios derivados de la explotación de un activo intangible determinado.

A diferencia de la redacción anterior, no se menciona expresamente el término “propietario económico”, sino que se establece que, el retorno derivado de la explotación de un determinado activo intangible se deberá atribuir a aquellas partes que contribuyeron a la creación de dicho activo a través del desarrollo de las denominadas funciones DEMPE (desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de dichos activos).

En este sentido, al igual que ocurría en las modificaciones al Capítulo I, se establece que las partes que se limiten a financiar dichos activos, pero que no ejerzan las funciones de control correspondientes al riesgo inherente a dicha financiación, no tendrán derecho a percibir un retorno más allá del que correspondería a un préstamo libre de riesgo.

A estos efectos se desarrolla un proceso de análisis basado en los siguientes seis pasos:

- i) identificar los intangibles utilizados, cedidos o transferidos en la transacción así como los riesgos asociados al desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de dichos intangibles;
- ii) identificar los acuerdos y términos contractuales que rigen dicha transacción, y especialmente la propiedad legal, incluyendo la asunción contractual de los riesgos inherentes a la transacción;
- iii) identificar a las partes que realizan las funciones, utilizan activos y gestionan los riesgos relativos al desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de dichos intangibles y particularmente que partes ejercen el control efectivo de las funciones externalizadas;
- iv) confirmar la consistencia entre los términos contractuales de la transacción y la conducta de las partes y, en qué medida, la parte que asume los riesgos ejerce las funciones de control y tiene la capacidad financiera para asumir los riesgos relativos al desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de dichos intangibles;
- v) delimitar las transacciones relativas al desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de dichos intangibles atendiendo a la propiedad legal de dichos intangibles, otros términos contractuales relevantes, la conducta de las partes y su contribución mediante funciones, activos y riesgos atendiendo al análisis de riesgos realizado conforme al Capítulo I, sección D.1.2.1.
- vi) cuando sea posible, determinar el precio de mercado de dichas transacciones de manera consistente con la contribución realizada por cada parte a través de funciones, activos y riesgos.

Como se puede ver, el proyecto se ha centrado, no tanto en la definición de los intangibles, como en el tratamiento y uso que se les da dentro del grupo. Lo que se ha pretendido ha sido aportar más claridad a la forma en la que se explotan este tipo de activos por parte de los Grupos y los diferentes elementos que son importantes para su análisis.

Una de las cuestiones espinosas eran los métodos de valoración de los mismos porque es muy frecuente que no existan intangibles similares en el mercado. Una de las modificaciones relevantes introducidas es la referencia expresa a otros métodos de valoración, como el método de descuentos de flujos de caja, y el desarrollo en materia de intangibles de difícil valoración.

En relación con los intangibles que caigan bajo la definición de “difícil valoración”, se establece la facultad de las autoridades fiscales para apoyarse en datos financieros “*ex post*” a la hora de interpretar, en qué medida la valoración realizada “*ex ante*” por el sujeto pasivo fue razonable y basada en información fiable.

- 5) Revisión del Capítulo VII de las Directrices de precios de transferencia, relativas a servicios intragrupo de bajo valor añadido.

Las transacciones relacionadas con los servicios intragrupo de bajo valor añadido han sido unas de las más analizadas por las Administraciones en los últimos años. Como consecuencia se han provocado muchas situaciones de doble imposición que han llevado a procedimientos amistosos, a veces demasiado largos, muy costosos tanto para empresas como para Administración.

En este sentido, el Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE ya elaboró una guía para mejorar el tratamiento de esta operación en la que se proponían una serie de documentos que debían servir como elemento de prueba e incluso unos márgenes aceptables.

La OCDE no ha querido dejar pasar la ocasión y dentro del proyecto BEPS hay un apartado dedicado especialmente a esta operación tan controvertida. La principal novedad es la introducción de un nuevo método simplificado para analizar y valorar este tipo de servicios cuya principal consecuencia es la simplificación del denominado “benefit test” mediante la asunción de que una empresa únicamente incurriría en costes cuando exista un motivo válido de negocio, y busca asegurar que las entidades pertenecientes al grupo reciben un tratamiento equitativo en cuanto a la atribución de dichos costes.

- 6) Revisión del Capítulo VIII de las Directrices de precios de transferencia, relativas a acuerdos de reparto de costes.

Finalmente, respecto a los acuerdos de reparto de costes, se pretende ajustar las directrices a las modificaciones introducidas en los Capítulos I y VI, asegurando que:

- El proceso de análisis relativo a la asunción de riesgos es consistente con el establecido para otro tipo de contratos.
- Se aplica el mismo procedimiento establecido para la valoración de activos intangibles (incluyendo los activos de difícil valoración).
- El análisis se realiza sobre la base de los términos efectivamente acordados y no sobre términos contractuales que no reflejen la realidad económica de la transacción.
- Se establece que una entidad solo puede ser parte de CCA –*cost contribution arrangements*– cuando tenga una expectativa razonable de beneficiarse de los objetivos de dicho acuerdo y ejerce control efectivo de los riesgos específicos inherentes a dicho acuerdo.
- Las contribuciones de las partes no deben valorarse a coste cuando ello no refleje adecuadamente el valor de dichas aportaciones.

### 3. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

La norma española ha regulado los precios de transferencia entre empresas asociadas en la Ley del impuesto sobre Sociedades. La redacción de la norma ha variado en el tiempo partiendo de una norma rígida, que recogía los principios generales de la OCDE pero que no establecía abiertamente ciertas obligaciones para las empresas.

Es en 2006 cuando, con la aprobación de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal (BOE 30 Noviembre 2006), se flexibiliza toda la normativa de precios de transferencia. En la Exposición de Motivos de la norma se señalaba lo siguiente:

*“Por lo que afecta a la imposición directa, dicha reforma tiene dos objetivos. (...)*

*El segundo objetivo es adaptar la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional, en particular a las*

*directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro europeo sobre precios de transferencia, a cuya luz debe interpretarse la normativa modificada. De esta manera, se homogeneiza la actuación de la Administración tributaria española con los países de nuestro entorno, al tiempo que además se dota a las actuaciones de comprobación de una mayor seguridad al regularse la obligación de documentar por el sujeto pasivo la determinación del valor de mercado que se ha acordado en las operaciones vinculadas en las que interviene.”*

Como se puede apreciar, a partir de este momento la referencia a la interpretación de las Directrices, se convierte en un elemento clave en el ámbito de las operaciones vinculadas.

Es cierto que el artículo 16 de la LIS sigue “regulando” de manera expresa ciertos conceptos de las operaciones entre empresas asociadas, sin embargo, la Exposición de Motivos de la Ley ha permitido darle una máxima flexibilidad a la norma y permitir que las Directrices se utilicen como elemento válido de interpretación.

La nueva Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 28 Noviembre 2014 ) mantiene este mismo criterio. En su Exposición de Motivos menciona dos cuestiones:

*“Lucha contra el fraude.(...) los últimos trabajos elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y materializados en los planes de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, constituyen una herramienta fundamental de análisis del fraude fiscal internacional. En este marco, la presente reforma anticipa medidas encaminadas a este objetivo, como es el caso del tratamiento de los híbridos, o las modificaciones realizadas en materia de transparencia fiscal internacional u operaciones vinculadas.*

*(...)*

*Por otra parte, el tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas constituye un elemento trascendental internacionalmente, al cual se dedican específicamente tanto la Unión Europea como la OCDE. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la interpretación del precepto que regula estas operaciones debe realizarse, precisamente, en concordancia con las Directrices de Precios de Transferencia de la*

*OCDE y con las recomendaciones del Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE, en la medida en que no contradigan lo expresamente señalado en dicho precepto, o en su normativa de desarrollo.”*

La referencia a las Directrices como norma válida de interpretación de las operaciones entre empresas vinculadas es ahora una cuestión pacífica en nuestra normativa.

Sin embargo, la primera pregunta que se plantea ahora es, **¿cómo afectan los cambios de las Directrices a la legislación española?**

Por un lado el legislador ha querido “volcar” las Directrices mediante una regulación “expresa” general en la Ley interna que pueda ser interpretada de una manera amplia y flexible, sin querer encorsetar esa aplicación. Por otro lado, los Tribunales han reconocido el poder interpretativo de las recomendaciones de la OCDE en materia fiscal, siempre que una norma sustantiva se lo reconozca (Convenios de doble imposición y legislación del impuesto sobre sociedades) y, con carácter general, aceptando el “dinamismo” en su aplicación.

Por tanto, parece que tanto el texto original de las Directrices como sus cambios posteriores son una interpretación válida a efectos del artículo 18 de la Ley de Sociedades.

La siguiente pregunta que se plantea es, **¿a partir de qué momento son esos cambios aplicables?**

Sobre esta cuestión hay más controversia. La Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de julio de 2015 ponía en tela de juicio la aplicación de Comentarios al Modelo de la OCDE aún pendientes de aprobación a operaciones que habían tenido lugar en el pasado. Independientemente de la valoración que se pueda hacer de este pronunciamiento, sí parece oportuno señalar la similitud que esta situación puede tener con los cambios propuestos a las Directrices y las operaciones pasadas y futuras.

En general, sería razonable entender que los cambios en las Directrices serán de aplicación a aquellas operaciones que tengan lugar a partir de la aprobación o bien de la Acción de BEPS o bien de las propias Directrices, pero difícilmente podrían exigirse en operaciones que han tenido lugar en el pasado.

La tercera cuestión que surge es, **¿requiere la norma interna una modificación para entender aplicables las Acciones 8-9-10 de BEPS?**

Siguiendo el razonamiento anterior y teniendo en cuenta que la propia Exposición de Motivos de la norma ya menciona que la nueva Ley quiere recoger los cambios de las Acciones de BEPS, parecería lógico concluir que la norma cuando lo ha necesitado se ha modificado. En el caso del artículo 18 de empresas asociadas bastaría con la referencia que se ha hecho en la norma a las Directrices.

Por tanto, no parece previsible que se vaya a producir un cambio normativo expreso y, sin embargo, hay que entender recogidos ya en la norma interna a través de las Directrices los cambios de las Acciones 8-9-10.

#### **4. DERECHO COMPARADO Y UNIÓN EUROPEA**

##### **a) Unión Europea**

A nivel internacional el otro Organismo que puede llevar a cabo actuaciones en materia de fiscalidad internacional es la UE.

En todo el proceso de BEPS se ha mantenido al lado de la OCDE, colaborando en aquellos aspectos que podían ser más propios de los Estados miembros de la Unión Europea, pero ha querido esperar para llevar a cabo acciones en la misma materia.

La UE, una vez conocido todo el paquete de Acciones de BEPS, ha propuesto acciones concretas a los Estados miembros de la Unión Europea a través de una Directiva (ATAD) en la que, básicamente, se recogen propuestas de modificación en la legislación interna y recomendaciones para las negociaciones de los convenios para evitar la doble imposición (y del Convenio Multilateral).

Sin embargo, hay pocas actuaciones concretas en materia de precios de transferencia:

- BICCCIS: este proyecto no regula específicamente las cuestiones que abordan las Acciones que aquí se analizan pero sí intenta garantizar que los problemas generados por las inconsistencias en las operaciones intragrupo o en las inspecciones, dejen de existir gracias a estos criterios unificados.
- Procurará que las Administraciones hagan uso de la información de la que disponen de manera que se garantice el intercambio de

la misma, con la finalidad de conocer mejor la situación de la empresa y así poder llegar a mejores soluciones.

Por tanto, en materia de precios de transferencia la UE no ha dado tantos pasos como en el resto de las Acciones de BEPS pero es probable que a través del Foro Conjunto de Precios de Transferencia se empiece a avanzar en este sentido.

## **b) Derecho comparado**

Las Directrices tienen vocación de globalidad y pretenden ser la guía de precios de transferencia a nivel internacional. Tal y como se ha comentado anteriormente, las modificaciones propuestas por estas Acciones puede requerir, o no, la modificación de las normativas internas. En España la regulación ha sido por remisión pero en otros países puede suceder lo contrario y requerir una modificación expresa de la norma interna.

En este sentido, en cuanto al proceso de implementación y aplicación podrían considerarse los siguientes grupos de países:

- a) Países que, por ejemplo, siguen las Directrices de la OCDE en materia de Precios de Transferencia:
  - Australia: parece que requiere una adaptación de su normativa y se espera una actualización de la misma. No está clara la fecha de aplicación
  - Bélgica estaría en una posición similar a Australia
  - Canadá: asimila estos cambios a los de los Comentarios al Modelo de la OCDE y por tanto no requiere actualización ni cambio normativo. Resultarían normas directamente aplicables pero no se conoce si habrá retroactividad;
  - Costa Rica: aunque no es miembro de la OCDE ha declarado de manera no oficial que son de aplicación las Directrices y, por tanto, no se requeriría una modificación normativa para aplicar los cambios previstos;
  - Dinamarca: considera directamente aplicables los cambios planteados en las Directrices y existe la posibilidad de que se puedan exigir con carácter retroactivo;

- Finlandia: considera aplicables los cambios sin la necesidad de llevar a cabo un cambio normativo pero no se ha manifestado sobre la retroactividad.
  - Irlanda: tradicionalmente ha aplicado las Directrices y requiere algún tipo de Acción administrativa (no legal) para la implementación de los cambios propuestos. El criterio general es que se aplicaría a aquellas empresas de países con Convenio para evitar la doble imposición
  - Japón: mantiene una interpretación similar a la de Irlanda y considera dichos cambios como una mera aclaración a la regulación actual y por tanto los consideran de aplicación inmediata;
  - Suiza: considera los cambios como aclaraciones que no requieren un cambio normativo y podría tener efectos retroactivos a 2015.
  - UK: ha requerido un cambio normativo pero el contenido no es una novedad en la práctica administrativa británica. Los efectos legales se remontan a 2016.
- b) Países que no siguen las Directrices de la OCDE en materia de Precios de Transferencia:
- China: para modificar los principios de precios de transferencia requiere de cambio normativo y está en proceso de ejecución; ha adoptado parte de los principios recogidos en las Acciones analizadas y otros no.
  - India: ha mantenido criterios que se separan de la OCDE en algunas cuestiones pero parece que ha manifestado su acuerdo con las modificaciones planteadas en estas acciones, aunque requerirían modificación legislativa.

## 5. VALORACIÓN DE MEDIDAS

El contenido de las tres Acciones de BEPS en relación con la materia de Precios de transferencia no es sino una continuación de los trabajos que se han venido realizando en los últimos años por parte de la OCDE. Se han analizado cuestiones de especial complejidad que requerirán un proceso

de asimilación y adaptación tanto por parte de las empresas como de las Administraciones.

En un área tan controvertida como el de los precios de transferencia se hace especialmente aconsejable pasar por un proceso de maduración de las medidas. Este proceso permitirá valorar las medidas propuestas, contrastarlas con la realidad de los negocios vigentes hoy en día y, en su caso, adaptarlas para que reflejen bien los modelos de negocio y las nuevas propuestas.

Habría que señalar los siguientes aspectos como de especial relevancia:

a) *Soft Law*

Como ya se ha señalado anteriormente, esta es una cuestión que afecta a todas las modificaciones propuestas.

Parece claro que en muchos países las nuevas Directrices van a ser directamente aplicables, pero lo que sería necesario por parte de la Administración es que se aclare a partir de qué momento se entienden de obligado cumplimiento.

Manifestaciones informales pueden no ser suficientes para garantizar la seguridad jurídica en este ámbito. Debería hacerse algún tipo de guía sobre cómo deben entenderse aplicables estas Directrices y a partir de qué momento.

b) Intangibles

Es una de las áreas de trabajo más importantes y de mayor inseguridad jurídica. Durante muchos años se ha discutido sobre la titularidad de los intangibles, la correcta remuneración, pero la falta de guías claras en este sentido ha ido llevando a soluciones muy individualizadas.

Con el nuevo esquema, la metodología de análisis planteada y las conclusiones alcanzadas, es necesario volver a hacer un análisis de los activos de las empresas. Sin embargo, es un campo donde, como se ha mencionado, no hay experiencia y por tanto, puede existir mucha inseguridad jurídica.

Para intentar afrontar esta cuestión desde la perspectiva de las empresas y de la propia Administración, se requeriría un planteamiento conjunto de la valoración y análisis de estos activos y el único instrumento previsto para ello son los Acuerdos Previos de Valoración.

Hasta ahora los intangibles no siempre se planteaban a la Administración por falta de experiencia pero ahora, precisamente para garantizar la seguridad jurídica en un momento especialmente convulso, se requeriría que haya más Acuerdos en este ámbito

c) Cadena de valor vs *profit Split*,

Como se ha comentado con anterioridad, la nueva documentación del grupo exige la explicación de la cadena de suministro. Este tipo de explicaciones y valoraciones permiten considerar con más facilidad que antes la utilización de métodos de *Profit Split*.

Este método es complicado de establecer ya que requiere mucha transparencia y coordinación dentro del grupo, pero permite garantizar la correcta atribución de los beneficios de manera global, y su tributación. La doble o triple imposición se evitaría sin necesidad de entrar en costosos mecanismos de resolución de conflictos.

Sin embargo, este mecanismo de atribución de beneficio ha chocado en el pasado con la falta de información de las propias Administraciones.

Dado que es un método que en muchas ocasiones puede resultar extremadamente útil, sería muy aconsejable que las Administraciones utilizaran los mecanismos vigentes de intercambio de información y de cooperación administrativa para poner en práctica estos métodos.

## **CAPÍTULO IX**

### **ACCIÓN 11: EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO DE BEPS**

*Luis M. Viñuales Sanabria y Daniel Muñoz Almazán  
(J&A Garrigues)*



## 1. INTRODUCCIÓN

En el presente documento se resume y comenta el contenido de la (extensa) Acción 11 del Proyecto impulsado y llevado a cabo por la OCDE en relación con la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios (“Proyecto BEPS”), en la que se trata la evaluación y el seguimiento tanto del impacto de las prácticas BEPS como de la eficacia de las medidas desarrolladas y acordadas en el contexto de dicho Proyecto para combatirlas.

La Acción 11 se enmarca, junto con las Acciones 12, 13 y 14 (i.e. “Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva”, “Reexaminar la documentación sobre precios de transferencia” y “Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias”, respectivamente) dentro del grupo de medidas dirigidas a garantizar la transparencia promoviendo al mismo tiempo una mayor certeza y previsibilidad.

En este contexto, la Acción 11 posee una naturaleza particular respecto al resto de Acciones puesto que versa sobre la medición y control de los efectos de las prácticas BEPS y de las medidas adoptadas para contrarrestar las mismas, y no sobre la identificación de dichas prácticas ni sobre la propuesta de medidas para combatirlas que vienen a ser la sustancia del propio Proyecto.

Tanto es así, que la especial naturaleza de dicha Acción implica la utilización y análisis de parámetros y conceptos que exceden de los típicamente fiscales por corresponder más al ámbito de la estadística o de la economía, como no podía ser de otra forma. La medición de impactos financieros no podría entenderse sin el uso de herramientas estadísticas que permitan realizar conforme a métodos sistemáticos validados la “medición” de datos empíricos, o sin la utilización de parámetros macro y micro-económicos que contextualicen los resultados arrojados por dichas mediciones.

El objetivo perseguido fundamentalmente por esta Acción, de acuerdo con lo dispuesto en el “*Final Report*” publicado en 2015, consiste en establecer una serie de recomendaciones en relación con la metodología a seguir para la recopilación y análisis de datos sobre (i) la determinación de la magnitud e impacto económico de BEPS; así como de (ii) la eficacia e impacto económico de las medidas adoptadas para combatirlos.

En concreto, para alcanzar dicho objetivo, la Acción 11 propone una serie de recomendaciones en cuatro ámbitos que se articulan en los siguientes cuatro capítulos independientes dentro de la Acción:

- Evaluación de las distintas fuentes de datos existentes actualmente, en función de la disponibilidad y utilidad o relevancia de los datos que cada una de ellas proporciona.
- Configuración de un “panel de indicadores” compuesto por seis indicadores elaborados en la Acción, que tiene como objetivo proporcionar indicios de la existencia de conductas que se podrían calificar como BEPS, así como de la cuantificación de la magnitud de las mismas.
- Se realiza un análisis empírico de la magnitud y efectos fiscales y económicos tanto de las prácticas BEPS como de las medidas anti-elusión propuestas. Asimismo, en dicho capítulo se resumen los distintos estudios llevados a cabo hasta el momento en los que el análisis realizado en la Acción se ha basado.
- Por último, se proponen una serie de recomendaciones sobre el uso de los datos que están disponibles actualmente y de los que podrán estarlo en el futuro, así como sobre las herramientas que podrían utilizarse para supervisar la efectividad e impacto del Proyecto BEPS en el futuro.

## **2. EVALUACIÓN DE LAS DISTINTAS FUENTES DE DATOS EXISTENTES**

Conviene recordar que el origen del Proyecto BEPS parte de la asunción de que las actividades de planificación fiscal agresiva llevadas a cabo por empresas multinacionales (“EMN”) para beneficiarse de asimetrías y vacíos normativos existentes en el ámbito de la fiscalidad internacional de forma –según las administraciones– ilegítima, han producido un impacto global negativo en la actividad económica y en los ingresos públicos.

No obstante, la propia OCDE en su trabajo “Lucha contra la erosión de la base imponible y traslado de beneficios” en 2013, ya apuntaba la gran dificultad que suponía determinar con unos niveles razonables de certidumbre la magnitud de dichos impactos negativos.

Desde el momento en el que la OCDE asume el reto de cuantificar la magnitud de los distintos impactos de BEPS como paso previo a la creación de herramientas de supervisión y control, tanto de las prácticas abusivas como de las medidas adoptadas para combatirlas, debe afrontar dos dificultades: (i) la complejidad del fenómeno BEPS en sí mismo; y (ii) las limitaciones que presentan los datos disponibles.

A este respecto, la OCDE considera que el estudio, conocimiento y evaluación de los datos existentes y de sus limitaciones, supone el primer paso que se debe dar antes de desarrollar tanto una serie de indicadores que identifiquen la existencia de prácticas abusivas como los análisis económicos que permitan determinar la magnitud e impacto de aquéllas.

Con el objetivo de evaluar los datos existentes y su utilidad en el contexto del Proyecto BEPS, en dicho Capítulo se describen en primer lugar una serie de criterios de evaluación (como por ejemplo, el alcance y representatividad de la información, posibilidad de acceso a la misma, utilidad a la hora de distinguir entre efectos económicos “reales” y efectos derivados de BEPS y el nivel de detalle de la misma) para posteriormente clasificar las distintas fuentes de información existentes actualmente.

Fundamentalmente se distingue entre fuentes de datos relacionadas con la macro-economía, (i.e. información económico-financiera de los distintos Estados como la balanza de pagos, datos sobre recaudación del Impuesto sobre Sociedades, Inversión Extranjera Directa (“IED”), etc.) y aquéllas relativas al ámbito micro-económico (como podría ser la información contenida en bases de datos privadas, declaraciones fiscales de los distintos sujetos pasivos, o cualquier otra información específica de cada compañía).

Bajo estos parámetros, la Acción 11 alcanza en este primer Capítulo las siguientes conclusiones acerca de la evaluación de la información y de los datos disponibles:

- Las limitaciones existentes en relación con las fuentes de información disponible son de tal relevancia que condicionan significativamente los intentos tanto de desarrollar indicadores como de realizar análisis económicos de la magnitud e impacto de BEPS.

- Dichas limitaciones afectan tanto a las fuentes privadas de información como a las públicas.
- En concreto, las bases de datos privadas de contenido económico-financiero, a pesar de ser útiles, adolecen de determinadas debilidades significativas como la ausencia de representatividad en algunos países, el hecho de que no recojan información relativa a todas las EMN (o que dicha información no sea completa) o la ausencia de visibilidad que ofrecen en relación con los impuestos efectivamente satisfechos.
- Por su parte, la información contenida en las declaraciones fiscales es la que potencialmente podría ser más útil. Sin embargo la mayoría de jurisdicciones o bien no tienen acceso a esta información, o bien disponen de ella pero no permiten su uso para fines estadísticos.
- Se identifica como uno de los desafíos con mayor relevancia en relación con la obtención de información y de datos fiables, la dificultad que representa distinguir y separar los efectos económicos “reales” de aquellos efectos derivados exclusivamente de BEPS.

### 3. INDICADORES BEPS

Como medida para combatir las grandes dificultades existentes a la hora de cuantificar la magnitud y el impacto económico de BEPS, en el Capítulo 2 se desarrolla un sistema presentado bajo la forma de “panel de indicadores” compuesto por seis indicadores que, remitiéndose a múltiples fuentes de datos y utilizando distintos parámetros de medida, analizan las distintas prácticas elusivas de BEPS.

El sistema del “panel de indicadores” presenta las siguientes características:

- Los indicadores desarrollados deben utilizarse de forma conjunta, puesto que ninguno de ellos de forma individual sería capaz de ofrecer una visión completa de la existencia y magnitud de BEPS.
- El panel de indicadores únicamente facilita “indicaciones generales” y su interpretación debe estar sujeta a numerosos condicionantes y salvedades relativas a las limitaciones de los datos existentes.
- Los resultados y conclusiones arrojados por el panel de indicadores deben considerarse de naturaleza más “ilustrativa” que definitiva, con motivo del posible impacto que los condicionantes y salvedades mencionados podrían suponer.

### *Indicadores desarrollados para proporcionar indicios de prácticas BEPS*

El Capítulo 2 concluye con la descripción de los seis indicadores desarrollados para proporcionar indicios de la existencia de prácticas abusivas y de su magnitud. También se comentan otros indicadores adicionales que podrán ser utilizados en el futuro cuando nuevas fuentes de información puedan proporcionar datos mejorados.

- Indicador 1: Concentración de la Inversión Extranjera Directa (IED) en relación con el PIB de cada jurisdicción.

Este indicador, en sus dos versiones, IED neta (IE en el país menos inversiones de ese país en el exterior) e IED bruta, representa la desconexión entre la inversión financiera y las actividades económicas “reales” en determinadas jurisdicciones.

Altas concentraciones de IED con respecto al PIB serían un indicador de posibles prácticas BEPS en el país en cuestión. En el caso de la IED neta ratios superiores al 50% se consideran elevados, mientras que ratios por encima del 200% se consideran muy elevados si el indicador utilizado es la IED bruta.

- Indicador 2: Altos márgenes de beneficios en filiales con baja tributación

Este indicador compara el margen de beneficio (i.e. beneficios/activos) con el tipo impositivo efectivo (i.e. gasto por impuesto/beneficios) de las distintas filiales de las EMN. Filiales de baja tributación (“*Lower tax affiliates*”) son filiales que tienen un tipo impositivo efectivo (TIE) inferior al TIE del grupo multinacional, mientras que filiales con altos márgenes de beneficio (“*higher profit affiliates*”) son las que tienen un margen superior a la media del grupo. Un diferencial positivo (i.e. margen de beneficio de las filiales con baja tributación superior a la media del grupo) sería un indicador de posibles prácticas BEPS.

- Indicador 3: Altos márgenes de beneficios de filiales en jurisdicciones de baja tributación

Este indicador viene a ser una variante del anterior, en cuanto que atiende al tipo impositivo de la jurisdicción donde se encuentran las filiales en lugar de al TIE de la filial. Márgenes de beneficio en di-

chas jurisdicciones por encima de la media del grupo sería un indicador de posibles prácticas BEPS.

- Indicador 4: Comparación de los TIEs de las filiales de las EMNs con las de empresas equiparables con actividad exclusivamente doméstica.

La presencia de filiales en varios países por parte de una EMN brinda oportunidades de llevar a cabo prácticas BEPS, lo que resultaría en TIEs más bajas para las filiales de una EMN que para aquellas de un grupo con actividad exclusivamente doméstica.

- Indicador 5: Concentración de ingresos procedentes de cánones en relación con el gasto incurrido en I+D.

Dicho ratio refleja el problema del traslado de beneficios gravables desde las jurisdicciones donde tienen lugar las actividades que los generan a otras jurisdicciones con tributación más favorable, en este caso en lo que respecta a la generación de activos intangibles a través de actividades de I+D.

Así, a modo de ejemplo, el ratio de ingresos por cánones percibidos frente al gasto en I+D en una serie de países de baja tributación resultó ser 6 veces superior al ratio medio en los restantes países considerados en la muestra.

- Indicador 6: Ratios relativos al gasto financiero en filiales de EMNs ubicadas en jurisdicciones con tipos impositivos nominales por encima de la media con respecto a los ingresos de dichas filiales.

En este caso se pretende evidenciar y/o medir el problema que supone el traslado de bases imponibles mediante la ubicación de la deuda de las EMNs en determinadas jurisdicciones.

De acuerdo con dicho indicador, las filiales de EMNs ubicadas en países con tipos impositivos nominales más altos presentan elevados coeficientes de gastos por intereses abonados tanto a entidades vinculadas como independientes.

Como decíamos, se apuntan al final de este Capítulo 2 otra serie de indicadores cuyo uso podrá valorarse en el futuro, una vez se cuente con la información adecuada. Entre esos indicadores llama la atención el relativo a la concentración en una jurisdicción de patentes e intangibles desarrollados fuera de dicha jurisdicción o el relativo a la extrapolación de las cuestiones objeto de regularización en actuaciones de comprobación e investigación por parte de las administraciones.

#### 4. ANÁLISIS DEL LA MAGNITUD E IMPACTO ECONÓMICO DE BEPS Y DE LA EFICACIA DE LAS MEDIDAS DESARROLLADAS PARA COMBATIRLAS

En este Capítulo se resumen los análisis empíricos disponibles realizados hasta la fecha bien por investigadores, por entidades privadas o bien por organizaciones públicas en relación con el traslado de beneficios y la erosión de bases imponibles así como en relación con los efectos derivados de la implementación previa de medidas anti-elusión.

La mayoría de dichos estudios se han centrado en determinadas conductas BEPS específicas como son la manipulación y/o alteración de los precios de transferencia, la ubicación estratégica de los activos intangibles y de la deuda, el uso abusivo de convenios fiscales o la utilización de instrumentos o figuras híbridas, entre otros.

A estos efectos, hasta el momento ninguno de dichos análisis ha conseguido abarcar de forma completa las actividades globales de las EMNs como consecuencia, fundamentalmente, de la ausencia de información o datos completos de las actividades de las EMNs en determinadas jurisdicciones.

No obstante, la información que pueda originarse en los *“Country-by-Country Reports”* que resultarán de la Acción 13 del Proyecto BEPS (así como aquélla que se derive de las Acciones 5 y 12, *“Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia”* y *“Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva”*, respectivamente) permitirá una mejora significativa de los análisis económicos relativos al impacto de BEPS.

La principal dificultad que persistirá, con independencia de la mejora en la información y en los datos recabados, seguirá siendo el identificar y diferenciar aquellos efectos que se deriven de BEPS de aquellos otros que tengan su origen en la economía real y en elementos distintos de BEPS.

En cualquier caso, a pesar de las posibles imprecisiones de los informes existentes, se considera que el impacto de las prácticas BEPS es muy relevante, suponiendo pérdidas globales de recaudación en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades de entre el 4% y el 10%, es decir, de 100 a 240 mil millones de dólares al año en niveles de 2014.

El impacto negativo de BEPS puede ser más acusado en los países en desarrollo al depender la recaudación fiscal de estos países en mayor medida del Impuesto sobre Sociedades (en términos de PIB), siendo el peso de los impuestos indirectos mayor en los países desarrollados.

En cuanto al impacto de las medidas anti-elusión implementadas en el pasado, los estudios académicos y de la propia OCDE realizados indican que éste ha sido positivo, incrementando la recaudación. Ello viene a demostrar que no necesariamente son los países con altos tipos impositivos los que más sufren las prácticas BEPS si cuentan con adecuadas medidas anti-elusión.

Asimismo, se señala que dichos estudios empíricos han confirmado la incidencia negativa de BEPS en la competencia entre empresas creando claras distorsiones económicas al manipular las EMNs el grado de apalancamiento de sus filiales, la localización de la deuda o de las inversiones en activos intangibles.

La extensión del impacto de las distorsiones económicas que se apuntan dependerá de quiénes se benefician actualmente del efecto BEPS: esto es, si los ahorros fiscales de BEPS para las EMNs se trasladan en menores precios para los consumidores, en mayores salarios para los trabajadores o, simplemente, en un mayor retorno del capital para los accionistas.

Así, el previsible efecto del Proyecto BEPS será un incremento de los impuestos pagados por las EMNs que actualmente llevan a cabo prácticas BEPS, pero otras empresas y contribuyentes deberían beneficiarse de bajadas de impuestos o de mayores infraestructuras y servicios públicos e, indirectamente, de un marco económico con unas reglas de juego más justas y equilibradas para los distintos actores.

Por último, tras la fundamentación económica y social del Plan de Acción BEPS, este Capítulo dedica una sección a destacar aquellas áreas que deberían ser analizadas y cubiertas en el futuro y que no pueden hacerse ahora por la ausencia de la información o herramientas necesarias. Entre otras, se destacan las siguientes:

- identificación de los factores que contribuyen a la rentabilidad de las EMNs y de sus filiales;
- identificación de factores de naturaleza fiscal distintos del Impuesto sobre Sociedades con incidencia en la localización de actividades;

- nivel de movilidad de los distintos tipos de empleo y capital;
- impacto de las decisiones estratégicas de política fiscal de los distintos gobiernos.

## **5. SEGUIMIENTO Y MONITORIZACIÓN DE BEPS MEDIANTE LA MEJORA DE LA INFORMACIÓN Y HERRAMIENTAS DISPONIBLES**

Este último Capítulo comienza incidiendo en las dificultades -a las que se hace referencia a lo largo de toda la Acción- derivadas de la complejidad inherente al fenómeno BEPS en sí mismo, así como en aquellas derivadas de las limitaciones actuales relativas a la información disponible y las herramientas necesarias para tratar los mismos.

Siendo ello así, resulta obvio que un objetivo fundamental de las administraciones debería ser mejorar las herramientas y los datos disponibles para poder así cuantificar y controlar la magnitud de BEPS en un futuro, así como para analizar la efectividad de las medidas anti-elusión desarrolladas en el marco del Proyecto BEPS.

Con ese objetivo se realiza una clasificación tanto de las herramientas analíticas utilizadas para transformar los datos en información útil, como de la tipología de datos (en este último caso, dicha clasificación se realiza en función de parámetros como la confidencialidad, accesibilidad, naturaleza fiscal o extra-tributaria, etc.)

Por último, al tiempo que se admite la necesidad de establecer las garantías necesarias para proteger el carácter privado y confidencial de los datos de los contribuyentes, se desarrollan una serie de recomendaciones para mejorar el análisis de los datos disponibles, incentivando el que la OCDE aúne esfuerzos y trabaje conjuntamente con los distintos gobiernos en la publicación y análisis de una mayor cantidad de datos estadísticos relativos al Impuesto sobre Sociedades, con el fin de proporcionar datos internacionalmente comparables y coherentes.

En concreto, las seis recomendaciones propuestas son las siguientes:

- La OCDE debería trabajar de forma conjunta con los distintos gobiernos (bien sean miembros de la OCDE, asociados a BEPS, o cualquier otro tercer país) con el objeto de publicar de forma recurrente un Informe estadístico del Impuesto sobre Sociedades que incluya

una serie de datos y análisis estadísticos relevantes en materia BEPS, de forma ordenada, coherente y consistente internacionalmente.

- La OCDE debería trabajar con dichos gobiernos para elaborar informes periódicos sobre el impacto estimado en los ingresos fiscales derivado de las medidas anti-elusión propuestas e implementadas.
- La OCDE debe continuar desarrollando herramientas analíticas e indicadores para supervisar la magnitud y el impacto económico de BEPS así como la efectividad de las medidas anti-elusión implementadas.
- Los gobiernos deberían mejorar los informes públicos periódicos sobre las estadísticas de ingresos derivados del Impuesto sobre Sociedades.
- Los gobiernos deberían continuar realizando mejoras en relación con la obtención de datos e información de naturaleza extra-fiscal.
- Los gobiernos deberían tener en cuenta las “*best practices*” actuales y explorar nuevos enfoques para colaborar en la investigación de BEPS con agentes del entorno académico y otros investigadores.

## 6. VALORACIÓN DE LA ACCIÓN

Como apuntábamos en la Introducción, se trata de una acción de particular naturaleza en cuanto que no aborda en sí misma prácticas BEPS que deban ser combatidas (como ocurre en la mayoría de acciones BEPS que podríamos llamar “sustantivas”) ni tampoco desarrolla instrumentos para la implantación de medidas anti BEPS (como podría ser la Acción 15 en relación con el Convenio Multilateral), o procedimientos para agilizar la resolución de conflictos que puedan surgir entorno a BEPS (Acción 14). Ni siquiera es una acción dirigida a la recopilación de información (Acción 13 en relación con el *CbC Report*) o a exigir a las EMNs que revelen sus estrategias de planificación fiscal (Acción 12), aunque probablemente sean estas dos acciones las más próximas, no sólo numéricamente, a la acción 11.

Se trata la Acción 11 de una acción de contenido estadístico, económico y social, que, por una parte, resalta los efectos perniciosos que las prácticas BEPS extendidas en los grupos multinacionales tienen para la economía global y para la sociedad y, por otra, propone una serie de indicadores para detectar posibles prácticas BEPS en las EMNs. También propone actuaciones por parte de las administraciones dirigidas a mejorar y compartir la in-

formación disponible con el fin de medir el impacto de dichas prácticas y la efectividad de las medidas implantadas para combatirlas.

Al igual que en un primer momento preocupó la posibilidad de que la información recabada a través del *CbC* pudiera ser utilizada por las administraciones para determinar las bases imponibles imputables a las distintas jurisdicciones en las que opera una EMN mediante métodos indirectos, también podría preocupar que los datos e indicadores que la Acción 11 propone recabar y aplicar se utilizaran con el mismo propósito. No parece que vaya a ser el caso. En efecto, las administraciones tributarias y la regulación del *CbC* han dejado claro que la información recabada servirá para detectar indicios de posibles prácticas BEPS, siendo necesario, una vez que se detecten, llevar a cabo un análisis detallado de la situación para confirmar si dichas prácticas existen o no. Del mismo modo, la propia Acción 11 reconoce la dificultad de discriminar entre los efectos de las prácticas BEPS y los efectos de otros factores económicos o de las políticas fiscales por las que hayan optado los distintos estados. Siendo ello así, entendemos que las actuaciones encaminadas a mejorar la información disponible que propone la Acción 11 tendrán un cometido similar al informe *CbC*: alertar de posibles prácticas BEPS sobre las que deban actuar las administraciones, pero nunca podrán tener un efecto directo sobre el contribuyente.

La segunda preocupación que surge de la Acción 11 también es compartida con la acción 13 relativa al informe *CbC*: la confidencialidad de la información relativa a contribuyentes concretos. En el caso del *CbC* la preocupación es evidente pues la información se proporciona grupo a grupo; en el caso de la Acción 11, aunque parece predominar un enfoque macro-económico y estadístico en el que la información específica de los contribuyentes pudiera pasar más desapercibida, lo cierto es que no renuncia a la obtención de datos micro-económicos a través de las declaraciones fiscales de los contribuyentes. Al mismo tiempo, varios de los indicadores propuestos para detectar posibles prácticas BEPS están pensados para ser aplicados sobre las magnitudes reales de grupos multinacionales concretos.

En definitiva, la acción 11 no deja de ser una prueba más de la voluntad de las administraciones de poner coto a las prácticas BEPS mediante la obtención y tratamiento de la información, incidiendo en la necesidad del intercambio de dicha información entre las administraciones y la colaboración entre las mismas.



## **CAPÍTULO X**

### **ACCIÓN 12: EXIGIR A LOS CONTRIBUYENTES QUE REVELEN SUS MECANISMOS DE PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA**

*Miguel Muñoz Pérez*  
(EY)



## 1. INTRODUCCIÓN: CONTENIDO GENERAL DE LA ACCIÓN 12

Es de sobra conocido que los tres pilares básicos de todo el proyecto BEPS de la OCDE son la coherencia, el refuerzo de los requisitos sustantivos de los estándares internacionales y la mejora de la transparencia y la seguridad jurídica. En línea con esta última cuestión, el documento que daba publicidad a las quince acciones del plan BEPS señalaba que:

*“Las administraciones tributarias no disponen a menudo de información completa y relevante sobre las estrategias de planificación fiscal. Sin embargo, la disponibilidad de información específica, completa y temporánea es esencial para permitir que los gobiernos identifiquen rápidamente las áreas de riesgo.”*

De esta forma se justificaba la necesidad de establecer un marco orientativo que sirviese a las distintas jurisdicciones para diseñar unas normas que previesen la declaración obligatoria de las operaciones o estructuras agresivas que permitiese a las administraciones tributarias tener un conocimiento puntual y suficiente de ese tipo de construcciones, lo que facilitaría una mayor exactitud en los análisis de riesgo fiscal, una utilización más eficaz de los medios humanos y materiales de las administraciones tributarias, así como una reacción temprana que evitase o limitase los perjuicios a las haciendas públicas. Estos regímenes deberían estar dotados de la suficiente flexibilidad como para asegurar el equilibrio entre los beneficios obtenidos por la Administración y los costes de tratamiento de la información así como las cargas de cumplimiento tributario impuestas a los contribuyentes. Además, la OCDE propone un enfoque modular que permita la mayor coherencia entre jurisdicciones, a la vez que se garantiza la adecuación a las necesidades o riesgos fiscales propios de cada una de ellas.

Esta es, en definitiva, la finalidad perseguida por la Acción 12 del proyecto BEPS, que se beneficia de los trabajos desarrollados hasta la fecha por

la organización en materia de transparencia, particularmente el informe de 2011, *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*<sup>76</sup>, y el informe sobre cumplimiento cooperativo de 2013, *Co-operative Compliance: A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*<sup>77</sup>, que, a su vez, constituyó un desarrollo del informe de 2008, *Study into the Role of Tax Intermediaries*<sup>78</sup>.

La mención en el propio informe de la Acción 12 de todos estos antecedentes sirve para poner de manifiesto la estrecha relación existente entre los regímenes de revelación obligatoria y los de cumplimiento cooperativo ya que, en definitiva, los objetivos perseguidos por ambos son hasta cierto punto coincidentes, puesto que se orientan hacia la mejora de la transparencia, el análisis del riesgo fiscal desde el punto de vista de la Administración y, en definitiva, el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Sin embargo, existen también importantes diferencias entre unos y otros si se analizan desde la perspectiva de los sujetos afectados o de las consecuencias que se vinculan a los incumplimientos. Así, mientras los programas de cumplimiento cooperativo suelen estar dirigidos solo a grandes contribuyentes y revestir un carácter más voluntario para los mismos, los regímenes de revelación obligatoria, tanto los que ya están en vigor como los que puedan diseñarse de acuerdo con las orientaciones de la Acción 12, abarcan a un mayor número de contribuyentes, y también en su caso a los asesores o intermediarios fiscales, y llevan aparejado el correspondiente régimen sancionador en caso de incumplimiento. Incluso también desde la perspectiva de la finalidad perseguida por la Administración tributaria pudiera apreciarse la existencia de alguna disparidad, ya que la revelación temprana de prácticas fiscales agresivas pretende también facilitar a las autoridades la posibilidad de adoptar medidas normativas dirigidas a bloquear la efectividad de las mismas, aspecto que no suele estar presente entre los objetivos de los regímenes de cumplimiento cooperativo.

---

(76) OECD (2011), *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*, OECD, Paris, [www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/48322860.pdf](http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/48322860.pdf).

(77) OECD (2013b), *Co-operative Compliance: A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, OECD, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264200852-en>.

(78) OECD (2008), *Study into the Role of Tax Intermediaries*, OECD, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264041813-en>.

De esta forma, el foco de atención de los trabajos de la Acción 12 se centra en tres aspectos fundamentales: i) la fijación de recomendaciones para un marco modular de guías basadas en mejores prácticas para su uso por aquellos países que carezcan de normas de declaración obligatoria o que quieran mejorar la efectividad de los regímenes ya en vigor; ii) la especial atención a los esquemas de planificación internacional y la consideración de un concepto amplio de beneficio fiscal que permita incluir todas las operaciones relevantes; iii) y el diseño y puesta en funcionamiento de un modelo reforzado de intercambio de información con relación a dichos esquemas internacionales.

Debe tenerse en cuenta en todo caso que las recomendaciones incluidas en el informe final de la Acción 12 no constituyen un estándar mínimo de la OCDE por lo que los países podrán decidir libremente el establecimiento o no de regímenes de revelación obligatoria, así como, en su caso, la aplicación de las recomendaciones establecidas en el referido informe.

## **2. EL INFORME FINAL DE LA ACCIÓN 12**

El informe final de la Acción 12 ofrece una visión de conjunto del régimen de declaración obligatoria, basada en un análisis de los regímenes existentes en diversos países y establece unas recomendaciones dirigidas a facilitar el diseño de un régimen modular de revelación obligatoria que asegure, tal como antes se ha indicado, un grado de coherencia adecuado entre los distintos países a la vez que la suficiente flexibilidad como para que cada uno de ellos pueda determinar la intensidad de la obligación de declarar.

El contenido del informe se divide en cuatro capítulos. El primero se centra en la descripción de los elementos clave de un régimen de declaración obligatoria, a la vez que se estudia la interacción del mismo con otras obligaciones de transparencia y cumplimiento fiscal. El segundo establece el marco y características del diseño modular de un régimen de comunicación obligatoria. El tercero se enfoca al análisis de las peculiaridades de la comunicación obligatoria de estructuras internacionales de planificación fiscal agresiva, y establece la forma más adecuada de que las mismas queden cubiertas por la obligación de comunicación. El cuarto y último se refiere al intercambio de información, en particular en el caso de esquemas internacionales de planificación.

## A. Visión global de la declaración obligatoria

El establecimiento de un régimen de declaración obligatoria persigue en general varios objetivos complementarios. El primero de ellos es, sin duda, la obtención temprana de información completa sobre las prácticas de planificación fiscal potencialmente agresiva o abusiva, lo que permitirá a las administraciones tributarias una actuación más eficaz, desde el punto de vista de la asignación de recursos a la lucha contra el fraude, y efectiva, mediante la adopción de medidas normativas. Al mismo tiempo, la revelación obligatoria tiene un importante efecto preventivo tanto para los contribuyentes como para los intermediarios fiscales. En efecto, los contribuyentes se mostrarán más cautos en la utilización de este tipo de estructuras si son conscientes de que la administración tributaria conocerá tal circunstancia y, por otra parte, los intermediarios fiscales serán menos proclives al diseño y comercialización de este tipo de estructuras si saben que las autoridades fiscales tendrán conocimiento y podrán adoptar medidas para eliminar la eficacia de las mismas en un plazo breve de tiempo desde su puesta en práctica.

El informe final propone una serie de cuestiones que deben ser planteadas al diseñar un modelo de declaración obligatoria y una serie de principios que conviene que sean observados.

Así, por lo que se refiere a las cuestiones, las más relevantes serían las siguientes:

- ¿Quién debe llevar a cabo la declaración? Se trata de decidir si la obligación se impone a los contribuyentes que utilicen las estructuras de planificación agresiva y/o los promotores o diseñadores de las mismas.
- ¿Qué debe ser objeto de declaración? Esto es, la identificación de los esquemas que deben ser declarados, así como de la información relativa a los mismos que debe ser comunicada.
- ¿Cuándo debe declararse la existencia de estas operaciones? Si se pretende que el régimen cumpla eficazmente con su finalidad resulta esencial cuestionarse el momento en que debe cumplirse con la obligación de declaración, para asegurar la detección temprana de los esquemas de riesgo por parte de la Administración.
- ¿Qué obligaciones adicionales, además de la de declarar, deben imponerse a los promotores o usuarios? Se trata de analizar la con-

veniencia de exigir la inclusión de números de identificación de los diferentes esquemas en las declaraciones o autoliquidaciones tributarias, o bien, en el caso de los intermediarios fiscales, de exigir la comunicación de listados de clientes o usuarios de los diferentes esquemas de planificación.

- ¿Cuáles son las consecuencias del incumplimiento de la obligación? ¿Y las del cumplimiento de la misma? Estas preguntas se refieren al diseño del régimen sancionador así como a la necesidad de explicitar que la comunicación de un determinado esquema no equivale a su autorización por parte de la Administración tributaria ni implica que esta no pueda cuestionarlo en el curso de un posterior procedimiento de comprobación.
- ¿Cómo se usará la información obtenida? Parece claro que, una vez obtenida la información relevante, las autoridades deben cuestionarse por los medios para llevar a cabo el mayor aprovechamiento de la misma.

Por su parte, los principios esenciales a tener en cuenta en el diseño de cualquier régimen de revelación obligatoria serían:

- La claridad de sus normas, ya que su falta provocaría una mayor resistencia a su cumplimiento por parte de los sujetos obligados, así como la obtención de una mayor cantidad de información irrelevante por parte de la Administración.
- El equilibrio entre los beneficios obtenidos por la Administración y las cargas de cumplimiento que se hacen recaer sobre los sujetos obligados.
- La efectividad del régimen de declaración obligatoria en el cumplimiento de los fines perseguidos y en la adecuada identificación de los esquemas de planificación fiscal más relevantes.
- La eficacia en el uso de la información obtenida, que exige un adecuado sistema de comunicación de la misma dentro de la Administración tributaria y, en el caso de los esquemas de carácter internacionales, con otras Administraciones.

## **B. Elementos básicos de un modelo de régimen de declaración obligatoria.**

Para la eficaz obtención de información temprana sobre los esquemas de planificación fiscal agresiva así como sus usuarios y promotores, deben te-

nerse en cuenta tres elementos esenciales: quién debe comunicar la información, qué información debe comunicar y cuando debe hacerlo. Todo ello teniendo en cuenta la necesidad de dotar al sistema de la necesaria flexibilidad para responder a las necesidades y riesgos específicos de cada país.

Los regímenes de declaración obligatoria existentes en la actualidad pueden clasificarse en dos grandes categorías atendiendo al elemento que se encuentra en la génesis de la obligación de declarar:

- Sistemas de tipo transaccional, como el vigente en Estados Unidos, en los que las autoridades determinan qué transacciones consideran como generadoras de riesgo fiscal e imponen la obligación de declaración a cualquier contribuyente que obtenga un beneficio fiscal derivado de las mismas, así como cualquier intermediario que preste asistencia a tales contribuyentes con relación a estas transacciones.
- Sistemas basados en el promotor, como los establecidos en Reino Unido o Irlanda, en los que la atención se centra de modo preferente, aunque no exclusivo, en los promotores de este tipo de esquemas

Sin embargo, el propio informe final reconoce que esta distinción reviste un carácter más teórico que efectivo, dado que, por una parte, ningún sistema real puede clasificarse de manera perfecta en ninguna de los dos categorías, sino que en la práctica revisten características de una y de otra y, además, las respuestas ofrecidas a las preguntas antes señaladas por ambos tipos de sistemas son en ocasiones idénticas.

### *B.1 ¿Quién debe ser el obligado a declarar?*

Con relación a la determinación del sujeto sobre el que recae la obligación de declarar, se pueden diferenciar dos opciones:

Que la obligación recaiga tanto sobre el promotor del esquema como sobre el usuario del mismo. En este caso puede a su vez distinguirse según que el cumplimiento de la obligación por parte de uno de ellos libere o no al otro.

Que la obligación recaiga, como regla general, sobre el promotor del esquema. En este caso se suele hacer recaer la obligación de declarar en el usuario en una serie de casos en los que se prevé que el promotor podrá no cumplir con su obligación, como son las situaciones en los que el promotor reside en otro país, no hay promotor (por tratarse por ejemplo de opera-

ciones diseñadas por servicios *in house*) o el promotor puede invocar el privilegio del secreto profesional para no revelar la información.

De acuerdo con el informe final, la primera opción puede potenciar el efecto disuasorio del régimen de declaración obligatoria, ya que alcanza tanto al promotor como al usuario, pero ofrece el inconveniente de crear mayores cargas de cumplimiento y multiplicar los casos de declaración múltiple de un mismo esquema. Por ello, el informe no opta en su recomendación por ninguno de los dos sistemas, aunque si recuerda la conveniencia de prever determinados casos, como los ya mencionados de residencia en otro país, inexistencia de promotor o invocación del secreto profesional, en los que la obligación general de declaración impuesta al promotor se haga recaer en el usuario.

Del mismo modo, el informe recomienda que la definición de promotor a estos efectos incluya a cualquier persona que haya prestado ayuda material, asistencia o asesoramiento, sea responsable o haya participado en el diseño, comercialización, organización o gestión de elementos generadores de una ventaja fiscal o de un esquema de planificación fiscal en el curso de la prestación de servicios relativos al asesoramiento fiscal.

### *B.2 ¿Qué debe declararse?*

La cuestión del alcance material de la obligación de declarar puede referirse a dos cuestiones distintas: los concretos esquemas que deben ser declarados y la específica información de cada uno de tales esquemas que debe ser comunicada.

Con relación a la primera cuestión, la primera duda que se ofrece es la de si resulta o no conveniente establecer un umbral previo que, a modo de filtro, limite el número de esquemas de planificación agresiva que deban ser objeto de declaración.

La ventaja evidente de esta última opción es la de depurar la información que llega a manos de la Administración, permitiendo que solo se notifiquen aquellas operaciones que, cumpliendo con los requisitos previos establecidos, revistan mayor interés a efectos de prevenir riesgos fiscales. En general los umbrales aplicados pueden ser de tipo cuantitativo o referirse a la finalidad principal del esquema.

En el primer caso, se puede establecer un umbral de *minimis* por debajo del cual no se genere la obligación de comunicación del esquema. Dicho umbral puede ser variable en función del tipo de operación de que se trate o bien aplicarse sobre el importe total de la operación o sólo sobre el importe del beneficio fiscal.

El segundo tipo de filtro se refiere generalmente a la determinación del objetivo principal de la operación susceptible de ser declarada (*principle purpose test* o *main benefit test*), de forma que existirá obligación de revelación cuando la obtención de una ventaja fiscal aparezca como el principal o uno de los principales beneficios derivados de la participación en un determinado esquema.

Una vez resuelta la cuestión de si conviene o no establecer umbrales previos que limiten la obligación de declaración, se aborda la cuestión de qué operaciones deberán quedar sujetas a la misma. En este sentido, los elementos esenciales son los denominados marcadores, es decir, herramientas que sirven para identificar aquellos rasgos que interesan a las Administraciones tributarias.

Los marcadores pueden clasificarse en genéricos, que atienden a características comunes que suelen presentar los esquemas de planificación fiscal agresiva, y específicos, que atienden a aspectos vulnerables que hayan sido identificados en un concreto sistema tributario o a técnicas de uso frecuente en los esquemas de elusión fiscal.

Los marcadores genéricos que suelen emplearse son los siguientes:

- Confidencialidad (*confidentiality*): este marcador concurre en los casos en que la oferta de un determinado esquema o el asesoramiento a un cliente se realiza bajo condición de confidencialidad, bien sea en relación con el tratamiento fiscal, la estructura de la transacción o la ventaja fiscal resultante. En estos casos resulta claro que el promotor quiere mantener el esquema en secreto frente a otros promotores o frente a las autoridades tributarias, lo que, además de facilitar el uso sucesivo de un determinado esquema, resulta indicativo de que el mismo es innovador o agresivo.
- Honorarios elevados o vinculados al resultado (*premium or contingent fees*): se cumpliría este marcador en el caso en que se aprecie que los honorarios percibidos por el promotor son

particularmente elevados o quedan vinculados a la efectiva percepción de la ventaja fiscal por el usuario.

- Cláusula de protección contractual (*contractual protection*): se trata de figuras que implican el aseguramiento por parte del promotor de cualquier pérdida que pueda resultar del fracaso del esquema fiscal, que implique una reducción de la ventaja fiscal obtenida o la imposición de sanciones, recargos, intereses o cualquier otro tipo de carga económica.
- Productos fiscales estandarizados (*standard ised tax products*): implica que un determinado esquema fiscal se diseña con la intención de ofrecerlo a más de un usuario, mediante el empleo de documentación estándar que no se ajuste de ningún modo a las circunstancias particulares de cada usuario.

Junto a la descripción de los principales marcadores genéricos que pueden ser empleados, el informe final alude a la posibilidad que los mismos se apliquen de modo subjetivo o hipotético, esto es, que se considere que se cumple un determinado marcador, independientemente de si el mismo se da objetivamente en la práctica, si se estima que, atendiendo a las circunstancias, parecería lógico que se aplicase en ese caso concreto. Así, por ejemplo, si se entiende que un determinado esquema fiscal es particularmente innovador y elaborado que parecería lógico que el promotor quisiese mantenerlo en secreto y el usuario estaría dispuesto a pagar unos honorarios superiores a los normales por poder acceder al mismo, se podrían considerar cumplidos los marcadores relativos a la confidencialidad y a los honorarios, independientemente de que en la práctica existan dichos acuerdos de confidencialidad u honorarios.

Por lo que se refiere a los marcadores específicos, tal como se ha indicado, son los que mejor sirven para adaptar un régimen de declaración obligatoria a las particularidades del sistema fiscal de un país determinado, así como para mantenerlo actualizado. El informe final recomienda que las autoridades tributarias sean particularmente flexibles en la definición de estos marcadores específicos para evitar que una interpretación estricta de los mismos sirva para eludir la obligación de declaración.

Algunos de los marcadores específicos mencionados en el informe final de la Acción 12 son los siguientes:

- Esquemas de pérdidas (*loss schemes*)
- Acuerdos de leasing (*leasing arrangements*)

- Esquemas de empleo (*employment schemes*)
- Esquemas de conversión de ingresos (*converting income schemes*)
- Esquemas relacionados con entidades residentes en jurisdicciones de baja tributación (*schemes involving entities located in low-tax jurisdictions*)
- Acuerdos que incluyan instrumentos híbridos (*arrangements involving hybrid instruments*)
- Transacciones con importantes divergencias fiscal/contable (*transactions with significant book-tax differences*).
- Transacciones análogas a las incluidas en el listado de las autoridades fiscales (*listed transactions*)
- Transacciones de interés (*transactions of interest*)

La recomendación incluida en el informe final de la Acción 12 es que los países establezcan un sistema mixto de marcadores genéricos y específicos, previendo que la obligación de declaración surja directamente en el caso de que concurra uno solo de tales marcadores. El informe no se pronuncia sin embargo sobre la conveniencia o no de aplicar el análisis hipotético o puramente fáctico o sobre el establecimiento de un umbral *de minimis* sobre los marcadores específicos para limitar el número de operaciones de declaración obligatoria por concurrencia de los mismos.

### *B.3 ¿Cuándo debe llevarse a cabo la declaración?*

El mejor cumplimiento de los objetivos de un sistema de declaración obligatoria exige que transcurra el menor tiempo posible entre la puesta en práctica del esquema de planificación fiscal agresiva y su comunicación a la autoridad tributaria.

La determinación del momento en que surge la obligación de declaración varía en función de quién sea el sujeto obligado a llevar a cabo la misma. Así, si el sujeto obligado a declarar es el promotor, se considera conveniente que la obligación nazca en el momento en que el esquema de planificación se pone a disposición de los clientes, dado que en ese momento el promotor conoce ya todos los elementos relevantes del mismo. Sin embargo, cuando la obligación de declaración pesa sobre el usuario, el nacimiento de la misma se debe producir cuando el esquema es puesto en práctica, ya que es entonces cuando se supone que el usuario debería conocer todos los aspectos esenciales. En cualquiera de los dos casos, se recomienda que el plazo de declaración voluntaria sea el mínimo posible, para asegurar un conocimiento temprano por parte de la Administración, que facilitará el efecto disuasorio así como la reacción temprana por parte de las autoridades.

#### *B.4 Otras obligaciones impuestas a usuarios y promotores*

El informe final se refiere a estas otras obligaciones dirigidas a la mejor identificación de los esquemas de planificación fiscal así como de los usuarios de los mismos. Tal identificación se mejora a través del empleo de números de identificación de los esquemas (*scheme reference number*) y/o de listas de clientes de los promotores.

El número de identificación del esquema se facilita por la autoridad fiscal al promotor del mismo en el momento de cumplir con la obligación de declaración. Posteriormente dicho promotor debe facilitar ese número a sus clientes para que estos puedan incluirlo en su autoliquidación del impuesto.

El informe final recomienda el uso de números de referencia combinados con la comunicación, automática si la normativa nacional lo permite, de listados de clientes en los casos en que la obligación de declaración de los esquemas de planificación fiscal pesa sobre los promotores. En los supuestos en que la obligación pesa también sobre los usuarios, la utilización de listados no se considera imprescindible, pero se entiende que puede facilitar el control cruzado de los esquemas de optimización.

#### *B.5 Consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de la obligación*

El informe final incluye dos recomendaciones referidas a los casos de cumplimiento de la obligación de revelación de los mecanismos de planificación fiscal. Por una parte, se indica que los regímenes que puedan establecerse deben dejar claro que la declaración de un esquema de optimización no supone su aceptación por parte de la Administración tributaria, o la consolidación de los beneficios fiscales obtenidos. De esta forma la mera declaración no impide la posterior aplicación de las normas antielusión o los procedimientos de comprobación tributaria. Por otra parte, se analiza la cuestión de la compatibilidad de esta obligación de declaración con el derecho a la no autoincriminación o derecho a no declarar contra uno mismo. En este sentido se concluye que, dado que la información que ha de facilitarse no difiere en esencia de la que la Administración tributaria puede requerir al contribuyente en el curso de un procedimiento de comprobación, no debería plantearse que la obligación de declaración infrinja el referido derecho.

En el caso de incumplimiento de la obligación de declaración, se recomienda el establecimiento de un régimen sancionador acorde con los prin-

cipios generales del ordenamiento de cada país, que incluya la imposición de sanciones pecuniarias, coercitivas y proporcionales al importe del beneficio fiscal obtenido, así como sanciones no pecuniarias.

### *B.6 Cuestiones procedimentales y administrativas*

El informe final aborda también la cuestión de la concreta información que, con relación a cada esquema de planificación, debe ser incluida en la declaración, de manera que llega a describir un borrador de formulario de declaración.

Los elementos que deben ser declarados son, en principio, los siguientes:

- Datos identificativos de promotores y usuarios
- En su caso, número de identificación del esquema
- Detalles de la disposición (marcador) que convierte al esquema en sujeto a declaración obligatoria.
- Descripción de los acuerdos y, en su caso, indicación del nombre por el que es conocida generalmente la operación.
- Identificación normativa en la que se basa la ventaja fiscal.
- Descripción de la ventaja o beneficio fiscal.
- Lista de clientes, en el caso de declaración por el promotor.
- Importe del beneficio fiscal que se espera obtener.

Se recomienda a los países que quieran establecer un régimen de declaración obligatoria que prevean la posibilidad de que sus autoridades tributarias puedan requerir a los obligados información sobre diferentes extremos tales como los motivos por lo que no han cumplido, en su caso, con la obligación de declaración, la identificación de los promotores o usuarios de los esquemas, así como cualquier otra información complementaria que se considere relevante a la vista de la información suministrada.

Se prevé que dicha información pueda ser empleada esencialmente con la finalidad de mejorar el análisis de riesgos fiscales por parte de las autoridades, así como para promover reformas normativas. En cualquier caso, se estima conveniente que se creen unidades específicas encargadas de llevar a cabo ese análisis de riesgos y coordinar el uso y comunicación de la información obtenida dentro de la propia Administración tributaria y con relación a otras administraciones.

### C. Esquemas fiscales internacionales

La planificación fiscal internacional presenta una serie de características peculiares que hacen más difícil para las Administraciones tributarias el poder obtener una información puntual y completa de tales operaciones y sus consecuencias fiscales. Por ello se estima necesario que los regímenes de declaración obligatoria contengan una serie de previsiones específicas enfocadas en los esquemas fiscales internacionales y que permitan a las Administraciones obtener toda la información relevante a la vez que evitan el riesgo de recopilar datos u operaciones irrelevantes, imponiendo así a los sujetos obligados una carga excesiva e infundada.

En principio nada se opone a que las reglas aplicables a los esquemas fiscales puramente nacionales incluyan también a los esquemas transnacionales. Sin embargo estos últimos suelen implicar la generación de beneficios o ventajas fiscales distintos en diferentes jurisdicciones por lo que los regímenes de revelación obligatoria enfocados exclusivamente en las operaciones nacionales, pueden no llegar a abarcar todos los mecanismos internacionales relevantes, ya que, si no se tiene una imagen completa de los mismos, el beneficio fiscal generado en un solo país puede parecer irrelevante.

Teniendo en cuenta tales particularidades, el informe final de la Acción 12 contiene una serie de recomendaciones particulares que se invita a tener en cuenta a la hora de diseñar un régimen de declaración obligatoria de esquemas fiscales internacionales:

- Determinación de los obligados a declarar: Solo debe imponerse la obligación de declarar a los contribuyentes que residan a efectos fiscales en el país de que se trate y a sus asesores, y exclusivamente con relación a los esquemas de planificación que produzcan efectos fiscales en tal país.
- No aplicación de umbrales: se considera que si se logra una adecuada definición de los marcadores genéricos y específicos aplicables a los mecanismos internacionales, no será necesario establecer ni umbrales cuantitativos ni umbrales que atiendan a la finalidad de tales operaciones para evitar el riesgo de obtención de una información excesiva a irrelevante.
- Desarrollo de marcadores que atiendan a las consecuencias transnacionales: se recomienda el establecimiento de marcadores que

pongan su atención en los mecanismos de erosión de bases imponibles que generan riesgo fiscal, bien de manera general o para la jurisdicción particular que los está estableciendo. Algunos de estos mecanismos serían, por ejemplo, el aprovechamiento de desajustes híbridos (*hybrid mismatch*), el abuso de tratados (*treaty shopping*), acuerdos que generan un conflicto en la titularidad de determinados activos que origina una doble imposición o doble no imposición, la existencia de gastos deducibles derivados de pagos intragrupo a favor de entidades que no tengan residencia fiscal en ninguna jurisdicción o residan en jurisdicciones con baja o nula imposición corporativa...

Se recomienda que los marcadores sean tanto genéricos como específicos y que se apruebe un listado de mecanismos o resultados fiscales transnacionales que queden fuera de la obligación de declarar por ser conocidos por la Administración y no generar riesgo fiscal, evitando así la recepción de información irrelevante.

- Definición amplia de “acuerdo que produzca efectos fiscales transnacionales”: uno de los objetivos declarados del Proyecto BEPS era el establecimiento de un concepto amplio de este tipo de acuerdos que permita captar cualquier mecanismo con efectos fiscales transnacionales en el que participe un sujeto obligado nacional; si bien se prevé que una jurisdicción solo debe imponer la obligación de declaración en caso de que el esquema en cuestión produzca un impacto fiscal material en la misma.

La definición de acuerdo (*arrangement*) debe ser lo suficientemente amplia como para abarcar cualquier esquema, plan o entendimiento, así como todas las fases del mismo y los sujetos que son parte o resultan de cualquier modo afectados por el mismo. Además, la obligación de revelación debe abarcar a cualquier operación que produzca efectos transnacionales y no solo a aquéllas en los que tales efectos sean el único o principal objetivo. Ahora bien, los efectos fiscales del esquema en la jurisdicción en cuestión deben ser materiales, es decir, superar un determinado umbral cuantitativo que se ha de fijar con referencia a los pagos efectuados por o a favor del contribuyente residente.

Por otra parte se recomienda también adoptar un concepto amplio de contribuyente doméstico a estos efectos, de manera que la obligación incluya a los residentes fiscales así como a cualquier no residente que pueda tener obligaciones de información sobre las fuentes de renta vinculadas al país en cuestión.

- Limitación a la obligación de declaración: el informe final contiene la recomendación de que la obligación de declaración se imponga solo en los casos en que sea razonable considerar que el usuario del esquema debería haber sido consciente de los efectos transnacionales del mismo en caso de haber observado la diligencia ordinaria propia de las operaciones comerciales de que se trate.
- Información que debe facilitarse: si bien solo puede exigirse al contribuyente que declare la información relevante de que disponga, entendiendo que los aspectos a comunicar son similares a los aplicables en caso de esquemas puramente nacionales. Se considera exigible que el contribuyente se vea obligado a desarrollar una cierta investigación sobre los efectos fiscales transnacionales de los esquemas en los que participa, particularmente en el caso de esquemas intragrupo, si bien respetando en todo caso el secreto comercial o los compromisos de confidencialidad que hayan podido ser asumidos por terceros. Por ello, se recomienda que en los casos en que las restantes partes que participan en el mecanismo no comuniquen la información relevante o se muestren reticentes, el usuario nacional comunique su participación en un esquema con efectos transnacionales y la imposibilidad de obtener toda la información relevante a pesar de haber llevado a cabo las consultas oportunas.
- Sujetos obligados a declarar: al igual que en el caso de esquemas nacionales, la obligación de declarar puede imponerse a los usuarios y/o a los promotores, recomendándose que se utilice un concepto amplio de promotor.

#### **D. Intercambio de información.**

El informe final dedica su último capítulo al intercambio de información, entendiendo que, particularmente en el caso de los esquemas con efectos transnacionales, dicho intercambio resulta imprescindible para alcanzar los objetivos de prevención y eliminación de los riesgos fiscales.

En este sentido, la Acción 12 no propone la creación de mecanismos específicos de intercambio de información, sino simplemente la aplicación de los mecanismos genéricos ya previstos en el marco de la OCDE existentes, es decir, los derivados de las Acciones 5 y 13, así como el *Forum on Tax Administration y el Joint International Tax Shelter Information and Collaboration Network* (JITSIC).

### 3. SITUACIÓN EN DERECHO COMPARADO Y EN ESPAÑA

Las primeras iniciativas en materia de establecimiento de sistemas de declaración obligatoria se adoptaron en la segunda mitad de la década de 1980 en Estados Unidos (1984) y Canadá (1989). Sin embargo, es en la primera década del siglo XXI cuando se produce una nueva ola regulatoria dando lugar a la renovación de esos dos regímenes iniciales y a la aparición de nuevos modelos en países como Sudáfrica (2003), Reino Unido (2004), Portugal (2008) o Irlanda (2011). Ya en época más reciente Israel y Corea del Sur han adoptado también sistemas de revelación obligatoria de esquemas de planificación fiscal agresiva<sup>79</sup>.

En **Estados Unidos** rige desde 1984 un sistema, modificado profundamente en 2004 del tipo *transaction-based*, en el que se establecen una serie de *reportable transactions* clasificadas en cinco categorías: *listed transactions*, que incluyen aquellas que sean idénticas o sustancialmente similares a las que el IRS ha declarado como operaciones dirigidas a la evasión fiscal; *confidential transactions* y *transactions with contractual protection*, en las que se engloban aquellas operaciones que cumplen con los marcadores genéricos antes expuestos; *Loss transactions* que cumplen con el marcador específico correspondiente; y *transactions of interest* categoría residual en la que se incluyen todas aquellas otras operaciones que, pudiendo ser potencialmente utilizadas para la elusión fiscal, no encuentran acomodo en las restantes categorías. El sistema aplica, además un umbral monetario variable en la mayor parte de estas categorías para eliminar el riesgo de que se comuniquen operaciones de escasa relevancia fiscal.

---

(79) Para un análisis más detallado de los regímenes de declaración obligatoria nos remitimos al trabajo *“Examen de algunos regímenes de declaración previa de operaciones posiblemente elusivas”* del Profesor Palao Taboada publicado como anexo al libro *“Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuestas para una mayor seguridad jurídica”* de la Fundación Impuestos y Competitividad, que puede encontrarse en <http://www.fundacionic.com/wp-content/uploads/2015/06/EXAMEN-DE-ALGUNOS-REGÍMENES-DE-DECLARACIÓN-PREVIA-DE-OPERACIONES-POSIBLEMENTE-ELUSIVAS-.pdf>

La obligación de declaración se impone tanto al usuario como al promotor, sin que la declaración por uno de ellos libere al otro. Además se establece un concepto amplio de promotor, basado en la idea de *material advisor* y la identificación de los esquemas y usuarios se logra mediante la utilización tanto de números identificativos (*scheme reference number*) como de la imposición de la obligación de facilitar listados de clientes o usuarios de los mecanismos sujetos a revelación.

Finalmente resulta también destacable el hecho de que la gestión y análisis de la información obtenida se encarga a una unidad especial del IRS denominada *Office for Tax Shelter Analysis* (OTSA).

En el caso de **Canadá**, el *Tax Shelter Regimen* se introdujo en 1989 y fue seguido de la aprobación en 2013 de un régimen mucho más amplio denominado *Reporting of Tax Avoidance Transactions* (RTAAT). En este caso la obligación de declaración se impone tanto a usuarios como a promotores, si bien en caso de que uno de ellos cumpla con su obligación el otro queda liberado de la misma. La identificación de los esquemas sujetos a revelación se produce por la concurrencia de dos de los tres marcadores genéricos aplicados (*tax-results oriented fee, contractual protection y confidential clause*), se prevé la aplicación de un umbral basado en el análisis del objetivo principal de la operación (*main benefit test*) y se utilizan tanto listados de clientes como números de referencia para la identificación de esquemas y usuarios. Resulta además destacable el establecimiento de un plazo muy amplio para la revelación de los esquemas, ya que los mismos deben ser declarados antes del 30 de junio del año siguiente a aquel en que la transacción se considera sujeta a revelación obligatoria (*reportable transaction*)

El **Reino Unido** introdujo el sistema de *Disclosure of Tax Avoidance Schemes* (DOTAS) en 2004, modificándolo después en 2006, 2011 y 2016<sup>80</sup>. Re-

(80) Las guías sobre este régimen publicadas por el HMRC pueden consultarse en las siguientes direcciones de internet:

- Guidance Disclosure of tax avoidance schemes (DOTAS) Income Tax, Corporation Tax, Capital Gains Tax, National Insurance contributions (NICs), Stamp Duty Land Tax (SDLT), Annual Tax on Enveloped Dwellings (ATED) and Inheritance Tax (IHT): [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/560047/dotas-guidance.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/560047/dotas-guidance.pdf)
- Disclosure of VAT avoidance schemes: <https://www.gov.uk/government/publications/vat-notice-7008-disclosure-of-vat-avoidance-schemes/vat-notice-7008-disclosure-of-vat-avoidance-schemes>

cientemente, la *Finance Bill* de 2017 modifica la obligación de revelación con relación a los impuestos indirectos extendiendo el régimen e incrementando el nivel de transparencia. Bajo este sistema se han reportado más de 2.350 esquemas, de los cuales 925 han sido bloqueados mediante la adopción de modificaciones normativas. Se trata de un sistema en que la obligación de declaración se impone al promotor, de manera que el usuario solo deberá cumplir con ella en los casos en que no exista promotor, este resida fuera del Reino Unido o se invoque el privilegio de secreto profesional. Quedan sujetos a declaración los mecanismos que cumplan con uno de los tres marcadores genéricos (*confidentiality, premium fee y standardised tax product*) o de los cuatro específicos que se establecen, permitiéndose además la aplicación subjetiva o hipotética de los marcadores genéricos. La declaración debe producirse en el plazo de cinco días laborables desde que el esquema se comienza a comercializar o, en el caso de declaración por los usuarios, en el plazo de 30 días desde la aplicación del mecanismo.

En caso de incumplimiento de la obligación de declaración se prevé un sistema de sanciones que diferencia entre la sanciones por infracción de la obligación de comunicación por el promotor, sanciones por falta de comunicación del número de identificación de esquema por el usuario y sanciones por otros incumplimientos de obligaciones de información derivadas del DOTAS.

Las sanciones por infracción de la obligación de comunicación implican una multa a tanto alzado y una multa coercitiva en caso de persistencia del incumplimiento. El importe de la multa a tanto alzado se fija por los tribunales y puede oscilar desde seiscientas a cinco mil libras por día transcurrido desde que debió notificarse el esquema hasta la fecha de imposición de la sanción, con un máximo de un millón de libras. Las sanciones coercitivas son impuestas por el HMRC y ascienden a un máximo de seiscientas libras por día en que se mantenga la falta de comunicación a partir de la imposición de la sanción inicial.

Las sanciones por falta de cumplimiento de otras obligaciones de información suponen también la imposición de multas a tanto alzado y coercitivas, aunque los importes máximos son de cinco mil libras y de seiscientas libras por día, respectivamente.

Finalmente, en el caso de incumplimiento de la obligación de comunicación del número de referencia de un esquema por parte de un usuario

del mismo, la sanción prevista es de cinco mil libras por esquema en caso de tratarse de la primera infracción, elevándose la cuantía a siete mil quinientas y a diez mil libras por esquema en el caso del segundo o ulteriores incumplimientos en un plazo inferior a tres años.

En el **ámbito de la UE**, si bien no se ha presentado ninguna iniciativa legislativa concreta en esta materia, la Comisión, de acuerdo con lo indicado por el Consejo Europeo en octubre de 2016 en materia de transparencia fiscal, lanzó en noviembre de 2016 una consulta pública “sobre las medidas destinadas a disuadir a los asesores e intermediarios financieros de proponer esquemas de optimización fiscal potencialmente agresivos” con la finalidad de recibir opiniones con relación a la necesidad de una acción de la UE en esta materia, así como propuestas sobre el modelo que debería adoptarse y sus características esenciales. A pesar de que el periodo de consulta pública finalizó en febrero de 2016, en el momento de la finalización de este artículo aún no se habían publicado sus resultados.

En cuanto al ámbito puramente nacional, en España no se ha aprobado ninguna regulación específica en línea con la Acción 12 de BEPS, de manera que las medidas que más se asemejan a esta cuestión son algunas iniciativas relacionadas más bien con el cumplimiento cooperativo, tales como el Foro de Grandes Empresas, creado en 2009, y el Foro de Asociaciones y Colegios Profesionales Tributarios, de 2011

#### **4. CUESTIONES QUE PUEDEN PLANTEARSE**

Teniendo en cuenta el momento de desarrollo en que se encuentra la acción 12 de BEPS, resulta muy apropiado subrayar algunas cuestiones a las que sin duda debería prestarse especial atención en caso de que cualquier jurisdicción decidiese acometer la tarea de poner en funcionamiento un régimen de revelación obligatoria de esquemas fiscales potencialmente agresivos.

En realidad, las diferentes incertidumbres que se plantean conducen todas a un mismo problema de base, esto es, la inseguridad jurídica que puede ocasionar a profesionales y contribuyentes una definición demasiado amplia o demasiado vaga de los conceptos básicos de cualquier régimen de revelación obligatoria.

Así, por ejemplo, una definición excesivamente amplia del concepto de esquema de planificación fiscal agresiva puede generar obligaciones for-

males desproporcionadas a los contribuyentes y, sobre todo generar inseguridad jurídica, a la vez que implica la generación de un volumen ingente de información que la administración tributaria pudiera no ser capaz de analizar debidamente. En este sentido cabe recordar la Decisión nº 2013-685 DC del Consejo Constitucional francés<sup>81</sup> que declaró inconstitucional el precepto que imponía a los intermediarios fiscales la obligación de revelar cualquier “esquema de optimización fiscal” que se comercializara debido a la inseguridad jurídica y a la arbitrariedad a que podía conducir la definición excesivamente ambigua de tal concepto.

En este sentido, la correcta definición de los marcadores se anticipa como el elemento central del diseño de un régimen de este tipo. Desde la adecuada determinación de los umbrales de declaración (dada la incertidumbre que suele ir aparejada a la aplicación del *principle purpose test*, parece conveniente estudiar la aplicación de una regla de *mínimis* para evitar que surja la obligación de comunicar en los casos de operaciones de poca trascendencia tributaria) hasta los problemas que puede implicar la aplicación hipotética de marcadores genéricos.

Desde el punto de vista de los elementos subjetivos debe prestarse especial atención a la delimitación del concepto de promotor, identificando claramente el grado de intervención en un determinado esquema que determina el nacimiento de la obligación de revelación por parte del profesional tributario, así como analizar con detenimiento la relación entre la obligación de revelación y el secreto profesional reconocido, en nuestro caso, en el artículo 20 de la Constitución.

En definitiva, parece que la no consideración de la acción 12 como estándar mínimo de la OCDE resulta adecuada, si se tiene en cuenta la falta de consenso en cuanto a las características esenciales que debe presentar un régimen de revelación obligatoria para cumplir con su finalidad de ser un instrumento adecuado de prevención del riesgo fiscal por parte de las autoridades tributarias a la vez que respeta los derechos de los intermediarios fiscales y contribuyentes.

---

(81) Citada por Calderón Carrero, José Manuel y Quintas Seara, Alberto, en “Cumplimiento tributario cooperativo y Buena gobernanza fiscal en la era BEPS”, Civitas - Thomson Reuters, Madrid, 2015.

## **CAPÍTULO XI**

### **ACCIÓN 13: REEXAMINAR LA DOCUMENTACIÓN SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA**

*Carolina del Campo Azpiazu, José Díaz-Faes Álvarez y  
César Salagaray Scarpa  
(KPMG)*



## 1. DEFINICION GENERAL DE LA ACCION 13 DE BEPS

Documentación sobre precios de transferencia.

De todas las acciones del proyecto BEPS, la número 13 es una de las que tiene un impacto más inmediato en la gestión fiscal día a día de las multinacionales, y es una de las piezas clave en la pretendida restauración del sistema fiscal internacional y algunos países OECD relevantes la consideran la piedra angular para corregir lo que en su opinión pueden ser inadecuados e insuficientes niveles de tributación de algunas multinacionales en sus territorios.

Esta acción se enmarca de lleno en dos de los objetivos clave del proyecto BEPS, por un lado el incremento de la transparencia por parte de las multinacionales en sus relaciones con las Administraciones Tributarias a nivel global, y por otro el del alineamiento de la tributación con la realidad de negocio, la sustancia económica y la cadena de generación de valor de la empresa multinacional.

Los precios de transferencia, incorrectamente aplicados pueden ser una de las principales causas de preocupación del proyecto BEPS y con un impacto económico mayor. La acción 13 implica la revisión de las normas y exigencias en el ámbito de los precios de transferencia para dar mayor visibilidad a las autoridades fiscales y facilitarles el proceso de selección de objetivos de inspección.

Es por eso que la acción 13 fija un nuevo estándar recomendado para la documentación de precios de transferencia que implica un cambio de paradigma en cuanto a la exigencia y calidad del contenido, en base a un modelo que se va a componer de tres elementos:

- Un *Master file*, con vocación global y documento con visión y contenido muy estratégico (disponible para las autoridades fiscales de todas las jurisdicciones donde opere un Grupo).

- Un *Local File* específico para cada entidad del Grupo.
- Un informe país por país o *Country by Country Report* (CBCR) que dé visibilidad a las autoridades fiscales acerca de los ingresos, beneficios, impuestos (devengados y satisfechos), personal y activos del Grupo desglosados por jurisdicción.

El contenido de la Acción 13 de BEPS va a constituir el nuevo Capítulo V de las Directrices de la OCDE y se recomienda a las jurisdicciones individuales que adopten el “*Three tiered approach*” o enfoque en tres bloques o elementos.

De la Acción 13 se desprende que el *Master file* será común a todas las entidades del Grupo.

El informe de *Country by Country* que complementa la documentación de precios de transferencia, será una herramienta de “*risk assesment*”, que las autoridades fiscales podrán compartir a través de un mecanismo de intercambio de información que se espera que va a funcionar de forma muy ágil.

El enfoque BEPS de documentación es claramente más analítico y basado en elementos estratégicos y objetivos del negocio y su cadena de valor, para poder poner las transacciones vinculadas individuales en contexto.

El nuevo entorno BEPS de documentación de precios de transferencia es una piedra angular para que las Administraciones Fiscales puedan organizar sus recursos y evaluar en qué contribuyentes el perfil de riesgo fiscal es mayor y en cuáles las posibilidades de erosión de bases imponibles son mayores; todo esto debido especialmente a aquellas operaciones vinculadas o estructuras que puedan ser calificadas como planificación fiscal agresiva o cuya substancia económica real esté alejada del principio *arm’s length* o de plena competencia.

Por tanto, el nuevo contexto y la mayor información ayudará a definir los planes de inspección y control tributario de las multinacionales en los distintos países de forma más eficiente; todo ello se espera que incida también en el comportamiento y actitud de los obligados tributarios en relación con sus operaciones internacionales desde el punto de vista fiscal. Algunas Administraciones Fiscales han manifestado que esperan un cambio de la dirección del péndulo en esta materia.

La acción 13 es un fuerte y decidido paso de los países G20 y OCDE en la dirección de la transparencia de la información fiscal y tendrá una amplia repercusión en el gobierno corporativo desde el punto de vista fiscal en los grupos multinacionales.

#### **A. Contenido del *Master file*:**

El *Master file* debe facilitar una visión de las operaciones globales del grupo multinacional, sus políticas de precios de transferencia, los principales elementos que inciden en la creación de valor del grupo, y su posición financiera, fiscal y legal.

Más en detalle, debe contener los siguientes bloques de información:

- Estructura organizativa del grupo.
- Una descripción de la cadena de suministro del negocio o de los negocios del grupo.
- Estrategia de generación y explotación de los intangibles del grupo.
- Las actividades de financiación intragrupo, incluyendo no solo financiación intragrupo sino también las fuentes de financiación externas.
- La posición financiera y fiscal del grupo.

Debe aportarse la información de forma agregada para todo el grupo o alternativamente por línea de negocio. Incluso si una filial en un país determinado solo trabaja en una de las líneas de negocio del grupo, será preciso aportar el *Master file* que contenga una visión de todas las líneas de negocio del grupo o del negocio total agregado del grupo.

Además, será preciso aportar elementos que antes no se habían solicitado tan clara o directamente:

- Un gráfico o una descripción de la cadena de suministro del grupo para los 5 principales productos del grupo, o aquellos otros cuyas ventas representen más del 5% de los ingresos por ventas del grupo.
- Identificación de los principales mercados geográficos de los productos del grupo.

- Breve descripción de los servicios intragrupo relevantes existentes, explicando desde qué localizaciones principales se prestan y cuáles son las políticas de precios de transferencia que están siendo aplicadas por la empresa, así como las reglas de reparto de los costes de esos servicios.
- Un análisis funcional breve explicando las contribuciones de las entidades individuales del grupo que llevan a cabo funciones significativas y cuáles son los principales riesgos del negocio del grupo y los activos utilizados.
- Descripción de los activos intangibles relevantes que utiliza el grupo, identificando que entidades son las propietarias y la estrategia de desarrollo y explotación.
- Descripción de la estrategia de financiación del grupo, incluyendo los principales acuerdos con entidades financieras externas no vinculadas.
- Listado de las principales operaciones de re-estructuración del grupo, adquisiciones, ventas de negocios, que hayan ocurrido durante el año en cuestión.
- Estados financieros anuales del grupo.
- Lista de Acuerdos previos de valoración en materia de precios de transferencia, y de “*Rulings*” que afecten al reparto de ingresos entre las partes del grupo.

Hay aspectos positivos y negativos en la acción 13, pero debe valorarse positivamente el mayor énfasis que ha puesto la OCDE en un documento *master file que*, a pesar de ser más sucinto, recoge mayor contenido relevante de negocio, aunque en algunos casos para que esa información sea más precisa, se hayan introducido ciertos requisitos adicionales de contenido.

Dada la naturaleza de los nuevos requisitos de información del *Master file*, esta acción tendrá particular incidencia en los sectores intensivos en intangibles, gestión de capital y riesgo (sector farmacéutico, economía digital, banca, seguros) y con estructuras de financiación complejas o de impacto material en su balance (Construcción/Infraestructuras), pero en general el cambio afecta claramente a todos los sectores.

Por último es importante señalar la diferencia que hay entre el tradicional análisis funcional y el análisis de la cadena de valor; el enfoque es más de negocio conjunto y no tanto de las relaciones vinculadas: ya no se trata de describir y analizar relaciones vinculadas sino relaciones con terceros también en cuanto son relevantes para el negocio.

## **B. Contenido del Local File**

El *local file* debe contener información de la situación particular de la entidad legal a la que hace referencia, su actividad específica, sus transacciones vinculadas y sus principales indicadores financieros. La expectativa es que el nivel de detalle de esta información será mayor que el del *Master file* y contendrá los correspondientes análisis funcionales y de comparabilidad. Este documento complementará el *Master file* para garantizar que se consigue el objetivo de que el sujeto pasivo cumpla con el principio de plena competencia en sus posiciones relevantes de operaciones vinculadas que afectan a esa jurisdicción concreta.

Una gran parte de dicha información es la que se solía encontrar en la documentación local de precios de transferencia, que los grupos preparaban ya en la actualidad, pero ahora se requieren elementos de información adicionales, y se da una guía clara sobre qué debe contener esta parte de la documentación.

Recordemos aquí que el nuevo proceso de delineación de la transacción de forma precisa que la OCDE requiere ahora y que se estructura en cinco pasos<sup>82</sup>, deberá ser incluido en el *local file*, así como el análisis necesario para estructurar la asignación de riesgos entre las partes<sup>83</sup>, elemento que

---

(82) i) Análisis de los términos contractuales, ii) análisis de las funciones realizadas, activos utilizados y riesgos asumidos, iii) características de los bienes o servicios, iv) circunstancias económicas de las partes y los mercados en los que operan y v) estrategias de negocio de las partes que afecten a las transacciones.

(83) i) Identificar los riesgos económicamente relevantes, ii) determinar cómo se asignan contractualmente dichos riesgos, iii) realizar un análisis funcional para definir cómo operan las partes en relación con la asunción y gestión de dichos riesgos y especialmente que partes realizan las funciones de control y mitigación de los riesgos, iv) determinar hasta qué punto la asignación contractual de los riesgos es consistente con la conducta de las partes, v) atribuir los riesgos en función de quien ejerce las funciones de control y tienen capacidad financiera para asumir dichos riesgos y, vi) determinar el precio de la transacción atendiendo a las consecuencias financieras o de otro tipo derivadas de la asunción de dichos riesgos.

tendrá un impacto muy relevante en el precio de la transacción y en los márgenes a obtener por las partes intervinientes.

Si a eso añadimos requisitos de descripción de la estructura de dirección/*management* de la entidad local, y descripción detallada de la estrategia de negocio de dicha entidad, e identificación de cambios en todos estos puntos respecto la situación del año anterior, observamos que el listón se sube de manera relevante.

El nuevo entorno BEPS provee recomendaciones a las Autoridades Fiscales de los países en materia de obligaciones de documentación, entre ellas las de establecer umbrales mínimos de materialidad de las transacciones vinculadas para ser incluidas en el informe local o no y facilitar la administración del proceso a las multinacionales.

Está por ver si esto va a significar una cierta armonización en este sentido, que sería francamente deseable, puesto que un grupo que actué hoy en día en numerosos países se enfrenta a una situación absolutamente heterogénea en este aspecto; la posición de la OCDE aquí es que la materialidad debe ser entendida en el contexto del sistema fiscal del país en cuestión.

No obstante, sí que se recomienda a los países no solicitar a las PYMES el mismo nivel de información que se exige a grupos grandes, aunque se precisa que, al menos en relación con sus transacciones internacionales materiales en volumen, las PYMES deberían estar obligadas a facilitar soporte de sus precios de transferencia en caso de inspección o requerimiento específico por parte de las Autoridades Fiscales.

Por otro lado, hay que destacar las recomendaciones que se realizan en relación con los estudios de comparabilidad. Es un paso positivo que se permita que las búsquedas de comparables, los "*bench marks*", se lleven a cabo cada tres años, aunque se actualice la información financiera de los seleccionados cada año. En relación con los comparables, hay que señalar que el documento claramente muestra preferencia por los comparables locales respecto a regionales cuando la información exista y se pueda acceder de forma razonable a la misma. El rigor técnico que se exige para tomar las decisiones a este respecto no es mayor que antes pero si claramente se recuerda que debe ser observado.

En cuanto al idioma del documento, la OCDE recomienda que sea la ley local la que fije ese parámetro, pero incentiva a las Administraciones Fisca-

les a permitir la presentación en idiomas comúnmente utilizados y minimizar la carga administrativa del sujeto pasivo.

Un aspecto de creciente preocupación para las multinacionales extranjeras y españolas es el de la confidencialidad de todos estos nuevos elementos que será necesario reportar a las Administraciones Fiscales, ya que en muchos casos existe información altamente sensible desde el punto de vista comercial, científico y de negocio, que no se reporta ciertamente a través de otras obligaciones. Aquí la OCDE pide a las Administraciones Fiscales que aseguren al sujeto pasivo la confidencialidad de esta información, y tomen las medidas necesarias para ello, y que sigan las recomendaciones contenidas en la guía de la OECD “*Keeping it Safe*” (Manteniéndolo Seguro).

### C. Contenido del “*Country by Country Report*” (CBCR en adelante)

El tercer y último elemento del paquete de documentación es el CBCR, que contiene una obligación de información completamente nueva y que es la parte que de forma inmediata levantó más controversia durante todo su proceso de gestación.

Este informe debe contener información agregada de todas las entidades del grupo, y en relación con todas las jurisdicciones en las que exista una entidad legal (incluyendo *trusts* o *partnerships*) o establecimientos permanentes.

Se debe incluir información sobre la atribución global de la renta e impuestos pagados por el grupo, junto a ciertos indicadores económicos relevantes para analizar el resultado de la estrategia fiscal del grupo en cuanto a pagos de impuestos a nivel global se refiere.

Bloques de información a incluir agregada por país:

- Ingresos totales con desglose entre vinculados y no vinculados (excluyendo dividendos).
- Beneficios antes de impuestos.
- Impuesto sobre Sociedades pagado en base a criterio de caja, incluyendo retenciones/*withholding taxes*.
- Impuesto sobre sociedades provisionado.
- El número de empleados.
- Capital.
- Reservas acumuladas.
- Bienes tangibles distintos de la caja o equivalentes.

Será preciso también reportar una lista de todas las entidades del grupo incluidas en la agregación de cada jurisdicción, con indicación de su país de residencia fiscal y de su país de incorporación o constitución, así como de la principal línea de actividad de negocio de cada entidad o establecimiento permanente.

Por último, y como elemento de cierre de la información, se abre un espacio para que la empresa pueda explicar aquellos detalles de su operativa que puedan tener relevancia para entender bien los números planteados.

Finalmente, y tras intensas conversaciones con los principales actores y organizaciones sectoriales, no será necesario informar un desglose de los pagos inter-compañía de intereses, cánones, o servicios intragrupo, lo cual alivia en parte la carga administrativa de los grupos multinacionales, y será preciso esperar a la revisión de la situación planificada para el año 2020 para ver si ésto cambia o no.

La OCDE también aprobó en 2015 un paquete de medidas relacionadas con la implementación y aplicación efectiva del CBCR en el cual son subrayables los siguientes puntos y recomendaciones:

- Tanto el *Master file* como el *Local File* deberán ser presentados a la Administración fiscal local en cada caso a efectos de cumplir las obligaciones de documentación. En algunos países, esto es un cambio importante, ya que la Autoridad Local no recibía el *Master file*. Entendemos que esta medida se ha incorporado por parte de la OCDE para asegurar una visión perimetral y más amplia del grupo que facilite poner la actividad de la entidad local en contexto; no obstante, habrá que ver el efecto final que realmente tiene sobre la situación de las empresas y su relación con las administraciones fiscales.
- Calendario y plazos del CBCR: Se recomienda que el primer informe CBCR sea presentado hasta el 31 de diciembre de 2017 y en relación con las operaciones efectuadas durante el año 2016. Para esto será preciso que el Gobierno local incorpore la obligación CBCR en su legislación tributaria local.
- El periodo a reportar será el mismo que el del informe contable consolidado del grupo, y no años fiscales o ejercicios de entidades particulares del grupo.

- La entidad obligada a presentar el informe CBCR es la entidad cabecera última del grupo, y lo deberá presentar ante las Autoridades Fiscales de su país de residencia, para ser posteriormente intercambiado automáticamente solo con las Administraciones Fiscales que cumplan una serie de requisitos.
- Para conseguir el correcto funcionamiento del intercambio de información, se ha firmado un Convenio Multilateral de intercambio de información del CBCR que permite a los Estados intercambiar la información contenida en el mismo.
- Los grupos cuyo ingreso anual consolidado en el año anterior al de información, sea de menos de 750 millones de euros (o el equivalente en moneda local), estarán exentos de la obligación de información CBCR. Este umbral mínimo será revisado en el año 2020. No se facilita ninguna otra exención en base a la industria donde la multinacional opera, por lo que esto afecta a todos los sectores.

El cambio de paradigma que trae consigo el informe CBCR es que por primera vez en la historia, las Administraciones Tributarias dispondrán de una manera ágil y bastante inmediata, de un nivel de información a nivel global del grupo sin precedentes que además pueden descomponer con una cierta facilidad, lo cual les permitirá analizar elementos y factores que antes no tenían posibilidad.

Para que una jurisdicción pueda acceder a recibir el informe y obtener la información sensible que contiene el mismo, la OCDE ha establecido unas “condiciones necesarias”. Solo su cumplimiento estricto garantizará la recepción del informe, pero los países que lo cumplan lo recibirán automáticamente por vía electrónica y en principio en formato electrónico XRBL, lo cual les facilitará un proceso analítico mucho más rápido y ágil.

Las condiciones necesarias son tres:

- Aprobar medidas legales locales que garanticen la confidencialidad de la información reportada vía el CBCR.
- Utilización consistente de la información y recomendación a los países de utilización del “*standard template*”.

- Uso del informe CBCR sólo para los fines prescritos del mismo y en ningún caso para realizar un ajuste de precios de transferencia o de la renta gravable en el país de forma automática basada en la información del CBCR.

## 2. ESTADO DE LA SITUACION EN ESPAÑA

En una de las reacciones más inmediatas y globales que se han visto en el ámbito de la fiscalidad internacional, varios países -entre ellos España-, ya han implementado en su legislación interna diversas recomendaciones emanadas de la OCDE, incluyendo la revisión de las obligaciones de documentación

Los elementos fundamentales de esta acción han sido ya incorporados en la Ley del Impuesto de Sociedades (artículo 18.3) y el Reglamento de Sociedades (artículos 13 a 16), y resultarán de aplicación a los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2016.

En general, se puede decir que la norma española ha seguido las recomendaciones de la OCDE de la Acción 13. No obstante, muchas de las cuestiones analizadas en la misma ya aparecían en la normativa española, por lo que lo que se ha producido ha sido una actualización de la misma.

El Reglamento de Sociedades ya contemplaba un *Master file* pero ha sido actualizado en sus contenidos; como consecuencia del Acción 13 se han incorporado los siguientes requisitos al *Master file*:

- Descripción de las cadenas de valor de los bienes y servicios que supongan más del 10% de la facturación (este porcentaje difiere del prescrito por la OECD);
- Identificación de las operaciones de restructuración;
- Descripción de la estrategia global de I+D y explotación de intangibles.
- Descripción de la estrategia de financiación del Grupo.

Otra diferencia en España es que la documentación del grupo deberá estar a disposición de la Administración, con la excepción de la que afecta a los grupos cuyo importe neto de la cifra de negocios sea inferior a 45 mi-

llones de euros. Estos grupos, estarán excluidos del ámbito de aplicación del artículo 15 del reglamento, que contiene la obligación de presentar documentación del grupo al que pertenece el contribuyente

Ya existía también un *Local File* y ahora la estructura del mismo se mantiene consistente; también se requiere la incorporación de todos los contratos intragrupo que resulten materiales para el contribuyente (ver comentarios anteriores sobre contenido del *Local File*).

En Julio de 2015, y como uno de los países pioneros o de adopción más temprana, el Ministerio de Hacienda publicó el Real Decreto 634/2015, aprobando los nuevos requisitos de documentación que ya incluyen el informe CBCR (País por País) junto con el *Master file* y el *Local File*. A su vez en la Orden HAP/871/2016, de 6 de junio, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre Sociedades, se aprobaron dos cuadros informativos al efecto de cumplir con la obligación prevista en el citado artículo 13.4 del Reglamento del Impuesto. Por último, se publicó la Orden HFP/1978/2016, de 28 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 231 de Declaración de información país por país.

El umbral de ingresos mínimo es el mismo que el de la acción 13 y el contenido del CBCR es consistente con dicho documento.

Se recoge en esta norma el deber de comunicar a la Administración tributaria la identificación del país o territorio de residencia de la entidad obligada a elaborar la información país por país antes de que concluya el ejercicio al que se refiera la información a declarar.

También deberán aportar información CBCR las filiales de empresas que residan en un territorio con el que España no tenga en vigor un acuerdo de intercambio de información automático.

Como se ha mencionado anteriormente ya se ha aprobado el modelo para declarar país por país por Orden Ministerial y la información debe declararse antes de que transcurran doce meses desde el final del periodo impositivo al que hace referencia la información.

El informe CBCR deberá presentarse en euros, pero ni este texto ni el de la OCDE hacen referencia al tipo de cambio que se debe aplicar a estos efectos, lo cual introduce más incertidumbre para los grupos a la hora de preparar esta información.

En relación con esta acción 13, y al igual que en otros países del entorno BEPS, las compañías multinacionales Españolas o que operan en España, están altamente preocupadas con dos asuntos:

- La confidencialidad de la información reportada en el CBCR.
- El uso inapropiado de la información por parte de las Administraciones.

#### **A. Confidencialidad de la información:**

Los grupos multinacionales están altamente preocupados por la obligación del CBCR y el nivel de información que han de incorporar al mismo, especialmente si parte de esa información acaba siendo pública y si, como parece, ha de reportarse información bastante similar en distintos *reportings* o informes muy parecidos utilizados en otros ámbitos.

Así, como se ha expuesto más arriba, la Unión Europea ha propuesto medidas para un CBCR específico en el que habrá que reportar detalle de beneficios, ingresos, impuestos y empleados, entre otras cosas, separadamente en cada país.

#### **B. Uso de la información por parte de las Administraciones Fiscales**

En base a todos los comentarios ya vertidos por las organizaciones sectoriales e industriales, los representantes de las multinacionales etc...en el curso de redacción del proyecto BEPS, y a las garantías incluidas en los textos aprobados, ya no es tan probable que la Administración de un país determinado utilice los números reportados en CBCR para llevar a cabo un ajuste directo en materia de precios de transferencia. Sin embargo, es probable que estos cálculos sean hechos de forma interna por las Administraciones, para contrastarlos con el beneficio efectivo dejado por los grupos en su país en base a las políticas actuales de precios de transferencia.

Es por ello, que se convierte en fundamental para las empresas el llevar a cabo simulaciones previas del CBCR para entender qué imagen general de resultados transmite dicho informe en su caso, y cómo podría ser interpretado por las Administraciones intervinientes ya que esto es sólo una primera capa de información inicial, pero puede ser tomada por las Administraciones como de carácter altamente indicativo.

El resultado de los números del CBCR debe ser puesto en contexto con la cadena de valor del grupo y el nivel de contribuciones, activos y riesgos de cada parte, y solo tras estos pasos cualquier juicio de valor puede ser fundado.

### **3. DERECHO COMPARADO Y UNIÓN EUROPEA**

#### **3.1. ESTADO DE LA SITUACIÓN A NIVEL DE LA UNIÓN EUROPEA**

El paquete de medidas anti-evasión fiscal propuesto por la UE en enero de 2016 con el fin de tomar una posición fuerte y más coordinada en la lucha contra las compañías que en su opinión no están pagando su *“fair share of taxes”* o su porción justa de impuestos, contenía el requerimiento de que multinacionales grandes procediesen a un *reporting “country by country”* de sus posiciones fiscales. Aunque el texto está basado en el contenido BEPS de la acción 13, los requisitos tienen ciertas diferencias.

Finalmente ha sido aprobada la Directiva (UE) 2016/881 del Consejo, de 25 de mayo de 2016, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad. La citada Directiva regula en el ámbito de la Unión Europea el informe país por país que los «grupos de empresas multinacionales» deben facilitar cada año y para cada territorio fiscal en el que operen, con el objeto de garantizar que en toda la Unión se recopile la misma información y se facilite oportunamente a las Administraciones tributarias.

En este sentido, deberán aportar la información país por país las entidades residentes en territorio español que tengan la condición de dominantes de un grupo y que no sean al mismo tiempo dependientes de otra entidad. También deberán aportar esta información las entidades residentes en territorio español dependientes, directa o indirectamente, de una entidad no residente en territorio español que no sea al mismo tiempo dependiente de otra o establecimientos permanentes de entidades no residentes, siempre que se produzcan cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 13.1 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

La información específica a declarar en este informe no puede ser compartida con el público y su objetivo es ayudar a las Administraciones Fiscales a fijar sus criterios de inspección y asegurar el cumplimiento de obligaciones.

Sin embargo, no hay que perder de vista que, en abril de 2016, la Comisión de la UE ha presentado una propuesta para modificar la directiva contable europea 2013/34/EU, y requerir a las multinacionales que hagan públicos varios elementos de información fiscal país por país. Estos elementos de información no son los mismos que los del informe CBCR Europeo (no público) presentado en Enero, son algo menores, pero es una obligación adicional para los grandes grupos con ingresos totales consolidados de más de 750 millones de euros, que viene a incrementar la lista de obligaciones de información en aspectos relacionados con el gobierno corporativo, en este caso en materia fiscal.

Esta información deberá ser publicada en un registro público en al menos un Estado Miembro de la UE, y además debe ser publicada en la Web de la empresa cabecera/matriz europea, o de una filial/establecimiento permanente Europea en caso de empresas cuya matriz última o principal esté localizada fuera de la UE de acuerdo con sus leyes de constitución.

La información estará disponible durante 5 años, y en la propuesta se hace responsable a los directivos locales del grupo del cumplimiento de esta obligación en este caso de multinacionales con cabeceras no Europeas que operan en la UE.

La propuesta requiere ser aprobada con mayoría cualificada, y en el momento actual el tema está en proceso de discusión entre los Estados.

### **3.2. DERECHO COMPARADO**

A nivel de documentación de precios de transferencia, la mayoría de países que han participado en el proyecto BEPS están avanzando en la dirección marcada por la acción 13, la lista es larga. Lamentablemente existen todavía numerosas variaciones en algunos de los requisitos locales de documentación, y hay países que exigen elementos adicionales o particulares en esa jurisdicción, pero será preciso re-evaluar este aspecto cuando la primera oleada de legislaciones locales de documentación de operaciones vinculadas “post BEPS” haya cristalizado.

A nivel del informe CBCR, la lista de países que han suscrito el acuerdo de intercambio de información país por país propuesto por la OCDE es ya realmente amplia también, y es muy destacable que en estos últimos meses

nuevos países de la relevancia de China, Canadá, India, Islandia, Israel, Indonesia, Rusia y Nueva Zelanda se han incorporado al acuerdo multilateral, por lo que, a fecha de hoy, existen 57 países comprometidos con el intercambio de información de las multinacionales que operan en sus territorios<sup>84</sup>.

Con el acuerdo multilateral, España podrá obtener información desagregada de los impuestos que pagan las multinacionales cuya matriz esté ubicada en los Estados que han firmado el acuerdo, sin necesidad de suscribir pactos bilaterales individuales con cada uno de ellos, lo que da una idea de la agilidad que se gana por parte de las Administraciones, con todo este proceso.

#### 4. VALORACIÓN DE LAS MEDIDAS

La Acción 13 de BEPS ha conllevado, como se ha podido ver, no sólo un cambio en la normativa española, sino una consolidación de la tan utilizada documentación de precios de transferencia en España.

No supone, por tanto, una novedad para las empresas españolas la necesidad de tener que preparar esta documentación en la mayor parte de los casos, pero sí se puede apreciar una actualización en los términos y contenidos de la misma.

##### A. *Impacto para la empresa en su documentación de precios de transferencia:*

La nueva estructura de la documentación de precios de transferencia, aplicable a los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2016, va a conllevar primero una revisión estratégica de todo el proceso de documentación, y segundo una revisión exhaustiva de la estructura de contenido del *Master file* y documentación local para incorporar nuevos requisitos, incluyendo el CBCR.

Podemos definir unos puntos clave de revisión por parte de los grupos a la luz del nuevo entorno:

- a) Alinear la **documentación** de precios de transferencia a los nuevos requisitos internacionales de la Acción 13 y también de la LIS y Re-

(84) La lista completa actualizada se puede encontrar en <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/about-automatic-exchange/CbC-MCAA-Signatories.pdf>

glamento. El *master file* y la documentación específica del país han cambiado en la norma interna y será necesario recoger la nueva tendencia y forma de explicación de las estrategias y funcionamiento del grupo. Muchos grupos no tendrán que preparar, de momento, el CBCR; pero sin embargo los cambios en el resto de la documentación relacionada con precios de transferencia van a afectar a la mayor parte de las compañías que ya la venían preparando. Algunas de las cuestiones a las que tendrá que prestarse especial atención son las siguientes:

- Estrategia financiera: los Grupos deberían evaluar la racionalidad de la política de financiación intragrupo, a la luz de la estrategia financiera global del Grupo.
- Estrategia de intangibles: será necesario evaluar la naturaleza de los mismos dado que ahora tiene que ser explicada de manera muy precisa, bajo un proceso específico, que empieza por su identificación clara.
- Cadenas de valor: la documentación de precios de transferencia debe pasar de un enfoque transaccional a un enfoque global y de negocio, con la identificación y descripción de las cadenas de valor relevantes del Grupo y las entidades participantes en la misma.
- Reconciliación de la información financiera empleada en la aplicación de las políticas de precios de transferencia con la contabilidad estatutaria e idealmente con la información que se vaya a incluir en el CBCR, especialmente en Europa donde dicha información será pública.

b) **CBC Reporting:**

- Deberían crearse procesos y controles para generar la información financiera y organizativa necesaria para el *CBC Reporting*. La integridad y coherencia de la información será crítica. Sería muy conveniente que se realizase una prueba piloto de CBCR con información financiera del ejercicio 2015 o provisional del 2016 para testear procesos e identificar riesgos/áreas de mejora y de acción.

- Será necesario también plantearse la necesidad de incluir explicaciones en el apéndice de “*Additional information*” (Información adicional o complementaria) del CBC Reporting. Estas aclaraciones pueden ser esenciales para poder matizar aquellas cuestiones más llamativas de las estructuras o modelos de negocio de los grupos. Los Modelos que se tienen que aportar son muy genéricos y en ocasiones pueden no ser claros, por lo que esta posibilidad permite aclarar cuestiones que, a priori, por su complejidad podrían llegar a ser conflictivas por una simple falta de entendimiento.

### *B. Principales diferencias con la información anterior*

Independientemente de que en España sea obligatoria la revisión de todos los aspectos anteriores, cabe destacar como principal elemento a tener en cuenta la información general que se está suministrando a la Administración y que antes no era obligatoria.

En la documentación que se ha preparado hasta la fecha sólo era necesario incorporar la descripción de las transacciones que podían ser relevantes en relación con la actividad de la entidad española, pero no todas las demás. Es decir, si la empresa española sólo operaba en una rama de actividad del grupo no era necesario dar a conocer el resto de las actividades del mismo. Ahora es necesario transmitir esa información a la Administración, con mayor o menor detalle.

Esto también está relacionado con la descripción completa de la cadena de valor. De esta manera será más fácil conocer el funcionamiento del grupo, las distintas entidades que lo conforman y su forma de interactuar en su modelo de negocio.

Esta información, como se puede comprobar es mucho más completa que lo que se venía haciendo tradicionalmente y permite dar una “foto” global del grupo. Siendo ésta siempre una opción positiva y que promueve la transparencia, las empresas deben también ser conscientes de que la imagen que se obtiene por parte de las Administraciones es única y global, por lo que deben prestar especial atención a la exactitud de la misma, para evitar interpretaciones incorrectas.

### C. *Uso de la información por parte de las Administraciones tributarias*

A pesar de que tanto la OCDE como la UE recomiendan encarecidamente que esta información no sea utilizada más que para hacer análisis de riesgo por parte de las Administraciones (*“risk assessments”*), es importante señalar que el riesgo de que se aumenten las inspecciones es elevado.

Parece que se garantiza la privacidad de la información dentro del ámbito tributario, sin embargo, es difícil impedir que, dentro del propio ámbito tributario, una comparativa de los datos pueda llevar a conclusiones con un cierto automatismo que antes no eran posibles, o lo que es peor, inexactas. Con la información que se va a suministrar, la imagen que se puede transmitir, si se analiza en términos estrictamente cuantitativos, podría llevar a conclusiones no correctas a priori, que requerirían una explicación para poder evitar malos entendidos.

Habrà que seguir muy de cerca cuál es la consecuencia de esta mayor información, si tiene reflejo en un incremento del número de inspecciones, como se señala veladamente en algunos foros o no.

En cualquier caso, incluso aunque el número de inspecciones aumentase, también es cierto que se llevarían a cabo con un volumen y una calidad de la información muy superior, por lo que las conclusiones deberían ser más correctas. En caso de asistir a casos de doble imposición, dada la información compartida entre las dos Administraciones, debería poderse exigir una mayor celeridad a la resolución de este tipo de conflictos entre las dos Administraciones.

Es importante señalar que el uso de la información también puede ser un elemento positivo de cara a la resolución de conflictos entre las Administraciones para evitar la doble imposición. Si el número de inspecciones aumenta, también debería mejorar la capacidad que tiene la Administración para resolverlo, no sólo por la mejora en los instrumentos a su disposición para ello (procedimientos amistosos y arbitraje), sino también por toda la información de la que dispone.

La confianza en la información correcta por parte de las dos Administraciones debería también llevar a los países a garantizar la eliminación de la doble imposición. El arbitraje es otra de las herramientas que tiene a su disposición la Administración, que permite garantizar la resolución de conflictos. España ha manifestado su intención de incluir esta cláusula en los

nuevos Convenios lo cual es una muestra de la voluntad de eliminar la doble imposición que se pueda generar. El hecho de poder tener acceso a toda la información que se pueda requerir debería dar garantías a las Administraciones a la hora de llevar a cabo estas discusiones. La falta de acuerdo entre ellas, sin embargo, llevaría a situaciones de doble imposición sistemática que son una clara barrera para la inversión internacional.

#### *D. Potencial régimen sancionador*

Independientemente de la mención que se pueda hacer a este respecto en la Unión Europea o en la OCDE, España siempre ha sancionado a través de la normativa específica, la falta de documentación (o documentación incorrecta) en relación con los precios de transferencia.

La norma que incorpora la información país por país, no especifica el régimen sancionador que puede afectar a esta parte de la información.

Mientras esto no exista no se puede olvidar la sanción que, con carácter general impera en la Ley General Tributaria y que debe ser observada y tenida en cuenta desde el origen de la norma. No hay que descartar que en futuras revisiones y actualizaciones de la Ley de Sociedades esta cuestión pueda ser expresamente mencionada.

La sanción relacionada con la documentación impuesta en la normativa española y su condición de sanción grave la convierten en un elemento que impide el acceso al Convenio europeo de arbitraje. Independientemente de la oportunidad de la imposición de sanciones en este ámbito, que siempre ha sido la voluntad del legislador español, debería revisarse la naturaleza de la misma y, en consecuencia, la potencial sanción que se pudiese establecer en relación con el *CBC Reporting*.

#### **Cuestiones que podrían plantearse**

1. Cómo se puede garantizar el uso correcto de la información por parte de las Administraciones: sería recomendable que la norma contemplase este tipo de limitación.
2. Régimen sancionador: sería necesario revisar la naturaleza de las sanciones impuestas sobre la documentación del artículo 18.



## **CAPÍTULO XII**

### **ACCIÓN 14: HACER MÁS EFECTIVOS LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

*Francisco Martín Barrios, Lucía Fuente Brey y Aida Ordoñez Riaño  
(Deloitte Legal)*



## 1. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

Uno de los aspectos en los que inciden los informes emanados de las distintas acciones del Plan de Acción BEPS es que las medidas recogidas en dichos informes (entre cuyos principales objetivos se encuentra el de eliminar prácticas de elusión fiscal) no deberían provocar doble imposición, ni generar inseguridad o incertidumbre al nivel de los contribuyentes.

Las medidas recogidas en el Plan de Acción BEPS han provocado una profunda redefinición de algunos de los pilares sobre los que, durante años, han descansado las normativas nacionales y convencionales en materia de fiscalidad internacional. A nadie escapa que el nuevo marco normativo instaurado por el citado plan de acción incrementará significativamente las controversias derivadas de la interpretación y aplicación de las disposiciones recogidas en los convenios de doble imposición para la eliminación de la doble imposición; especialmente en lo que atañe a las nuevas disposiciones que serán incorporadas a los mencionados convenios en ejecución de las medidas propuestas por el Plan de Acción BEPS.

Esta circunstancia hace si cabe más importante aún el que los convenios de doble imposición están dotados de mecanismos que permitan que la resolución de controversias transfronterizas derivadas de la aplicación e interpretación de los distintos convenios se produzca de una manera eficaz, eficiente y ágil.

Esta circunstancia no pasó inadvertida para la OCDE, que a la hora de confeccionar su Plan de Acción BEPS incluyó una acción (i.e. la Acción 14 – *“Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective”*) íntegramente dedicada a abordar la necesidad de que los Estados adopten medidas que aseguren la operatividad y eficacia de los procedimientos amistosos previstos en los convenios de doble imposición. En particular, el objetivo de la

Acción 14 se centra en *“Desarrollar soluciones para luchar contra los obstáculos que impiden que los países resuelvan las controversias relacionadas con los convenios mediante los procedimientos amistosos, incluyendo la ausencia de disposiciones sobre arbitraje en la mayoría de convenios y el hecho de que el acceso a los procedimientos amistosos y el arbitraje pueda ser denegado en algunos casos”*.

El artículo 25 del Modelo de Convenio de la OCDE (en adelante, el “Modelo de Convenio”) –incluido en los convenios de doble imposición firmados por España–, contempla un mecanismo paralelo a los procedimientos judiciales previstos por el Derecho interno de cada uno de los países, mediante el cual los distintos Estados contratantes deben resolver los problemas asociados a la interpretación y aplicación de los convenios de doble imposición.

El pasado octubre de 2015, la OCDE hizo público el informe definitivo de la *Acción 14 “Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias”*, la cual es una de las quince acciones desarrolladas como parte de los trabajos del Plan de Acción BEPS, con el propósito de optimizar y agilizar los mecanismos de resolución de conflictos en el ámbito de la fiscalidad internacional.

A partir del objetivo antes mencionado de la Acción 14, el citado informe recoge el compromiso de los Estados de implementar un **estándar mínimo** de obligado cumplimiento para la resolución de conflictos, el cual se construye a partir de varias medidas específicas encaminadas a eliminar los obstáculos que puedan existir para la implementación de procedimientos amistosos efectivos y eficientes; y ello con el propósito de reducir la incertidumbre y reforzar la seguridad jurídica de los contribuyentes, en lo concerniente a la aplicación de las disposiciones recogidas en los convenios de doble imposición.

Asimismo, los Estados que han participado en los trabajos de la Acción 14 han manifestado su acuerdo en que un aspecto fundamental para asegurar la efectividad de las medidas que conforman el estándar mínimo en materia de resolución de controversias será la existencia de un **proceso de monitorización** entre pares (*peer review*). Por ello, el estándar mínimo ha sido configurado a partir de medidas y criterios claros y objetivos, cuyo grado de implantación sea susceptible de valoración y revisión en el marco del proceso de monitorización. En este sentido, el pasado 20 de octubre la OCDE hizo público el informe *“BEPS Action 14 on More Effective Dispute Resolution Mechanism”*, un

documento encaminado a definir el proceso de monitorización el cual se basa, fundamentalmente, en lo que el informe define como (1) Términos de Referencia (*Terms of Reference*) y (2) Metodología de Valoración (*Assessment Methodology*), teniendo estos dos aspectos como finalidad que el proceso de monitorización se realice de forma homogénea y consistente.

Adicionalmente, el Informe de la Acción 14 recoge una serie de **mejores prácticas** (*best practices*), las cuales no son parte del estándar mínimo. Se trata de medidas que pueden resultar adecuadas para dar respuesta a algunos de los obstáculos que en ocasiones impiden la resolución de controversias a través de los procedimientos amistosos, pero que se ha decidido no incluirlas como parte del estándar mínimo porque, bien tienen un cierto carácter subjetivo y/o cualitativo que dificultaría la valoración de su grado de implementación, o bien porque no todos los países de la OCDE y del G20 están actualmente dispuestos a incorporarlas.

Por último, el informe de la Acción 14 recoge también el compromiso de 20 países –entre ellos España– como complemento a los estados mínimos para la introducción del **arbitraje obligatorio y vinculante**, como mecanismo para resolver de forma ágil las disputas relativas a la interpretación y aplicación de los convenios de doble imposición.

El presente documento detalla las medidas sobre las que se ha construido el estándar mínimo, así como aquellas otras medidas configuradas como mejores prácticas. Adicionalmente, se abordan cuestiones relativas al proceso de monitorización a través del cual se controlará el grado de cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Estados participantes en la Acción 14; así como aspectos referentes al compromiso referente a la introducción del arbitraje obligatorio y vinculante en los procedimientos amistosos de los convenios de doble imposición. Por último, se incluyen algunas valoraciones sobre todas estas medidas previstas en el informe final de la Acción 14 del Plan BEPS.

## 2. ESTÁNDAR MÍNIMO: ELEMENTOS CONFIGURADORES

El estándar mínimo está integrado por una serie de medidas específicas que los países de la OCDE y del G20 se han comprometido a implementar. Estas medidas están destinadas a facilitar el cumplimiento de los siguientes tres objetivos generales:

- **Objetivo 1:** que las obligaciones adquiridas por los Estados con la firma de los convenios de doble imposición y que se refieren a los procedimientos amistosos se implementen íntegramente de buena fe y que dichos procedimientos amistosos sean resueltos de forma ágil;
- **Objetivo 2:** asegurar que los Estados implementan procesos administrativos que propicien la prevención y la ágil resolución de controversias relativas a la interpretación y aplicación de los convenios de doble imposición; y
- **Objetivo 3:** asegurar que los contribuyentes tengan acceso a los procedimientos amistosos cuando cumplan los requisitos para ello.

Tal y como se detalla en el informe de la Acción 14, algunas de las medidas integrantes del estándar mínimo van acompañadas de cambios al texto actual del Modelo de Convenio, si bien algunos de estos cambios no se introducirán hasta la publicación de la próxima actualización del citado modelo.

A continuación se detallan las medidas integrantes del estándar mínimo, en función del objetivo a cuya consecución se refieren.

## **2.1. MEDIDAS DEL ESTÁNDAR MÍNIMO ENCAMINADAS A QUE LOS ESTADOS CUMPLAN ÍNTEGRAMENTE DE BUENA FE LAS OBLIGACIONES PREVISTAS EN LOS PROCEDIMIENTOS AMISTOSOS Y QUE ÉSTOS SEAN RESUELTOS DE FORMA ÁGIL**

Este primer bloque de medidas abordan un amplio espectro de cuestiones que van desde las relativas a la naturaleza de las controversias que deben tener acceso a los procedimientos amistosos, hasta aspectos relativos a los niveles de transparencia que las administraciones deben ofrecer a los contribuyentes en cuanto a la práctica de dichas administraciones en materia de procedimientos amistosos.

- A. Los países deben incluir los párrafos 1 a 3 del artículo 25 del Modelo de Convenio en sus convenios; asimismo, deben dar acceso a los procedimientos amistosos a los casos de precios de transferencia e implementar los acuerdos resultantes (ej. realizando los ajustes pertinentes a los impuestos liquidados).*

Con la inclusión de los párrafos 1 a 3 del artículo 25 del Modelo de Convenio<sup>85</sup> se persigue la configuración de un mecanismo que, de forma independiente al Derecho interno de cada uno de los países, permita a las autoridades competentes de los distintos Estados resolver los conflictos derivados de la interpretación y aplicación de los convenios de doble imposición.

Esta medida requiere a los Estados que, además de incluir en sus convenios de doble imposición los tres primeros párrafos del Artículo 25, éstos sean interpretados de conformidad con los criterios recogidos en los Comentarios al citado artículo del Modelo de Convenio.

Asimismo, se introduce la obligatoriedad de garantizar el acceso al procedimiento amistoso en los casos de ajustes de precios de transferencia. De este modo, el ajuste correlativo de precios de transferencia cobra carácter obligatorio cuando el otro Estado, de conformidad con el artículo 9.2 del convenio de doble imposición, o por aplicación de su derecho interno, haya realizado previamente un ajuste en materia de precios de transferencia.

Asimismo, se menciona la necesidad de que los países implementen los acuerdos alcanzados en el marco de los procedimientos amistosos.

*B. Obligatoriedad para las autoridades competentes de proporcionar acceso a los procedimientos amistosos en los casos en los que la cuestión controvertida verse sobre la aplicación al caso concreto de una norma anti-abuso prevista bien en el convenio de doble imposición, bien en la normativa doméstica.*

Con esta medida se pretende que el procedimiento amistoso alcance a situaciones en las que la cuestión de fondo se refiera a la posible no aplicabilidad de las ventajas previstas en un convenio de doble imposición en virtud de cláusulas anti-abuso previstas en el propio convenio, o en la normativa doméstica del Estado ante el cual se invoca la aplicación del convenio.

En aquellos casos en los que existan discrepancias entre el contribuyente y la autoridad competente acerca del cumplimiento, o no, de las condicio-

---

(85) Dichos párrafos contemplan el procedimiento a seguir por los contribuyentes en relación con los procedimientos amistosos. En concreto, el párrafo primero introduce la posibilidad de que los contribuyentes puedan someter el caso a la autoridad competente de los Estados contratantes.

nes de aplicación de las normas para prevenir el uso abusivo de los convenios de doble imposición, o bien en aquellos casos en los que existan discrepancias acerca de si una norma antiabuso prevista por el ordenamiento interno contradice las disposiciones de un convenio, las autoridades competentes deberán garantizar el acceso al procedimiento amistoso.

Pensamos que esta medida resulta particularmente oportuna, ya que, si bien son muchos los convenios de doble imposición actualmente en vigor que incluyen cláusulas anti-abuso, esta cuestión adquiere aún más relevancia si se tiene en cuenta que el informe de la Acción 6 (“Prevención de utilización abusiva de convenio”) del Plan de Acción BEPS contempla la introducción en los convenios de cláusulas generales anti-abuso<sup>86</sup>. Teniendo en cuenta la configuración de estas cláusulas y lo novedoso de las mismas, cabe anticipar que serán muchas las controversias que suscitarán la interpretación y aplicación de estas cláusulas.

Resulta importante aclarar que esta medida integrante del estándar mínimo solamente se refiere a la obligación de las autoridades competentes de dar acceso a los contribuyentes al procedimiento amistoso de conformidad con lo previsto en el artículo 25.1 del Modelo de Convenio, esto es, garantizar al contribuyente implicado el acceso al procedimiento amistoso, pero no alcanza a la resolución de la cuestión controvertida.

### C. *Compromiso de resolver de forma ágil los procedimientos amistosos.*

Si bien la naturaleza y complejidad de las cuestiones sometidas a procedimiento amistoso condicionan la duración y el plazo de resolución de tales procedimientos, se considera que las autoridades competentes de los distintos Estados se deben comprometer a la resolución de los procedimientos amistosos en un plazo medio de 24 meses.

Se prevé que estos plazos sean revisados de forma periódica para garantizar su cumplimiento. Asimismo, los Estados se comprometen a facilitar periódicamente, en un formato predeterminado información sobre los plazos de resolución de sus procedimientos amistosos.

---

(86) Bien en su modalidad de principal *purpose test*, bien en formato de *limitation on benefits*.

- D. *Compromiso de los Estados de mejorar las relaciones entre las autoridades competentes y trabajo conjunto para mejorar la efectividad de los procedimientos amistosos, mediante la adscripción como miembros al Forum on Tax Administration MAP Forum (“MAP Forum”).*

Como elemento del estándar mínimo, se introduce la obligación de adscribirse como miembro al MAP Forum y de participar en los trabajos que éste desarrolla. Se trata de un organismo que forma parte del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, y está integrado por representantes de más de 45 países. En este foro se debaten cuestiones relativas a la efectividad de los procedimientos amistosos.

Los distintos países –como miembros de dicho organismo– se comprometen a trabajar conjuntamente para mejorar la efectividad del procedimiento amistoso, apoyando y supervisando la implementación de los siguientes estándares mínimos previstos por la Acción 14:

- Elaboración de estadísticas que permitan evaluar el grado de cumplimiento de las medidas que conforman el estándar mínimo de la Acción 14.
- Compromiso por parte de los países a someterse a un procedimiento de revisión entre pares (*peer review*).

- E. *Proporcionar estadísticas sobre el procedimiento amistoso conforme al marco acordado por el MAP Forum.*

Los países deberán facilitar información estadística relativa a sus procedimientos amistosos en base a un formato de reporte predeterminado. Dicha información estadística incluirá datos relativos a hitos previamente acordados relativos a la iniciación y finalización de los procedimientos, así como a otras fases relevantes de los procedimientos amistosos. Esta información permitirá al *MAP Forum* revisar y evaluar el grado de cumplimiento por parte de los Estados.

- F. *Compromiso de someter el cumplimiento de las obligaciones del estándar mínimo al mecanismo de revisión entre pares (*peer review*) en el marco del MAP Forum.*

Los países asumen el compromiso de someterse a la revisión entre pares mediante el mecanismo de supervisión coordinado por el *MAP Forum*. En el apartado 5. –Proceso de monitorización– de este documento se recogen comentarios adicionales sobre el proceso de revisión.

*G. Transparencia por parte de los países en cuanto a su postura en relación con la introducción del arbitraje obligatorio y vinculante en los procedimientos amistosos.*

Si bien no resulta obligatorio que los distintos Estados introduzcan el arbitraje como mecanismo de resolución de los procedimientos amistosos –de hecho, solamente 20 países han mostrado su deseo de incluirlo– es importante asegurar la transparencia y claridad en cuanto a la postura adoptada actualmente por cada país sobre esta cuestión.

A estos efectos, la Acción 14 introduce como estándar mínimo la obligatoriedad de que los distintos países clarifiquen la postura adoptada en relación con el arbitraje en el marco de los procedimientos amistosos. Para ello, entre otras medidas, está previsto que en la próxima actualización de los Comentarios al Modelo de Convenio se elimine la nota al pie de página relativa al párrafo quinto del Artículo 25, la cual contempla la posibilidad de que los Estados impidan aplicar el arbitraje con base en normas que regulan el derecho interno o cuestiones administrativas del país.

## **2.2. MEDIDAS DEL ESTÁNDAR MÍNIMO ENCAMINADAS A ASEGURAR QUE LOS ESTADOS IMPLEMENTAN PROCESOS ADMINISTRATIVOS QUE PROPICIEN LA PREVENCIÓN Y LA ÁGIL RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN**

Mientras el estándar mínimo 1 anterior pone el foco de atención en que las autoridades competentes de los distintos Estados miembros garanticen el cumplimiento de las obligaciones asumidas en los convenios de doble imposición, el estándar mínimo 2 se centra en combatir los distintos obstáculos asociados a la operativa interna de la Administración Tributaria de los distintos países y que podrían llegar a interferir en la labor de las personas que integran la autoridad competente, impidiendo que la resolución de los procedimientos amistosos se realice de forma objetiva justa y consistente.

*A. Publicación de normas, directrices y procedimientos sobre el acceso y utilización del procedimiento amistoso.*

En aras de asegurar la transparencia del procedimiento amistoso, los países se comprometen a publicar normas, directrices y procedimientos sobre el acceso y utilización del procedimiento amistoso, asegurando la claridad de las mismas y su fácil acceso por parte de los contribuyentes, por ejemplo, mediante la publicación de esta información en las páginas web de las administraciones.

*B. Publicación de los perfiles país en materia de procedimiento amistoso en una plataforma de acceso público de acuerdo con las directrices fijadas por el MAP Forum.*

Los países deberán publicar lo que viene a denominarse perfil en materia de procedimientos amistosos (*country MAP profile*) en una plataforma pública que siga las directrices y supervisión del MAP Forum.

En este sentido, como “perfil en materia de procedimientos amistosos” se entiende determinada documentación e información de cada uno de los países que pueda resultar de especial interés y relevancia para aquellos contribuyentes que pretendan invocar un procedimiento amistoso.

En el **Documento Anexo I** a este informe se puede encontrar el perfil que ha publicado España recientemente en relación con MAP. Como España, otras jurisdicciones tales como Estados Unidos, Reino Unido, Alemania o Francia ya han publicado su perfil en relación a los MAP.

Entre la información incluida en dichos perfiles destacan, por ejemplo, los datos de contacto de la autoridad competente, enlaces a las directrices del país en materia de procedimientos amistosos, así como otra información relevante en relación con estos procedimientos (tarifas, información relevante, etc).

*C. Independencia de las autoridades encargadas de la resolución de los procedimientos amistosos.*

El funcionamiento interno de las administraciones debe configurarse de forma que se preserve la independencia y objetividad de las autoridades competentes para la resolución de los casos de procedimiento amistoso y que las mismas no se vean influenciadas por factores externos.

En particular, se establece la necesidad de que la autoridad competente para resolver el procedimiento amistoso no requiera de aprobación y/o no esté sujeto a dirección por parte de las personas de dicha administración que realizaron los ajustes fiscales que generaron la controversia sujeta al procedimiento amistoso.

*D. Fijación de indicadores de desempeño de las autoridades competentes para la resolución de los procedimientos amistosos.*

Asimismo, y de nuevo con el objetivo de garantizar la independencia y objetividad de las autoridades competentes para la resolución de los procedimientos amistosos, los países se comprometen a que los sistemas retributivos de dichas autoridades no incluyan como medidores de desempeño el número de ajustes y/o recaudación preservados en el marco de los procedimientos amistosos.

Por el contrario, se establece la obligación de que entre los factores de evaluación de las personas que integran la autoridad competente se incluyan indicadores tales como el número de procedimientos amistosos resueltos, el grado de consistencia a la hora de aplicar las disposiciones de los convenios de doble imposición a situaciones en las que concurren los mismos o similares hechos, y el tiempo incurrido en la resolución de tales procedimientos.

*E. Dotar a las autoridades competentes de los recursos adecuados para la correcta tramitación de los procedimientos amistosos.*

Los países asumen el compromiso de dotar a las autoridades competentes de los recursos necesarios que aseguren el correcto funcionamiento del procedimiento amistoso. Entre tales recursos, el informe se refiere expresamente a personal, dotación presupuestaria y formación.

*F. Garantizar el acceso del contribuyente al procedimiento amistoso a pesar de la existencia de acuerdos alcanzados entre la Administración Tributaria y el contribuyente en el marco de actuaciones de inspección.*

Se garantiza el acceso de los contribuyentes al procedimiento amistoso a pesar de la existencia de acuerdos alcanzados entre la Administración Tributaria y el contribuyente en el marco de actuaciones de comprobación (ej. cuando se ha suscrito un acta con acuerdo, en el caso de España).

No obstante, esta obligación no alcanzaría a aquellos supuestos en los que un país disponga de un procedimiento interno de resolución de reclamaciones, independiente del procedimiento inspector, al cual pueda acudir de forma voluntaria el contribuyente. Por ello, a los efectos de asegurar la transparencia de dicho procedimiento, los países que dispongan de sus propios procedimientos internos estarán obligados a informar acerca de los mismos a los Estados con los que vayan a firmar un convenio de doble imposición. Asimismo, deberán incluir procedimientos internos de forma clara y precisa en las directrices públicas del programa de procedimientos amistosos para garantizar el acceso del contribuyente a esta información.

*G. En aquellos casos en los que los países dispongan de programas de APAs bilaterales, y concurran ciertas circunstancias, deberá contemplarse la posibilidad de que los términos del APA bilateral se apliquen de forma retroactiva.*

Cuando los países implicados en un procedimiento amistoso dispongan de programas para la implementación de acuerdos previos de valoración (“APAs”) bilaterales, deberán introducir la posibilidad de que los términos de dichas APAs desplieguen efectos de forma retroactiva, siempre que los hechos y circunstancias sobre los que se ha formalizado el APA sean los mismos que concurrían en ejercicios anteriores, en la medida en que dichos ejercicios no se encuentren prescritos.

El informe señala que la introducción de esta medida puede resultar útil para prevenir o resolver potenciales controversias en materia de precios de transferencia.

### **2.3. MEDIDAS DEL ESTÁNDAR MÍNIMO ENCAMINADAS A GARANTIZAR EL ACCESO AL PROCEDIMIENTO AMISTOSO DE TODOS AQUELLOS CONTRIBUYENTES QUE CUMPLAN LOS REQUISITOS PARA ELLO**

Este tercer y último bloque de medidas centra sus esfuerzos en que las autoridades competentes de los distintos países garanticen el acceso al procedimiento amistoso de todos aquellos contribuyentes que cumplan con los requisitos descritos en el artículo 25.1 del Modelo de Convenio.

La redacción prevista del artículo 25.1 del Modelo de Convenio establece como requisitos para acceder al procedimiento amistoso los siguientes:

*“ 1. Cuando una persona considere que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican o pueden implicar para ella una imposición que no está conforme con las disposiciones del presente Convenio, con independencia de los recursos previstos por el derecho interno de esos Estados, podrá someter su caso a la autoridad competente de uno u otro Estado contratante.*

*El caso deberá ser planteado dentro de los tres años siguientes a la primera notificación de la medida que implique una imposición no conforme a las disposiciones del Convenio”.*

A los efectos de garantizar dicho acceso, el informe de la Acción 14 establece las medidas que a continuación se detallan.

- A. *Las autoridades competentes de ambos países deberán conocer las solicitudes de iniciación de procedimiento amistoso presentadas por los contribuyentes de ambos Estados, pudiendo opinar sobre si las mismas deben ser objeto de aceptación o rechazo.*

Las autoridades competentes de los distintos países implicados en un procedimiento amistoso deben poder opinar acerca de la procedencia de aceptar o rechazarla solicitud por parte de un contribuyente para que se inicie un procedimiento amistoso al amparo del convenio de doble imposición.

A estos efectos, se plantea la adopción obligatoria, por parte de los países, de alguna de las siguientes medidas:

- modificar el párrafo 1 del artículo 25 del Modelo de Convenio -así como los comentarios asociados al mismo- para permitir que la solicitud por parte del contribuyente de que se inicie un procedimiento amistoso pueda dirigirse a cualquiera de las autoridades competentes; o bien,
  - establecer un proceso bilateral de notificación o consulta entre las administraciones de ambos países, a través del cual las autoridades competentes se comuniquen situaciones en las que una de ellas ha considerado que la solicitud de un contribuyente para que se inicie un procedimiento amistoso no está debidamente justificada.
- B. *Publicación de la información y documentación concreta que el contribuyente ha de presentar a la hora de solicitar la iniciación de un procedimiento amistoso.*

Los países se comprometen a no rechazar las solicitudes de contribuyentes que hayan cumplido con todos los requisitos de documentación publicados. Por ello resulta necesario que cada uno de los países publique de forma clara y precisa la información que resulte necesaria para que los contribuyentes presenten, diligentemente, sus solicitudes de iniciación de un procedimiento amistoso.

*C. Inclusión de la excepción a las reglas internas de “prescripción”.*

Al objeto de prevenir que los plazos previstos por el derecho interno de cada uno de los países impidan la implementación de los acuerdos alcanzados en el marco de los procedimientos amistosos, los Estados se comprometen a la adopción de alguna de las siguientes medidas:

- i. inclusión, en sus convenios de doble imposición bilaterales, de la siguiente frase prevista en el párrafo 2 del artículo 25 de Modelo de Convenio:

*“El acuerdo será aplicable independientemente de los plazos previstos por el derecho interno de los Estados contratantes”.*

- ii. Cuando un país tenga una reserva o posición con respecto a la introducción de dicha cláusula en sus convenios, al menos deberá introducir en los mismos una disposición alternativa en la que se fije un plazo máximo (i.e. límite temporal) –previamente acordado con el otro Estado contratante– para la realización de un ajuste al amparo de lo previsto en el apartado 1 del artículo 9, o en el apartado 2 del artículo 7 del Modelo de Convenio– ajustes correlativos de precios de transferencia–, al objeto de evitar ajustes tardíos para los que ya no existiría la posibilidad de acudir al procedimiento amistoso para eliminar la doble imposición.

### **3. MEJORES PRÁCTICAS**

Adicionalmente a las medidas que conforman el estándar mínimo en materia de procedimientos amistosos, el Informe de la Acción 14 del Plan de Acción BEPS recoge una serie de mejores prácticas (*best practices*), las cuales no son parte del estándar mínimo.

Como ya hemos señalado, se trata de medidas que, si bien pueden resultar adecuadas para dar respuesta a algunos de los obstáculos que pue-

den llegar a impedir la resolución de controversias a través de los procedimientos amistosos, se ha decidido no incluirlas como parte del estándar mínimo porque, bien tienen un cierto carácter subjetivo y/o cualitativo que dificultaría la valoración de su grado de implementación, o bien porque no todos los países de la OCDE y del G20 están actualmente dispuestos a incorporarlas.

Al igual que ocurría con las medidas integrantes del estándar mínimo, estas mejores prácticas son agrupadas en el informe de la Acción 14 en función de los objetivos a cuya consecución se refieren.

### **3.1. MEJORES PRÁCTICAS ENCAMINADAS A QUE LOS ESTADOS CUMPLAN ÍNTEGRAMENTE DE BUENA FE LAS OBLIGACIONES PREVISTAS EN LOS PROCEDIMIENTOS AMISTOSOS Y QUE ÉSTOS SEAN RESUELTOS DE FORMA ÁGIL**

La única propuesta (*best practice*) en relación a este primer bloque se refiere a la conveniencia de que los países incluyan en sus convenios de doble imposición el párrafo 2 del artículo 9 del Modelo de Convenio. Dicho párrafo 2 establece la obligación de uno de los Estados contratantes de realizar un ajuste fiscal correlativo, cuando previamente el otro Estado contratante haya ajustado los beneficios declarados por un contribuyente por aplicación del primer párrafo de dicho artículo 9.

Esta propuesta se debe a que algunos Estados vienen adoptando la postura de que, cuando el artículo 9 de un convenio bilateral no incluye el segundo párrafo del artículo 9 del Modelo de Convenio, no existe la obligación de realizar el ajuste correlativo en respuesta a un ajuste primario realizado por el otro Estado contratante. Si bien este tipo de situaciones podrían dirimirse en el marco de un procedimiento amistoso, resulta recomendable incluir en los convenios de doble imposición el segundo párrafo del artículo 9 del Modelo de Convenio, de manera que quepa la posibilidad de que la doble imposición pueda mitigarse de forma unilateral, sin necesidad de acudir a la fase bilateral de los procedimientos amistosos, con el consiguiente ahorro en tiempo y recursos.

### **3.2. MEJORES PRÁCTICAS ENCAMINADAS A ASEGURAR QUE LOS ESTADOS IMPLEMENTAN PROCESOS ADMINISTRATIVOS QUE PROPICIEN LA PREVENCIÓN Y LA ÁGIL RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN**

A continuación detallamos las mejores prácticas que se recogen en el informe de Acción 14 en relación con este segundo objetivo:

- Se recomienda a los países disponer de procedimientos adecuados para la publicación de aquellos acuerdos alcanzados en el marco de procedimientos amistosos que versen sobre criterios generales que afecten a todos los contribuyentes o a una categoría de contribuyentes, de manera que ayude a prevenir o resolver otras controversias, siempre respetando y protegiendo la confidencialidad de la información del contribuyente al cual se refieren los acuerdos.
- Se recomienda dar formación a las autoridades competentes en aras de prevenir comportamientos disfuncionales de las Administraciones Tributarias y prevenir, de este modo, la aplicación de principios e interpretaciones incoherentes, minimizando las situaciones de controversias ocasionadas por tales comportamientos.
- Se recomienda a los países la implantación de programas de APAs bilaterales que ayuden a garantizar la seguridad jurídica de los contribuyentes en ambas jurisdicciones.
- Se recomienda a los países implantar mecanismos que permitan a los contribuyentes solicitar resoluciones plurianuales que permitan extrapolar los acuerdos alcanzados en procedimientos amistosos a ejercicios pasados, en la medida en que en dichos ejercicios concurriesen los mismos hechos y circunstancias que los contemplados en el acuerdo alcanzado a través del procedimiento amistoso.

### **3.3. MEJORES PRÁCTICAS ENCAMINADAS A GARANTIZAR EL ACCESO AL PROCEDIMIENTO AMISTOSO DE TODOS AQUELLOS CONTRIBUYENTES QUE CUMPLAN LOS REQUISITOS PARA ELLO**

A continuación se detallan las mejores prácticas relativas al objeto de garantizar el acceso al procedimiento amistoso a todos aquellos contribuyentes que cumplan los requisitos para ello:

- Se recomienda a los países la adopción de medidas que permitan paralizar los procedimientos de recaudación hasta que los casos sometidos a un procedimiento amistoso sean resueltos, garantizando, al menos, las mismas condiciones que regulan los procedimientos de paralización previstos en las normativas internas de los países.
- Se recomienda a los países la implantación de medidas que den la opción al contribuyente de elegir utilizar el procedimiento amistoso o bien, otro tipo de procedimientos internos previstos por el país.
- Se recomienda a los países la publicación de directrices que expliquen la relación existente entre los procedimientos internos -administrativos y judiciales- y los procedimientos amistosos previstos en los convenios de doble imposición.

En concreto, se recomienda que en dichas directrices se establezcan con claridad si la autoridad competente se considera legalmente obligada a seguir una decisión judicial interna en el procedimiento amistoso y si existe algún tipo de razones de política o práctica administrativa que le podrían llevar a apartarse de una decisión judicial interna.

- Se recomienda a los países que aclaren las circunstancias bajo las cuales se aceptaría el inicio de un procedimiento amistoso originado por la presentación extemporánea de un contribuyente.
- Se recomienda la incorporación de directrices en relación con los potenciales intereses y/o sanciones asociados a los procedimientos amistosos.
- Se recomienda a los países la elaboración de directrices que guíen los procedimientos amistosos en los que intervengan más de dos Estados.

#### **4. MECANISMO DE ARBITRAJE OBLIGATORIO Y VINCULANTE**

El informe de la Acción 14 recoge también el compromiso de, por el momento, 20 países (entre los que se encuentra España) para la introducción del arbitraje obligatorio y vinculante, como mecanismo para resolver de forma ágil controversias surgidas en torno a la interpretación y aplicación de los convenios de doble imposición.

Otro grupo de países han manifestado que en estos momentos no se encuentran en disposición de poder incorporar el mecanismo de arbitraje en

sus convenios, sin perjuicio de que dicha posición será objeto de revisión en el futuro.

Pensamos que la incorporación de forma generalizada del mecanismo de arbitraje a los convenios de doble imposición constituirá un factor crítico de cara a alcanzar el objetivo de resolver las controversias relativas a la interpretación y aplicación de los convenios de doble imposición, dado que asegura al contribuyente que se llegará a una resolución que deberán acatar los dos Estados implicados, y la cual debería evitar situaciones de doble imposición.

## 5. PROCESO DE MONITORIZACIÓN

La implementación de un proceso de monitorización entre pares (*peer review*) es un aspecto fundamental para asegurar la efectividad de las medidas que conforman el estándar mínimo en materia de resolución de controversias. Por ello, las medidas que conforman el estándar mínimo han sido configuradas a partir de elementos y criterios claros y objetivos, cuyo grado de implantación sea susceptible de valoración y revisión en el marco del proceso de monitorización.

Este proceso tendrá las siguientes características:

- Todos los países se someterán a revisiones del grado de implementación del estándar mínimo. Dichas revisiones evaluarán el marco legal que proporcionan los convenios de doble imposición y la normativa doméstica de dichos países, las directrices publicadas por los países sobre sus respectivos programas y práctica administrativa en materia de procedimientos amistosos, y la implementación en la práctica del estándar mínimo.
- El entregable principal del proceso de monitorización entre pares será un informe en el cual se identificarán y describirán tanto las fortalezas, como los defectos existentes, y se propondrán recomendaciones para tratar de corregir los defectos identificados.

Como ya habíamos anticipado, y tal como se detalla en la reciente publicación de la OCDE del pasado 20 de octubre de 2016 “*BEPS Action 14 on More Effective Dispute Resolution Mechanism*”, el proceso de monitorización estará basado en (1) los Términos de Referencia (*Terms of Reference*) y (2) en la Metodología de Valoración (*Assessment Methodology*),

siendo el propósito de estos dos aspectos que el proceso de monitorización se realice de forma homogénea y consistente.

En este último informe la OCDE fija una serie de términos de referencia y metodología en la valoración al objeto de que el *MAP Forum* pueda realizar una valoración objetiva del grado de implementación y cumplimiento por parte de las distintas jurisdicciones de los estándares mínimos y buenas prácticas llevados a cabo por cada uno de los países.

Por su parte, los Términos de Referencia se focalizarán en aspectos concretos en virtud de los cuales se valorará el marco normativo de los países, las directrices existentes en materia de procedimientos amistosos, y la implementación en la práctica del estándar mínimo. Estos Términos de Referencia pretenden proporcionar una hoja de ruta clara para el proceso de monitorización, asegurando que las evaluaciones se realizan de forma consistente en todos los casos.

En este sentido, la OCDE ha determinado veintiún términos de referencia, y algunas recomendaciones, que servirán para la revisión entre pares del grado de implementación y cumplimiento del estándar mínimo:

#### *A. Prevención de conflictos*

En relación con la prevención de conflictos, se establecen como términos de referencia de cumplimiento de estándar mínimos los siguientes:

- Existencia de una provisión que garantice a los contribuyentes el acceso a los MAP.
- Efecto retroactivo (bajo determinadas circunstancias) de las APAS.

#### *B. Disponibilidad y Acceso al MAP*

Al objeto de asegurar el acceso de los contribuyentes al MAP así como el acceso a la información, se fijan como términos de referencia los siguientes:

- Asegurar el acceso de los contribuyentes al MAP durante un periodo de tres años desde que se producen las circunstancias que el contribuyente quiere someter al MAP.
- Implementar un procedimiento de consulta entre jurisdicciones para que las jurisdicciones implicadas puedan manifestar su opinión en relación con el caso en cuestión.

- Garantizar el acceso al MAP de los casos relativos a las normas de precios de transferencia.
- Garantizar el acceso al MAP en aquellos supuestos en los que las normas antiabuso del país entren en conflicto con los convenios de doble imposición.
- Los países deben poder garantizar el acceso al MAP en relación a cuestiones que han sido objeto de acuerdos previos con la Administración.
- Ninguna jurisdicción debe limitar el acceso al MAP con base en argumentos de insuficiencia de información siempre y cuando el contribuyente haya cumplido con todas los procedimientos establecidos.
- En aquellos casos en los que exista doble imposición en cuestiones no previstas por los convenios, se debe garantizar el acceso al MAP para resolver, igualmente, dichas cuestiones.

Asimismo, al objeto de garantizar la transparencia y facilitar al acceso al MAP se establecen los siguientes términos de referencia:

- Publicación de guías y procedimientos relacionados con el acceso y procedimiento MAP.
- Las jurisdicciones han de estar dotadas de medidas adecuadas y suficientes que garanticen el acceso al MAP.
- Asimismo, las jurisdicciones competentes han de manifestar claramente la posibilidad de acceso al MAP en relación con cuestiones que ya han sido previamente inspeccionadas por las autoridades competentes del país, así como la limitación del acceso al MAP durante los procedimientos de inspección.

### *C. Resolución de conflictos MAP*

El MAP debe ser capaz de garantizar la resolución rápida y eficaz de los conflictos. En este sentido se establecen los siguientes términos de referencia:

- Las jurisdicciones deben asegurar que sus convenios de doble imposición disponen de un mecanismo de resolución de conflictos.

- Las jurisdicciones deben intentar resolver los conflictos en un periodo de 24 meses (periodo en el cual las jurisdicciones implicadas deberán resolver el conflicto).
- Asimismo, los países deben asegurar que se dispone de los recursos necesarios para la resolución de conflictos.
- Las decisiones del personal encargado de la resolución de conflictos deben ser independientes de las decisiones internas del país, así como de la cuantía de ajustes practicados o el nivel de recaudación.
- Las jurisdicciones deben asegurar transparencia en relación a su posición en los procesos de MAP, para lo cual debe publicar en su perfil su posición con respecto al MAP y los procedimientos de arbitraje.

#### *D. Implementación de acuerdos MAP*

Los términos de referencia relacionados con la implementación de los acuerdos MAPS son los siguientes:

- Las jurisdicciones deben aceptar los ajustes derivados de los acuerdos MAP en relación a los casos de precios de transferencia.
- Asimismo, las resoluciones deben ser implementadas a tiempo para que las mismas puedan surtir efecto.
- Por último, las resoluciones derivadas de acuerdos MAP deben ser implementadas con independencia de los plazos que rigen la normativa doméstica y aceptar provisiones alternativas que limiten el tiempo durante el cual las partes puedan realizar los ajustes de precios de transferencia relacionados con los artículos 9.1 y 7.2 de los convenios de doble imposición asegurando, de este modo, que los ajustes se realicen a tiempo.

Por su parte, la Metodología de Valoración establece procedimientos y directrices concretas para llevar a cabo el proceso de monitorización entre pares. Los trabajos de implementación y revisión serán llevados a cabo a través del MAP Forum y estarán divididos, fundamentalmente, en dos etapas:

- Etapa 1. Revisión de la implementación de los estándares mínimos llevada a cabo por los países.
- Etapa 2. Revisión, entre pares, del funcionamiento del mecanismo MAP.

El último informe publicado por la OCDE al respecto detalla, minuciosamente, los pasos y procedimientos a seguir por el MAP Forum a la hora de llevar a cabo el análisis del nivel de implementación y cumplimiento por parte de los países (cómo ha de ser reportada la información, canales de comunicación, plazos, etc.).

Se adjunta como **Documento Anexo II** un resumen publicado por la OCDE del formato así como un modelo de reporte en relación con el procedimiento de revisión y monitorización de los diferentes países.

En relación con el procedimiento de revisión del MAP Forum destacar que no sólo los países anexos al MAP Forum, sino también los contribuyentes que hayan tenido acceso al MAP, podrán emitir su opinión acerca del acceso, claridad y funcionamiento del procedimiento, valoraciones que se tendrán por el MAP Forum en cuenta en la elaboración del informe definitivo de cada país.

## **6. GRADO DE IMPLEMENTACIÓN DE LA ACCIÓN 14 EN LOS DISTINTOS PAÍSES<sup>87</sup>**

Una vez la OCDE ha publicado los informes definitivos del Plan de Acción BEPS, el foco de atención pasa ahora a los distintos Estados que deberán decidir la postura a adoptar en relación con las distintas medidas propuestas.

Si bien la postura de los distintos Estados en relación con la adopción e implementación de la Acción 14 no es definitiva, y en gran medida dependerá de la posición que finalmente adopten los mismos en relación con la Acción 15 -instrumento multilateral-, en la tabla que se muestra a continuación se resume, brevemente, las primeras reacciones de los países con respecto a la Acción 14 así como el calendario previsto para su implementación, en caso que proceda.

---

(87) Fuente: Elaboración propia. Información disponible a fecha de publicación de este informe.

NIVEL DE IMPLEMENTACIÓN	PAÍSES	CALENDARIO PREVISTO	COMENTARIOS
Países que pretenden implementar la Acción 14 y adicionalmente se comprometen a introducir el arbitraje obligatorio y vinculante en la resolución de procedimientos amistosos	Australia	Desconocido	
	Austria	Desconocido	
	Bélgica	Desconocido	
	Francia	En espera para la implementación del instrumento multilateral	
	Canadá	En espera para la implementación del instrumento multilateral	
	Japón	En curso	
	Países Bajos	Sujeto a la implementación del instrumento multilateral y negociaciones bilaterales	
	Nueva Zelanda	Sujeto a la implementación del instrumento multilateral	
	Polonia	Sujeto a la implementación del instrumento multilateral	
	España	Sujeto a la implementación del instrumento multilateral	
	Reino Unido	Sujeto a la implementación del instrumento multilateral	
	Suiza	Sujeto a la implementación del instrumento multilateral	
	Estados Unidos	Desconocido	
	Alemania	Sujeto a la implementación del instrumento multilateral y negociaciones bilaterales	Algunos de sus convenios bilaterales ya cuentan con cláusulas en relación al arbitraje
	Noruega	Sujeto a la implementación del instrumento multilateral y negociaciones bilaterales	Algunos de sus convenios bilaterales ya cuentan con cláusulas en relación al arbitraje
	Irlanda	Se espera que se implemente a través del instrumento multilateral	
	Italia	Desconocido	Adicionalmente, Italia ha implantado un nuevo procedimiento de consultas vinculantes disponibles para empresas con actividad internacional, en relación con ciertas materias (Precios de transferencia, tributación, salida, cambio de residencia fiscal, pagos de dividendos e intereses y cánones en operaciones transfronterizas. Dichas consultas son vinculantes durante un periodo de tiempo de 5 años
Luxemburgo	Desconocido		
Eslovenia	Desconocido		
Suecia	Desconocido		

NIVEL DE IMPLEMENTACIÓN	PAÍSES	CALENDARIO PREVISTO	COMENTARIOS
Países que pretenden implementar la Acción 14 pero que, sin embargo, no se comprometen a introducir el arbitraje	Dinamarca	Sujeto a la implementación del instrumento multilateral	
	Finlandia	Desconocido	
	Sudáfrica	Desconocido	
Países que pretenden implementar la Acción 14, pero se desconoce si finalmente optarán por introducir el arbitraje	Portugal	En espera para la implementación del instrumento multilateral	
Desconocido por el momento, pero es probable implemente la Acción 14 como parte del instrumento multilateral	Chile	Desconocido	
Desconocido por el momento, pero improbable que implemente la Acción 14 como parte del instrumento multilateral	India	Desconocido	
Si bien no implementarán la Acción 14, se instauran medidas específicas en relación con la resolución de conflictos	China	En curso	Si bien no implementarán la Acción 14, las Autoridades Fiscales del país planean adoptar las siguientes medidas: – Reforzar en este sentido la legislación pertinente – Homogeneizar e incrementar la precisión de la normativa interna. – Unirse al Foro MAP FTA para favorecer la cooperación con otros países
	Corea del Sur	N/A	No se compromete con la Acción 14. Sin embargo, un procedimiento con la autoridad competente está disponible para los países con los que existe convenio bilateral
Desconocido	Argentina		
	Brasil		
	República Checa		
	Grecia		
	Estonia		
	Hong Kong		
	Hungría		
	Islandia		
	Indonesia		
	Israel		
	México		
	Rusia		
	Arabia Saudí		
	Singapur		
Eslovaquia			
Turquía	Sujeto a la implementación del instrumento multilateral		

Asimismo, respecto a la implementación del mecanismo de resolución de conflictos en los distintos países, merece la pena destacar la propuesta de Directiva anunciada por la Comisión Europea el pasado 25 de Octubre en relación con los mecanismos de resolución de conflictos para combatir la doble imposición en el seno de la Unión Europea<sup>88</sup>, la cual ayuda a reforzar la idea de este tipo de mecanismos dentro de la Unión. Sin ánimo de profundizar en el análisis de, por el momento, una propuesta a nivel europeo, a modo de ejemplo, cabe señalar a grandes rasgos las siguientes medidas:

- Se propone la inclusión, a los efectos de los países de la UE, de mecanismos que eviten la doble imposición que trasciendan el ámbito de precios de transferencia o asignación de rentas a establecimientos permanentes dentro de la Unión.
- Establecimiento de un sistema de resolución de conflictos en materia de doble imposición tales como el arbitraje.
- Se establece como periodo máximo para la resolución de conflictos un periodo máximo de 15 meses.
- Asimismo, se establece un sistema de control por parte de los Estados Miembros.

## 7. VALORACIÓN DE LAS MEDIDAS

El Plan de Acción BEPS nace en respuesta a la necesidad por parte de los distintos Estados de dotar de mayor coherencia a las normas en materia de fiscalidad internacional, evitar la erosión de bases imponibles y traslado de beneficios, y mejorar la transparencia y seguridad jurídica en las, cada vez más frecuentes, operaciones transfronterizas.

En ese contexto en el que la litigiosidad, lejos de desaparecer, corre el grave riesgo de aumentar, resulta imprescindible el desarrollo de un mecanismo que permita una ágil, eficiente y eficaz resolución de las controversias que se suscitan en torno a la interpretación y aplicación de los convenios de doble imposición.

---

(88) Hasta ahora, en la Unión Europea, y desde el 23 de julio de 1990, rige *el Convenio 90/436/CEE sobre eliminación de la doble imposición en caso de rectificación de beneficios entre empresas asociadas*.

La Acción 14 constituye de este modo en una pieza clave dentro del marco del Plan de Acción BEPS, previendo un mecanismo de resolución de conflictos con independencia de las acciones o recursos legales previstos en la normativa interna de cada uno de los países.

A estos efectos, la Acción 14 se apoya fundamentalmente en el procedimiento amistoso contemplado en el artículo 25 del Modelo de Convenio. Mediante la asunción del compromiso de implantar el estándar mínimo en materia de resolución de controversias, los países del G20 y de la OCDE que finalmente se adhieran a esta iniciativa se comprometen a:

1. Garantizar que las obligaciones sobre procedimientos amistosos contraídas en virtud de los convenios de doble imposición se aplican plenamente y de buena fe, resolviendo oportunamente aquellos casos objeto de procedimientos amistosos;
2. Garantizar que los procedimientos administrativos fomentan la supresión y resolución oportuna de todo conflicto de interpretación o aplicación de los convenios de doble imposición; y
3. Garantizar el acceso al procedimiento amistoso de todos aquellos contribuyentes que cumplen los requisitos del artículo 25.1 del Modelo de Convenio.

La aceptación de estos compromisos supone para los Estados la implementación de una serie de medidas de carácter obligatorio, entre ellas, la introducción de cambios en los convenios de doble imposición (modificación del artículo 25), cambios en la estructura y funcionamiento de la Administración, y la adhesión y colaboración en el *MAP Forum*, foro que coordinará los mecanismos de supervisión entre pares.

Pensamos que, desde la perspectiva de la administración española, algunas de estas medidas pueden tener un carácter ciertamente disruptivo, si bien pensamos que sin duda son acertadas y adecuadas de cara a facilitar la consecución del objetivo último, que no es otro que el de evitar las situaciones de doble imposición que se generan por motivo de controversias en torno a la interpretación y aplicación de los convenios de doble imposición.

En este sentido, nos merece especial mención el compromiso manifestado por España en el propio informe de la Acción 14 respecto de la introducción en nuestros convenios de doble imposición de cláusulas de arbitraje

obligatorio y vinculante. Si bien no es algo completamente novedoso en nuestra red de convenios (ya disponen de esta cláusula, entre otros, el convenio de doble imposición suscrito con Suiza), el hecho de que España adquiriera el compromiso de incluir estas cláusulas como un elemento habitual en su política de negociación de convenios muestra que, en nuestra opinión, España va en la dirección correcta.

Un factor adicional a tener en consideración es que los compromisos adquiridos por España van a suponer en muchos casos tener que dotar a nuestra administración tributaria de recursos materiales y humanos adicionales a los actualmente existentes, lo cual requerirá un esfuerzo en términos presupuestarios.

Al igual que ocurre con muchas otras medidas recogidas en los informes emanados del Plan de Acción BEPS, creemos que la efectividad de las medidas previstas en el informe final de la Acción 14 y, en definitiva, la consecución de los objetivos perseguidos por esta acción, dependerá en gran medida del número de países que se adhieran a esta iniciativa e implementen el estándar mínimo en materia de mecanismos para la resolución de controversias. A su vez, esta circunstancia está muy vinculada al número de Estados que finalmente se adhieran al instrumento multilateral objeto de la Acción 15 del Plan de Acción BEPS, el cual se configura como el canal para implementar varias de las medidas que integran el citado estándar mínimo.

Otros dos factores que pensamos favorecerán la efectividad del estándar mínimo es, por un lado, el proceso de monitorización entre pares que contempla el informe de la Acción 14, y que supondrá un estímulo para que los Estados cumplan con los compromisos adquiridos en esta materia; y por otro lado, el número de países que finalmente implementen el arbitraje obligatorio y vinculante en sus convenios de doble imposición. Asimismo, la reciente propuesta de Directiva Europea en relación con mecanismos de resolución de conflictos que ayuden a combatir la doble imposición apoyará, sin duda, al cumplimiento de estos estándares mínimos en el seno de la Unión.

Por último, señalar que, en nuestra opinión, las medidas propuestas por la Acción 14 son muy acertadas y adecuadas para reducir el grado de litigiosidad que venimos viendo en torno a cuestiones relativas a la interpretación y ampliación de los convenios de doble imposición, y que lejos de reducirse, es probable que aumente en los próximos años debido a lo novedoso de muchas de las disposiciones, principios, medidas, etc. que los

Estados están introduciendo en sus normas domésticas y convenios de doble imposición debido a la implementación de las medidas emanadas del Plan de Acción BEPS. En definitiva, el nuevo estándar nos parece que puede contribuir de forma relevante a que los contribuyentes tengan mayores niveles de certidumbre y seguridad jurídica, si bien será fundamental que los países realicen una labor continuada de monitorización que asegure la implementación de las medidas detalladas en este documento de forma consistente y efectiva en el mayor número de países posible.

## ANEXO I

1

### Spain Dispute Resolution Profile

(Last updated: 1 September 2016)

#### General Information

- **Spain's tax treaties are available at:**  
<http://www.minhap.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI.aspx>
- **MAP request should be made to:**
  - **TP MAP (Attribution/allocation MAPs):**  
Mr. Nestor Carmona Head of the International Taxation Office  
Spanish Tax Agency (AEAT)  
Address: Paseo de la Castellana 108, 5<sup>th</sup> Floor. 28046 Madrid  
Tel: + 34 91 568 07 77 / Fax: + 34 91 568 09 09 / Email: [onfi.map@correo.aeat.es](mailto:onfi.map@correo.aeat.es)
  - **Any other MAP:**  
Ms. María José Garde Garde, Deputy Director General for International Taxation  
General Directorate for Taxation, Ministry of Finance and Public Administration  
Address: C/ Alcalá 5 CP:28014 MADRID  
Tel: +34 91 595 80 85 / Fax: +34 91 595 80 03 / Email: [fiscalidad.internacional@tributos.minhap.es](mailto:fiscalidad.internacional@tributos.minhap.es)
- **APA request should be made to:**  
Mr. Nestor Carmona, Head of the International Taxation Office  
Spanish Tax Agency (AEAT)  
Address: Paseo de la Castellana 108, 5<sup>th</sup> Floor. 28046 Madrid  
Telephone: + 34 91 568 07 77/Fax: + 34 91 568 09 09 Email: [onfi@correo.aeat.es](mailto:onfi@correo.aeat.es)

2

Spain Dispute Resolution Profile – Preventing Disputes				
s/n	Response	Detailed explanation	Where publicly available information and guidance can be found	
<b>A. Preventing Disputes</b>				
1.	Yes	This type of agreement is published at the Ministry of Finance's web page.	<a href="http://www.minhap.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI.aspx">http://www.minhap.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI.aspx</a>	
2.	Yes	The possibility to request an APA was established in 1995, under Law 43/1995, of 27 December on Corporations Tax.	Art. 18.9 of Corporate Income Tax Law (Law 27/2014 of 27 November) and Chapter VII of Corporate Income Tax Regulations (CIT R), as drafted by Royal Decree 634/2015.	
a.	Yes	<ul style="list-style-type: none"> <li>Are roll-back of APAs provided for in the bilateral APA programmes?</li> </ul>	The period of coverage may roll-back the years immediately preceding the period which the APA is signed if the domestic time limit has not expired and there has not been a firm tax assessment related to these years.	Art. 25.8 CIT R
b.	See detailed explanation	<ul style="list-style-type: none"> <li>Are there specific timeline for the filing of an APA request?</li> </ul>	The related persons or enterprises may make a request before the controlled transactions take place.	Art. 22 CIT R
c.	Yes	<ul style="list-style-type: none"> <li>Are rules, guidelines and procedures on how taxpayers can access and use bilateral APAs, including the specific information and documentation that should be</li> </ul>	The company may file a preliminary request, with the following contents: a) Identification of the parties. b) Brief description of the transactions.	Arts. 21 and 22 CIT R

Spain Dispute Resolution Profile – Preventing Disputes			
s/n	Response	Detailed explanation	Where publicly available information and guidance can be found
		<p>c) Basic elements of the intended pricing proposal.</p> <p>The request must be accompanied by a proposal that is consistent with the arm's length principle and contain a description of the method and the analysis followed to determine the market value. The request must be signed by the requesting persons. The request must be accompanied by the TP relevant documentation.</p>	
d.	No		
e.	Yes	EU yearly submitted statistics.	EU Joint Transfer Pricing Forum website.
3.	Yes	Specialist courses are organised periodically covering the international taxation field. Attendants are the Tax Administration officials.	Not totally available to the public. <i>Instituto de Estudios Fiscales's</i> web page, periodically updated: <a href="http://www.ief.es/destacados/actividad-es-internacionales.aspx">http://www.ief.es/destacados/actividad-es-internacionales.aspx</a>

3

Spain Dispute Resolution Profile – Preventing Disputes			
s/n		Response	Detailed explanation
4.	Is other information available on preventing tax treaty-related disputes?	Yes	In 2009 the Foro de Grandes Empresas (Forum on Large Companies) was established to study in conjunction with the Tax Agency, transfer pricing, among other issues. The Code of Best Tax Practices was elaborated within the framework of this Forum.
		<b>Where publicly available information and guidance can be found</b>	<a href="http://www.agenciatributaria.es/Empresas_y_profesionales/Foro_Grandes_Empresas/Foro_Grandes_Empresas.shtml">http://www.agenciatributaria.es/Empresas_y_profesionales/Foro_Grandes_Empresas/Foro_Grandes_Empresas.shtml</a>

**Notes:**

1. An APA is an “arrangement that determines, in advance of controlled transactions, an appropriate set of criteria (e.g. method, comparables and appropriate adjustments thereto, critical assumptions as to future events) for the determination of the transfer pricing for those transactions over a fixed period of time”. (see definition of APA in the **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations** (“Transfer Pricing Guidelines”).).
2. Situations may arise in which the issues resolved through an APA are relevant with respect to previous filed tax years not included within the original scope of the APA. The concept of “roll-back” is further elaborated in paragraph 4.136 of Section F (Advance pricing arrangement) of Chapter IV of the Transfer Pricing Guidelines and in paragraph 69 of Section D.4.2 (Possible retrospective application (“Roll back”)) of the Annex to Chapter IV (Guidelines for Conducting Advance Pricing Arrangements under the Mutual Agreement Procedure (“MAP APAs”)) of the Transfer Pricing Guidelines. Simply put, the “roll-back” of the APA is understood to mean that the outcome of the APA is applied to previous filed tax years not included within the original scope of the APA.

Spain Dispute Resolution Profile – Availability and Access to MAP

5

s/n	Response	Detailed explanation	Where publicly available information and guidance can be found
<b>B. Availability and Access to MAP</b>			
5.	Yes	-	-
6.	Yes	Provided that the competent authority considers it an informed request.	-
7.	Yes	Provided that the competent authority considers it an informed request.	-
8.	Yes	Provided that the competent authority considers it an informed request.	-
9.	See detailed explanation	Bona fide taxpayers may address the Tax Administration to request the refund of any undue payment. If the Administration reacts provoking taxation not in accordance with the Convention the case is qualified to be dealt with under a MAP.	-
10.	See detailed explanation	The MAP may be rejected when dealing with internal law instead of a divergence in the application or interpretation of the Convention. It may be rejected as well if it becomes apparent that the taxpayer was intending to avoid taxation in any	Art. 8 MAP on Direct Tax Matters Regulation, approved by Royal Decree 1794/2008, 3rd November.

6

**Spain Dispute Resolution Profile – Availability and Access to MAP**

s/n	Response	Detailed explanation	Where publicly available information and guidance can be found
		of the States involved.	
11.	Yes	If both tracks have been activated, the judicial or administrative proceedings are suspended until the MAP is concluded.	21st Additional disposition of Act 58/2003, of 17 December, (General Tax Law) and 9th Additional disposition of Act 29/1998, of 13 <sup>th</sup> July, both modified by Act 34/2015.
12.	See detailed explanation	The Spanish Administration is bound by its Tribunal's Court decisions, so we would not adopt a different solution. In order to try to eliminate double taxation, we could only give an explanation to the other Competent Authority so that it may accept to do a corresponding adjustment unilaterally.  On the other hand, the Spanish Administration is not bound by its Administrative Tribunal decisions, therefore MAP assistance can be provided.	-
13.	Yes	The MAP on direct tax matters Regulation deals with access thereto and processing, including a detailed description of the minimum documentation to be attached to the request.	<a href="http://www.minhago.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/Impuesto%20sobre%20la%20Rentade%20de%20no%20residentes/RD_1794-2008.pdf">http://www.minhago.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/Impuesto%20sobre%20la%20Rentade%20de%20no%20residentes/RD_1794-2008.pdf</a>
14.	Yes	The MAPs Regulation determines the terms available for their request and error handling procedures.	Arts 5 and 7 MAP on direct tax matters Regulation, approved by Royal Decree

7

<b>Spain Dispute Resolution Profile – Availability and Access to MAP</b>				
s/n	Response	Detailed explanation	Where publicly available information and guidance can be found	
			1794/2008, 3rd November.	
15.	See detailed explanation	EU Arbitration Convention and its Code of Conduct.	-	
16.	Yes	MAPs' Regulations determines the suspension of the payment of the tax due and the conditions to qualify for it.	Arts 35 to 40 MAP on direct tax matters Regulation.	
17.	No	-	-	
18.	No	-	-	

Spain Dispute Resolution Profile – Resolution of MAP Cases			
s/n	Response	Detailed explanation	Where publicly available information and guidance can be found
<b>C. Resolution of MAP Cases</b>			
19.	No	-	-
20.	Yes	EU yearly submitted statistics.	-
21.	No	-	-
22.	Yes	The <i>Oficina de Fiscalidad Internacional</i> (International Taxation Office- ONFI) was established under Order HAP/393/2013, of 11 March, modifying Order PRE/3581/2007, of 10th December, creating the different Departments of the State Tax Agency and their corresponding remits. Order of 2nd June 1994 further develops its structure. Under Order HAP/1431/2015, of 16th July the competencies on MAPs on transfer pricing and attribution of profits to EPs are specifically mandated to this Office.	Regulations mentioned are publicly available.

9

**Spain Dispute Resolution Profile – Resolution of MAP Cases**

s/n	Response	Detailed explanation	Where publicly available information and guidance can be found
		develops the basic reporting structure of the Ministry of Finance and Public Administrations; thereby, the General Directorate for Taxes is vested with the powers to apply double tax conventions.	
23.	See detailed explanation	Only in the Conventions to avoid double taxation with Swiss and UK.	<a href="http://www.minhsp.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI.aspx">http://www.minhsp.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI.aspx</a>
a.	-	-	-
b.	-	-	-
24.	Yes	If the MAP track is followed in parallel to an administrative/judicial revision procedure, the latter is suspended until the MAP is concluded.	21st Additional disposition of Act 58/2003, of 17 December, (General Tax Law) and 9th Additional disposition of Act 29/1998, of 13th July, both modified by Act 34/2015.
a.	See detailed explanation	The competent authority is legally bound to follow a domestic court decision to comply with a	Art. 118 Spanish Constitution.

Spain Dispute Resolution Profile – Resolution of MAP Cases				
s/n	Response	Detailed explanation	Where publicly available information and guidance can be found	10
	that it is legally bound to follow a domestic court decision in the MAP or will not deviate from a domestic court decision as a matter of administrative policy or practice?	constitutional requirement.		
25.	Are taxpayers allowed to request for multi-year resolution through the MAP of recurring issues with respect to filed tax years?	See detailed explanation	It would be analysed on a facts and circumstances basis. In some cases, as new point 7.3 i) in the EU Code of Conduct establishes, where a new request by an enterprise for a MAP is linked to issues which are already covered by an ongoing mutual agreement procedure with the same enterprise, competent authorities should, where appropriate, consider treating the new request together with the ongoing MAP.	
26.	Do all your jurisdiction's tax treaties contain a provision which would oblige your jurisdiction to make corresponding adjustments or to grant access to the MAP with respect to the economic double taxation that may otherwise result from a primary transfer pricing adjustment (i.e. is paragraph 2 of Article 9 of the OECD Model Tax Convention or the UN Model Double Taxation Convention included in all of your jurisdiction's tax treaties)?	No	Tax treaties not including paragraph 2 of Article 9: Austria, Brazil, China, Ecuador, Finland, Hungary, Indonesia, Italy, Japan, Korea, Luxembourg, Mexico Morocco and Norway.  Tax treaties not including Article 9: Belarus, Bulgaria, Kirgizstan, Tajikistan, Turkmenistan and Ukraine.	<a href="http://www.minhap.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI.aspx">http://www.minhap.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI.aspx</a>

Spain Dispute Resolution Profile – Resolution of MAP Cases			
s/n	Response	Detailed explanation	Where publicly available information and guidance can be found
27.	No	-	-

11

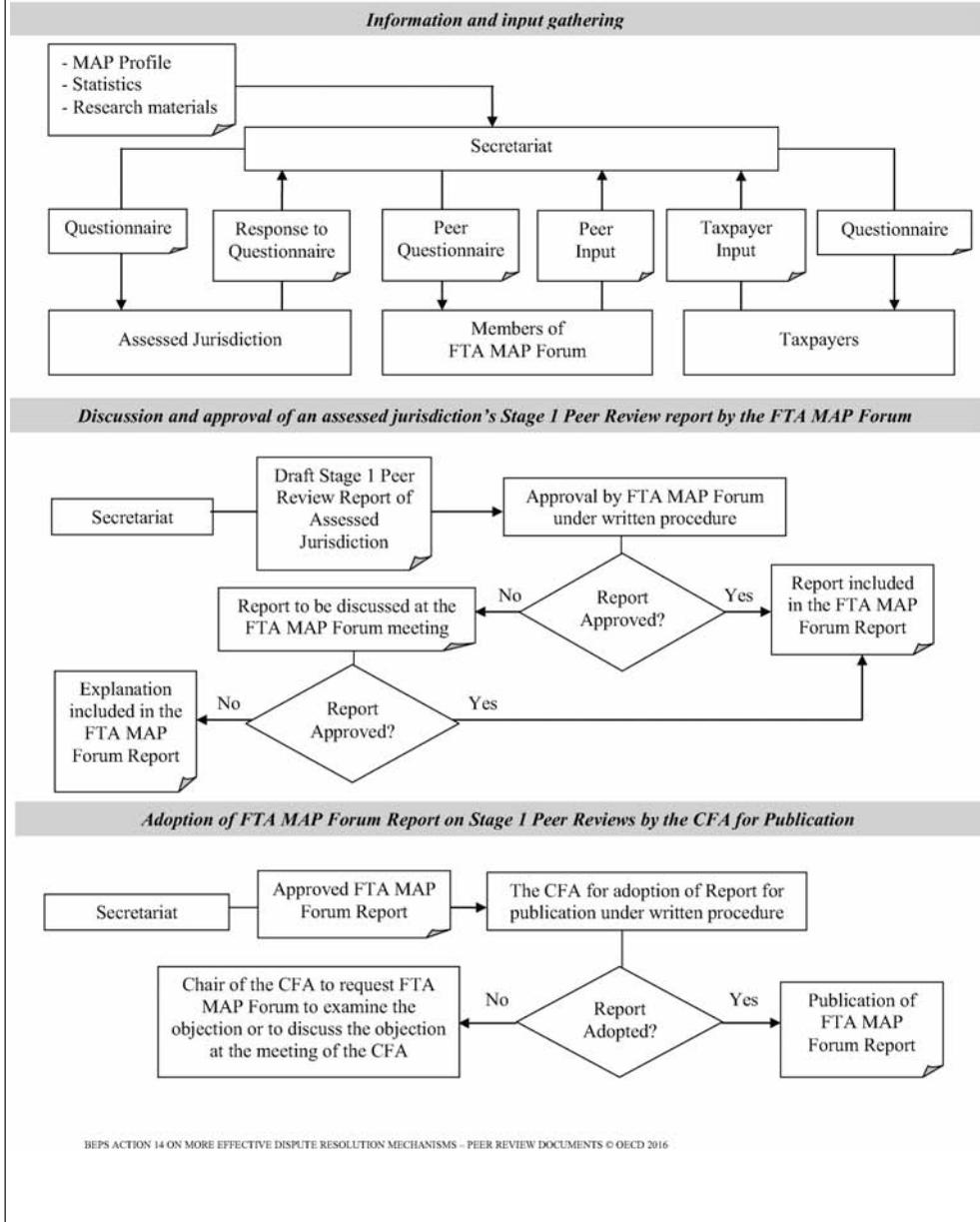
Spain Dispute Resolution Profile – Implementation of MAP Agreements			
s/n	Response	Detailed explanation	Where publicly available information and guidance can be found
<b>D. Implementation of MAP Agreements</b>			
28.	See detailed explanation	The general 6-month rule for the resolution of tax procedures applies.	ART 104 LGT
29.	No		
30.	No	The mutual agreements reached are implemented irrespective of the time limits set in the domestic law only when the applicable treaty includes the last sentence of paragraph 2 of Article 25 of the	<a href="http://www.minhapp.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI.aspx">http://www.minhapp.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI.aspx</a>

Spain Dispute Resolution Profile – Implementation of MAP Agreements				
s/n	Response	Detailed explanation	Where publicly available information and guidance can be found	13
		<p>OECD Model Tax Convention.</p> <p>Nowadays the treaties signed by Spain, not containing that sentence are: Austria, Belarus, Belgium, Brazil, Bulgaria, Chile, Czech Republic, Ecuador, Finland, Hungary, Indonesia, Ireland, Italy, Japan, Kirgizstan, Korea, Morocco, the Netherlands, Philippines, Poland, Romania, Slovakia, Tajikistan, Thailand, Tunisia, Turkmenistan and Ukraine.</p>		
31.	Yes	-		<p>Art. 15 MAP on direct tax matters Regulation, approved by Royal Decree 1794/2008.</p>

## ANEXO I

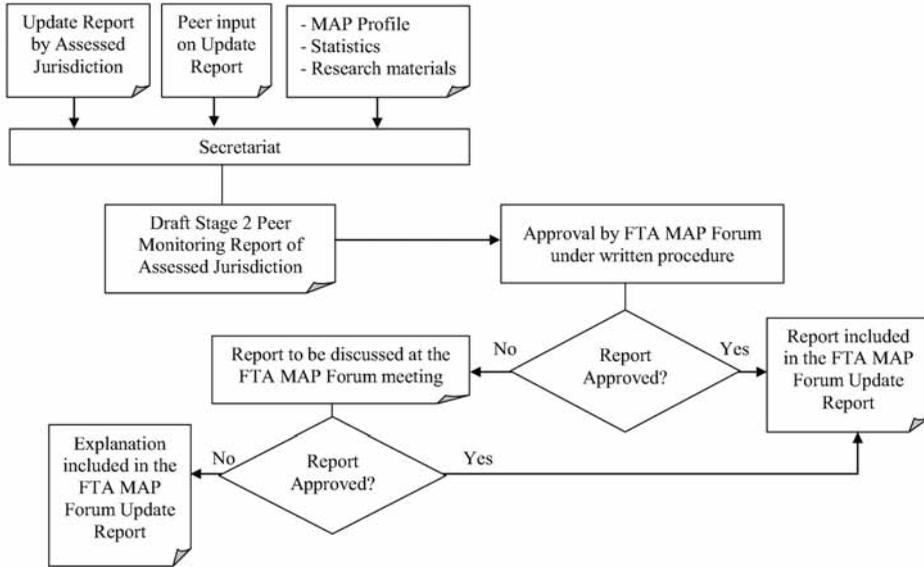
ASSESSMENT METHODOLOGY - 27

### Annex 1 – Summary of Stage 1 Peer Review Process

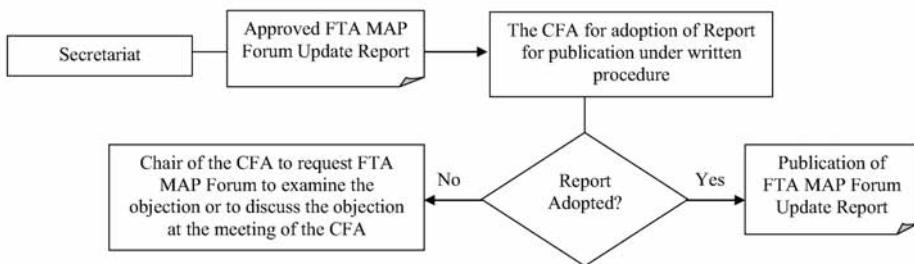


**Annex 2 – Summary of Stage 2 Peer Monitoring Process**

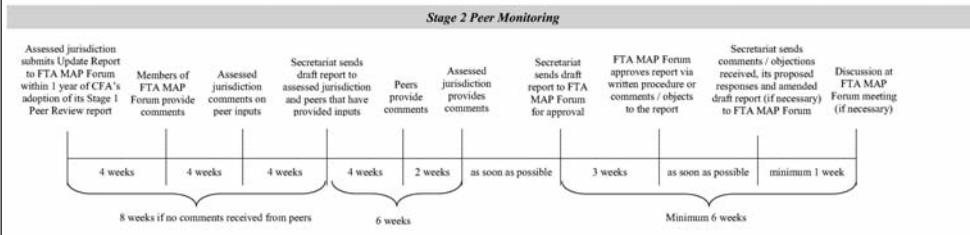
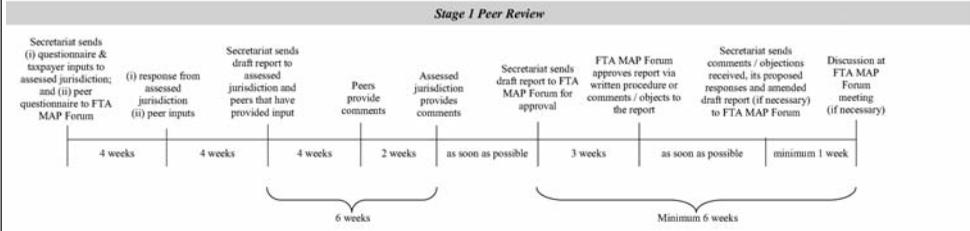
*Discussion and approval of an assessed jurisdiction's Stage 2 Peer Monitoring report by the FTA MAP Forum*



*Adoption of FTA MAP Forum Update Report on Stage 2 Peer Monitoring by the CFA for Publication*



**Annex 3 – Model Assessment Schedules for Approval of Peer Review Reports by the FTA MAP Forum**



BEPS ACTION 14 ON MORE EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS – PEER REVIEW DOCUMENTS © OECD 2016

Annex A

**MAP Statistics Reporting for the [YEAR] Reporting Period (1 January [YEAR] to 31 December [YEAR]) by [Name of Jurisdiction] for Pre-2016 Cases Closed in the [YEAR] Reporting Period**

Annex A should be submitted to the Secretariat (email: [fta.map@oecd.org](mailto:fta.map@oecd.org)) by 31 May of the calendar year following the year of the reporting period for subsequent publication on the OECD website so long as there are pre-2016 cases in the jurisdiction's MAP inventory on 1 January of the reporting year.  
 For countries that are currently reporting MAP statistics for publication on the OECD website (see: [www.oecd.org/ctp/dispute/](http://www.oecd.org/ctp/dispute/)), with effect from the 2016 reporting period (1 January 2016 to 31 December 2016) they are only required to report MAP statistics for publication based on Annex A of this note.

**Jurisdictions should report their MAP statistics for pre-2016 cases based on the definition of terms and rules for counting MAP cases as contained in Annex C.**

category of cases	no. of pre-2016 cases in MAP inventory on 1 January [YEAR]	number of pre-2016 cases closed during the reporting period by outcome:							no. of pre-2016 cases remaining in MAP inventory on 31 December [YEAR]	average time taken (in months) for closing pre-2016 cases during the reporting period				
		denied MAP access	objection is not justified	withdrawn by taxpayer	unilateral relief granted	resolved via domestic remedy	agreement fully eliminating double taxation / resolving taxation not in accordance with tax treaty	agreement partially eliminating double taxation / partially resolving taxation not in accordance with tax treaty			agreement that there is no taxation not in accordance with tax treaty	no agreement including agreement to disagree	any other outcome	
Column 1	Column 2	Column 3	Column 4	Column 5	Column 6	Column 7	Column 8	Column 9	Column 10	Column 11	Column 12	Column 13	Column 14	
Row 1 Attribution / Allocation														
Row 2 Others														
Row 3 Total														

Note: A reporting jurisdiction can include in this notes section any information which in its view would be useful in providing clarification or understanding on any of the statistics reported above.

## **CAPÍTULO XIII**

### **ACCIÓN 15: DESARROLLAR UN INSTRUMENTO MULTILATERAL QUE MODIFIQUE LOS CONVENIOS BILATERALES**

*Francisco Martín Barrios, Lucía Fuente Brey y Aida Ordoñez Riaño  
(Deloitte Legal)*



## 1. INTRODUCCIÓN

La conjunción entre las normas de fiscalidad nacional e internacional supone uno de los pilares que sustentan el crecimiento de la economía mundial, la cual ha sufrido drásticos cambios durante los últimos años.

La actual red de convenios bilaterales, firmados algunos de ellos en los años veinte del siglo pasado, ha sido la herramienta básica para combatir las ineficiencias resultantes de la doble imposición en las transacciones transfronterizas. Sin embargo, la globalización, la evolución de los modelos de negocio, las transacciones internacionales cada vez más complejas, y más recientemente el fenómeno de la digitalización, han potenciado que dichos convenios bilaterales propiciasen oportunidades de doble desimposición, lo cual hacía aconsejable una revisión de algunas de las disposiciones normativas recogidas en los mismos.

Los informes finales de las acciones 1 a 14 del Plan de Acción BEPS recogen un número importante de medidas tendentes a combatir el fenómeno de la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios<sup>89</sup> derivado de lo que ha venido a denominarse planificación fiscal agresiva. Por su parte, con base en la experiencia de diversos expertos en derecho público internacional y tributario, la Acción 15 de dicho plan explora la conveniencia y la viabilidad técnica de la elaboración de un instrumento multilateral que permita a los Estados que se adhieran al mismo implementar de forma rápida, coordinada y consistente aquellas medidas que emanan del resto de acciones del Plan de Acción BEPS, y que tienen como encuadre normativo los convenios de doble imposición. Este instrumento constituye

---

(89) *Base Erosion and Profit Shifting* por sus siglas en inglés.

sin duda una alternativa mucho más ágil y eficiente que la opción de renegociar individualmente cada uno de los tratados bilaterales ya existentes.

A partir de numerosos ejemplos de tratados internacionales multilaterales en áreas distintas al derecho tributario, y tras el estudio de posibles soluciones a los potenciales obstáculos que pudieran derivarse de un instrumento de estas características, la OCDE concluyó en el informe final de la Acción 15 (publicado en octubre 2015) que la implementación de un instrumento multilateral no sólo era deseable, sino que era viable y urgía su implementación.

En relación con la conveniencia de llevar a la práctica este instrumento, se resaltan fundamentalmente los siguientes aspectos:

- Un instrumento multilateral permitiría una implementación rápida, sincronizada y coherente de las medidas resultantes del Plan de Acción BEPS. El objetivo es evitar la renegociación individual de la actual red de convenios que consumiría excesivo tiempo, esfuerzo, y elevados costes administrativos para las jurisdicciones afectadas.
- La flexibilidad que caracteriza a este tipo de instrumentos ayudaría a que los Estados se comprometiesen a implementar unos estándares comunes mínimos, pero, a su vez, permitiendo la negociación de matices que permitan acomodar aspectos específicos de cada uno de ellos, tales como cuestiones de política fiscal.
- La rápida implementación del instrumento aportaría coherencia, seguridad y eficiencia. Asimismo evitaría incertidumbre en los Estados y en la economía global, respetando el principio de plena soberanía tributaria.
- Tan sólo un instrumento multilateral que coexista con los actuales convenios bilaterales parece posible a la hora de garantizar eficiencia y rapidez en la implementación de las medidas BEPS, así como a la hora de preservar la soberanía de cada uno de los Estados.
- Por último, respecto de los potenciales problemas o dificultades técnicas asociados a la implementación del instrumento multilateral, el Informe de la Acción 15 prevé soluciones partiendo de la experiencia ganada con otros tratados de similares características. Así por ejemplo, se proponen cláusulas de compatibilidad (*“compati-*

*bility clauses*”) con el propósito de establecer reglas de convivencia entre las disposiciones recogidas en el instrumento multilateral y los convenios bilaterales ya existentes a la firma del mismo, los convenios que se puedan firmar con posterioridad, o incluso con convenios firmados entre Estados que se adhieran al instrumento bilateral y otros Estados que no lo hagan.

Desde febrero de 2015 un grupo de más de 90 países –entre ellos España– ha estado trabajando en el desarrollo del Convenio Multilateral que, finalmente, ha sido concluido y publicado el pasado **24 de noviembre de 2016**. Dicho instrumento (denominado por la OCDE *“Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting”*) afectará a los Estados que lo suscriban, y tan sólo tendrá influencia sobre los convenios para evitar la doble imposición firmados entre dichos Estados que hayan sido identificados por los mismos como objeto de modificación (*“Covered Tax Agreements”*).

Tal y como veremos en detalle a continuación, los principales aspectos de los convenios bilaterales que se verán afectados por el Convenio Multilateral serán los relativos a la delimitación del concepto de establecimiento permanente, la mejora y desarrollo de los mecanismos de resolución de conflictos, la introducción de reglas y normas que regulen los instrumentos híbridos, así como la inclusión de cláusulas antiabuso encaminadas a restringir el acceso a las ventajas previstas en los convenios de doble imposición.

A pesar de que el texto del Convenio Multilateral haya sido publicado, cabe destacar que la adhesión final al Convenio por parte de los distintos países es voluntaria, y la participación en el grupo de trabajo no requería el compromiso de firmarlo.

Actualmente, los Estados se encuentran trabajando en el listado de convenios bilaterales que pretenden que sean afectados por el Convenio Multilateral. Si bien se contemplan distintas fechas de entrada en vigor del mismo, se prevé que los gobiernos de aquellos Estados que finalmente decidan adherirse al mismo ratifiquen el Convenio Multilateral entre el segundo semestre de 2017 y primer semestre de 2018, por lo que no será hasta entonces cuando entre en vigor el mismo.

Actualmente el foco de atención está puesto en la decisión de adhesión de los distintos convenios de doble imposición firmados por los Estados. En

este sentido, España se encuentra en fase de negociaciones bilaterales con los distintos países con los que tiene diferencias a la hora de realizar reservas o notificaciones, previéndose la apertura de firma a partir de junio de 2017.

El presente documento pretende analizar los principales elementos sobre los que se ha configurado el Convenio Multilateral, las posibles dificultades y problemas con los que se encontrarán los países hasta la firma y entrada en vigor del mismo, así como las posibles ventajas e inconvenientes que, entendemos, podrían desprenderse.

## **2. CONFIGURACIÓN DEL CONVENIO MULTILATERAL Y SU APLICACIÓN**

La firma y entrada en vigor del Convenio Multilateral supondrá la culminación de una parte importante de los trabajos desarrollados en el Plan de Acción BEPS. Actualmente, una vez el Convenio Multilateral ha sido publicado por la OCDE, el foco de atención ha pasado a los Estados participantes en el proyecto, los cuales serán los responsables de tomar la decisión de adherirse, total o parcialmente, al mencionado Convenio.

El éxito del Convenio Multilateral dependerá en gran medida del grado de participación y apoyo que los Estados brinden al mismo.

Las cláusulas reguladas en los actuales convenios bilaterales existentes se mantendrán en vigor respecto de aquellas cuestiones no abordadas por el Convenio Multilateral. Así, para garantizar eficiencia y transparencia, será importante que cada uno de los países sean capaces de definir claramente la relación entre el Convenio Multilateral y sus convenios bilaterales actualmente vigentes, prestando especial atención a las cláusulas y mecanismos de compatibilidad que rijan la convivencia entre ambos.

### **2.1. EL CONVENIO MULTILATERAL MODIFICARÁ LA RED DE CONVENIOS BILATERALES**

Como ya hemos indicado, el principal propósito del Convenio Multilateral es la implementación de aquellas medidas BEPS, que tienen su acomodo normativo en los convenios de doble imposición, mediante la modificación de la red de convenios bilaterales existente de forma rápida, coordinada y consistente.

Uno de los objetivos del Plan de Acción BEPS es el desarrollo e implementación de diversas reglas comunes para que todos los países interesados en el proyecto puedan incorporar en sus respectivos ordenamientos tales medidas de forma coordinada y consistente.

Con la implementación del Convenio Multilateral se pretende acometer la modificación de determinadas disposiciones recogidas actualmente en los convenios bilaterales sin tener que derogar los mismos. A estos efectos, el Convenio Multilateral recoge determinadas cláusulas que permiten la convivencia de los convenios bilaterales y del nuevo Convenio.

- i) Relación entre el Convenio Multilateral y los convenios bilaterales concluidos con anterioridad a su entrada en vigor

Junto con la redacción y tipo de lenguaje a utilizar, ha de tenerse en cuenta que el Convenio Multilateral no modificará por completo los convenios bilaterales, sino que dichos convenios mantendrán en vigor todas aquellas disposiciones no cubiertas por el Convenio Multilateral. En este contexto resultan fundamentales las cláusulas, reglas y mecanismos que permitan la convivencia de ambos.

Tal y como rige en el ámbito del derecho internacional, ante la existencia de dos normas que regulen el mismo contenido, se prevé la prevalencia de la más reciente (*“lex posterior derogat legi priori”*). Esto permitirá la pervivencia de convenios bilaterales firmados con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio Multilateral, manteniendo el contenido de los convenios para evitar la doble imposición en vigor para aquellas disposiciones que no sean abordadas por el Convenio Multilateral y sean compatibles con las cláusulas de este último.

Se contempla la existencia de cláusulas de compatibilidad (*“compatibility clauses”*) y de mecanismos para su implementación que aseguren la convivencia entre el Convenio Multilateral y los convenios bilaterales. En este sentido, cabe destacar los siguientes aspectos:

- Dado que no todos los convenios de doble imposición poseen el mismo número de cláusulas, el Convenio Multilateral no realiza referencias numéricas al articulado de los convenios de doble imposición. Por el contrario, existen referencias temáticas y explicativas que regulan los contenidos que comentaremos a continuación.

- Con base en el principio *“lex posterior derogat legi priori”*, las cláusulas del Convenio Multilateral primarán sobre las provisiones contenidas en los convenios bilaterales.
  - *“Provisiones más favorables”* (*“more favourable provisions”*) para que puedan pervivir aquellas cláusulas de convenios ya existentes en el momento de la firma del Convenio Multilateral, en la medida en que propicien el mismo o similar resultado que las disposiciones del Convenio Multilateral.
  - Por último, el Convenio Multilateral recoge cláusulas de compatibilidad que ayuden a la resolución de situaciones complejas mediante la inclusión de términos tales como *“en lugar de”*, *“además de”*, *“en ausencia de”*.
- ii) Relación entre el Convenio Multilateral y los convenios bilaterales concluidos con posterioridad

En aras de asegurar la continuidad y consistencia con el nuevo marco normativo que propiciará el Convenio Multilateral, se prevé que los Estados que se adhieran al mismo no firmen tratados posteriores que contradigan al Convenio Multilateral o sean inconsistentes con las provisiones previstas en el mismo, de manera que esos futuros acuerdos firmados entre los Estados tan sólo podrán *“confirmar”*, *“complementar”*, *“extender”* o *“ampliar”* las disposiciones del Convenio Multilateral. Es decir, se prevé la posibilidad de que los Estados que suscriban Convenio Multilateral puedan concluir convenios posteriores que ayuden a ir un paso más allá en la implantación y consecución de los objetivos perseguidos por dicho Convenio.

- iii) Relación entre las partes que se adhieran al Convenio Multilateral y terceros

El Convenio Multilateral no vinculará directamente a terceras partes que no se hayan adherido al mismo.

Por ejemplo, el hecho de que España se adhiera al Convenio Multilateral no debería condicionar su capacidad y flexibilidad para la negociación a futuro de cláusulas en convenios bilaterales con terceros países.

## 2.2. EL CONVENIO MULTILATERAL APORTA FLEXIBILIDAD EN CUANTO A NIVELES DE COMPROMISO

De cara a asegurar la correcta implementación de las medidas BEPS resulta de gran importancia garantizar, por un lado, cierta consistencia entre los Estados en cuanto al nivel de compromiso referente a la adhesión al Convenio Multilateral, y por otro lado dotar a dicho Convenio de un cierto grado de flexibilidad para acomodar la variedad de políticas fiscales de los distintos países.

A estos efectos, el Convenio Multilateral se ha elaborado para contemplar distintos niveles de compromiso y mecanismos que aporten flexibilidad al mismo.

En cuanto al nivel de compromiso, señalar que el Informe de la Acción 15 recoge las siguientes consideraciones que han sido trasladadas, en mayor o menor medida, al Convenio Multilateral:

- Nivel de compromisos “*vis a vis*” entre todos los Estados que suscriban el Convenio Multilateral

Con este tipo de compromiso se prevé que los Estados firmantes excluyan la aplicación (total o parcial) de determinadas provisiones del Convenio Multilateral, así como la posibilidad de que los mismos puedan elegir entre distintas alternativas que pueda ofrecer el Convenio Multilateral en relación con determinadas cuestiones.

- Nivel de compromisos “*vis a vis*” de determinadas partes

Dado que es posible que para determinadas provisiones del Convenio Multilateral las partes no sean proclives a asumir el mismo nivel de compromiso frente a todas las jurisdicciones, se contempla la posibilidad de que los distintos Estados adscritos al Convenio Multilateral tengan la capacidad de modular el nivel de compromiso seleccionado dependiendo de la jurisdicción con la que se trate. En este sentido, los países podrán seleccionar aquellos convenios bilaterales firmados con otros países que quieran incluir o excluir de la adhesión al Convenio Multilateral.

Respecto de los mecanismos de flexibilidad, el Informe de la Acción 15 analiza las siguientes opciones:

- Mecanismos “*Opt-Out*”

Este tipo de mecanismos permite a las partes excluir o modificar (total o parcialmente) el efecto legal de determinadas provisiones previstas en el propio Convenio Multilateral, así como la introducción de reservas (restricciones).

- Mecanismos de “Selección de provisiones alternativas” (*“Choice between alternative provisions mechanism”*)

Los mecanismos de “selección de provisiones alternativas” permiten que los distintos Estados puedan elegir la redacción de determinadas cláusulas del Convenio Multilateral entre distintas alternativas. De este modo, a la hora de redactar las distintas provisiones, los Estados podrán elegir de acuerdo con los siguientes parámetros:

- a) Elección entre provisiones alternativas tales como *“a cualquiera”, “o bien”* o *“o”*.
- b) Elección entre un listado de provisiones en las que se impone un requisito de mínimos *“opción a, b, c”*.

- Mecanismos *“Opt-In”*

Bajo este tipo de mecanismos los Estados no están obligados a aplicar una provisión específica del Convenio Multilateral a menos que la misma haya sido aceptada expresamente por ellos mismos.

El objetivo de los mecanismos *“Opt-In”* no sería otro que el de permitir, a aquellos Estados que estén preparados para hacerlo, ir un paso más allá en la implantación y consecución de los objetivos perseguidos por el Plan de Acción BEPS, asumiendo determinadas acciones y compromisos adicionales.

### **2.3. EL CONVENIO MULTILATERAL DEBE SER CAPAZ DE ASEGURAR TRANSPARENCIA Y CLARIDAD**

Dadas las consecuencias prácticas que supondrá la entrada en vigor de las medidas emanadas del Plan de Acción BEPS, resulta de vital importancia asegurar que los derechos y obligaciones de las partes adheridas al Convenio Multilateral sean claros.

Por ello, teniendo en cuenta la importancia de la existencia de mecanismos que aseguren la transparencia y claridad del Convenio Multilateral, el informe de la Acción 15 propone una serie de herramientas que ayuden a conseguir estos objetivos.

- Negociación del Convenio Multilateral y firma de la versión oficial del mismo en un número limitado de idiomas: inglés y francés

Al objeto de asegurar la correcta interpretación del Convenio Multilateral, y de mitigar los posibles problemas idiomáticos derivados de la existencia de múltiples versiones oficiales en distintos idiomas, la versión oficial del Convenio Multilateral será firmada exclusivamente en inglés y francés.

Cabe destacar que se está elaborando una traducción del Convenio Multilateral al español. Dicha traducción está siendo consensuada entre los países de habla hispana para mitigar controversias a la hora de su interpretación.

- Publicación de versiones consolidadas de los convenios bilaterales

Dados los distintos niveles de compromisos y variedad de cláusulas que pueden ser asumidos por cada uno de los Estados, se prevé la publicación de versiones consolidadas de los convenios bilaterales en las que se reflejen los cambios concretos que el Convenio Multilateral ejercería sobre dichos convenios bilaterales.

Algunos países, de acuerdo con sus normas y procedimientos internos, necesitan de la existencia de la versión consolidada de sus convenios bilaterales previamente a su ratificación (no siendo éste el caso de España). No obstante, pensamos que estas versiones consolidadas, las cuales en muchos países no tendrán carácter oficial, constituirán una importante ayuda a la hora de aplicar los convenios bilaterales modificados por el Convenio Multilateral.

- Creación de un depósito de notificaciones y comunicaciones

Se ha creado un depósito de notificaciones para asegurar el control y seguimiento adecuado de los flujos de información entre los Estados adheridos al Convenio Multilateral como elemento clave a la hora de su implementación. El depósito servirá para custodiar el propio Convenio Multilateral, así como cualquier tipo de notificación o comunicación relacionada con el mismo.

Así por ejemplo, los distintos Estados deberán notificar al depósito los convenios que pretenden que sean afectados por el Convenio Multilateral. De este modo, el depósito deberá cruzar el listado de convenios incluidos por parte de los Estados y comprobar si ambos países (de forma simétrica) han decidido adherir el convenio bilateral con el otro Estado al Convenio Multilateral.

Adicionalmente, en el caso de que los Estados realicen reservas a las disposiciones recogidas en el Convenio Multilateral, los mismos deberán comunicar dichas reservas al depósito, el cual se encargaría de hacer llegar esta información al resto de Estados adheridos.

## **2.4. ANÁLISIS DE LAS ACCIONES RECOGIDAS POR EL CONVENIO MULTILATERAL**

Las acciones BEPS implementadas mediante el Convenio Multilateral, así como los artículos del mismo en los que han sido recogidas se detallan a continuación en el **Anexo I** del presente documento.

## **2.5. APLICACIÓN PRÁCTICA Y FUNCIONAMIENTO**

Al objeto de que pueda servir como aclaración de la aplicación y funcionamiento del Convenio Multilateral, a continuación se abordan algunas cuestiones prácticas, pretendiendo facilitar al lector el entendimiento de cómo opera el Convenio Multilateral.

En primer lugar cabe destacar, como ya se comentó anteriormente, que tan sólo se verán afectados por las modificaciones introducidas por el Convenio Multilateral aquellos convenios para evitar la doble imposición en vigor o firmados que, previamente, hayan sido identificados simétricamente por los distintos Estados; es decir, que ambos países hayan acordado la aplicación del Convenio Multilateral al citado convenio para evitar la doble imposición.

Por otro lado, la estructura de los distintos artículos que configuran el Convenio Multilateral y que incluyen las pautas para la aplicación del mismo es la siguiente:

### **– Norma sustantiva**

Todos los artículos recogen, en primer lugar, la norma sustantiva –medida o acción procedente del Plan BEPS– que pretende ser introducida en los convenios para evitar la doble imposición a través del Convenio Multilateral.

Como se ha detallado en el apartado anterior, cada artículo del Convenio Multilateral guarda relación con una medida procedente del Plan de acciones BEPS.

– **Normas de compatibilidad**

Todos los artículos cuentan con normas de compatibilidad, es decir, cláusulas que definen la relación existente entre la norma sustantiva y las disposiciones de los convenios para evitar la doble imposición existentes.

De este modo, las normas de compatibilidad detallan, de una forma descriptiva, la sustitución de determinadas disposiciones recogidas en los actuales convenios para evitar la doble imposición o bien la incorporación de nuevas disposiciones a los mismos.

– **Reservas y Notificaciones**

Las reservas previstas en cada uno de los artículos pretenden dotar de cierta flexibilidad a los países a la hora de adoptar las distintas normas sustantivas, sobre todo cuando las medidas no son de obligado cumplimiento.

De este modo, para aquellas acciones (normas sustantivas) que son de obligado cumplimiento (ej. Acción 14. Procedimiento amistoso), las posibilidades de realización de reservas para la no aplicación de los artículos que cubren dichas acciones son muy reducidas.

Sin embargo, en lo que se refiere a normas sustantivas que no son de obligado cumplimiento (ej. Artículo 4. Entidades con doble residencia), los mecanismos de “*Opting - out*” comentados anteriormente ofrecen la posibilidad de reservar los artículos de distintas formas:

- a) Reserva global: La realización de una reserva global implica la no aplicación del artículo en todos los convenios firmados por ese país, o bien en aquellos convenios cuyos artículos no reflejen el estándar mínimo.
- b) Reserva parcial: La reserva parcial implica la sustitución de ciertas disposiciones en determinados convenios que ya cuentan con una disposición similar a la pretendida por el Convenio Multilateral.
- c) Aplicación alternativa: En el caso de que existan distintas opciones, se permite a los distintos Estados aplicar una disposición alternativa.

Cabe destacar que para que una disposición del Convenio Multilateral se aplique y modifique el convenio para evitar la doble imposición, es necesario consentimiento de ambas partes. Es decir, se requiere que exista simetría.

No obstante, como se ha comentado anteriormente, la flexibilidad del propio Convenio Multilateral sí que habilita para algunos artículos, diferentes opciones a elegir por cada país. Sin embargo, se busca que los países minimicen las asimetrías que pueden producirse para facilitar la interpretación de las disposiciones previstas en el Convenio Multilateral.

#### – **Firma y entrada en vigor**

Como ya comentamos anteriormente, actualmente cada país se encuentra en proceso de decidir su postura y compromiso de adhesión al Convenio Multilateral.

En principio, se prevé que durante el primer semestre del 2017 se abra la firma del Convenio Multilateral en los distintos países, en concreto durante el mes de junio, se prevé que el mayor número de países lo estén firmando, entre ellos, España.

Una vez firmado, la idea es que se comparta, de forma provisional, la lista tentativa de los convenios para evitar la doble imposición incluidos, las reservas y notificaciones. Dicha lista podrá estar sujeta a futuras modificaciones durante el proceso de tramitación parlamentaria del Convenio Multilateral.

Una vez los países decidan adherirse y firmar el Convenio Multilateral, la entrada en vigor del mismo requerirá que se completen los procedimientos de ratificación internos previstos en cada país, lo cual podría demorar su efectiva entrada en vigor. Por ello, la misma no está prevista hasta finales del 2017 o 2018.

Para que el Convenio Multilateral pueda entrar en vigor, es necesario que al menos cinco países lo hayan ratificado. A efectos prácticos, hasta que dos Estados no ratifiquen el Convenio Multilateral, el mismo no entrará en vigor para dichos países.

Adicionalmente, se contemplan distintas modalidades de entrada en vigor del Convenio Multilateral o para aquellas jurisdicciones que se adhieran al mismo con posterioridad, así como la posibilidad de introducir fechas de entrada en vigor diferentes para cada una de las medidas previstas en el mismo.

En caso de desadherirse (*“withdrawal”*) algún Estado, las cláusulas y normas de los convenios para evitar la doble imposición modificadas, y en

vigor, permanecerán modificadas por el Convenio Multilateral. No obstante, nada debería impedir renegociaciones bilaterales a futuro.

Junto con el Convenio Multilateral, el pasado noviembre 2016 se hizo pública una declaración explicativa que pretende servir de base para clarificar y explicar la forma en que el Convenio Multilateral afectará a los distintos convenios bilaterales. A pesar de que consideramos que la misma no tendrá valor interpretativo, constituye una ayuda a la hora de su comprensión.

En este sentido, cabe señalar que los documentos realmente de referencia a la hora de analizar el espíritu y filosofía de las distintas acciones implementadas a través del Convenio Multilateral deberían ser los informes finales de las propias acciones desarrolladas dentro del marco BEPS.

### **3. VALORACIÓN DE LAS MEDIDAS PREVISTAS POR LA ACCIÓN 15**

La transformación de la economía en el marco de la globalización mundial ha hecho imprescindible la redefinición de las “reglas del juego” en el panorama de la fiscalidad internacional. En este contexto, el objetivo principal del Convenio Multilateral es facilitar la incorporación a los convenios bilaterales ya existentes de algunas de esas nuevas reglas, de forma ágil, coordinada y coherente.

Gran parte del éxito del Convenio Multilateral dependerá de la conjunción de dos factores: por un lado, la capacidad de interactuar y convivir con los convenios bilaterales existentes y los que se puedan negociar en un futuro y el grado de adhesión de los Estados; y, por otro lado, la forma y configuración del Convenio Multilateral.

- Capacidad de convivencia con los convenios bilaterales existentes y grado de adhesión de los Estados

El hecho de que varias de las reglas “básicas” en materia de fiscalidad internacional sean reguladas por un único convenio de carácter multilateral facilitará, sin duda, el tratamiento fiscal de las operaciones transfronterizas, simplificando de este modo la toma de decisiones empresariales gracias a un marco normativo más armonizado y coherente. Asimismo, se propicia que la toma de decisiones de las empresas se fundamente en criterios económicos y empresariales, más que en cuestiones de índole fiscal resultantes de acuerdos suscritos a nivel bilateral.

El desarrollo de un Convenio Multilateral que cuente con el apoyo y colaboración entre distintas jurisdicciones para regular el panorama internacional en materia tributaria supone una novedad para implementar de forma rápida y eficaz los cambios propuestos por el Plan de Acción BEPS, así como para abordar los distintos problemas detectados en el panorama internacional, sin tener que renegociar la actual red de convenios bilaterales existentes entre los distintos países.

Un instrumento de estas características puede llegar a generar importantes beneficios en el ámbito de la economía internacional. Ahora bien, tal y como señala el propio informe de la OCDE, para asegurar el éxito y seguridad jurídica del Convenio Multilateral que se pretende implementar resulta clave que, una amplia red de países se adhiera al mismo y procedan a su firma. En caso contrario, el Convenio Multilateral podría llegar a perjudicar a aquellas jurisdicciones que se adhieran a él, acrecentando, aún más, los distintos tratamientos fiscales existentes actualmente en el panorama internacional, y debilitando la seguridad jurídica de las empresas en los distintos países en los que pretendan implantar sus negocios.

No obstante las ventajas que pueden desprenderse del citado Convenio, y si bien es incierta en estos momentos la repercusión que podría tener la no adhesión al mismo, existen determinados elementos que entendemos podrían generar rechazo por parte de algunos Estados. Por ejemplo, los distintos niveles de adhesión que se prevén podrían generar desigualdades en el grado de compromiso e implantación de las medidas BEPS por parte de los Estados, así como conflictos de intereses entre los mismos.

– Interacción entre el Convenio Multilateral y los convenios bilaterales

Con base en las pautas fijadas por la Acción 15 y por el propio Convenio Multilateral, la interacción del mismo con los convenios para evitar la doble imposición podría resumirse del siguiente modo:

- a) Cuando dos países entre los cuales existe un convenio para evitar la doble imposición interactúan entre sí, el Convenio Multilateral tan sólo regirá la relación entre los mismos cuando ambos países se hayan adherido al Convenio Multilateral.

En los demás casos, será el convenio para evitar la doble imposición el que rija las relaciones entre ambos países.

- b) En el caso que dos países adheridos al Convenio Multilateral firmen con posterioridad un convenio para evitar la doble imposición, dicho convenio no debería contradecir las disposiciones previstas en el Convenio Multilateral.

El esquema anterior conduce a la conclusión de la importancia que supone que dicho Convenio Multilateral sea suscrito por una gran cantidad de países, de lo contrario, no podrá desplegar todos los efectos que se pretende en el panorama de la fiscalidad internacional.

- Configuración del Convenio Multilateral

Como ya hemos comentado, todos los artículos del Convenio Multilateral cuentan con normas de compatibilidad, es decir, cláusulas que definen la relación existente entre la norma sustantiva y las disposiciones de los convenios para evitar la doble imposición existentes.

Asimismo, las reservas y disposiciones previstas en cada uno de los artículos pretenden dotar de cierta flexibilidad a los países a la hora de adoptar las distintas normas sustantivas, sobre todo cuando las medidas no son de obligado cumplimiento.

A continuación se destacan determinados aspectos que pensamos podrían llegar a generar conflictos e incertidumbre a la hora de interpretar las nuevas normas que presumiblemente se introducirán por medio del convenio multilateral:

- a) Imposibilidad de realizar referencias unívocas e inequívocas entre las disposiciones del Convenio Multilateral y las de los convenios bilaterales.

El hecho de que no todos los convenios para evitar la doble imposición prevean el mismo número en su articulado hace que las medidas a introducir a través del Convenio Multilateral no puedan ser implementadas mediante referencias numéricas, sino que resulta necesario acudir a referencias conceptuales que puedan afectar a los distintos convenios.

- b) Influencia sobre los tratados firmados con terceros Estados que no se adhieran al Convenio Multilateral.

Con el Convenio Multilateral se prevé que los distintos Estados que se adhieran al mismo apliquen una serie de principios básicos a la hora de negociar y suscribir convenios bilaterales. Si bien en un inicio dichos principios deberían aplicar a las relaciones entre aquellos Estados que se hayan adherido al Convenio.

En línea con lo señalado anteriormente, la interpretación de los convenios y tratados entre los distintos Estados, y no sólo entre los que se adhieran al Convenio Multilateral, podría verse afectada por las medidas BEPS, incrementando la complejidad en la interpretación y en la aplicación de reglas asociadas a la fiscalidad internacional. Por último, pensamos que aquellos países que finalmente no se adhieran al Convenio Multilateral, podrían aún así tener incentivos para introducir determinadas medidas BEPS a través de la re-negociación de su red de convenios bilaterales. No obstante, cabe destacar que el hecho de que España se adhiera al Convenio Multilateral no debería condicionar su capacidad y flexibilidad para la negociación a futuro de cláusulas en convenios bilaterales con terceros países.

c) Distintos niveles de compromiso por parte de los Estados

Con los distintos mecanismos de flexibilidad previstos en el Convenio Multilateral, los Estados optarán por incluir o excluir de sus convenios para evitar la doble imposición determinadas provisiones previstas en el Convenio Multilateral, así como modificar o modular la aplicación de las mismas.

En el marco del Plan de Acción BEPS se ha valorado de forma muy positiva la capacidad del Convenio Multilateral para aunar el compromiso de los Estados sin renunciar a su soberanía y cierto nivel de flexibilidad por parte de los mismos. Sin embargo, la aplicación práctica de estos mecanismos de flexibilidad podría generar desigualdades en materia de fiscalidad internacional entre los distintos países, lo cual podría ir en detrimento de que la toma de decisiones empresariales de ámbito internacional se realice con base en criterios económicos y empresariales, más que atendiendo a las distintas regulaciones fiscales previstas por los distintos Estados.

d) Complejidad en la redacción del Convenio Multilateral

La redacción del Convenio Multilateral hace que el mismo revista complejidad, no sólo en cuanto a su interpretación, sino en cuanto a posibles modificaciones que, a posteriori, sea necesario introducir en relación con el mismo.

e) Ausencia de una única norma jurídica clara y precisa

La ausencia de una norma única, clara y precisa, como puede ser una norma refundida, complica la labor de interpretación y aplicación de las disposiciones recogidas en el Convenio Multilateral y en los convenios para evitar la doble imposición existentes.

Al objeto de plantear una solución, se prevé que se publiquen versiones consolidadas, aunque no vinculantes, en las que se reflejen los cambios concretos que el Convenio Multilateral opere sobre cada uno de los convenios bilaterales, así como el nivel de compromiso adoptado por cada uno de los Estados. A nuestro parecer, la posible implementación de herramientas a futuro, tales como explicaciones o comentarios que asegurasen la consistencia en la aplicación del Convenio Multilateral, facilitarían su interpretación e incrementarían la seguridad jurídica.

Cabe recordar que el Convenio Multilateral publicado en noviembre de 2016 tan sólo recoge las medidas previstas en los informes finales del Plan de Acción BEPS. No obstante, dado que cada vez que se actualiza el Convenio Modelo de la OCDE la incorporación de dichas actualizaciones a los convenios bilaterales ya existentes es muy lenta, se podría plantear a futuro la posibilidad de extender este mecanismo (Convenio Multilateral) no sólo para incorporar a los convenios bilaterales medidas BEPS, sino para incorporar las siguientes actualizaciones que se produzcan del Convenio Modelo de la OCDE.

Por todo lo anteriormente expuesto, consideramos que el Convenio Multilateral es imprescindible para lograr una rápida y consistente implementación de las medidas BEPS, evitando la necesidad de renegociar individualmente los tratados bilaterales existentes. Dicho Convenio afectará a los Estados que lo suscriban, e influenciará su política de negociación y conclusión de convenios de doble imposición.

No obstante, la no disponibilidad en la actualidad de la lista oficial de los convenios bilaterales adheridos al Convenio Multilateral así como las reservas y notificaciones realizadas por los países en relación al mismo, hace que sigan existiendo dudas sobre varios aspectos de la interpretación a futuro de los actuales convenios en vigor, las cuales se irán disipando a medida que la OCDE vaya publicando mayor información y se firme finalmente el Convenio Multilateral.

## Anexo I

### Análisis de las acciones recogidas por el Convenio Multilateral

Acción BEPS (Norma sustantiva)	Estándar mínimo	Artículos del Convenio Multilateral	Comentarios
Acción 2. “Neutralización de los efectos de los instrumentos híbridos”.	No	Artículo 3. Entidades transparentes Artículo 5. Aplicación de los métodos para evitar la doble imposición	El Convenio Multilateral aborda la revisión del Artículo 1 del Modelo de Convenio de la OCDE (Personas), así como medidas relacionadas con la aplicación de la exención para evitar la doble imposición.
Acción 6. “Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales”	Sí	Artículo 4. Entidades con doble residencia Artículo 6. Objeto de un Convenio (*) Artículo 7. Impedir el abuso de los convenios (*) Artículo 8. Dividendos Artículo 9. Ganancias de capital derivadas de la venta de acciones en entidades cuyo valor proceda principalmente de la propiedad inmobiliaria Artículo 10. Regla antiabuso para establecimientos permanentes en terceros Estados Artículo 11. Aplicación de un CDI para restringir el derecho de un Estado a gravar a sus propios residentes	En relación con esta acción se introducen, fundamentalmente, i) una cláusula antiabuso estándar, ii) “cláusulas de salvaguardia (“saving clauses”) que garanticen que los Estados mantengan el derecho a gravar a sus propios residentes, y iii) reglas antiabuso específicas en relación con la distribución de dividendos, transacciones en las que participen sociedades con sustancia inmobiliaria, entidades con doble residencia fiscal, y casos de “treaty shopping” a través de estructuras triangulares basadas en la utilización de establecimientos permanentes.
Acción 7. “Impedir la elusión artificiosa del estatuto de establecimiento permanente”.	No	Artículo 12. Acuerdos de comisión y estrategias similares Artículo 13. Exenciones de actividades preparatorias o auxiliares Artículo 14. Fragmentación de contratos Artículo 15. Definición de persona estrechamente vinculada a la empresa	Mediante estos artículos se introducen medidas para combatir estructuras que buscan evitar la existencia de establecimiento permanente de forma forzada o artificiosa, tales como ciertas estructuras de agente comisionista, las que se fundamentan en las actividades excluidas del concepto de establecimiento permanente previstas en el Artículo 5(4) del Modelo de Convenio de la OCDE, así como medidas que se pretende permitan resolver el abuso de la cláusula 5(3) del Modelo de Convenio de la OCDE, el cual suele consistir en evitar que surja un establecimiento permanente mediante el fraccionamiento de contratos.

Acción BEPS (Norma sustantiva)	Estándar mínimo	Artículos del Convenio Multilateral	Comentarios
Acción 14. "Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias".	Sí	Artículo 16. Procedimiento amistoso(*) Artículo 17. Ajustes correlativos Artículo 18 a 26. Arbitraje	En dichos artículos se contempla la implementación de cambios en relación con el procedimiento amistoso así como la introducción de medidas relacionadas con los ajustes de precios de transferencia. Asimismo, y pese a que no se trata de una postura aún consolidada, existen determinados Estados que han declarado su compromiso para desarrollar un mecanismo que garantice la resolución de conflictos en un plazo de tiempo concreto mediante la introducción de cláusulas de arbitraje vinculante para los Estados contratantes.

\* Medidas de obligado cumplimiento.

## **CAPÍTULO XIV**

### **DIRECTIVA EUROPEA ANTI-ABUSO\***

*Luis M. Viñuales Sanabria y Daniel Muñoz Almazán  
(J&A Garrigues)*

\* Especial referencia a la medida relativa a la imposición de salida (“Exit Tax”) y a la norma general contra las prácticas abusivas



## 1. INTRODUCCIÓN

En el presente documento se analiza el contenido de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, conocida como ATAD (*Anti-Tax Avoidance Directive* o “la Directiva anti-abuso”)<sup>90</sup> y el contexto en el que surge, incluyendo algunas reflexiones y valoraciones preliminares sobre las implicaciones que las medidas propuestas pudieran tener tanto en el ámbito europeo e internacional como, más específicamente, en el entorno español.

Tras haber trabajado con distintos textos de Propuestas de Directiva durante el primer semestre de 2016, el Consejo de Asuntos Económicos y Financieros (ECOFIN) alcanzó finalmente un acuerdo en su reunión del 17 de Junio de 2016 (viernes) sobre el texto de la Directiva y que fue confirmado mediante el excepcional sistema de silencio positivo a las 00:00 horas del lunes posterior, al no haberse presentado ninguna objeción en el plazo concedido al efecto por los representantes de los Estados miembros.

Consideramos oportuno mencionar esta particularidad del proceso de aprobación de la Directiva anti-abuso pues es una clara muestra de la firme voluntad política de los Estados miembros de llevar adelante, en el marco de la Unión Europea, la iniciativa contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (en adelante BEPS, por sus siglas en inglés) orde-

---

(90) Incluyendo el texto aprobado por el Consejo el pasado 29 de mayo de 2017 en relación con un criterio mínimo relativo a los desajustes derivados de la utilización de instrumentos híbridos respecto de países no miembros (“ATAD 2”).

nada por el G20 y plasmada en las 15 acciones del Plan BEPS desarrollado en el seno de la OCDE.

En definitiva, los Estados miembros lanzan con este trabajado acuerdo un mensaje de unidad frente a la lucha contra la planificación fiscal agresiva, dejando a un lado intereses individuales de los Estados y superando discrepancias sobre determinadas propuestas. No obstante, las discrepancias existentes y la imperiosa necesidad de llegar a un acuerdo político han provocado que una de las medidas más novedosas (y controvertida) de la Propuesta de Directiva, como era la cláusula de inversión (en inglés, “*switch-over rule*”) no figure en el texto finalmente publicado, quedando reducido a cinco el número de medidas contra la elusión fiscal que se incluyen en la Directiva:

1. Norma relativa a la limitación de los intereses (art. 4)
2. Imposición de salida (art. 5)
3. Norma general contra las prácticas abusivas (art. 6)
4. Norma relativa a las sociedades extranjeras controladas (“*Controlled Foreign Corporations*” o “CFC” por sus siglas en inglés) (art.7)
5. Asimetrías híbridas (arts. 9, 9a y 9b)

Como puede observarse, tres de las cinco medidas propuestas se corresponden con acciones del plan BEPS: la Acción 4 sobre la deducibilidad de intereses, la Acción 3 sobre transparencia fiscal internacional (CFC) y la Acción 2 sobre instrumentos y entidades híbridos. No encuentra reflejo expreso en el Plan de Acción BEPS la “Imposición de salida” ni la “Norma general contra las prácticas abusivas”, si bien nos atreveríamos a decir que esta última medida recoge en sí misma la esencia o el objetivo común de las 15 acciones de las que consta el Plan BEPS.

### *Calendario de transposición*

Como decíamos, la aprobación y publicación del texto definitivo de la ATAD, con el consenso de todos los Estados miembros, no habría sido posible sin el compromiso político alcanzado por los Gobiernos de aquellos de materializar en una norma de derecho positivo la lucha contra la planificación fiscal agresiva y las prácticas fiscales abusivas internacionales en el seno de la UE. Conviene resaltar este aspecto clave que diferencia a esta Directiva del Plan de acción BEPS: mientras que las acciones desarrolladas en

los documentos publicados hasta el momento en el seno de la OCDE cuentan con distintos grados de compromiso para su implantación por parte de los Estados que han participado en los mismos, la Directiva anti-abuso es una norma de derecho positivo de directa aplicación en todos los Estados miembros y de obligada transposición en los plazos que se establecen en la misma.

Así, los Estados miembros deberán transponer la Directiva en sus ordenamientos internos no más tarde del 31 de diciembre de 2018, entrando en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales que sean necesarias para ello a partir del 1 de enero de 2019, con las siguientes excepciones:

- los Estados miembros dispondrán de un año más, hasta el 31 de diciembre de 2019, para introducir en sus ordenamientos internos la imposición de salida;
- en relación con la norma de limitación de intereses, aquellos Estados que, como España, ya cuenten con normas nacionales específicas que sean igualmente eficaces, podrán aplicar las mismas hasta que termine el primer ejercicio presupuestario siguiente a la fecha en que se publique el acuerdo entre los miembros de la OCDE sobre la acción 4 del Plan BEPS, pero en ningún caso más allá del 1 de enero de 2024; y
- de acuerdo con el texto aprobado por el Consejo el pasado 29 de mayo de 2017 en relación con la denominada ATAD 2, los Estados miembros deberán incorporar en sus ordenamientos internos las normas relativas a asimetrías híbridas antes del 31 de diciembre de 2019, excepto en lo que se refiere a las normas relativas a asimetrías inversas o *“reverse mismatches”*, para las que dicho plazo se amplía hasta el 31 de diciembre de 2021.

#### *Inter-acción de la ATAD con el ATAP y BEPS*

La Directiva anti-abuso se encuadra dentro del paquete de medidas anti-elusión conocido como ATAP (*“Anti Tax Avoidance Package”*) y que también fue objeto de discusión en el Consejo ECOFIN del 25 de mayo de 2016. En aquella reunión se logró el consenso en torno a las otras tres medidas que junto con la ATAD conforman el paquete ATAP (*“Anti Tax Avoidance Package”*): así, se adoptó formalmente la reforma de la Directiva 2011/16/UE,

para regular el intercambio obligatorio automático del informe país por país (“*country by country reporting*” - CbCR), se acordaron conclusiones sobre la Comunicación de la Comisión sobre la estrategia de imposición exterior (lista común de paraísos fiscales) y también sobre la Recomendación de la Comisión sobre medidas contra el abuso de Tratados para evitar la doble imposición. El consenso sobre la ATAD no se alcanzaría, como ya hemos comentado, hasta el 17 de junio siguiente.

Por otra parte, la inter-acción entre la ATAD y el Plan de Acción BEPS es evidente, hasta tal punto que, como ya hemos indicado, la entrada en vigor de una de las principales medidas anti-abuso como es la limitación de intereses se hace depender de la fecha en que se publique el acuerdo entre los miembros de la OCDE sobre una normas mínimas en relación con la Acción 4.

Dado que este documento forma parte de una serie de trabajos elaborados por los patronos de la Fundación Impuestos y Competitividad (FIC) sobre las distintas acciones del Plan BEPS, no serán objeto de desarrollo en el mismo las medidas incluidas en la ATAD que se abordan en alguna de las acciones BEPS (i.e. limitación de intereses, instrumentos y entidades híbridos y transparencia fiscal internacional). Nos centraremos, por lo tanto, en la imposición de salida y, de forma más breve, en la norma general anti-abuso.

Sin perjuicio de lo anterior, tras esta introducción comenzaremos nuestro análisis describiendo someramente el Plan de acción ATAP y cada una de las medidas contenidas en la Directiva Anti-Abuso.

### **1.1. LA DIRECTIVA ANTI-ABUSO (“ATAD”) COMO PARTE DEL PAQUETE ANTI-ELUSIÓN FISCAL (“ATAP”)**

No podría entenderse el objetivo y contenido de la ATAD sin encuadrarla en el contexto del resto de trabajos que desde la OCDE y desde la propia Unión Europea se están llevando a cabo, con una notable intensidad y eficacia, para dar respuesta a los denominados esquemas internacionales de elusión fiscal y planificación fiscal agresiva. Así, el Consejo Europeo en sus conclusiones de 18 de diciembre de 2014 ya destacó la necesidad de avanzar urgentemente en este camino, y la OCDE desde entonces ha concluido una primera fase de sus trabajos de definición de normas y estándares mundiales para el logro de dichos objetivos (el proyecto BEPS) con la publicación de los denominados “documentos BEPS” en Octubre de 2015. Es el rápido avance del proyecto BEPS lo que impulsa la necesidad de que los

Estados miembros de la UE den una respuesta coordinada con el objeto de incorporar dichas medidas a sus ordenamientos internos y así proteger el buen funcionamiento del mercado interior.

En el contexto de estos trabajos, el Consejo ha subrayado la necesidad de encontrar soluciones comunes y a la vez flexibles, a escala de la UE, que se ajusten a las conclusiones de los trabajos BEPS de la OCDE. Asimismo, el Consejo ha intentado promover una rápida y efectiva aplicación coordinada de las medidas contra las prácticas tributarias abusivas en el plano de la UE, considerando que las directivas son el instrumento más apropiado para poner en práctica las conclusiones alcanzadas tanto a nivel de la OCDE como de la UE.

En este contexto, dando un paso más en esta dirección, la Comisión presentó el pasado 28 de enero de 2016 el denominado Paquete Anti-Elusión Fiscal o ATAP (*Anti-Tax Avoidance Package*) el cual agrupaba una serie de acciones dirigidas a neutralizar esquemas de erosión de bases imponibles y transferencia de beneficios en el entorno del mercado interior de la UE que se consideran inaceptables desde la perspectiva de una política fiscal societaria que debería perseguir la consistencia y justicia en la imposición a nivel europeo. Siendo el objetivo esencial de dichas acciones o medidas comunitarias conseguir que las empresas paguen sus impuestos allí donde obtengan sus beneficios, las mismas tienen como finalidad corregir una serie de factores de entre los que destacan los siguientes:

- (i) la **descoordinación** y existencia de diferencias entre los sistemas tributarios de los Estados miembros que provoca la creación de los denominados “vacíos” o “**loop holes**” aprovechados por los grupos multinacionales para explorar e implantar esquemas de planificación fiscal agresiva;
- (ii) la diferente regulación y aplicación de **criterios anti-abuso** en los Estados miembros frente a estructuras de planificación fiscal agresiva; y
- (iii) la ausencia de un marco adecuado de **transparencia** a nivel transfronterizo que facilite el control tributario de las actividades internacionales de los grupos multinacionales.

La Comisión pretende con este paquete coordinar la respuesta a escala de la UE a la elusión del impuesto sobre sociedades, siguiendo los están-

dares mundiales elaborados por la OCDE. No obstante, como veremos más adelante, la necesidad de que una implementación uniforme, coordinada y simétrica de dichos estándares responda a las particularidades del mercado interior y del Derecho de la UE, ha llegado a provocar que determinadas medidas propuestas como parte de la ATAD excedan de los estándares y recomendaciones originales de la OCDE en el proyecto BEPS (tanto en el nivel de cumplimiento exigido –no sólo recomendaciones sino medidas de mínimos que deberán ser traspuestas en la normativa doméstica de cada Estado miembro–, como en el contenido en sí de las propias medidas).

En concreto, el ATAP presentado por la Comisión se compone de las siguientes acciones:

- (i) La **ATAD** (como ya hemos apuntado, la medida sobre la que sólo el firme compromiso político de los Gobiernos de los Estados miembros ha permitido alcanzar un trabajado consenso)
- (ii) Una propuesta de Directiva de reforma de la Directiva 2011/16/UE en relación con el **intercambio automático de información fiscal país a país** entre Estados miembros de la UE, en línea con lo recogido en la Acción 13 del proyecto BEPS.
- (iii) Una Recomendación de la Comisión Europea 2016/136 sobre la aplicación de **medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales**, relacionada con lo dispuesto en las Acciones 6 y 7 del proyecto BEPS a efectos de la incorporación en los convenios fiscales de una cláusula anti-abuso general y de las medidas de prevención de la elusión artificial del estatus de establecimiento permanente.
- (iv) Una Comunicación sobre **Estrategia Exterior** para la Tributación Efectiva (cuyo principal aspecto probablemente sea la confección de una lista única de paraísos fiscales a nivel de la UE).

## 1.2. OBJETIVOS DE LA ATAD

De acuerdo con lo manifestado por el Consejo los dos grandes ámbitos inspiradores del contenido de la Directiva son tanto (i) el proyecto BEPS, como (ii) la propuesta para una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades contenida en el Plan de Acción para un Sistema

de Imposición de las Sociedades Justo y Eficaz, presentado por la Comisión el 17 de junio de 2015.

En primer lugar, resulta necesario evitar un escenario en el que la aplicación unilateral y divergente de las medidas BEPS por parte de los Estados miembros pueda generar obstáculos fiscales a las entidades de la UE o lagunas que pudieran ser aprovechadas por esquemas de planificación fiscal agresiva.

Por su parte, la Comisión continúa considerando el proyecto de la base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades como la solución global para alcanzar una fiscalidad más justa y eficaz que evite el fenómeno BEPS en el seno de la UE. No en vano, ante las dificultades evidentes que hasta el momento ha encontrado el desarrollo de dicho proyecto, tanto la ATAD como el ATAP en su conjunto resultan compatibles con el mismo y podrían ser el punto de partida para su relanzamiento.

El objetivo de la Directiva es, por tanto, lograr un equilibrio a la hora de que cada Estado miembro implemente las medidas derivadas de los trabajos BEPS en la UE, entre la uniformidad y coordinación necesaria en toda la UE y las particularidades del ordenamiento jurídico y situación de cada uno de dichos Estados. De esta forma, la Directiva se ha materializado en una serie de medidas que actúan como principios mínimos y que deberán ser desarrollados y configurados por cada Estado miembro en lo que respecta a los elementos concretos de su implementación.

Dichos principios y normas en los que se materializaran actuarían sobre todos los contribuyentes del impuesto sobre sociedades de un Estado miembro, así como sobre los establecimientos permanentes situados en la UE de contribuyentes que no estuvieran sometidos a la Directiva.

### **1.3. MEDIDAS CONTENIDAS EN LA ATAD**

La Directiva recoge cinco medidas anti-elusión que se configuran como estándares mínimos de protección del impuesto sobre sociedades frente a estructuras y transacciones de planificación fiscal agresiva que tengan el objeto de erosionar bases imponibles y transferir de forma ilegítima beneficios a jurisdicciones de baja tributación, en línea con los resultados del proyecto BEPS y, en algunos casos, excediendo el alcance y exigencias de estos.

Dichas medidas se configuran como principios mínimos que permiten a los legisladores nacionales cierta flexibilidad a la hora de desarrollar e implementar cada una de ellas en su ordenamiento jurídico, siempre que no afecte negativamente al objetivo perseguido por la Directiva. Así, el artículo 3 de la Directiva *“Nivel Mínimo de protección”* establece que *“La presente Directiva no será óbice para la aplicación de disposiciones nacionales consensuadas dirigidas a salvaguardar un nivel de protección más elevado de las bases imponibles nacionales del impuesto sobre sociedades”*.

Este aspecto deberá ser vigilado por los mecanismos de control con los que cuenta el Derecho de la UE. Este margen de maniobra otorgado a cada uno de los Estados miembros podría volver a generar las divergencias, asimetrías y descoordinaciones que precisamente se pretenden evitar con estas medidas y que podrían ser aprovechadas por estructuras con ánimo de elusión o podrían generar situaciones no deseadas de doble imposición.

Incluimos a continuación una breve referencia a las cinco medidas propuestas, si bien el objeto de este documento es desarrollar con algo más detalle el contenido de la medida relativa a la imposición de salida (*“exit tax”*) y hacer unas reflexiones generales sobre la norma general anti-abuso, por ser éstas las únicas medidas que no encuentran reflejo en las acciones desarrolladas en el contexto del proyecto BEPS, tras haberse eliminado la referente al *“switch-over rule”*. Dedicaremos asimismo unas líneas a apuntar los principales motivos por los que esta controvertida cláusula del *“switch-over rule”* ha desaparecido finalmente del texto de la Directiva.

### **Breve descripción de las cinco medidas de la Directiva**

#### *1. Norma relativa a la deducibilidad de intereses (artículo 4)*

La medida aprobada consiste fundamentalmente en limitar la deducibilidad de los gastos financieros a un máximo del 30% del EBITDA o a 3 millones de euros si el primero fuese inferior. No obstante, los Estados miembros podrán autorizar la deducibilidad de los intereses que superasen dicho umbral si el sujeto pasivo demuestra que la relación existente entre sus fondos propios y sus activos no es inferior en más de un 2% a la de su grupo. También se permitiría deducir los intereses que resulten de aplicar sobre el EBITDA de la entidad individual el ratio de endeudamiento del grupo determinado como el cociente de dividir los gastos financieros netos entre el EBITDA de dicho grupo. (Relacionada con la Acción 4 de BEPS).

## 2. *Imposición de salida (Exit tax) (artículo 5)*

La medida prevé la imposición de un gravamen sobre las plusvalías latentes relacionadas con activos transferidos al exterior en determinadas circunstancias. Esta medida es objeto de un análisis más detallado en el apartado 2 de este documento.

## 3. *Norma general contra las prácticas abusivas (artículo 6)*

La medida incluye una cláusula general anti-abuso dirigida a prevenir los negocios o conjuntos de negocios artificiosos o no genuinos cuya finalidad esencial sea la obtención de un ahorro fiscal contrario a los objetivos de la norma tributaria que hubiera debido ser aplicada. Analizamos con más detalle esta medida en el apartado 3 de este documento.

## 4. *Régimen de sociedades extranjeras controladas – Transparencia fiscal internacional (CFC rules) (artículos 7 y 8)*

La medida prevé la posibilidad de que se graven los beneficios no distribuidos de entidades residentes en un tercer estado en las que se tenga el control y en las que el impuesto satisfecho sobre los beneficios sea inferior a la diferencia entre el impuesto que habrían pagado en el país de la matriz y el impuesto efectivamente satisfecho (i.e. en la práctica, si la cuota del impuesto se determinase de forma similar en ambas jurisdicciones, el requisito sería que el tipo impositivo sea inferior al 50% del tipo impositivo de la jurisdicción en la que reside la sociedad matriz). Sólo se transparentarán determinadas rentas de las denominadas “pasivas” (v.g. intereses u otros ingresos de activos financieros, ingresos procedentes de la propiedad intelectual, dividendos o rentas generadas por la enajenación de participaciones sociales, actividades de seguros, facturación de bienes y servicios a empresas asociadas con escaso valor añadido, ...) así como rentas no distribuidas por la entidad o establecimiento permanente derivadas de mecanismos falseados cuyo principal objetivo fuera conseguir una ventaja fiscal. (Relacionada con la Acción 3 de BEPS).

## 5. *Asimetrías híbridas (artículos 9, 9a y 9b)<sup>91</sup>*

De acuerdo con el contenido de dichas medidas, en los casos en los que

---

(91) De acuerdo con la numeración otorgada por la Propuesta de ATAD 2 aprobada por el Consejo el pasado 29 de mayo de 2017 y que a fecha de elaboración del presente documento, se encuentra pendiente de aprobación por el Consejo.

el diferente tratamiento conferido por dos Estados miembros a un mismo contribuyente (entidad híbrida) o a un mismo mecanismo estructurado (instrumento híbrido) ocasione la deducción de las mismas pérdidas o gastos, tanto en el país de origen como en otro Estado miembro dichos gastos solamente serán deducibles en el Estado en el que se haya originado el pago correspondiente. En la misma línea, si una asimetría híbrida da lugar a una deducción de un gasto en el Estado miembro de origen sin la inclusión del mismo en la base imponible del Estado de destino, el Estado de origen no permitirá la deducción fiscal del gasto. (Relacionada con la Acción 2 de BEPS).

No obstante, debemos señalar que la Propuesta de ATAD 2, aprobada por el Consejo el pasado 29 de mayo de 2017 amplía el alcance de la Directiva a terceros países. A este respecto, a través de dicho texto se regulan los desajustes producidos por instrumentos y entidades híbridas y los casos de duplicidad de residencia fiscal. Así, en caso de que se produzcan desajustes entre distintas jurisdicciones la Directiva exige, en general, que los Estados miembros bien denieguen la deducción de ciertos gastos o bien graven los ingresos de la contraparte con el objeto de evitar la elusión fiscal.

En la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva se indica que la normativa resultante no debería ser menos efectiva que las recomendaciones relativas a la regulación de las asimetrías híbridas contenidas en el documento que recoge la Acción 2 de BEPS.

### **La desaparecida cláusula de inversión (“*switch-over rule*”)**

Finalmente, hemos considerado conveniente incluir unos breves comentarios sobre la Cláusula de inversión (*switch-over rule*), medida eliminada del texto de la Directiva anti-abuso finalmente consensuado y aprobado.

La propuesta consistía fundamentalmente en sustituir el método de exención por el método de imputación bajo determinadas circunstancias en relación con distribuciones de beneficios y ganancias patrimoniales derivadas de entidades residentes en un tercer país. La propuesta obedecía a que la tendencia internacional a aplicar el método de exención sobre dividendos y plusvalías de fuente extranjera podría haber favorecido, en ocasiones, estructuras o esquemas de planificación fiscal agresiva buscando trasladar rentas al extranjero para tributar a un tipo efectivo final muy reducido (o incluso evitando totalmente cualquier tributación).

De acuerdo con el texto del último borrador de la Directiva previo a la eliminación de esta medida, los Estados miembros no podrían aplicar el régimen de exención a dividendos distribuidos por una entidad de un tercer país, o a ganancias patrimoniales obtenidas en la transmisión de acciones que se poseyeran en una entidad, o rentas derivadas de un establecimiento permanente, de un tercer país, si el tipo nominal ("*statutory rate*") del impuesto sobre beneficios que gravara los beneficios en ese país era inferior al 40% del tipo impositivo que se le habría aplicado de acuerdo con el impuesto sobre sociedades del Estado Miembro del contribuyente.

En el caso de España, la implantación de esta medida no habría supuesto un drástico cambio en nuestro régimen de exención, puesto que el artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades ya exige una tributación mínima del 10% en la entidad no residente, tipo coincidente con el 40% del tipo nominal del IS en España actualmente en vigor (25%). No obstante, la medida propuesta en la Directiva no contemplaba, como sí contempla la norma española, la convalidación automática del requisito cuando existe un Convenio para evitar la doble imposición de aplicación.

Al margen de las discusiones técnicas sobre la configuración de la norma (v.g. sobre si el tipo mínimo debía ser fijado de forma autónoma o como un porcentaje del tipo de la jurisdicción de residencia de la sociedad matriz, lo que favorecería la implantación de sociedades *holding* en los Estados miembros con tipos nominales más bajos), preocupaba especialmente a algunos Estados miembros que la misma afectara negativamente a la competitividad de las empresas europeas con inversiones en el extranjero. Efectivamente, en supuestos en los que el país destino de la inversión hubiera decidido gravar los beneficios obtenidos por sociedades residentes a un tipo inferior al exigido por la cláusula de inversión, las empresas matrices europeas podrían encontrarse en desventaja con respecto a las de otras jurisdicciones que sí aplicarían el método de exención sobre los dividendos y plusvalías procedentes de esa jurisdicción de baja tributación.

Por otra parte, se penalizaría la repatriación de capitales al verse estos sometidos a imposición adicional al ser recibidos por la sociedad matriz, dificultando por lo tanto la libre circulación de los mismos.

La eliminación de esta medida del texto definitivo de la Directiva ha supuesto la modificación más significativa respecto de las Propuestas anteriormente debatidas por el Consejo.

#### 1.4. PRINCIPALES CUESTIONES SUSCEPTIBLES DE DISCUSIÓN EN RELACIÓN CON LA ATAD

Como consecuencia de la relevancia que el impacto de las medidas contenidas en la ATAD podría tener, desde la publicación de los primeros borradores fueron surgiendo distintos comentarios, críticas y valoraciones emitidas tanto por representantes de las distintas industrias, como por profesionales del asesoramiento tributario y por los propios Estados miembros. Señalamos a continuación algunos de los asuntos que, de forma general, fueron objeto de debate y que sin duda influyeron en la configuración del texto de la Directiva finalmente aprobado.

##### 1. *Concurrencia del principio de subsidiariedad en este ámbito*

De acuerdo con el principio de subsidiariedad, la UE debe intervenir cuando su actuación se prevea más eficaz que la de los Estados miembros a escala nacional o local.

En el Preámbulo de la Directiva finalmente aprobada se señala que su objetivo no es otro que *“mejorar la resiliencia del mercado interior en su conjunto frente a las prácticas de elusión fiscal transfronteriza, ..., (objetivo que) no puede ser alcanzado suficientemente por los Estados miembros de forma individual”*. Así, la Comisión justifica la concurrencia del principio de subsidiariedad al perseguir un marco común en la UE para la incorporación de los resultados del proyecto BEPS a las legislaciones nacionales, de forma que la coordinación a nivel de la UE evite la fragmentación del mercado interior en materia de fiscalidad directa. También se alude al principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, señalando que *“Mediante el establecimiento de un nivel mínimo de protección del mercado interior, la presente Directiva sólo pretende alcanzar un grado mínimo básico de coordinación dentro de la Unión con el fin de materializar sus objetivos”*.

Se podría cuestionar la concurrencia del principio de subsidiariedad en este ámbito, sobre la base argumental de que en el panorama tributario actual de la UE existen circunstancias –a las que no se estaría dando respuesta con la aprobación de la ATAD– que provocan de una forma más intensa la distorsión y fragmentación del mercado interior, como podría ser la dispersión de tipos nominales de gravamen en los distintos Estados Miembro –fijados en algunas ocasiones con el ánimo de atraer actividades o bases imponibles–.

## 2. *Ausencia de valoración de impacto*

Por su parte, en la Exposición de Motivos (*“Explanatory Memorandum”*) de la Propuesta de Directiva publicada el 28 de enero de 2016, se justificaba la ausencia de realización de una evaluación del impacto de la misma. Los motivos sobre los que se sustentaba dicha justificación son los siguientes:

- (i) Existe una estrecha vinculación con el trabajo sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE (BEPS), y los documentos de trabajo de la OCDE ya suministran un conjunto significativo de datos y análisis.
- (ii) Las partes interesadas (diferentes actores del sector privado, principalmente industria y asesores) participaron ampliamente en una fase anterior en las consultas sobre los elementos técnicos de las normas propuestas.
- (iii) La demanda urgente de acción coordinada de la UE que existe actualmente sobre esta cuestión ante la inminente implantación de medidas BEPS por los países, considerada una prioridad política internacional.

No obstante, el hecho de que las medidas contenidas en la ATAD hayan ido más allá de los estándares mínimos exigidos por BEPS, o que incluso haya incluido medidas no recogidas en dicho proyecto, como veremos a continuación, sin duda debilita el argumento de base por el que se justificael no haber realizado la evaluación de impacto.

## 3. *Urgencia de la tramitación*

El calendario de tramitación de la ATAD ha sido muy ambicioso. Algunos comentarios apuntan a que una reforma de este calado debería haberse realizado con más detenimiento, analizando cada una de las implicaciones que se podrían derivar de las medidas propuestas y garantizando su adecuación (tanto en forma como en fondo) con el Derecho de la UE.

No debe olvidarse que la aprobación del conjunto de medidas recogidas en la Directiva ha supuesto un notable ensanchamiento del ámbito de influencia del Derecho de la UE sobre uno de los principales impuestos del sistema tributario de los Estados miembros sobre el que poseen competencia exclusiva y que constituye uno de sus principales mecanismos de política económica y competencia fiscal.

#### 4. *Un paso más allá de BEPS*

La crítica en este apartado se suscita al comprobar que las medidas que integran la ATAD no encuentran reflejo en ninguno de los estándares mínimos acordados en el proyecto BEPS. Al contrario, dichas medidas o bien no tienen ningún reflejo en BEPS o bien responden a recomendaciones o *best-practices*. Recordemos que los estándares mínimos del Plan de Acción BEPS se referían a las acciones sobre medidas fiscales perniciosas (acción 5), abuso de convenio (acción 6), documentación en materia de precios de transferencia país por país (acción 13) y resolución de conflictos (acción 14).

Vemos como algunos de estos estándares mínimos sí han sido recogidos en otras medidas del ATAP que sí lograron el consenso del ECOFIN del 25 de mayo de 2016 (recomendaciones sobre los convenios de doble imposición y la propuesta de directiva para facilitar el intercambio de información).

Por lo tanto, parece que imponer una serie de principios de mínimo cumplimiento en el seno de la UE en materias en las que la OCDE o bien únicamente ha emitido recomendaciones o bien no se ha manifestado, puede (i) poner en riesgo la competitividad de las entidades europeas frente a las de otras jurisdicciones; y (ii) crear un marco económico poco atractivo para inversiones en comparación con aquellas jurisdicciones que implementen, de forma más relajada, los resultados de BEPS.

#### 5. *Establecimiento de principios generales poco precisos*

Por último, es objeto de particular crítica la imprecisión o amplitud con la que la Directiva recoge las medidas aprobadas, estableciendo principios y reglas generales que deberán ser desarrollados por los Estados miembros a la hora de incorporarlos a su normativa interna. Como decíamos anteriormente, el margen de maniobra otorgado a cada uno de los Estados Miembro podría traducirse en nuevas divergencias, asimetrías y descoordinaciones entre los ordenamientos internos, generando de nuevo un marco tributario desigual en la Unión.

## 2. **IMPOSICIÓN DE SALIDA (EXIT TAX)**

Esta medida no ha generado demasiada controversia durante la negociación del texto definitivo de Directiva, tal vez por haber sido ya objeto de discusión a nivel europeo en los últimos años. No obstante, como era ne-

cesario que el ECOFIN adoptase un acuerdo sobre la ATAD de forma global, el retraso en el consenso en torno a las medidas más controvertidas afectó necesariamente a la aprobación del resto.

## 2.1. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

El artículo 5 de la ATAD incluye una serie de reglas comunes sobre la imposición de salida. Dicha imposición, ya implementada en las normativas internas de varios Estados miembros ha venido provocando históricamente distintas discusiones en el seno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) fundamentadas básicamente en la fricción entre el ejercicio sin restricciones de la libertad de establecimiento en el ámbito de la UE y el derecho de los Estados miembros a someter a imposición las plusvalías latentes que se han generado en su territorio con anterioridad al cambio de residencia y que aflorarán en la jurisdicción de destino.

En este contexto, la medida aprobada consiste fundamentalmente en lo siguiente:

- (i) Las operaciones a las que afecta la imposición de salida serían: (a) la transferencia o cesión de activos de la casa central a un establecimiento permanente situado en otro Estado Miembro o en un país tercero ; (b) la transferencia o cesión de activos de un establecimiento permanente situado en un Estado Miembro a su casa central u otro establecimiento permanente en otro Estado miembro o país tercero; (c) el cambio de residencia fiscal de una entidad de un Estado miembro a otro Estado miembro o a un país tercero, y (d) transferencia de un establecimiento permanente situado en un Estado miembro a otro o a un país tercero.
- (ii) La imposición de salida se aplicaría sobre el valor de mercado en el momento de la salida de los activos trasladados, una vez deducido su valor de adquisición o coste a efectos fiscales.
- (iii) En línea con la jurisprudencia del TJUE (casos National Grid Indus y Verder Labtec, entre otros) se recogen las condiciones bajo las cuales se permite el diferimiento del pago del impuesto, el devengo de intereses durante dicho periodo y la necesidad de aportar garantía suficiente.

Así, un contribuyente podrá aplazar el pago del impuesto de salida fraccionándolo en un periodo de cinco años cuando se cumpla cualquiera de las siguientes circunstancias:

- cuando el contribuyente traslade activos desde su sede de dirección a su establecimiento permanente en otro Estado miembro o en un tercer país que sea parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Acuerdo EEE);
- cuando el contribuyente traslade activos desde su establecimiento permanente en un Estado miembro a su sede de dirección o a otro establecimiento permanente en otro Estado miembro o en un tercer país que sea parte en el Acuerdo EEE;
- cuando el contribuyente traslade su residencia fiscal a otro Estado miembro o a un tercer país que sea parte en el Acuerdo EEE; o
- cuando el contribuyente traslade su establecimiento permanente a otro Estado miembro o a un tercer país que sea parte en el Acuerdo EEE.

Por su parte, dicho aplazamiento se interrumpirá en los siguientes supuestos: (a) cuando los activos trasladados se enajenen; (b) cuando los activos trasladados se trasladen posteriormente a un tercer país; (c) cuando la residencia fiscal del contribuyente o su establecimiento permanente se trasladen posteriormente a un tercer país; (d) cuando el contribuyente se halle en situación de quiebra o liquidación o (e) cuando el contribuyente incumpla sus obligaciones en relación con el aplazamiento del pago.

Asimismo, cuando un contribuyente proceda al aplazamiento se le podrán aplicar intereses de conformidad con la legislación del Estado miembro del contribuyente o del establecimiento permanente, según el caso, en la medida necesaria para preservar el valor de la deuda tributaria determinada.

En caso de que exista un riesgo demostrable y real de no recuperación, se podrá exigir además a los contribuyentes que constituyan una garantía como condición para el aplazamiento del pago.

- (iv) Asimismo, se incluye una medida dirigida a eliminar la doble imposición mediante la cual el Estado miembro de destino debería aceptar el valor de mercado establecido en el Estado miembro de origen como coste de adquisición a efectos fiscales de cara a la de-

terminación del impuesto que podría devengarse en el futuro sobre las ganancias patrimoniales derivadas de una ulterior transmisión de los activos.

- (v) Las normas de imposición de salida no se aplican en determinados casos de traslados de activos de carácter temporal si se prevé su retorno al Estado miembro responsable del traslado en un plazo no superior a doce meses.

## **2.2. RELACIÓN CON LAS MEDIDAS ACTUALMENTE EN VIGOR EN ESPAÑA**

De acuerdo con lo dispuesto en la actual redacción del artículo 19.1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (“LIS”) y en el anterior 17.1.a) del derogado Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (“TRLIS”), el cambio de residencia de una entidad residente en territorio español determina la conclusión de un período impositivo, debiéndose integrar en el mismo la renta asociada a las plusvalías tácitas incorporadas en los elementos de los que sea titular, para ser gravadas en territorio español. Dicha plusvalía vendría determinada por la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de los elementos patrimoniales de la entidad.

No obstante, el pago de esta deuda tributaria cuando los elementos patrimoniales son transferidos a otro Estado miembro o, con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2015, a un Estado del EEE con el que exista efectivo intercambio de información, se puede aplazar mediante solicitud del sujeto pasivo, hasta la fecha de la transmisión de tales activos a terceros, siendo aplicables las normas generales contenidas en la Ley General Tributaria en cuanto al devengo de intereses de demora y la constitución de garantías para dicho aplazamiento.

Como puede observarse, el alcance del “*exit tax*” de la Directiva es mucho más amplio que el del “*exit tax*” español regulado en el artículo 19 de la LIS: mientras que éste sólo afecta a los cambios de residencia de entidades, aquel afectaría a otros supuestos que a día de hoy no se encuentran expresamente regulados en nuestra LIS, como sería la transferencia de activos de la casa matriz a un establecimiento permanente (EP) en el exterior, o el traslado desde España al exterior de establecimientos permanentes de entidades no residentes. Ello, sin perjuicio de que algunos de estos supuestos deban ser analizados a la luz de la normativa sobre precios de

transferencia o de la Ley del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (LIRNR).

Efectivamente, la calificación como partes vinculadas de una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero recogida en el artículo 18 de la LIS, o la regulación en el artículo 16 de la LIRNR de supuestos de desafectación de elementos patrimoniales de un EP y de la reexportación de bienes, junto con el ya mencionado artículo 19 de la LIS vendrían a constituir el marco normativo español que podría verse afectado (mejorado y/o completado) por el nuevo “*exit tax*” de la Directiva.

### **2.3. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO**

A continuación incluimos una breve descripción del tratamiento del “*exit tax*” en algunos países de nuestro entorno, también miembros de la UE, cuya legislación fiscal interna se ha visto afectada, igual que la española, en mayor o menor medida, por la jurisprudencia del TJUE.

#### **Alemania**

En general, el traslado del domicilio social fuera de las fronteras alemanas lleva implícita la liquidación de la compañía desde la perspectiva del derecho mercantil alemán. El tratamiento fiscal sigue la línea del tratamiento mercantil de la migración, por lo que el traslado del domicilio y la sede de dirección efectiva fuera de Alemania normalmente provocarían la tributación por parte de la sociedad migrada de la renta resultante como consecuencia de la liquidación de la compañía.

No obstante lo anterior, si la compañía alemana se relocalizase en otro Estado miembro de la UE o del EEE, la tributación de la plusvalía emergente podrá diferirse durante un plazo máximo de cinco años.

#### **Dinamarca**

En Dinamarca existe también un impuesto de salida sobre la plusvalía latente derivada de la transmisión tácita a valor de mercado de todos los activos y pasivos de la compañía que migra en el momento del traslado.

Como consecuencia de la sentencia del TJUE en el asunto C-261/11, Comisión contra Dinamarca, en la que, una vez más, el Tribunal decretó que

el régimen danés era contrario a la libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 del TFUE, el legislador danés adoptó una serie de modificaciones en la normativa interna danesa que, como en la mayoría de los casos, se tradujeron en otorgar la opción al contribuyente de diferir la carga tributaria fraccionando el pago en un periodo máximo de siete años.

La entidad migrada deberá satisfacer intereses sobre el importe del tributo de salida pendiente de pago. El tipo de interés será el mayor del 3% anual o el tipo de interés del Banco Central Danés más cien puntos básicos.

### **Países Bajos**

La transferencia de la sede de dirección efectiva fuera del territorio de los Países Bajos no provoca el devengo del “*exit tax*”, salvo que dicho traslado vaya acompañado de una transferencia de activos, de forma que la entidad pase a tener la consideración de no residente en Holanda.

Precisamente Holanda fue la primera recriminada por la Comisión Europea en el ámbito de la imposición de salida de las personas jurídicas y, con ocasión de la sentencia del TJUE en el asunto C-371/10, *National Grid Indus*, se vio obligada a adaptar su normativa interna.

La entidad que migre desde territorio holandés con destino a otro Estado miembro tiene la posibilidad de diferir el pago hasta la realización efectiva de la plusvalía o satisfacerla en cuotas anuales durante un periodo de diez años, todo ello sujeto a determinadas condiciones y con la posibilidad por parte de las autoridades fiscales de los Países Bajos de girar intereses sobre el importe pendiente o someter el aplazamiento al otorgamiento de garantías.

### **Portugal**

Desde 1 de enero de 2006, la transferencia del domicilio social o de la sede de dirección efectiva sin liquidación da lugar al nacimiento de una plusvalía o minusvalía latente sujeta a tributación en Portugal, derivada de la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de los activos de la compañía portuguesa, salvo que dichos activos permanezcan afectos a un establecimiento permanente en dicho Estado.

La adaptación de la normativa interna portuguesa a los preceptos de la sentencia Comisión contra Portugal (asunto C-38/10), se llevó a cabo me-

diante la introducción de la opción de diferir el pago hasta la efectiva transmisión de los activos o hasta su desvinculación de la actividad empresarial de la compañía, o bien la posibilidad de fraccionar su pago en cuotas anuales de cinco años.

Las alternativas que implican un diferimiento en el pago del impuesto llevan inherente el devengo de intereses y están sometidas a determinados requisitos, además de sujetas al otorgamiento de garantías.

## 2.4. VALORACIÓN DE LA MEDIDA

Si bien las críticas a la existencia de “*exit tax*” locales basadas en la supuesta incompatibilidad del régimen con la libertad de establecimiento en el ámbito de la UE han visto limitado su recorrido a raíz de la reiterada jurisprudencia del TJUE al respecto, el debate se ha trasladado a los efectos financieros perjudiciales derivados del aplazamiento del pago de dicho impuestos, i.e. el devengo de intereses de demora y la necesidad de prestar garantía suficiente.

Es en este punto donde la Directiva una vez más deja en manos de los Estados miembros el desarrollo de los mecanismos que consideren oportunos, lo cual podría implicar tratamientos desiguales dependiendo del Estado miembro que estuviera aplicando la imposición de salida. Recordemos que en este punto los costes derivados de la prestación de garantías o de la aplicación de un tipo más alto o más bajo a los intereses de demora pueden tener un impacto económico importante y que podría decantar la elección de una u otra jurisdicción de la UE para desarrollar determinadas actividades o planificar estructuras.

Más controversia cabe prever que genere la aplicación del “*exit tax*” a las transferencias de activos y/o de establecimientos permanentes de unas jurisdicciones a otras, sin que se produzca un cambio de residencia (pues sólo el cambio de residencia implicaría la pérdida de soberanía sobre dicho contribuyente del Estado de residencia original) ni una transmisión de activos, sino una “simple” recolocación o reasignación de activos y/o de actividades/funciones.

Pero es cierto que la combinación de la inexistencia de un hecho imponible en la transferencia de activos entre jurisdicciones sin que se produzca

un cambio en la titularidad de los mismos, con el régimen de exención de las rentas obtenidas por los establecimientos permanentes en el extranjero, podría invitar a implantar esquemas que, en el entorno BEPS, bien podrían considerarse como planificación fiscal agresiva.

De forma similar, en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, España no evita la pérdida de potestad tributaria para gravar determinadas rentas cuando se producen bien migraciones de los contribuyentes (por ejemplo, hacia un Estado que cuenta con un Convenio con España que no permite a nuestro país gravar las plusvalías en la venta de acciones) o bien traslados de activos afectos a un establecimiento permanente fuera del territorio español (aspecto que sí se regula, sin embargo, en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades cuando la transferencia sigue a una reorganización acogida al régimen de neutralidad fiscal). La remisión habitual de la Ley del IRNR a la Ley del IRPF a la hora de la determinación de las rentas implica que no se grave una plusvalía latente donde no hay alteración patrimonial, al mantener el sujeto pasivo su patrimonio inalterado.

Por otra parte, la propuesta del “*exit tax*” en la ATAD obliga al Estado receptor a reconocer como valor fiscal de entrada el valor de mercado, con el fin de evitar la doble imposición.

En definitiva, sí parece conveniente regular de forma expresa una serie de supuestos que, en la actualidad, generan incertidumbre en cuanto a su tratamiento fiscal y en los que unas claras reglas del juego en cuanto al reparto de potestades tributarias entre los distintos Estados Miembros deberían evitar tanto supuestos de des-imposición como de doble imposición que se pueden estar produciendo en la actualidad.

### **3. NORMA GENERAL CONTRA LAS PRÁCTICAS ABUSIVAS**

Terminamos nuestro análisis de la Directiva anti-abuso con unos breves comentarios sobre la medida que, en nuestra opinión, y como ya apuntábamos anteriormente, recoge la esencia y/o el objetivo común de las 15 acciones del Plan BEPS de la OCDE y del propio paquete de medidas contra la elusión fiscal impulsado en el seno de la UE (ATAP): la norma general anti-abuso que la Directiva obligará a los Estados miembros a transponer a sus ordenamientos internos en el ámbito del impuesto sobre sociedades.

### 3.1. ANTECEDENTES Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

A pesar de que la inclusión de cláusulas generales anti-abuso en las Directivas europeas sobre imposición directa no es una novedad<sup>92</sup>, la inclusión de esta norma general anti-abuso y el texto final de la misma ha generado un intenso debate. Es cierto que se trata de una materia extremadamente sensible en la que la tradición y cultura jurídica de los distintos Estados miembros no es ni mucho menos homogénea.

A pesar de la existencia de unos criterios razonablemente consolidados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de la que la sentencia de 12 de septiembre de 2006 en el caso *Cadbury Schweppes* es un claro referente, y de la Recomendación 2012/772/UE de la Comisión Europea sobre planificación fiscal agresiva, que ya en diciembre de 2012 aconsejaba a los Estados miembros adoptar una norma general de lucha contra el fraude, lo cierto es que, hasta la fecha, ha sido un ámbito en que las prácticas varían considerablemente entre los diversos países de la UE.

Aquella Recomendación tuvo diferente acogida en los distintos Estados miembros, pero la gran mayoría no consideraba necesaria la inclusión de dicha cláusula por contar ya con una cláusula doméstica, bien basada en el “fraude de ley” (“*abuse of law*”) o en el principio de la “sustancia sobre la forma” (“*substance over form*”) que perseguía el mismo objetivo<sup>93</sup>.

Sin embargo, unos años más tarde se han dado las circunstancias políticas y sociales adecuadas para que difícilmente ningún Estado miembro pudiera oponerse políticamente a la inclusión de esta medida en la Directiva 2016/1164, una cláusula anti-abuso amplia que trata de cerrar las puertas que las normas anti-abuso específicas de algunos Estados miembros (o la

---

(92) El artículo 15 de la Directiva sobre fusiones (90/434/CEE, actual Directiva 2009/133/CE), el artículo 5 de la Directiva sobre intereses y cánones (2003/49/CEE) y el artículo 1.2. de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales (90/435/CEE, actual Directiva 2011/96/UE) recogen cláusulas generales anti-abuso que proponen la inaplicación de los beneficios de la Directiva en aquellos casos en los que el principal propósito o uno de los principales propósitos de una estructura, transacción o “arreglo” (en una particular traducción al español del inglés “*arrangement*”) es la obtención de una ventaja fiscal.

(93) “The path to a unanimously accepted GAAR by EU Member states”, Ana-Maria Geamanu, Universidad de Bucarest (Marzo 2016).

ausencia de norma anti-abuso alguna) podrían dejar abiertas a la planificación fiscal abusiva.

La lectura de un extracto de la sentencia *Cadbury Schweppes* del TJUE del año 2006, de la Recomendación de la Comisión de 2012 y de la cláusula general anti-abuso finalmente incluida en la Directiva 2016/1164 permite identificar matices que muestran un cierto endurecimiento de la cláusula general anti-abuso con respecto a la doctrina del TJUE de hace diez años.

En efecto, en el año 2006 el TSJUE señaló lo siguiente en la sentencia-*Cadbury Schweppes*:

*“... De ello se deduce que para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional.”*

En diciembre de 2012 la Comisión invitaba a los Estados miembros a introducir la siguiente cláusula en su legislación nacional:

*“Es preciso ignorar todo mecanismo artificial o serie de mecanismos artificiales introducidos con el objetivo fundamental de evadir impuestos y que conducen a una ventaja impositiva. Las autoridades nacionales deben tratar estos mecanismos a efectos fiscales en referencia a su realidad económica”.*

Si reproducimos a continuación el texto literal del artículo 6.1. de la Directiva anti-abuso observaremos que los distintos términos utilizados permiten intuir cierto endurecimiento con respecto a lo que el TSJUE proponía hace diez años:

*“1. A efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados*

*una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes. Tales mecanismos podrán estar constituidos por más de una fase o parte.*

*2. A efectos del apartado 1, un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.*

*3. Cuando un mecanismo o serie de mecanismos sean desestimados de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1, la deuda tributaria se calculará con arreglo a la legislación nacional.”*

Mientras que el TJUE hablaba en 2006 de combatir *“montajes puramente artificiales ... con el objetivo de eludir el impuesto”* –dejando entreabierta la puerta para la defensa de estructuras con cierta sustancia aunque pudieran facilitar una ventaja fiscal– y la Recomendación de la Comisión de 2012 se refería a *“mecanismos artificiales con el objetivo fundamental de evadir impuestos”*, la cláusula de la Directiva anti-abuso se conforma con la existencia de un *“mecanismo falseado en el que uno de sus propósitos principales es la obtención de una ventaja fiscal”*. En efecto, bajo la nueva Directiva no parece necesario que *“el objetivo”* o *“el objetivo fundamental”* de la estructura o mecanismo sea evadir o eludir impuestos, sino que resulta suficiente que *“uno de los propósitos principales sea la obtención de una ventaja fiscal”*.

Siendo conscientes de que, en la práctica, será complicado apreciar si la obtención de una ventaja fiscal resulta ser el objetivo fundamental, el único objetivo o uno de los principales objetivos de una estructura o mecanismo, lo cierto es que la evolución que se observa hacia una redacción más amplia de las cláusulas anti-abuso se corresponde con la tendencia de las Administraciones y de los Tribunales a adoptar una actitud cada vez más combativa contra la denominada planificación fiscal agresiva.

Finalmente, en un plano más descriptivo, conviene señalar que la cláusula general anti-abuso deja claro, al igual que lo hace la cláusula anti-abuso recientemente incluida en la Directiva Matriz Filial, y a nuestro juicio de forma innecesaria, que el abuso puede tener lugar a través de una serie de operaciones encadenadas (mecanismo o serie de mecanismos que podrán estar constituidos por más de una fase o parte).

También se ocupa de aclarar que, en línea con el TJUE, el test de contraste para descartar la *“artificiosidad”* o *“falseamiento”* del mecanismo, transac-

ción o estructura, consistirá en la existencia de razones comerciales válidas que justifiquen la existencia de los mismos.

Si bien el artículo 6 de la Directiva guarda silencio al respecto, en el Preámbulo se señala que *“No debería impedirse a los Estados miembros aplicar sanciones cuando sean aplicables las normas generales”*.

### **3.2. RELACIÓN CON LAS MEDIDAS ACTUALMENTE EN VIGOR EN ESPAÑA**

Esta norma general anti-abuso incluida en la Directiva podría considerarse ya transpuesta en nuestro ordenamiento tributario, dada la similitud en contenido e incluso en redacción con el artículo 15 de la Ley General Tributaria sobre el Conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Recordemos simplemente que el mencionado artículo 15 se refiere a *“actos o negocios notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido”* de los que no resulten *“efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal”*.

Si bien no es descartable que pueda introducirse una norma general anti-abuso en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades que refleje de forma más exacta el contenido del artículo 6 de la ATAD, consideramos que dicha inclusión no tendría un efecto relevante en la práctica, al resultar las normas generales anti-abuso contenidas en nuestra Ley General Tributaria perfectamente aplicables en el ámbito de dicho Impuesto.

### **3.3. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO**

La mayor parte de los Estados miembros cuentan con normas generales anti-abuso en sus ordenamientos, ya sea sobre la base del principio de la *“sustancia sobre la forma”* (Portugal, Grecia, Irlanda o muchos de los países de Europa del Este, como Croacia, la República Checa o Rumanía), del *“fraude de ley”* (Bélgica, Francia, Alemania) o de ambos (España, Italia, Austria o Hungría). Son la excepción algunos países de Europa del Este que, hasta la fecha, carecen de este tipo de cláusula general anti-abuso (Polonia o Letonia).

Hemos considerado interesante recoger unos breves comentarios sobre algunas jurisdicciones en particular:

## Reino Unido

La introducción de una norma general anti-abuso en el ordenamiento tributario del Reino Unido es reciente (2014), si bien presenta algunas diferencias con la incluida en la Directiva que permitirían una aplicación incluso más amplia de la misma. Por ejemplo, la norma general anti-abuso del Reino Unido no requiere para su aplicación que el mecanismo o transacción desvirtúe el objeto o la finalidad del derecho fiscal aplicable, sino que sería suficiente con que la operación no se considere razonable desde un punto de vista económico y a la vista de la normativa fiscal aplicable.

## Irlanda

Cuenta con norma general anti-abuso desde 1989, si bien sufrió una importante modificación con el *“Finance Act”* de 2014. En línea con el Reino Unido, su aplicación sólo requiere que sea razonable considerar que el principal propósito de una operación, transacción, mecanismo o estructura, sea la obtención de una ventaja fiscal.

## Luxemburgo

La norma anti-abuso luxemburguesa se refiere a *“transacciones o acciones ficticias”* (*“Fictitious transactions or other fictitious actions –for example, the establishment or the maintenance of a fictitious residency– are of no significance for tax purposes”*), por lo que es posible que deba ser ampliada si es que su concepto de *“ficticio”* es similar a nuestro concepto de *“simulación”*, en principio más restrictivo que el término *“mecanismo falseado”* que utiliza la Directiva.

Puede observarse que tanto jurisdicciones que tradicionalmente han estado a la vanguardia de la lucha contra la planificación fiscal agresiva (v.g. Reino Unido), como otras jurisdicciones que se suponen menos combativas (v.g. Irlanda o Luxemburgo), cuentan con normas domésticas anti-abuso generales que parecen perseguir un mismo fin. Sin embargo, la interpretación y aplicación de las mismas no se percibe como homogénea en todas las jurisdicciones, lo que viene a confirmar que la tradición y cultura jurídica de los distintos Estados miembros en este ámbito ha venido siendo distinta hasta la fecha.

### 3.4. VALORACIÓN DE LA MEDIDA

A pesar de que, como acabamos de ver, son pocos los Estados miembros que no cuentan ya con una cláusula general anti-abuso y es previsible que aquellos que cuentan con ellas no necesiten acometer grandes modificaciones en las mismas para cumplir con el mínimo impuesto por la Directiva, la inclusión de una norma general anti-abuso a nivel comunitario es ciertamente relevante.

En efecto, tal y como se señala en el Preámbulo de la Directiva, “... es importante garantizar la aplicación uniforme de las normas generales (anti-abuso) en situaciones de ámbito nacional, dentro de la Unión y en relación con países terceros, de modo que su alcance y los resultados de su aplicación en situaciones nacionales y transfronterizas no difieran”.

Así, la relevancia de esta cláusula general anti-abuso es que abre los ordenamientos tributarios de los Estados miembros en cuanto a imposición directa se refiere a la revisión del TJUE y de la propia Comisión Europea. En determinados casos, será el TJUE el que pueda dictaminar si una operación doméstica debe o no verse afectada por la norma general anti-abuso, sintiéndose tal vez legitimado por la Directiva ATAD para entrar a valorar los motivos económicos de la operación y la finalidad de las normas fiscales nacionales. Lo cierto es que, formalmente, el TJUE debería abstenerse de valorar los hechos concretos de los procedimientos que originan una cuestión prejudicial, si bien de facto, ya lo venía haciendo. Cabe prever que la inclusión de esta cláusula general anti-abuso en la Directiva lleve al TJUE a extender esta práctica.

A pesar de las objeciones que algunos Estados podrían haber insinuado en contra de esta norma general anti-abuso por la potencial pérdida de soberanía fiscal que supone, lo cierto es que difícilmente ninguno de ellos podría haberse opuesto a la inclusión de una medida que, como ya hemos apuntado, recoge, en nuestra opinión, la esencia que subyace tras las acciones contra la planificación fiscal agresiva que se están gestando tanto en el ámbito de la OCDE como en el de la Unión Europea.



## **CAPÍTULO XV**

### **EL PLAN DE ACCIÓN BEPS CONCLUSIONES**



## CONCLUSIONES

### *Complejidad y sofisticación del Proyecto BEPS*

Señalábamos en la Introducción de esta obra que *“Si tuviéramos que resumir el Plan de Acción BEPS en una sola frase nos inclinaríamos a decir que BEPS supone el fin de la planificación fiscal mediante operaciones o instrumentos carentes de motivos económicos válidos distintos de los fiscales. Y, en este sentido, BEPS no sería algo absolutamente nuevo sino que llevaríamos conviviendo con BEPS no menos de una década.”*

Si bien en esa frase tratábamos de resaltar la esencia del Proyecto BEPS, que llevada al extremo podría también conceptuarse como el “definitivo triunfo del principio de la prevalencia de la sustancia sobre la forma”, lo cierto es que la lectura de los 14 capítulos en los que hemos analizado los documentos que recogen las 15 acciones del Plan BEPS y la Directiva ATAD nos lleva a retractarnos, siquiera parcialmente, de aquellas palabras. Se trataría de una simplificación excesiva e injusta. Mantenemos, no obstante, que ese es probablemente el objetivo principal del Proyecto BEPS, pero sin duda el conjunto de acciones y medidas propuestas, ya sean estándares mínimos, enfoques comunes o mejores prácticas, tiene un alcance más amplio. Ese conjunto de acciones y medidas que se contienen en las 15 acciones BEPS pretende ser el engranaje “perfecto” que cohesione los tres pilares fundamentales de este ambicioso Proyecto:

- i) la coherencia del Impuesto sobre Sociedades a nivel internacional;
- ii) una realineación de la imposición y la sustancia económica y
- iii) la transparencia junto con la seguridad jurídica y la predictibilidad.

Entrecomillamos el adjetivo “perfecto” al referirnos al engranaje BEPS de forma intencionada pero sin ninguna ironía. En efecto, el detalle y la minuciosidad de los papeles BEPS, esto es, no sólo de los documentos finales en los que se desarrollan las 15 acciones del Plan, sino también de los documentos de trabajo y de los miles (probablemente, millones) de folios en los que se recogen las actas de los cientos de reuniones mantenidas en la sede de la OCDE en París entre las administraciones de más de cien países, fiscalistas de las distintas industrias y asesores externos, a lo largo de tres intensos años, son una clara muestra de lo ambicioso de un Proyecto en el que, equivocadamente o no, parece haberse buscado la perfección.

Sin ánimo de confundir, conviene matizar que por búsqueda de la perfección queremos referirnos al carácter absolutamente inclusivo del Proyecto, tanto en cuanto a las materias abordadas como en cuanto a las posibles medidas a analizar para conseguir engranar los tres pilares que hemos apuntado. No se ha querido dejar nada sin mirar, de forma que la casuística que se contiene en algunas de las acciones BEPS resulta a veces tan extraordinariamente compleja que nos lleva a dudar de que las medidas que se proponen para abordarla logren el ansiado objetivo de la seguridad jurídica y de la predictibilidad (buen ejemplo que ilustra esta cuestión serían, por su complejidad y casuística, los documentos correspondientes a las acciones 2 y 3 sobre mecanismos híbridos y transparencia fiscal internacional, respectivamente).

El sistema fiscal de los Estados Unidos es probablemente el más sofisticado de nuestro entorno. Pues bien, en el Congreso de los Estados Unidos el denominado “*Joint Economic Committee*” (JEC) lleva años intentando simplificar ese sistema. La presentación de la sección correspondiente a Política Fiscal (“*Tax Policy*”) en la página web del JEC señala que “*El sistema fiscal de los Estados Unidos es económicamente ineficiente y excesivamente complejo. El JEC estudia cómo podría simplificar y mejorar el sistema fiscal para contribuir al crecimiento económico y reducir cargas administrativas innecesarias sobre los contribuyentes*”.

La lectura de los papeles BEPS genera cierta preocupación por la sofisticación de los mismos. El Convenio Multilateral con el que se pretenden modificar miles de Convenios bilaterales para evitar la doble imposición, cuya firma se prevé para junio de 2017, es otro claro ejemplo de la complejidad que venimos apuntando.

Se corre el riesgo de que la maquinaria BEPS no consiga un correcto engranaje de los tres pilares del Proyecto (la coherencia del Impuesto sobre So-

ciudades a nivel internacional; realineación de la imposición y la sustancia económica y la transparencia junto con la seguridad jurídica y la predictibilidad) de forma que una eventual sobre-regulación acabe perjudicando la seguridad jurídica e imponiendo una serie de cargas administrativas difíciles de asumir por los contribuyentes, al tiempo que, el esfuerzo por evitar situaciones de desimposición acabe desembocando en situaciones de doble imposición.

### *Valoración de las Acciones BEPS*

Tras esta alerta sobre la complejidad y sofisticación de los papeles BEPS y de las medidas que puedan resultar de los mismos, alerta que tal vez pueda parecer simplista pero que, de no contar con el contrapeso de una estrecha colaboración y comunicación bilateral entre administraciones y administrados, podría llevarnos a un incremento sustancial de la litigiosidad en el ámbito fiscal, a continuación haremos un breve recorrido, no excesivamente desordenado, por las 15 acciones BEPS en un intento de sintetizar la valoración que nos merecen las mismas.

### ***Estándares mínimos***

Comenzamos esta síntesis valorativa con las acciones concebidas como estándares mínimos, por ser las que requieren un mayor grado de compromiso por parte de las Administraciones: Acción 5 (medidas fiscales perniciosas), Acción 6 (abuso de convenio), Acción 13 (información país por país) y Acción 14 (procedimientos amistosos).

Es en el ámbito de los regímenes preferenciales perniciosos (regímenes relativos, por ejemplo, a la explotación de intangibles o a las entidades holding) y de los tax rulings donde las Administraciones han desempeñado un papel protagonista: sin su activa intervención en unos y otros, en un ejercicio intenso de competencia fiscal entre administraciones, los contribuyentes no hubieran podido hacer uso, legítimo o no, de los mismos como parte de su estrategia de planificación fiscal. Es por ello que el principio de confianza legítima por parte del contribuyente debería ser tenido especialmente en cuenta en esta área, tanto en relación con las estructuras ya existentes como en adelante.

Se echa de menos en esta Acción una mayor claridad en cuanto al futuro que pueda deparar el entorno BEPS a las entidades holding puras tan utilizadas en la denostada “planificación fiscal internacional” ya sea por gru-

pos multinacionales o en las inversiones transfronterizas de grupos familiares y grandes patrimonios personales. Más concreción se aprecia, lo que es de agradecer, en cuanto al tratamiento propuesto en relación con los regímenes preferenciales relativos a la explotación de la propiedad intelectual mediante el enfoque del nexo.

Como es sabido, el enfoque del nexo se basa en una regla de proporcionalidad que pretende vincular la aplicación del beneficio fiscal con el concepto de sustancia económica. La misma vinculación se predica con respecto al resto de regímenes preferenciales habituales tales como los centros de servicios de apoyo a la gestión, empresas distribuidoras, entidades financieras y aseguradoras, etc.

El enfoque del nexo resulta coherente, aunque entendemos que en aquellos casos en los que los regímenes preferenciales se basen en la renta obtenida, una correcta valoración de las operaciones en términos de precios de transferencia ya debería permitir alcanzar un resultado acorde con el mismo.

En cuanto a los acuerdos con las administraciones tributarias o *“tax rulings”* y los efectos fiscales negativos que estos acuerdos con las diferentes administraciones locales pueden generar a nivel global, la Acción 5 se centra en el establecimiento de mecanismos para instar la transparencia y el intercambio de información. Se nos antoja que esta medida viene a ser una herramienta que persigue el control del correcto comportamiento y compromiso de las administraciones con BEPS, más que erradicar malas prácticas de los grupos multinacionales. Siendo bienvenida, preocupa que el exceso de información en manos de una administración y la ausencia de suficientes recursos para procesarla y, en su caso, coordinar las acciones que se puedan llevar a cabo con el resto de administraciones afectadas por el *“tax ruling”*, resulte en perjuicio del contribuyente y en un aumento de la litigiosidad. Por otra parte, la confidencialidad de la información que los administrados deban revelar a una administración concreta en el proceso de obtención de un *“tax ruling”* puede verse en peligro.

También en la Acción 6 que pretende combatir el abuso de los convenios para evitar la doble imposición (principalmente el denominado *“tax treaty shopping”*) debería tenerse en cuenta la actuación de las administraciones en el pasado. Vemos la previsible inclusión en los convenios de cláusulas de propósito principal (*“principal purpose test”* o PPT) a raíz de la firma del Convenio Multilateral como una plasmación formal del compromiso de las

administraciones de combatir el abuso de convenio, y no tanto como un cambio legislativo que marque un antes y un después. En efecto, la existencia de normas generales anti-abuso domésticas en la mayor parte de las jurisdicciones debería ser (o haber sido) suficiente para combatir el *"treaty shopping"*. Sin embargo, es previsible que estructuras que hasta ahora venían confiando en la aplicación de los beneficios de los convenios a entidades *holding*, financieras, de explotación de intangibles, etc. se vean afectadas por lo que no es un cambio de legislación aplicable sino, más bien, por un cambio en la actitud de las administraciones. Sería deseable el diálogo entre Administración y contribuyentes para lograr una transición ordenada, caso de ser necesaria, hacia los nuevos estándares BEPS de cara a evitar un incremento de la litigiosidad y en aras de salvaguardar la confianza generada en los contribuyentes por la actitud, a veces permisiva, de las administraciones, en parte quizás debida a la ausencia de recursos humanos y materiales suficientes en el sector público.

La escasez de recursos humanos y materiales en la administración pública puede ser uno de los grandes obstáculos a los que se enfrente la implantación de las medidas BEPS y que, caso de no solucionarse, podría dar al traste con los objetivos del Proyecto, principalmente en lo que se refiere a la consecución de un entorno de seguridad jurídica para los contribuyentes. La ingente cantidad de documentación que el Informe País por País (*"Country by Country Report"* o *"CbC"*) resultante de la Acción 13 pondrá en manos de las administraciones es buena muestra de lo que apuntamos. Las administraciones han tratado de calmar la preocupación de los grupos multinacionales asegurando que el CbC solamente será utilizado para identificar áreas en las que puedan estar teniendo lugar prácticas BEPS que sea necesario combatir. Sin embargo, existe el riesgo de que, una vez identificadas esas áreas que requieren atención, las administraciones no cuenten con los recursos necesarios para investigarlas en profundidad y de forma coordinada con el resto de administraciones afectadas, e intenten poner coto a supuestas prácticas BEPS de forma unilateral.

Esta demanda de mayores recursos por las administraciones se verá acentuada asimismo por la Acción 14 destinada a hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias, esto es, los Procedimientos Amistosos (*"Mutual Agreement Procedures"* o *"MAP"*) previstos por los convenios para evitar la doble imposición y que, hasta la fecha, han venido adoleciendo de excesiva lentitud en su resolución y de una falta de transparencia frente a los

contribuyentes en cuanto a los motivos que soportan los acuerdos alcanzados por las autoridades competentes (*“Competent Authorities”*). Hemos de valorar positivamente el apoyo muy mayoritario con el que ha contado la introducción de cláusulas de arbitraje para la resolución de estos procedimientos y que esperamos sea una realidad en el corto plazo en la mayoría de los convenios suscritos por España, por mor de la firma del Convenio Multilateral.

Y hasta aquí nuestra valoración global de las cuatro acciones que contienen los denominados estándares mínimos, esto es, aquellas que han conseguido arrancar un compromiso firme por parte de los gobiernos y cuyo cumplimiento cabe esperar sea monitorizado con esmero a través de procedimientos como el *“peer review”* (o revisión entre pares o iguales) previsto en relación con los mecanismos de resolución de conflictos. Como decimos, se trata de cuatro acciones en las que las administraciones se han mostrado ciertamente autoexigentes: exigencia en la revisión de regímenes preferenciales y en el intercambio de *tax rulings* (Acción 5 - medidas fiscales perniciosas), en la revisión de cuándo resultarán aplicables los beneficios de los convenios (Acción 6 - abuso de convenio), en la revisión de la información obtenida a través del CbC (Acción 13 información país por país) y exigencia también en los tiempos y procedimientos para la resolución de conflictos (Acción 14 - procedimientos amistosos). En definitiva, acciones todas ellas que merecen una valoración positiva pero en las que alertamos de que, sin una dotación de recursos suficientes a la administración tributaria para su correcta implantación, difícilmente se lograrán los objetivos buscados, corriendo el riesgo de que se incremente la litigiosidad.

### ***Enfoques comunes***

Las acciones 2 (híbridos) y 4 (gastos financieros) no han alcanzado el grado de estándar mínimo y, por lo tanto, las administraciones contarán con un mayor grado de flexibilidad a la hora de adoptar o no las medidas que se proponen en los papeles BEPS.

Nuevamente nos preocupa, en particular en lo que se refiere a la regulación de instrumentos y de entidades híbridos, que una falta de coordinación entre las distintas administraciones ocasione un movimiento pendular extremo que nos lleve desde un escenario en el que se quiere combatir situaciones de desimposición a otro en el que se generalicen los supuestos de doble imposición o de sobreimposición.

En cuanto a la restricción a la deducibilidad de gastos financieros, se trata probablemente de un área no tan novedosa puesto que las administraciones ya venían contando con normativa dirigida a evitar la erosión de bases imponibles mediante endeudamientos que pudieran considerarse excesivos. La propia norma española, limitando el gasto financiero neto fiscalmente deducible al 30% del EBITDA, en línea con el sistema alemán, o introduciendo restricciones específicas para la deducción de gastos financieros en esquemas de adquisición de empresas a través de sociedades apalancadas (v.g. adquisiciones desde entidades *holding* apalancadas que posteriormente se fusionan o consolidan con las entidades operativas adquiridas) es buen ejemplo de ello. Sería deseable, en aras de defender la competitividad de la empresa española y de nuestra economía, evitar asimetrías y conseguir la mayor armonización posible en la regulación de esta cuestión en los países de nuestro entorno. La culminación del Proyecto de una Base Imponible Común y Consolidada en el Impuesto sobre Sociedades en el seno de la Unión Europea, el cual ha retomado fuerza en el nuevo entorno BEPS, supondría un importante avance en este sentido.

### ***Mejores prácticas***

Llegamos a aquellas acciones en las que las medidas propuestas en el seno del Proyecto BEPS no dejan de ser meras recomendaciones. Son las llamadas mejores prácticas (*“best practices”*) y que engloban las acciones 3 (Transparencia Fiscal Internacional o *“controlled foreign corporation”* CFC), 7 (Establecimiento Permanente), 8-9-10 (precios de transferencia) y 12 (revelar mecanismos de planificación fiscal agresiva).

La acción 3 sobre Transparencia Fiscal Internacional bien podría haberse unido, por sus características, a las acciones sobre gastos financieros e híbridos concebidas como enfoques comunes. Los ordenamientos tributarios existentes en las distintas jurisdicciones ya vienen contando desde hace tiempo con normativa específica sobre CFC y, nuevamente, la propia norma española endurecida o completada con el artículo 100 de la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades en vigor desde 2015 es buen ejemplo de ello. Poco que añadir a lo ya dicho en relación con las acciones 2 y 4: la armonización de la normativa española con la de países de nuestro entorno debería redundar en un mayor equilibrio en la competitividad de nuestras empresas, facilitando su internacionalización.

Las medidas propuestas por la acción 7 sobre la existencia y tributación de los establecimientos permanentes se incorporan, sin abandonar su carácter de *“best practice”*, en el Convenio Multilateral, pudiendo ser por tanto objeto de reserva por los estados firmantes. La situación de España a este respecto es un tanto especial pues, como es sabido, buena parte de las medidas propuestas en esta acción dirigidas a ampliar los supuestos de existencia de EP ya venían siendo aplicadas por la administración española y, en cierta medida, acogidas por nuestros tribunales. Por ejemplo, el concepto de *“asentamiento complejo operativo”* acuñado por la doctrina administrativa española se ve reflejado en esta acción en cuanto a la consideración global, a la hora de determinar la existencia o no de EP, del conjunto de actividades que un grupo multinacional lleva a cabo en un determinado territorio, sin que resulten de aplicación las excepciones a la existencia de EP por la realización de actividades preparatorias o auxiliares. Se trata de un área especialmente sensible y de gran impacto para los grupos multinacionales. No procede ahora entrar a valorar el pasado, juzgando si la interpretación que del artículo 5 del Modelo de Convenio de la OCDE ha venido haciendo la Administración española y que, no sin ciertas contradicciones, han bendecido nuestros tribunales, era conforme con la legislación vigente. Pero sí conviene no olvidarlo por la inseguridad jurídica y alarma que este tipo de situaciones genera y que, de repetirse en el futuro, podría perjudicar seriamente a la competitividad de la economía española. Es el momento de sentar unas claras reglas del juego sobre la base de una normativa clara que no necesite de interpretaciones finalistas que hagan dudar de su correspondencia con el tenor literal de la ley (en este caso, de los Convenios que prevalecen sobre la ley doméstica) y de una aplicación consistente de la misma.

Las acciones 8, 9 y 10 abordan la problemática de los precios de transferencia, esto es, de la valoración de operaciones entre partes relacionadas. El contenido de estas tres acciones no es sino una continuación de los trabajos que se han venido realizando en los últimos años por parte de la OCDE. Se han analizado cuestiones de especial complejidad que requerirán un proceso de asimilación y adaptación tanto por parte de las empresas como de las Administraciones. Cabe destacar el énfasis puesto en el estudio del papel que desempeñan los intangibles y en el análisis de la cadena de valor, probablemente por la relevancia de los mismos en el mundo de la economía digital (acción 1).

Especial relevancia tendrá la aplicación efectiva del denominado “*soft law*”, que en este ámbito vendrían a ser las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia. La aplicación directa de la Directrices parece contar con un apoyo mayoritario de las administraciones, si bien no debemos olvidar que son los tribunales de justicia los que en último término interpretan la ley y, en este sentido, algunas sentencias recientes de nuestro Tribunal Supremo no dejan claro el papel que el “*soft law*”, a la luz de los papeles BEPS, debería jugar en este ámbito. Nuevamente, como en otras medidas derivadas del Plan de Acción BEPS, sería deseable determinar con claridad el momento temporal en que las nuevas Directrices deberían resultar aplicables.

Finalmente, dentro de lo que se consideran mejores prácticas, se propone en la Acción 12 implantar medidas para que los contribuyentes revelen a las administraciones sus mecanismos de planificación fiscal agresiva, en la línea de fortalecer el tercero de los pilares sobre los que se asienta el Plan de Acción BEPS: la transparencia y la seguridad jurídica. Cabe esperar que estas medidas vayan más encaminadas a disuadir a los contribuyentes del uso de esquemas de planificación fiscal agresiva que a la obtención efectiva de información por parte de las administraciones. Sin embargo, la introducción de este tipo de obligaciones a las distintas partes que intervienen en la planificación fiscal de un grupo multinacional (i.e. promotores del mecanismo –que normalmente podrán ser asesores externos– o el propio contribuyente) acompañadas de un sistema sancionador para el caso de incumplimiento podría desembocar en un exceso de información de poca o nula trascendencia tributaria siendo remitida a las administraciones, generando al mismo tiempo una carga administrativa adicional en los contribuyentes.

### ***Otras acciones BEPS***

Tres de las quince acciones propuestas no se categorizan en ninguno de los tres niveles de compromiso apuntados. Son la acción 1 (economía digital), la acción 11 (recopilación y análisis de datos) y la acción 15 (instrumento multilateral). Se trata, en efecto, de acciones que no requieren un compromiso o actuaciones específicas por parte de los estados, sin que por ello podamos dejarlas al margen de este ejercicio de valoración final.

La expansión de las empresas tecnológicas que operan en la denominada economía digital, con sus modelos de negocio desmaterializados, esto es,

con cadenas de valor digitales capaces de generar valor sin presencia física o bien con una presencia física reducida que resulta desproporcionada con los ingresos generados en la jurisdicción de la fuente de estos, *market jurisdiction*, fue probablemente el detonante del Plan de Acción BEPS. A pesar de ser el primer sector en el que las administraciones centraron su atención, el documento sobre la Acción 1 publicado en octubre de 2015 se remite a futuros trabajos en esta área que permitan completar el análisis y proponer medidas para afrontar los retos que este sector plantea a la fiscalidad internacional.

En efecto, los trabajos de la acción probablemente partieron de una fijación de objetivos maximalistas para los que resultaron muy difíciles de consensuar las medidas proporcionadas a la ambición de tales objetivos. De hecho, se descartaron todas las medidas novedosas que traspasaban las limitaciones tradicionales impuestas por los Convenios para evitar la doble imposición y que pretendían configurar la tributación de las multinacionales digitales sobre hechos imponible alternativos al beneficio empresarial conocido hasta ahora (v.g. concepto de presencia fiscal significativa en una jurisdicción sobre la base de parámetros tales como la cifra de negocios, el volumen de datos obtenidos, número de usuarios, etc.).

El intento frustrado de plantear un cambio radical de paradigma fiscal en el ámbito de la economía digital tal vez pueda servir para reflexionar sobre si verdaderamente BEPS debe suponer una verdadera revolución en el terreno de la fiscalidad internacional, con una imperiosa necesidad de cerrar puertas a la elusión fiscal mediante sofisticadas medidas regulatorias o si, por el contrario, simplemente se trata de impulsar un cambio de actitud en administraciones y administrados: administraciones menos permisivas y más transparentes, dispuestas a dialogar con contribuyentes conscientes de que determinados esquemas de planificación fiscal alejados del negocio y de la sustancia económica pertenecen al pasado.

La recopilación y el análisis de datos (Acción 11) han permitido a las administraciones detectar áreas y sectores en los que se desarrollaban prácticas BEPS y medir su impacto. Por ello, cabe esperar que el análisis de la mayor información de la que van a disponer como consecuencia de distintas acciones BEPS (CbC, intercambio de *tax rulings*, revelación de mecanismos de planificación fiscal, etc.) y los avances tecnológicos en el tratamiento de la misma, contribuyan a identificar y delimitar con mayor precisión qué industrias, jurisdicciones y esquemas deben requerir una estrecha supervisión y control por parte de las administraciones.

Y finalizamos este repaso valorativo de las 15 acciones BEPS con la última de ellas y, probablemente, la que más controversias esté suscitando en el momento en que se publique esta obra (prevista para finales de primavera o comienzos del verano del 2017): el Convenio Multilateral publicado en noviembre de 2016 con el apoyo de más de 100 estados y que se firmará, con mayores o menores reservas, en el mes de junio de 2017. La modificación de miles de convenios para evitar la doble imposición mediante la firma de un único “Instrumento Multilateral” (como se denominó en un principio el hoy ya Convenio Multilateral) que permita incluir en los mismos algunas de las principales medidas propuestas en el Plan de Acción BEPS es sin duda de un objetivo brillante y ambicioso. Nos atreveríamos a decir que, tal vez, demasiado ambicioso.

Destacaríamos las propuestas relativas a evitar el abuso de convenio (inclusión de cláusulas PPT o de limitación de beneficios – LOB) y a facilitar la resolución de conflictos (inclusión de cláusulas de arbitraje en los procedimientos amistosos), por estar ambas incluidas en los estándares mínimos que deberían ser implantados por los estados que han participado en el Proyecto BEPS. En cuanto al resto de modificaciones previstas en el Convenio Multilateral (v.g. la relativa al concepto de EP o la destinada a neutralizar el uso de instrumentos y entidades híbridos) cabe prever numerosas reservas por parte de muchos de los estados firmantes. La combinación de diversos factores, tales como la no inclusión de todos los Convenios firmados por un país, las distintas reservas que los estados hagan al clausulado del Convenio Multilateral y la contingente entrada en vigor de las modificaciones –sujeta a que se produzca un número determinado de ratificaciones–, hace prever que la lectura e interpretación de los convenios resultantes se torne peligrosamente compleja. Y nuevamente insistimos en que la complejidad del ordenamiento tributario, como norma general, es enemiga de la seguridad jurídica.

Todas las medidas que las administraciones puedan llevar a cabo para lograr simplificar los ordenamientos tributarios resultantes de las propuestas del Plan de Acción BEPS y que aporten claridad a los mismos, evitando la coexistencia de interpretaciones diversas sobre innumerables y complejas cuestiones, serán muy bienvenidas.

## ***Consideraciones finales***

Hemos visto cómo el grado de compromiso de las administraciones en cuanto a la implantación de las medidas que se proponen en los documentos finales sobre las Acciones BEPS difiere en función de la naturaleza de dichas acciones. La distinta graduación no es fortuita sino que el compromiso es mayor cuanto mayor es la influencia que las administraciones pueden ejercer sobre la efectividad de las medidas propuestas (v.g. regímenes fiscales preferenciales y *tax rulings*, abuso de convenio, resolución de conflictos). No podemos dejar de ver en ello un cierto reconocimiento de responsabilidad por parte de las administraciones en la generación del escenario vivido desde finales del siglo pasado, dominado por la tan denostada planificación fiscal agresiva, al que ahora se quiere poner fin.

Por otra parte, los grupos multinacionales, principales destinatarios de las acciones BEPS, han quedado, merecidamente o no, señalados con el estigma de la planificación fiscal agresiva.

El Proyecto BEPS establece las reglas del nuevo escenario en el que administraciones, grupos multinacionales y el resto de contribuyentes deberán convivir de la manera más ordenada posible. Los principios que deben regir parecen claros: prevalencia de la sustancia sobre la forma e imposibilidad de una planificación fiscal ajena al negocio y a la realidad económica. Preocupa, no obstante, que la proliferación de normas complejas y descoordinadas entre las distintas jurisdicciones puedan resultar en un incremento de la inseguridad jurídica y, por ende, de la litigiosidad en el ámbito tributario. Así, un exceso de celo en la implantación unilateral de medidas BEPS en la normativa española o en la adopción de criterios BEPS en la aplicación de la misma por la Administración y los tribunales podría afectar negativamente a la competitividad de nuestras empresas y de la economía española en general.

La iniciativa de la Unión Europea para llevar a cabo una implantación homogénea de las acciones BEPS en los Estados Miembros, mediante el paquete de medidas anti-elusión del que forma parte la conocida como Directiva Anti-abuso (*“Anti Tax Avoidance Directive”* o *“ATAD”*) así como el relanzamiento, al calor del Proyecto BEPS, de otras iniciativas que parecían olvidadas como la BICCCIS, deberían contribuir a mitigar la preocupación que apuntamos, al menos en el entorno de la UE.





**S**i tuviéramos que resumir el Plan de Acción BEPS en una sola frase nos inclinaríamos a decir que “BEPS supone el fin de la planificación fiscal mediante operaciones o instrumentos carentes de motivos económicos válidos distintos de los fiscales”; siendo el fruto de la decidida actuación del G20 y la OCDE, con el respaldo de las distintas administraciones tributarias, contra la denominada planificación fiscal agresiva de las multinacionales que venía causando supuestos de desimposición por un uso que las administraciones consideran incorrecto o ilegítimo de las oportunidades de planificación fiscal surgidas por la combinación de modelos de negocio globales y la descoordinación de los sistemas fiscales nacionales.

Si bien en esa frase resaltamos la esencia del Proyecto BEPS, se trataría de una simplificación excesiva e injusta, ese es probablemente el objetivo principal del Proyecto BEPS, pero sin duda el conjunto de acciones y medidas propuestas, ya sean estándares mínimos, enfoques comunes o mejores prácticas, tiene un alcance más amplio. Ese conjunto de acciones y medidas que se contienen en las 15 acciones BEPS pretende ser el engranaje “perfecto” que cohesione los tres pilares fundamentales de este ambicioso Proyecto:

- i) la coherencia del Impuesto sobre Sociedades a nivel internacional;
- ii) una realineación de la imposición y la sustancia económica y
- iii) la transparencia junto con la seguridad jurídica y la predictibilidad.

Efectivamente, este ambicioso Proyecto tal vez adolezca de un carácter absolutamente inclusivo, tanto en cuanto a las materias abordadas como en cuanto a las posibles medidas a analizar para conseguir engranar los tres pilares que hemos apuntado. La lectura de los papeles BEPS genera cierta preocupación por la sofisticación de los mismos; el Convenio Multilateral con el que se pretenden modificar miles de Convenios bilaterales para evitar la doble imposición, firmado el pasado 7 de junio de 2017, es otro claro ejemplo de la complejidad que venimos apuntando.

Se corre el riesgo de que la maquinaria BEPS no consiga un correcto engranaje de los tres pilares del Proyecto de forma que una eventual sobre-regulación acabe perjudicando la seguridad jurídica e imponiendo una serie de cargas administrativas difíciles de asumir por los contribuyentes, al tiempo que, el esfuerzo por evitar situaciones de desimposición acabe desembocando en situaciones de doble imposición. Las medidas que pueden resultar del Plan BEPS, de no contar con el contrapeso de una estrecha colaboración y comunicación bilateral entre administraciones y administrados, podría llevarnos a un incremento sustancial de la litigiosidad en el ámbito fiscal.

Por otro lado, un exceso de celo en la implantación unilateral de medidas BEPS en la normativa española o en la adopción de criterios BEPS en la aplicación de la misma por la Administración y los tribunales podría afectar negativamente a la competitividad de nuestras empresas y de la economía española en general.

La iniciativa de la Unión Europea para llevar a cabo una implantación homogénea de las acciones BEPS en los Estados Miembros, mediante el paquete de medidas anti-elusión del que forma parte la conocida como Directiva Anti-abuso (“*Anti Tax Avoidance Directive*” o “*ATAD*”) así como el relanzamiento, al calor del Proyecto BEPS, de otras iniciativas que parecían olvidadas como la BICCS, deberían contribuir a mitigar la preocupación que apuntamos, al menos en el entorno de la UE.

ISBN: 978-84-697-4151-1



9 788469 741511

Editor:



**P.V.P.: 20 euros  
(IVA incluido)**