

*“Condicionantes esenciales de la reforma del Sistema  
Tributario Español”*

EL MARCO INTERNACIONAL: EL EQUILIBRIO ENTRE LA  
CONSOLIDACION FISCAL Y LA COMPETENCIA FISCAL  
INTERNACIONAL

D.César García Novoa  
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

## SUMARIO

I. Concepto de Marco Internacional.....	3
II. El rol de España en el contexto internacional. Modelo import-export.....	4
III. Las reglas internacionalizaciones en materia de fraude y evasión.....	5
IV. Medidas en la reforma fiscal que favorezcan o no obstaculicen la internacionalización de las empresas españolas. ....	7
IV.1 Posibilidad de implantarse en el exterior. ....	7
IV.2. Posibilidad de trasladar al exterior factores productivos.....	9
IV.3. Posibilidad de acceso a la tecnología. ....	9
IV.4. Posibilidad de importar dividendos.....	10
IV.5. Posibilidad de financiarse internacionalmente y deducir los costes financieros .....	11
V. Medidas fiscales para facilitar la inversión extranjera en España. ....	13
VI. Modificación del régimen de precios de transferencia.....	13

## I. Concepto de Marco Internacional.

A la hora de referirnos al futuro inmediato de nuestro sistema tributario (a partir de la reforma que tomará como base el Informe que está elaborando la Comisión de Expertos constituida en el Ministerio de Hacienda) resulta fundamental tener en cuenta los condicionantes internacionales. Y cuando hablamos de condicionantes internacionales no hacemos referencia a los supranacionales; esto es, a las exigencias del Derecho de la Unión Europea, donde hay que tener en cuenta la nota de primacía del mismo, sino a lo que podemos llamar *marco internacional*.

Por marco internacional entendemos el orden jurídico internacional que va a condicionar nuestro sistema tributario. Ese orden jurídico no viene expresado por un ordenamiento jurídico, en el sentido kelseniano de conjunto de normas organizadas. Aunque no se puede hablar de un auténtico y coherente sistema de fiscalidad internacional de carácter mundial, que articule un conjunto de principios y límites para ordenar la materia y relaciones sobre las que se proyecta la fiscalidad internacional, si es posible apuntar la existencia de una serie de disposiciones aprobadas por la OCDE bajo la forma de derecho blando (*soft law*), dónde se incluirían las NICs/NIIFs, así como es de destacar también el papel que, como fuentes del Derecho Tributario, han adquirido los Convenios de Doble Imposición Internacional. Todo ello está contribuyendo, de forma acelerada a la formación de lo que se ha dado en llamar *international tax system*.

A esas reglas internacionales hay que atender a la hora de perfilar la futura reforma del sistema fiscal español, ya que nuestro sistema debe *alinearse* con las tendencias internacionales en materia de tributación, dentro de todo el proceso de reestructuración de los sistemas fiscales (*allocation of tax burdens*) que está teniendo lugar a nivel mundial.

No conviene olvidar, en este sentido, que España es un país con una amplísima red de Convenios de Doble Imposición (más de 80 en vigor) y la primacía de los mismos exige que la reforma del sistema fiscal no adopte disposiciones contrarias a éstos. En tal sentido no conviene olvidar el juego del principio de no discriminación incluido en la mayoría de los Convenios, que prohíbe, respecto al nacional residente del otro Estado firmante del Convenio, un tratamiento más gravoso que el que se dispensa al nacional. Ni tampoco se puede olvidar la deriva exegética

del Tribunal Supremo respecto a los Convenios de Doble Imposición que afecta a su prevalencia condicionada, al haber consagrado el principio de *interpretación dinámica* en resoluciones como emblemáticas como las sentencias del TS, Oracle, de 25 de marzo de 2010 y Roche, de 12 de enero de 2012.

Por otro lado, al hablar de marco internacional, no sólo hay que referirse a las normas y reglas internacionales (Convenios, disposiciones de la OCDE...) sino también a la presión que ejercen, en un contexto de globalización, los demás sistemas fiscales por medio de la *tax competition*. Los sistemas fiscales mundiales se armonizan a golpe de competencia fiscal, por medio de una especie de Ley de Gresham, conforme a la cual el *mal sistema* expulsa al bueno: los Estados deben abandonar determinadas prácticas impositivas ante la necesidad de no perder *competitividad fiscal* y no ser desplazados en el contexto global.

Esta expresión del contexto internacional es lo que justificó, en su momento, la adopción de un sistema tributario dual de IRPF (rendimientos de capital gravados en una base del ahorro) en la Ley 35/2006. Y lo que, por ejemplo, sirvió de argumento para la creación de las SOCIMI por Ley 11/2009, de 26 de octubre.

Pues bien; en la actualidad el contexto internacional influye también en este sentido. Y lo hace, especialmente, en relación con el tipo general del Impuesto sobre Sociedades, del 30 %, mucho más elevado que la media de la OCDE (17,7 %) y que la media de la Unión Europea (24,2 %). Por lo que sería aconsejable situarlo entre el 21 y el 25 %.

Fuera de estas referencias veremos cómo afecta el marco internacional al futuro de nuestro sistema tributario. Y cómo afecta, sobre todo, al Impuesto sobre Sociedades, y, en menor medida, al IRPF.

## II. El rol de España en el contexto internacional. Modelo import-export

El modelo *import-export* sirve para valorar el rol de un Estado en el contexto internacional y explica el tipo de medidas fiscales adoptadas en concordancia con ese modelo.

Así, los Estados que optan por la exportación de capitales, además de decidirse por la residencia y la renta mundial, suelen defender la neutralidad interna, que supone que la renta percibida en el exterior y gravada por el juego de la renta mundial debe tributar en iguales condiciones que la renta percibida en el interior y la doble imposición corregirse por un método de *credit tax*. Eventualmente, los Estados que exportan capitales pueden incentivar dicha exportación, fomentando la inversión

extranjera. En esa tesitura se optará por un método de exención, como se ha hecho en España respecto a los dividendos de fuente extranjera, con el artículo 21 del Texto Refundido del Impuesto de Sociedades o con medidas como la Deducción por Actividad Exportadora (DAEX), prevista en el art. 37 del mismo Texto Refundido.

Estas medidas se incluyeron en diversos preceptos dictados a finales de los años noventa y principio del siglo XXI, como por ejemplo la Ley 6/2000, de 13 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa, que incluía un Título IV, *medidas de apoyo a la internacionalización de las empresas*. En aquel momento comenzaba la gran fase de expansión internacional de las empresas españolas, en un contexto de bonanza económica. En el actual contexto de crisis, la internacionalización se ha extendido a empresas medianas e incluso pequeñas, por lo que la reforma del sistema tributario que se avecina no debe ignorar la necesidad de que el sistema fiscal no interfiera en la decisión de los operadores económicos de internacionalizarse.

### III. Las reglas internacionalizaciones en materia de fraude y evasión

El contexto internacional actual, que necesariamente deberá tener en cuenta la futura reforma de nuestro sistema fiscal, viene marcado por una clara política contra el fraude impulsada por la especial sensibilidad de la opinión pública en contra del fraude y la evasión fiscal en un contexto de crisis. Es lo que se viene denominando “impulso a favor de una fiscalidad más transparente”, proyecto en el que están embarcados la Unión Europea, Estados Unidos, el G-20 y la OCDE.

Durante el período histórico en que el ordenamiento tributario español fomentó decididamente la internacionalización de las empresas, el régimen jurídico español ya se había visto abocado a adoptar, junto con medidas que incentivaban la creación de filiales y sucursales en el exterior, medidas de corte anti-elusivo, orientadas a evitar la creación de sociedades base en el exterior y mecanismos de *tax shifting*; así la reforma del régimen de operaciones vinculadas por Ley 36/2006, para su alineamiento con las reglas internacionales, la regulación de la subcapitalización y la transparencia fiscal internacional, no aplicables a entidades residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea, con la condición, en el caso de la transparencia internacional, de que la entidad no responda a motivos económicos válidos y no realice actividades empresariales. Más recientemente, estas medidas se han visto afectadas por la superación de la subcapitalización y la creación, por Decreto-Ley 12/2012, de un régimen de limitación de deducibilidad de gastos financieros y de imposibilidad de

deducir intereses de deudas que financien la adquisición de participaciones a otras entidades del grupo. Esta medida se estableció por razones puramente recaudatorias, obedeciendo a exigencias de consolidación fiscal.

Como decimos, en la actualidad el contexto internacional se encuentra fuertemente condicionado por las reglas contra la elusión aprobadas por las organizaciones internacionales. El fracaso de la política iniciada por la OCDE en 1998, con el Informe *Harmful Tax Competition* y con el *Progress Report* de 2011 (y el hecho de que para que un Estado dejase de ser catalogado como paraíso fiscal fuese suficiente que firmara 12 Convenio de Doble Imposición) llevó a que el año 2009, la OCDE y el G-20 iniciarán la implementación de los estándares internacionales de transparencia e intercambio de información tributaria a los que España se adhirió desde el primer momento. Más allá de proclamas políticas, las orientaciones de estas organizaciones internacionales van a afectar al contenido interno de los ordenamientos domésticos; por ejemplo, con la recomendación de que los Estados habiliten cláusulas generales anti-abuso. Pero, en este nuevo marco internacional destaca, sobre todo, el intercambio de información; la tendencia internacional en esta materia pasa por aceptar un nuevo estándar basado en el intercambio automático, que España está dispuesta a apoyar.

En este orden de cosas, España ha impulsado diversas acciones de lucha contra el fraude, destinadas a la obtención de información sobre rentas y bienes de no residentes, incluyendo algunas de carácter unilateral, en la línea de las *clean initiatives*, como la declaración especial prevista en el Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo o la declaración de bienes y derechos en el exterior (modelo 720). Pero también otras, en la misma línea y de carácter bilateral o multilateral, como la firma de muchos Convenios Intercambio de Información y nuevos Convenios de Doble Imposición (Suiza, Alemania, USA...), algunos de los cuales incluso salvaguardan la aplicabilidad de las cláusulas internas anti-abuso (Panamá, Argentina, República Dominicana...). Debe incluirse aquí también la suscripción con Estados Unidos del Acuerdo FATCA de 14 de mayo de 2013.

Estas nuevas tendencias internacionales están influyendo de manera decisiva en la configuración del sistema tributario español y no pueden ser desconocidas en la futura reforma del sistema tributario, siempre con el presupuesto del derecho de las empresas españolas a incluir en su planificación internacional el aprovechamiento lícito de la menor tributación de otras jurisdicciones.

Entre estas nuevas tendencias hay que incluir las que se desprenden del Plan de Acción de la OCDE sobre *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPs), el cual

comprende las llamadas *reglas de coherencia en la tributación de las multinacionales*, incluyendo la implementación de 15 acciones o líneas generales de actuación, contra conductas de *tax shifting*, entre las que se incluye la creación de *base companies* en países de baja tributación en el caso de intangibles, *centros financieros off shore* o centros de coordinación. Estando todavía las BEPs pendientes de desarrollo, influirán, sin duda, en el diseño futuro de nuestro sistema tributario, pero habrá que esperar a su evolución para pronunciarse sobre el contenido de los mismos.

#### **IV. Medidas en la reforma fiscal que favorezcan o no obstaculicen la internacionalización de las empresas españolas.**

Como hemos dicho, el sistema fiscal no debe interferir en el actual proceso de internacionalización de las empresas españolas. Por eso, deben tenerse en cuenta las diversas operaciones que integran este proceso de internacionalización, y operar de tal forma que el sistema no las obstaculice.

##### **IV.1 Posibilidad de implantarse en el exterior.**

Así, una primera expresión de la internacionalización es la posibilidad de instalarse en otro país mediante filiales o sucursales, como expresión de la libertad de establecimiento, lo que debe suponer la posibilidad de constituir sociedades en el exterior o de adquirir mediante compra o canje, la totalidad o parte de entidades mercantiles ya existentes en el extranjero. Ello se articulará mediante combinaciones de negocios, singularmente fusiones transfronterizas, con la dificultad de afloramiento del fondo de comercio explícito o mediante adquisición de instrumentos financieros, lo que dará lugar a la puesta de manifiesto de fondos financieros implícitos.

El sistema tributario español ha de ser necesariamente sensible al obstáculo que las legislaciones domésticas de ciertos Estados imponen con relación a las combinaciones transfronterizas de negocios orientadas a la adquisición de empresas. El ejemplo tradicional son las leyes internas de China e India, pero también otros países Brasil, Argentina, Japón o los propios Estados Unidos.

Como se recordará, la posibilidad, contemplada en el ordenamiento español, de amortizar el fondo de comercio financiero a razón de un 5 % anual, fue declarado ayuda de Estado por Decisión de la Comisión de 28 de octubre de 2009 (C45-2007), para adquisiciones de empresas en el ámbito de la Unión Europea y suprimido con efectos de 2011. La Decisión de 11 de enero de 2011 extendió la inaplicabilidad a adquisiciones fuera de la Unión posteriores al 21 de diciembre de 2007, aunque

salvando la posibilidad de acreditar obstáculos manifiestos a las combinaciones transfronterizas.

El ordenamiento debe aprovechar esta posibilidad derivada de la Decisión europea de 2007 para habilitar algún mecanismo, en forma de deducción anual de un porcentaje del coste de adquisición, para recuperar el fondo explícito cuando existan restricciones en el país en el que se formalice una adquisición transfronteriza.

Como debe habilitarse una medida similar a la Deducción por Actividad Exportadora (DAEX), contenida en el artículo 37 del TRLIS y consistente en una deducción del 25% de las inversiones en elementos del inmovilizado material que se materialicen en la creación de sucursales o establecimientos permanentes en el extranjero, así como la adquisición de participaciones de sociedades en el extranjero o la constitución de sociedades filiales fuera del territorio nacional. La medida, definida por el TS en sentencia de 18 de julio de 2013 (caso Repsol) como *diferimiento de un crédito fiscal*, fue declarada ayuda de Estado desde la sentencia del TJUE de 15 de julio de 2004 y definitivamente suprimida a partir del 1 de enero de 2011. Las alternativas deben situarse en la línea de la prevista deducción del 3 % para los periodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2010.

En cualquier caso, debe revertirse la tendencia a dificultar la deducción del deterioro de las participaciones de entidades del grupo, multigrupo y asociadas, que hasta ahora se regulaba en el artículo 12, 3 del TRLIS. Este precepto disponía el ajuste extracontable de la diferencia existente entre los fondos propios de la participada al inicio y al cierre del ejercicio, sin que tal importe pudiera superar la diferencia existente entre el valor de la participación minorado por las cantidades deducidas en períodos impositivos anteriores y el valor de los fondos propios de la participada al cierre del ejercicio. La consulta de la DGT de 12 de marzo de 2013 interpretó la expresión *cantidades deducidas en períodos impositivos anteriores*, en el sentido de que tales cantidades son las que *hubieran podido deducirse en períodos anteriores aunque no se hayan deducido*, lo que supuso un aldabonazo sobrevenido contra las posibilidades de internacionalización de las sociedades españolas, afectando negativamente a la seguridad jurídica.

Pues bien; la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, incluye una nueva letra j) del apartado 1 del artículo 14 del TRLIS, en la que se dispone expresamente la no deducibilidad no sólo del deterioro de las participaciones en empresas del grupo, multigrupo y asociadas, sino de cualquier tipo de participación en los fondos propios de otras entidades. Además de



fijarse reglas especiales de imputación temporal para evitar que los deterioros que no son fiscalmente deducibles pudieran aflorar en el momento de la transmisión a otra entidad del mismo grupo de sociedades:

La última reforma confirma una criticable tendencia legal que dificulta enormemente la implantación de empresas españolas en el exterior y que debe modificarse en la próxima reforma del sistema tributario.

#### ***IV.2. Posibilidad de trasladar al exterior factores productivos.***

Para internacionalizarse, las empresas precisan condiciones fiscales favorables para desplazar al exterior factores productivos, singularmente, capital humano y mano de obra.

El sistema debe mejorar el tratamiento fiscal de los trabajadores desplazados, operando, en primer lugar, en la fiscalidad de los rendimientos del trabajo en el IRPF de estos trabajadores. Conviene recordar que, en la actualidad, coexisten en la Ley 35/2006 del IRPF, dos regímenes ventajosos, entre los cuales han de optar los trabajadores desplazados: el art.7 p) de la Ley del IRPF (exención de rendimientos de trabajo para empresas extranjeras, siempre que en el país de desplazamiento exista un impuesto análogo al IRPF y hasta el límite de 60.000 euros) y el art. 9, A) 3 b) del Reglamento del IRPF, que contempla la exención del exceso percibido en el extranjero.

Ambas deducciones deberían subsumirse en una sola, que abarque todas las rentas percibidas en el exterior con motivo del desplazamiento. Debería habilitarse, al tiempo, algún estímulo fiscal para las empresas que desplacen trabajadores, en aras de evitar la pérdida de competitividad.

#### ***IV.3. Posibilidad de acceso a la tecnología.***

Es obvio decir, también, que nuestro sistema fiscal debe facilitar el acceso de las empresas a la tecnología.

Una innovadora medida para incentivar tributariamente el acceso tecnológico, fue el régimen del *patent box*, denominación con la que se conocen las medidas fiscales incorporadas, desde 2007, al artículo 23 del TRLIS. Las mismas consisten, resumidamente, en la no tributación del 50% de los rendimientos procedentes de la cesión a terceros de intangibles, entre los que se incluyen el *know-how*, además de patentes, copyright, marcas...Inicialmente la medida resultaba muy ventajosa ya que,

incluso, podía aplicarse cuando la cesión del intangible tuviese lugar en el seno de un grupo de consolidación fiscal.

Sin embargo, en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se ha producido una modificación de esta deducción que no resulta del todo favorable a efectos de incentivar el aprovisionamiento tecnológico de las empresas españolas.

En el aspecto positivo, la reforma permite aplicar la reducción a algunos activos adquiridos, no sólo a los generados en el seno de la propia empresa cedente. También se elimina el límite a la deducción consistente en el importe equivalente a 6 veces el coste de generación.

De la misma forma, aparenta ser positivo el incremento de la deducción del 50% al 60%, pero el sistema de cálculo no es favorable, ya que el porcentaje pasa a aplicarse sobre la renta neta derivada del activo cedido y no sobre los ingresos procedentes del mismo. Y sobre todo, hay que destacar el retroceso que supone la desaparición de la referencia expresa a la aplicación del beneficio en entidades que tributan en régimen de consolidación fiscal. Se trata de auténticas regresiones legales en el régimen del *patent box* que deberían corregirse para favorecer fiscalmente el avance tecnológico en las empresas españolas.

Tampoco favorece el suministro de tecnología por no residentes el hecho de que los cánones percibidos en España se graven sobre rendimientos brutos; cuestión de gran trascendencia, teniendo en cuenta los altos costes de generación de un intangible. Ni tampoco el significado amplio del término *cánones* que adopta la legislación española, a efectos de su gravamen en la fuente, incluyendo conceptos como la asistencia técnica o la cesión de bienes equipos comerciales, industriales o científicos que no tienen tal condición, por ejemplo, en el artículo 12 del Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE.

#### **IV.4. Posibilidad de importar dividendos.**

La internacionalización de las empresas requiere también la posibilidad de importar dividendos en condiciones fiscalmente aceptables. Ello exige, al menos, tres actuaciones legales singulares.

a) Garantizar la no aplicación de impuestos en la fuente que graven la repatriación del dividendo, o, al menos, que la cuantía de gravamen quede limitada a unos porcentajes reducidos. Es muy importante, para ello, extender la red de Convenios, que no sólo limitan el gravamen en la fuente, sino que, a través del juego

del principio de no discriminación, facultan a rechazar la aplicación de cualquier otro impuesto sobre el dividendo repatriado. Recordemos que los Convenios incluyen normalmente un precepto semejante al artículo 24,5 del Modelo OCDE, según el cual *las empresas de un Estado contratante cuyo capital está, total o parcialmente, detentado o controlado, directa o indirectamente, por uno o varios residentes del otro Estado contratante, no se someterán en el Estado mencionado en primer lugar a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquéllos a los que están o puedan estar sometidas otras empresas similares del Estado mencionado en primer lugar.* Esta prohibición de someterse a impuestos que no se aplicarían a empresas nacionales, abarca los impuestos sobre repatriación de dividendos.

b) Mantener el régimen de Entidades de Tenencia de Valores, previsto en los artículos 116 y siguientes del TRLIS, clarificando algunas cuestiones controvertidas en los últimos tiempos, como las relativas al umbral mínimo de medios materiales y personales necesarios para ejercer la actividad de tenencia y gestión de valores.

c) Mantener también el régimen alternativo de exención del artículo 21 del TRLIS, para lograr el efecto de que en España sólo tribute la base no gravada en el exterior.

#### ***IV.5. Posibilidad de financiarse internacionalmente y deducir los costes financieros***

Las entidades empresariales precisan financiarse y deducir los gastos financieros con el único límite de que la operación de endeudamiento no tenga visos elusivos. En el caso de que exista un Convenio de Doble Imposición con el Estado de residencia del prestamista, conviene no olvidar que el artículo 24, 4 del Modelo OCDE, incluido en la mayoría de los Convenios firmados por España, dispone que *los intereses...pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de dicha empresa, en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar.* Se trata de un precepto de aplicación extensiva que abarca posibilidad de deducir todo componente negativo de la renta generada por un residente del otro Estado y que ha de ser tenido en cuenta por el legislador español.

Como se ha dicho, el sistema español ha abandonado la técnica de la subcapitalización. A ese abandono abocó la sentencia del TJUE *Lankhorst-Hohorst de*

2002, y también las sentencias del TS de 17 de marzo y 2 de noviembre de 2011, según las cuales no se podría aplicar la subcapitalización en caso de convenios con cláusula de no discriminación. La opción del legislador español, en el Decreto-Ley 12/2012, fue incorporar, al estilo de otros países como Alemania o Italia, un mecanismo de limitación de deducción de gastos financieros. Se trata de pasar de tomar en consideración situaciones de endeudamiento vinculado excesivo a tomar en consideración situaciones objetivas de exceso de intereses, pagados tanto a entidades vinculadas como no.

La limitación al endeudamiento, tal y como se regula en nuestro ordenamiento a partir del Decreto-Ley 12/2012, debe ser objeto de revisión, pues perjudica a las sociedades con un alto nivel de apalancamiento, a aquellos sectores que en estos últimos años se han endeudado de forma más notable y a quienes se han endeudado con sociedades del grupo.

En tal sentido se suele afirmar que pagar intereses a las sociedades del grupo por la adquisición de acciones no es tanto un gasto como una remuneración por la asistencia financiera, que no debe ser deducible. Es por ello, que el TRLIS ha incluido un supuesto de no deducibilidad para los intereses satisfechos a entidades de un mismo grupo por la adquisición de acciones. Asimismo, se ha previsto como límite máximo a la deducción de gastos financieros, el 30 por 100 de una magnitud que, en términos generales, podría identificarse con el EBIDTA (beneficio antes de intereses, impuestos, amortizaciones y deterioro) y que el art. 20 del TRLIS cifra en el denominado *beneficio operativo*.

La regulación de esta limitación a la deducción de gastos financieros debe ser mejorada, pues hay conceptos (como los *dividendos obtenidos de las filiales* que puedan estar exentos por aplicación del 21 del TRLIS) que no deberían formar parte de este beneficio. Y sobre todo, la limitación del endeudamiento debería tener en cuenta (como ocurre en la legislación alemana) la estructura financiera del grupo. De no hacerse así, la consecuencia será un inevitable proceso reestructuración financiera de los grupos con colocación de deudas en filiales. Lo cual no resultaría aceptable, pues afectaría a la necesaria neutralidad fiscal.

No obstante también sería bueno explorar otras vías alternativas. Destaca entre ellas la propuesta LODIN, consistente en sustituir la deducción de los intereses como gasto por la deducción en cuota del impuesto pagado por las sociedades del grupo perceptora de los intereses, con el límite de lo que se tributaría si los intereses se obtuviesen por la sociedad que los ha pagado. O la alternativa italiana de compensar la deducibilidad de intereses, en aras de favorecer la neutralidad en las

formas de financiación, con la introducción de una nueva deducción por aportaciones de capital en entidades de reducida dimensión.

Además, hoy en día, las empresas internacionales han iniciado procesos de transferencia de riesgos financieros al exterior mediante lícitas estrategias de *cash pool* frente a las cuales, sólo cabe exigir la aplicación del régimen de precios de transferencia.

## V. Medidas fiscales para facilitar la inversión extranjera en España.

Dos puntos que mejorarían la atracción de inversión extranjera en España y que, creemos, debe abordar la reforma del sistema fiscal sería:

- a) Explorar la posibilidad de implementar un sistema de tributación mediante el cual ciertos residentes tributen sólo por rentas de base territorial. Dicho sistema, que no sería muy diferente al británico *non dom*, sustituiría al denominado *régimen de impatriados*, que no ha respondido a las expectativas generadas en lo concerniente a la atracción de capital humano.
- b) Mejorar el perfil del establecimiento permanente de no residentes en España, limitando legalmente la posible consideración como tal de situaciones como las previstas en resoluciones como la del caso *Dell España* del TEAC de 15 marzo de 2013 (complejo empresarial asentado e implantado de manera estable, integrado por una *web* con personal y un *call center*) y la Sentencia Roche del TS de 12 de enero de 2012 (una estructura operativa mediante una filial comisionista).

## VI. Modificación del régimen de precios de transferencia

El régimen español de precios de transferencia se encuentra regulado en el artículo 16 del TRLIS, dentro de las comúnmente denominadas operaciones vinculadas. Ha sido una constante, desde la modificación de este precepto por Ley 36/2006, criticar que la ley haya previsto un régimen uniforme para todo tipo de operaciones vinculadas, tanto para operaciones internas en las que, incluso, puede no haber perjuicio económico para la Hacienda Pública, como para grandes operaciones transaccionales de precios de transferencia, donde debe aplicarse la regla del *arm's length*. El argumento de la posible vulneración del Derecho de la Unión debe entenderse superado desde que la sentencia del TJUE *SGI contra Bélgica* de 21 de

enero de 2010 (As. 311/08) ha legitimado la posibilidad de un tratamiento diferenciado para operaciones internas y operaciones internacionales.

En este marco, lo primero es proponer una regulación diferenciada de las operaciones vinculadas internacionales, incorporando algunas cuestiones que se han incluido en la Guía de Precios de Transferencia de la OCDE de 2010. Así, por ejemplo, es necesario profundizar en la línea marcada por la reforma del artículo 16 del TRLIS por la Ley de 36/2006, ordenando los métodos de margen neto sin jerarquías y sin reputarlos de último recurso; la relativización del método libre comparable especialmente en el ámbito de los intangibles (con la previsión de los *cost-sharing arrangements*). Y sobre todo, prever lo relativo a la transferencia de riesgos, especialmente en operaciones de reestructuración, tal y como se desprende del Capítulo IX de la Guía de Precios de 2010, que dispone la aplicación del principio *arm's length* a las reestructuraciones a través de las que se pueda obrar una transferencia indirecta de beneficios.

Otras cuestiones a tratar en el *aggiornamento* del régimen de operaciones vinculadas internacionales a la luz del contexto internacional debe ser la relativización de las obligaciones de documentación y la mejora en el tratamiento de la deducción de los servicios intra-grupo.

En relación con esta última cuestión, y a pesar de que la Guía de Precios de Transferencia de la OCDE no ha establecido ninguna lista blanca ejemplificativa de actividades que constituyen típicos servicios intra-grupo, sí existen elementos de referencia en el contexto internacional que pueden operar como guía para mejorar su tratamiento fiscal en España. Es el caso del *Service Cost Method* de Estados Unidos o del *Foro Europeo de precios de transferencia*, que también ha publicado una lista en el Anexo I de su *Working Document on Intra-group Services*. Así, cabría hacer referencia a los servicios tecnológicos e informáticos, servicios de recursos humanos, servicios de marketing, servicios legales..., a la exclusión de los servicios prestados en concepto de accionista (*shareholder activity*) y a la mejora del tratamiento de las llamadas *tarifas de gestión (management fees)* para determinar los casos en que las mismas puedan dar lugar a un gasto deducible, delimitando las citadas tarifas de gestión de lo que el TS ha denominado en la sentencia de 6 de febrero de 2008 (caso *Up John*), *derramas técnicas*. Convendría, además, clarificar el régimen probatorio del *acuerdo escrito* y de los documentos que pudieran acreditar la realidad del servicio prestado, a efectos de su deducibilidad.

