



**Universidad
Zaragoza**

Trabajo Fin de Grado

LA FISCALIDAD INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL: POSIBILIDADES LEGALES

INTERNATIONAL TAXATION IN THE BUSINESS
FIELD: LEGAL POSSIBILITIES

Autor

Sergio Ayerra Gorraiz

Director

María Luisa Ruiz Baña

FACULTAD DE DERECHO

Curso 2016/2017

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DE ESTUDIO	7
II. LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL. ECONOMÍAS DE OPCIÓN VS FRAUDE DE LEY, SIMULACIÓN, ELUSIÓN Y EVASIÓN FISCAL	8
III. COMPETENCIA FISCAL INTERNACIONAL	12
1. COMPETENCIA FISCAL SANA Y COMPETENCIA FISCAL PERJUDICIAL	12
2. PAUTAS Y DIRECTRICES DE LA UE Y OCDE: COMPETENCIA FISCAL INTERNACIONAL, COOPERACIÓN E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN	14
IV. PARAÍOS FISCALES: LA EVOLUCIÓN DE LOS TRABAJOS DE LA OCDE Y SU INFLUENCIA SOBRE LA NORMATIVA TRIBUTARIA ESPAÑOLA	21
V. MEDIDAS PREVISTAS EN DEFENSA DE LA LEGALIDAD	28
1. CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN Y LA LUCHA CONTRA EL <i>TREATY SHOPPING</i>	28
2. EL INFORME BEPS DE LA OCDE/G20 Y SU PLAN DE ACCIÓN	32
3. TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL	33
4. LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA	35
5. LA SUBCAPITALIZACIÓN	37
VI. CONCLUSIÓN	39
VII. BIBLIOGRAFÍA	41

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

AEDAF	Asociación Española de Asesores Fiscales.
Art.	Artículo.
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting.
CC	Código Civil.
CDI	Convenio para evitar la doble imposición.
CE	Constitución Española, 1978.
<i>cit.</i>	Obra citada.
<i>Et. al.</i>	Y otros.
<i>Ibíd.</i>	Misma obra citada anteriormente.
IEF	Instituto de Estudios Fiscales.
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
LIRNR	Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.
LIRPF	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.
ModCDI	Modelo de Convenio para evitar la doble imposición.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
ONU	Organización Naciones Unidas.
p.	Página.
TFI	Transparencia Fiscal Internacional.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DE ESTUDIO

El trabajo que aquí se expone tiene por objeto el análisis de las circunstancias y factores más relevantes que pueden influir en la determinación de la legalidad o ilegalidad de las actividades económicas llevadas a cabo por empresas y sociedades en el exterior desde el punto de vista de la fiscalidad, así como la respuesta que dan ante este hecho los distintos ordenamientos jurídicos internos de los Estados, la Unión Europea o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

De esta forma, conceptos que se tratarán como la planificación fiscal internacional, el ejercicio de economías de opción, el fraude fiscal, la competencia fiscal entre los Estados, los paraísos fiscales o las medidas en defensa de la legalidad como los convenios de doble imposición o los precios de transferencia, emergen necesariamente como términos y criterios fundamentales a tener en cuenta la hora de tomar decisiones por parte de las empresas.

En un mundo globalizado y tan interconectado por las nuevas tecnologías y las inagotables necesidades de empresas y usuarios, la actuación de las sociedades en el extranjero se antoja cada vez más relevante y frecuente. Ante este hecho, los Estados reaccionan y modifican sus sistemas legales en función de las circunstancias con el objetivo de convertirse en territorios atractivos y viables para la realización de inversiones y el desarrollo empresarial. Sin embargo, estas actuaciones de los Estados pueden resultar en ocasiones irregulares, rozando e incluso traspasando la línea de la legalidad, y favoreciendo a su vez determinadas prácticas abusivas por parte de las empresas para eludir el pago de impuestos e incrementar sus beneficios; se trata de una cuestión que genera una grave amenaza para las democracias modernas, puesto que, por un lado, provoca un gran impacto en las economías nacionales por la considerable reducción que supone en la recaudación de sus sistemas tributarios, y por otro lado, produce la desincentivación de aquellos contribuyentes que sí cumplen con sus obligaciones fiscales y que ven cómo se incrementa la presión fiscal por las actividades perniciosas e ilícitas de otros.

Va a ser en este punto donde aparecen actores fundamentales como la OCDE y la Unión Europea, cuyas intervenciones de los últimos años han constituido y constituirán pautas fundamentales para la lucha contra las actuaciones ilegales y perniciosas de

Estados y empresas, a través de una mayor cooperación y un intercambio efectivo de información fiscal entre autoridades tributarias nacionales, mayor transparencia fiscal de las jurisdicciones, suministro de recursos suficientes a las autoridades tributarias en la lucha contra el fraude fiscal, la armonización de conceptos elementales en materia de fiscalidad, elaboración y modernización de las pautas a seguir en la confección de Convenios de doble imposición, o la consolidación de una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades, entre muchos otros.

Así, procedo sin más dilaciones a profundizar sobre estos puntos principales que acabo de exponer aquí brevemente, habiendo tenido que recurrir para ello a la consulta y examen de numerosas obras de expertos en la materia, así como al tratamiento que ha dado la Jurisprudencia y a las principales pautas y directrices de la Unión Europea y la OCDE.

II. LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL. ECONOMÍAS DE OPCIÓN VS FRAUDE DE LEY, SIMULACIÓN, ELUSIÓN Y EVASIÓN FISCAL

Podría definirse a la planificación fiscal como el «conjunto de medidas cohesionadas que a priori permitirían el máximo ahorro fiscal de forma global y duradera a un operador fiscal»¹. O dicho de otro modo, también se podría definir como una estrategia dirigida a minimizar la carga tributaria, utilizando para ello medios legítimos².

Estas medidas alcanzan un mayor grado de complejidad cuando se introducen en el ámbito internacional, dando lugar a lo que se conoce como planificación fiscal internacional. En la práctica, las empresas, a través de la planificación fiscal internacional, buscan organizar y proyectar su actividad económica y financiera del modo que mayor

¹ LOMBA BLASCO, P. y POZUELO ANTONI, Fco., *Práctica Fiscal Internacional*, Madrid, 1996.

² RUBIO GUERRERO, J.J., «Cauces de evasión fiscal y planificación fiscal internacional: procedimientos de actuación en esquemas básicos», en *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, COLLADO YURRITA, M.A. (dir.), Colex, Madrid, 2005, pp. 687 y 688, apunta que la planificación fiscal sería «la forma de optimizar la utilización de las disposiciones legales existentes en un país con el objetivo de conseguir la reducción de las cargas fiscales, o bien su diferimiento en el tiempo e incluso su eliminación total, si ello es posible». Además, en términos supranacionales, señala que en la planificación fiscal internacional se «utilizan, además de los mecanismos legales más eficientes, los países más adecuados donde la realización de las inversiones originen una menor tributación, la emisión de instrumentos financieros internacionales y/o la localización de determinados activos en determinadas ubicaciones instrumentales o geográficas».

ahorro de impuestos les suponga, optimizando así al máximo los beneficios empresariales.

Entrando más a fondo de la cuestión, no es que la planificación fiscal se entienda solo dentro del marco de la legalidad, sino que en palabras de Antonio Durán-Sindreu, antiguo Presidente de la Asociación Española de Asesores Fiscales, «el derecho a la planificación fiscal es un derecho reconocido por el Tribunal Constitucional que otorga al individuo libertad para que, dentro de los límites legales, planifique su actividad de forma que pague los menores impuestos posibles»³. La planificación fiscal internacional se presenta, por tanto, como un ejercicio lícito basado en el ejercicio de economías de opción⁴, puesto que su intención no es la ocultación de datos o beneficios, sino que es la de encontrar la opción fiscal más ventajosa o más eficiente para la empresa.

A pesar de estas notas características, el concepto de planificación fiscal no está tan claro en las legislaciones tributarias. La diferencia entre su ejercicio lícito (ejercicio de economías de opción o actividades consistentes en la evitación lícita de impuestos) e ilícito (fraude de ley, simulación, evasión y elusión de impuestos) resulta difusa, de manera que la distinción entre uno y otro acaba dependiendo de los criterios de interpretación de las autoridades de Hacienda o de los jueces que sean competentes en cada caso.

El **ejercicio lícito** de la planificación fiscal se fundamenta en el derecho legal a que las empresas organicen sus actividades comerciales y financieras para pagar menos impuestos, o incluso evitarlos totalmente por los medios que las leyes permitan. Esta es la línea que ha venido siguiendo el Tribunal Supremo a lo largo de su jurisprudencia. La Sentencia 2796/2015 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, Sección 2, de 18 de junio de 2015, define el ejercicio de economías de opción como la elección lícita que realizan los contribuyentes entre diversas alternativas jurídicas para obtener la menor carga fiscal posible; además, el Tribunal, en la misma sentencia, conecta el concepto de economía de opción no sólo con el de legalidad, sino también con la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación que establece el artículo 1.255 del Código Civil,

³MARTINEZ SELVA, J.M., *Los paraísos fiscales*, DIJUSA, 2009, p. 39.

⁴MARTINEZ SELVA, J.M., *Los paraísos...cit.*, p.39, la economía de opción sería «[...] la actuación legítima referida a la decisión a tomar ante una operación comercial que lleva a un ahorro fiscal que no se produce si se escoge otra actuación alternativa, que pudiera ser tomada en sustitución de aquélla».

dando así libertad al sujeto pasivo para elegir la opción jurídica que sea más ventajosa para sus intereses fiscales de entre todas las que dispone el ordenamiento jurídico⁵. La pregunta que cabría plantear ahora sería: ¿dónde está el límite del ejercicio de economías de opción? El Tribunal Supremo da respuesta a este interrogante situando el límite en la «artificiosidad del negocio jurídico», de manera que el sujeto pasivo sobrepasará el límite del ejercicio lícito cuando tenga exclusivamente el objetivo de obtener una ventaja tributaria⁶.

Por otro lado, el **ejercicio ilícito** de la planificación fiscal comprende varios conceptos distintos que conviene diferenciar: el fraude de ley, la simulación, la evasión y la elusión de impuestos.

El **fraude de ley** tributaria vendría definido por el actual artículo 15 de la LGT como las actuaciones encaminadas a la evitación total o parcial del hecho imponible, o a la minoración de la base o deuda tributaria siempre y cuando concurren dos requisitos: en primer lugar, que dichas actuaciones sean claramente artificiosas o impropias para la consecución del resultado obtenido; en segundo lugar, que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios. Este ha sido también el criterio a seguir por la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷.

⁵ Resulta también relevante, entre otras, la Sentencia 3772/2010 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, Sección 2, de cinco de julio de 2010, mediante la cual el TS busca dejar claro que «no cabe confundir la conducta de quien, para capear una carga fiscal, ejecuta, en el ejercicio legítimo de su libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución), un negocio distinto del pretendido, obteniendo los efectos civiles y mercantiles propios del realmente realizado y no los del inicialmente programado; con la situación de quien con idéntica mira lleva a cabo la operación tributariamente más beneficiosa, pero la organiza de modo que (por fraude, simulación u otro artificio) las consecuencias para su patrimonio en el orden civil y mercantil sean las que correspondería a la opción inicial, fiscalmente más onerosa. La “economía de opción” no ampara tal clase de comportamientos».

⁶Vid. Sentencia 495/2017 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, Sección 2, de 15 de febrero de 2017 «El uso legítimo de la "economía de opción" tiene como límite la artificiosidad que se crea en el negocio jurídico cuando tiene por exclusiva finalidad la reducción tributaria en detrimento de la finalidad de la norma cuya aplicación se invoca. Cuando el contribuyente traspasa el límite que representa la aplicación común de la norma para utilizarla contrariando su finalidad y espíritu no puede invocarse el principio de seguridad jurídica».

⁷ (STJUE de 21 de febrero de 2006, Halifax, Ar. C 255/02 y University of Huddersfield Ar. C 223/03); Así lo especifica el TS en su STS 495/2017, apoyándose en la doctrina del TJUE, e interpretando el artículo 15 de la LGT de manera que habrá abuso de derecho cuando se aprecian acumulativamente dos requisitos: 1º) que la ventaja fiscal que se pretenda sea contraria al objetivo y finalidad de las normas aplicables; y 2º) que del conjunto de elementos objetivos concurrentes resulte que la finalidad esencial de las operaciones

En lo que concierne a la **simulación**, viene regulada en el artículo 16 de la LGT de forma que «en los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes». Lo que diferencia a la simulación con el fraude de ley es que, mientras que la simulación se basa en la formación de negocios jurídicos simulados con el fin de ocultar la verdadera realidad jurídica o la existencia de dicho negocio jurídico, el fraude de ley parte ya de la lícita existencia de negocios jurídicos que son válidos para producir efectos jurídicos, pero que son llevados a cabo bajo una norma, denominada de cobertura, que les favorece pero que no les es aplicable, ya que dichos negocios jurídicos deberían haberse llevado a cabo bajo otra norma, la norma defraudada, que sí les es aplicable por su objeto, efectos producidos, elementos del negocio o contrato o por sus circunstancias fácticas⁸.

En lo referente a los dos últimos conceptos, la elusión y la evasión fiscal⁹, estos se encontrarían bajo lo que es considerado como fraude fiscal. Pese a su importancia, el concepto de fraude fiscal no se caracteriza por ser un concepto claramente determinado, y por tanto, puede llegar a suscitar problemas de interpretación. De este modo, resulta interesante acudir a la noción que da AEDAF sobre el fraude fiscal, quienes consideran que comprende tanto a la **elusión fiscal**, definida como la práctica consistente en disminuir o evitar en su totalidad la carga tributaria mediante la utilización de estructuras jurídicas abusivas o atípicas antes del nacimiento de la obligación tributaria propiamente dicha, como a la **evasión fiscal**, esto es, la pura infracción de la norma tributaria a través de técnicas ilegítimas o medios falseados, una vez que ya ha nacido la obligación tributaria¹⁰.

Llegados a este punto, sería conveniente incidir en el término de la evasión fiscal desde una perspectiva internacional. De esta forma, la evasión fiscal internacional sería definida como «la utilización de medios fraudulentos con la intención de evitar el hecho

por las que se reclama una exención o minoración de la carga tributaria consista precisamente en obtener tal ventaja fiscal.

⁸ Sentencia 2796/2015 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, Sección 2, de 18 de junio de 2015.

⁹ Ambos definidos de forma clara y concisa en la STS 2796/2015, por un lado «la elusión fiscal, mediante la cual no se infringe la ley tributaria pero sortea su aplicación»; y por otro lado, «la evasión fiscal que vulnera directamente dicha ley tributaria».

¹⁰ Informe AEDAF sobre el borrador del Plan de prevención de lucha contra el fraude de la Secretaría de Estado de Hacienda, Madrid, enero 2005.

generador de la obligación tributaria en el territorio de alta tributación, trasladando su obligación a territorios de nula o baja carga impositiva, tales como paraísos fiscales»¹¹. Como ya sucedía con la planificación fiscal, la dimensión internacional de la evasión fiscal reviste de gran complejidad puesto que, si ya resulta complicado de por sí diferenciar en nuestra legislación interna conceptos como elusión, evasión, y economía de opción, en el ámbito internacional existe la dificultad añadida de tener que estar también a lo dispuesto en otros ordenamientos jurídicos o a lo dictado por la jurisprudencia comunitaria. A modo de ejemplo, una empresa que quisiera realizar inversiones en países terceros, debería realizar, por un lado, un análisis completo de la normativa tributaria del **país de destino** para que pudiese tomar la decisión más rentable sobre la forma jurídica de la inversión, el rendimiento esperado, el riesgo aceptado, el horizonte temporal (periodo durante el que se mantendrá la inversión) o la elección del modo de financiación; logrando así alcanzar los principios que rigen la planificación fiscal internacional: legalidad, rentabilidad y seguridad¹². Y por otro lado, debería llevar a cabo un análisis exhaustivo del ordenamiento jurídico del **país de origen** de la inversión, atendiendo de forma singular a los incentivos fiscales que le puedan ser aplicables¹³.

III. COMPETENCIA FISCAL INTERNACIONAL

1. COMPETENCIA FISCAL SANA Y COMPETENCIA FISCAL PERJUDICIAL

La competencia fiscal internacional resulta ser indiscutiblemente un factor fundamental para la interpretación de los sistemas económicos actuales, puesto que se encarga de situar a todos ellos en una estrecha conexión. La definición de competencia fiscal ha venido siendo ampliamente discutida por la doctrina. Cabe destacar la definición dada por VALLEJO CHAMORRO, quien la entiende como «un proceso en el que las autoridades fiscales adoptan sus decisiones sobre política fiscal, teniendo en cuenta tanto el efecto de las mismas en el ámbito de su sistema fiscal nacional, como en relación con

¹¹ ESTRAGUÉS, J.L., «Competencia fiscal perjudicial y paraísos fiscales», en *Revista de Debate Político*, núm. 5, 2002, p.1.

¹² RODRÍGUEZ SANTOS, F.J., «Planificación fiscal internacional. Los paraísos fiscales» en *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, COLLADO YURRITA, M.A. (dir.), Colex, Madrid, 2005, pp. 656-663.

¹³ SÁNCHEZ LOPEZ, E., «La planificación fiscal», en *Internacionalización de las inversiones, et.al.* COYADO YURRITA (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, p.540.

el resto de los sistemas y/o jurisdicciones fiscales, con los que confluyen en el gravamen de los recursos, factores imponibles o bases imponibles»¹⁴.

En este sentido, la doctrina también ha tratado la distinción entre competencia fiscal sana y la competencia fiscal perjudicial.

La **competencia fiscal sana** ha sido calificada, de nuevo, por el autor VALLEJO CHAMORRO, como un proceso destinado a la «eliminación de ineficiencias y el aumento de la neutralidad en los sistemas fiscales, con el fin de evitar que la fiscalidad sea un obstáculo en el desarrollo de actividades económicas»¹⁵; asimismo, otros autores¹⁶ y la propia Comisión Europea¹⁷, han calificado a la competencia fiscal sana como beneficiosa para la economía mundial, ya que se puede considerar que produce efectos eficiente entre los que destacaría la moderación del gasto público, el equilibrio razonable entre presión fiscal a los contribuyentes y servicios públicos recibidos por parte del Estado o la existencia de una presión reducida que permita a las empresas obtener un menor coste de producción.

Por otro lado, cuando hablamos de **competencia fiscal perjudicial**, hay que tener en cuenta que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado¹⁸. Sin embargo, podríamos salvar ese impedimento acudiendo a la definición dada por IBÁÑEZ MARSILLA, quien las considera directamente como decisiones fiscales que «aunque eventualmente puedan reportar un beneficio al Estado o jurisdicción que las adopta,

¹⁴ VALLEJO CHAMORRO, J.M., «La competencia fiscal», en *Manual de Fiscalidad Internacional*, CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, p. 210. El autor considera que se ha llegado a un punto en que «la influencia recíproca de unos sistemas fiscales en otros ha provocado que las medidas fiscales adoptadas en cada uno se vean condicionadas por las adoptadas en el resto de países, generándose una suerte de competencia fiscal en el ámbito internacional».

¹⁵ VALLEJO CHAMORRO, J.M., «La competencia...», *cit.*, p. 210.

¹⁶ CHICO DE LA CÁMARA, P., «Los límites difusos entre la competencia fiscal “lesiva” y beneficiosa”; una reflexión sobre la necesidad de armonizar la imposición directa», en *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, COLLADO YURRITA, M.A. (dir.), Colex, Madrid, 2005, pp. 221 y 222.

¹⁷ En Resolución sobre la Comunicación de la Comisión *Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa en la Unión Europea* (COM (97)0564 - C4-0333/98).

¹⁸ En este sentido se han pronunciado autores como GARCÍA PRATS, F.A., «Incidencia del Derecho Comunitario en la configuración jurídica del Derecho Financiero (1) (II): políticas comunitarias con incidencia sobre el Derecho Financiero», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 259, 2001, p. 550, advirtiendo de la ausencia de una definición uniforme y objetiva que permita combatir la competencia fiscal perjudicial.

generan un perjuicio de mayor magnitud para los restantes Estados»¹⁹ mediante la utilización de atractivos tipos de gravamen reducidos o inexistentes y una absoluta falta de transparencia fiscal internacional a la hora de intercambiar información²⁰.

Dicho esto, podemos afirmar ahora que el objeto sobre el que gira la competencia fiscal son los factores móviles, es decir, el capital y la actividad empresarial, ya que revisten de una característica fundamental para ello: su fácil deslocalización²¹. En consecuencia, se crea una pugna entre los Estados para, por una parte, retener las inversiones nacionales, y por otra, captar futuras inversiones extranjeras a través del diseño de sistemas tributarios atractivos que sean capaces de atraer capital y desarrollo empresarial. La controversia se produce cuando los Estados abusan de esta facultad para competir fiscalmente traspasando la línea de la legalidad, desembocando en una competencia fiscal perjudicial a gran escala en la que ya van aparecer, inevitablemente, los paraísos fiscales.

2. PAUTAS Y DIRECTRICES DE LA UE Y OCDE: COMPETENCIA FISCAL INTERNACIONAL, COOPERACIÓN E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Como respuesta a la competencia fiscal perjudicial, la UE y la OCDE han venido elaborando una serie de medidas con el fin de garantizar una lucha eficaz contra este fenómeno. Muchas de las directrices de la UE se han desarrollado a través de recomendaciones, lo que en principio podría parecer insuficiente, puesto que, como sabemos, estas revisten de carácter no vinculante. Este defecto fue subsanado en el seno de la UE por la Comisión en su Comunicación de 1998, en la que recurrió a la vinculación de las recomendaciones con la normativa europea sobre Ayudas de Estado²², ya que es ahí donde sí tiene la potestad para obligar a los Estados a cumplir con su cometido²³. Asimismo, tanto la UE como la OCDE, coinciden en subrayar la importancia de la

¹⁹ IBAÑEZ MARSILLA, S., «La competencia fiscal perniciosa ante la OMC. Reflexiones al hilo del asunto de las foreign sales corporations», *Crónica Tributaria*, núm. 113, 2004, p.89.

²⁰ Cuestión analizada por VALLEJO HAMORRO, J.M., «La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea», *Nuevas Tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional*, ICE, núm. 825, 2005, p.148.

²¹ SÁNCHEZ LOPEZ, E., «La planificación fiscal...» *cit.*, p.543.

²² Comunicación 98/C 384/03. DOCE núm. 384 de 10 de diciembre de 1998.

²³ Idea desarrollada por LAMADRID DE PABLO, A., «El Código de Conducta en materia de Fiscalidad de las Empresas y su relación con el régimen comunitario de Ayudas de Estado», Instituto de Estudios Europeos, núm.3, pp. 25 y 42.

coordinación entre los diversos Estados, que se produce básicamente a través del intercambio de información fiscal²⁴.

En el ámbito de la Unión Europea, se procedió a adoptar el Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas mediante Resolución por el Consejo de la Unión Europea y los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, el 1 de diciembre de 1997. Conforme a los puntos C y D del Código de Conducta, los Estados miembros se comprometieron, en primer lugar, a no contravenir con nuevas medidas fiscales perniciosas lo dispuesto en dicho Código; y en segundo lugar, asumir el compromiso de reformar o derogar la normativa tributaria que beneficiase o permitiese la existencia de la competencia fiscal perjudicial. De la misma manera, el Código de Conducta aportó una definición de medidas fiscales perniciosas partiendo de dos premisas: primero, un criterio general, mediante el cual, las medidas perniciosas deben constatar un nivel impositivo inferior (incluido el tipo cero) al utilizado por el Estado miembro de que se trate; segundo, teniendo en consideración los siguientes parámetros:

1. si las ventajas se conceden solo a residentes, o son solo destinadas a operaciones realizadas con no residentes, o
2. si las ventajas permanecen totalmente aisladas de la economía nacional, de forma que no afecten a la base fiscal nacional, o
3. si las ventajas se conceden aun cuando no exista ninguna actividad económica real ni presencia económica sustancial dentro del Estado miembro que ofrezca dichas ventajas fiscales, o
4. si las normas para determinar los beneficios derivados de las actividades internas de los grupos de empresas multinacionales no encajan dentro de los principios internacionalmente reconocidos, en particular a las normas acordadas por la OCDE, o

²⁴ SÁNCHEZ LOPEZ, E., «La planificación fiscal...» *cit.*, p. 549.

5. si las medidas fiscales carecen de transparencia y, singularmente, si las disposiciones legales se aplican a nivel administrativo con menos rigor y sin transparencia²⁵.

A partir del año 1998, la OCDE comenzó a publicar una serie de informes denominados de progreso con el fin de combatir la competencia fiscal perjudicial, introduciendo para ello determinados factores que ayudaban a saber si un régimen jurídico tributario debía ser considerado como paraíso fiscal o como regímenes tributarios preferenciales. Sobre estos informes se profundizará posteriormente.

El plan de la Unión Europea en política fiscal se puede entender a partir de la Comunicación de la Comisión: Política fiscal en la Unión Europea — Prioridades para los próximos años, del año 2001 [COM (2001)0260]. De esta manera, los objetivos a cumplir en materia de política fiscal por la Unión eran, y siguen siendo, entre otros, la ya reiterada lucha contra la competencia fiscal perjudicial, la lucha contra la evasión y elusión fiscal, la supresión de restricciones o impedimentos fiscales a las actividades económicas transfronterizas y estimular la cooperación entre los Estados para lograr un eficiente intercambio de información fiscal. Se previó que el cumplimiento de estos objetivos supondría un gran avance para lograr el crecimiento inteligente y sostenible de la economía europea previsto en la Estrategia Europa 2020²⁶.

En el año 2015, la Comisión publicó la Comunicación: Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea, cinco ámbitos de actuación fundamentales [COM (2015)0302], mediante la cual, se pretendía establecer una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades para todos los Estados miembros. Esta comunicación siguió la línea expresada en el Acuerdo de 29 de octubre de 2014 sobre aplicación temprana de la nueva norma mundial de la OCDE para el intercambio automático de información, mediante el que se pretendió que la información fiscal recogida por los 50 países firmantes, incluidos los 28 de la UE, a partir de diciembre de

²⁵ FLORINDO GIJÓN, F., «El Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de control de las ayudas estatales», en *Crónica Tributaria*, núm. 109/2003, 2003, pp. 101-118.

²⁶ Europa 2020 es un plan aprobado por la Comisión Europea el 3 de marzo de 2010, con el objetivo de conseguir un mayor desarrollo de la economía en la Unión Europea, basado en el crecimiento sostenible e inteligente de la economía mediante la coordinación de las políticas nacionales y europeas de los Estados miembros.

2015 comenzara a ser intercambiada ya en 2017, lo que constituye un avance esencial en la lucha contra el fraude fiscal²⁷.

Asimismo, a través del plan de acción del G-20 y la OCDE contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios del año 2014, que sería presentado definitivamente el 5 de octubre del año 2015, se está intentando corregir las lagunas jurídicas existentes en los ordenamientos jurídicos de las que se aprovechan las empresas multinacionales para la reducir sus bases imponibles y eludir el pago de impuestos. Sobre este plan de acción y su informe correspondiente, profundizaré en otro punto. Posteriormente, el 28 de enero de 2016, la Comisión propuso un marco para una nueva Estrategia exterior de la Unión para una imposición efectiva mediante la Comunicación: Estrategia exterior para una imposición efectiva, [COM (2016)0024], que introduce dos normas elaboradas por la OCDE:

1. La primera norma versa sobre el intercambio de información previa petición, en la que el Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales de la OCDE, realiza evaluaciones sobre la capacidad de cooperación entre las jurisdicciones y administraciones tributarias que lo conforman con arreglo a dichas normas de transparencia e intercambio de información previa petición. Una primera evaluación fue desarrollada en el año 2010, en la que se analizaron los aspectos jurídicos, normativos y prácticos del intercambio de información. Esta evaluación fue seguida por una segunda que comenzó en el año 2016 y en la que se analizarán los mismos aspectos indicados. En ellas, se mide el grado de capacidad que poseen las autoridades tributarias para la conservación e intercambio de información sobre los verdaderos sujetos pasivos, así como el grado de capacidad para conseguir información sobre cualquier sujeto (empresas, instituciones financieras etc.).
2. La segunda norma, aprobada por el Consejo de la OCDE el 15 de julio de 2014, se basa en el intercambio automático de información de cuentas financieras. Esta norma va a establecer los procedimientos de actuación a seguir por las instituciones financieras, las cuentas financieras que serán objeto de intercambio, las instituciones financieras obligadas a realizar notificación y las cuentas y los sujetos pasivos afectados. Así, mediante su aplicación, se procede

²⁷ Informe sobre política fiscal general, Fichas técnicas sobre la Unión Europea, 2017.

a solicitar a las administraciones tributarias la adquisición anual de información sobre instituciones financieras propias y el posterior intercambio de información con otras jurisdicciones. Alrededor de 90 países hasta la fecha se han comprometido a aplicar esta norma para los años 2017 y 2018.

En relación con todo lo visto, la figura del Parlamento Europeo emerge como sujeto fundamental a la hora de supervisar en el seno de la UE los aspectos fundamentales de estas iniciativas en materia de fiscalidad.

Entre dichas actuaciones, se encuentra la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 27 de octubre de 2015, sobre la propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad [COM(2015)0135,C8-0085/2015– 2015/0068(CNS)]. En ella, el Parlamento realizó 64 enmiendas a la propuesta de Directiva del Consejo, mediante las cuales subraya que «la erosión de la base imponible está reduciendo significativamente los ingresos fiscales nacionales, lo que constituye un obstáculo para los Estados miembros a la hora de aplicar políticas fiscales favorables al crecimiento, provoca distorsiones de la competencia perniciosas para las empresas —especialmente para las pymes— que pagan los impuestos que les corresponden y desplaza la fiscalidad hacia factores menos móviles, como el trabajo y el consumo», y que por esa razón reclama «una mayor transparencia selectiva y un mayor intercambio de información, de conformidad como mínimo con las normas de la OCDE». Lo que pretende el Parlamento con esta resolución es reivindicar una actuación verdadera y eficiente por parte de los Estados en materia de intercambio de información tributaria, que permita a las autoridades tributarias y a la Comisión disponer de la información y de los medios necesarios para actuar en contra de las actuaciones fiscales perniciosas.

Otra actuación relevante la constituye la aprobación de la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2015, sobre resoluciones fiscales y otras medidas de naturaleza o efectos similares [2015/2066(INI)]. Entre muchas de sus peticiones, el Parlamento reclama la necesidad de equipar a las administraciones tributarias de suficientes medios, especialmente recursos humanos, en orden a combatir la planificación fiscal agresiva, la evasión fiscal y la elusión fiscal. Además, es particularmente crítico con determinadas actuaciones que declara ilegales y perniciosas que son llevadas a cabo por algunas autoridades tributarias nacionales y empresas

multinacionales, mediante las cuales, las primeras permiten a las segundas trasladar los beneficios a su territorio para no tributar en otros territorios donde se generaron los mencionados beneficios (dando lugar a prácticas fiscales perniciosas) y conseguir así pagar menos impuestos. Como respuesta a esto último, el Parlamento Europeo propone para el sector empresarial un marco común en el que los Estados miembros fijen sus tipos impositivos como solución al problema de la planificación agresiva de las empresas, la huida de sus beneficios a otros cónclaves y la erosión de la bases imponibles. Asimismo, el Parlamento subraya la necesidad de armonizar y aclarar conceptos elementales en materia de fiscalidad, como serían el de «inversiones en I+D», «establecimiento permanente y las entidades fiscales», la adopción de criterios comunes para la identificación de «paraísos fiscales», «domicilio fiscal» o «normas contra los abusos»; conceptos que divergen en diversos aspectos dependiendo del ordenamiento jurídico nacional en que nos situemos y que deja un sistema fiscal europeo en absoluto coordinado. Otros temas sobre los que se trata en esta resolución serían los relativos a la urgente protección efectiva de los denunciantes de irregularidades y de los autores de denuncias similares, la ya reiterada reivindicación de una base imponible consolidada del Impuesto sobre Sociedades, la necesidad de unificar criterios para la identificación y tratamiento jurídica de los paraísos fiscales, o la importancia de un efectivo intercambio de información fiscal entre autoridades tributarias, entre muchos otros.

Mediante la Resolución de 16 de diciembre de 2015, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el aumento de la transparencia, la coordinación y la convergencia en las políticas de tributación de las sociedades en la Unión (2015/2010), el Parlamento Europeo realizó las siguientes recomendaciones sobre las citadas materias:

1. Presentación obligatoria y pública por parte de las empresas multinacionales de información desglosada por países relativa a todos los sectores.
2. El reconocimiento como contribuyente justo a las empresas que establezcan buenas prácticas fiscales.
3. Diseño de un procedimiento mediante el cual, se haga preceptivo el deber de información por parte de un Estado miembro a otros Estados miembros y a la Comisión de la intención de incluir en su sistema jurídico tributario nuevas deducciones, desgravaciones, exenciones, incentivos o similares que fueran

trascendentes para el tipo impositivo efectivo del Estado miembro o para la base impositiva de otro Estado miembro.

4. La extensión del intercambio automático de información más allá de las resoluciones fiscales transfronterizas, para incluir todas las resoluciones fiscales en el ámbito de la tributación de las sociedades.
5. La introducción de un número de identificación fiscal europeo común.
6. De nuevo, insistencia en la introducción de una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades.

En la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2016, sobre resoluciones fiscales y otras medidas de naturaleza o efectos similares [2016/2038(INI)], el Parlamento lamentó el gran volumen existente de pérdidas de ingresos relativos al Impuesto sobre Sociedades debido a la evasión fiscal y la planificación fiscal agresiva de empresas. Para solucionar el problema, vuelve plantear similares propuestas a las señaladas en sus resoluciones de 25 de noviembre de 2015 y 16 de diciembre de 2015, anteriormente vistas.

En respuesta a estas resoluciones del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión han adoptado una serie de pautas. En este sentido, el 8 de marzo de 2016, el Consejo adoptó la Propuesta de Directiva que modificaba la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad, y que establece los criterios para conocer cuándo los grupos de empresas multinacionales deberán elaborar informes país a país sobre su situación fiscal.

Seguidamente, el 12 de abril de 2016, se adoptó por la Comisión la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información del Impuesto sobre Sociedades por parte de determinadas empresas y filiales, cuyo objetivo reside en la mejora de la transparencia y el control público del Impuesto sobre Sociedades, a través del avance en la regulación de la obligación de publicar informes por parte de empresas y sociedades con el fin de proteger los intereses de socios y terceros.

Por otro lado, la adopción el 5 de julio de 2016 por parte de la Comisión de la Comunicación relativa a las medidas adicionales encaminadas al refuerzo de la transparencia y a la lucha contra la evasión y la elusión fiscales, supone una continuación

de la línea expresada por el Consejo en su propuesta de 8 de marzo vista anteriormente. Su ámbito de aplicación se centra en los grupos de empresas multinacionales cuyos ingresos anuales totales superen los 750 millones de euros (por tanto, las pequeñas y medianas empresas no se verán afectadas por la propuesta). Así, las empresas multinacionales que cumplan dichos requisitos deberán elaborar un informe país a país sobre el Estado de su fiscalidad y sobre sus actividades a escala mundial. Este ámbito de aplicación es a su vez utilizado en el proyecto BEPS de la OCDE y en el ATAP. Según la OCDE, tan solo entre un 10 y un 15% de las empresas multinacionales cumplirán los requisitos de esta comunicación; y sorprendentemente, la OCDE estima que el volumen de negocio de ese grupo de empresas multinacionales será del 90% sobre el total de todos los grupos empresas multinacionales existentes.

Por último, el pasado 12 de julio de 2016, el Consejo adoptó la Directiva 2016/1164/UE por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior. Esta directiva es adoptada con el fin de fortalecer el mercado interior frente a las prácticas de elusión fiscal. Con este motivo, la directiva busca establecer un nivel mínimo común de protección del mercado interior en sectores determinados y actuar contra la erosión de las bases imponibles en el mercado interior y el traslado de beneficios fuera del mismo. Para lograrlo, la directiva se encarga de introducir las siguientes normas para regular ámbitos esenciales en la lucha contra la elusión fiscal: normas sobre la limitación de la deducibilidad de los intereses, sobre la imposición de salida, norma general contra las prácticas abusivas, normas relativas a las sociedades extranjeras controladas y normas para hacer frente a las asimetrías híbridas. De esta forma, se hace notar, como venimos viendo, que los objetivos principales actuales en materia de fiscalidad internacional se centran en asegurar el pago del impuesto allí donde se producen los beneficios y el valor.

IV. PARAÍOS FISCALES: LA EVOLUCIÓN DE LOS TRABAJOS DE LA OCDE Y SU INFLUENCIA SOBRE LA NORMATIVA TRIBUTARIA ESPAÑOLA

La OCDE y el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información Tributaria han realizado numerosos trabajos e informes durante las dos últimas décadas en materia de calificación de paraísos fiscales, los cuales han ejercido una indudable influencia en las sucesivas reformas legislativas que se han llevado a cabo en nuestro país

hasta la actualidad. De esta manera, se procede ahora a analizar los distintos periodos que se han ido produciendo en el ordenamiento jurídico español a raíz de las sucesivas recomendaciones de la OCDE sobre paraísos fiscales, hasta llegar a la redacción de la Disposición adicional primera de la Ley 36/2006, vigente desde el 1 de Enero de 2015, de acuerdo con la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2014.

En primer lugar, a través del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, se decidió establecer una lista cerrada de cuarenta y ocho jurisdicciones cuyos territorios pasarían a ser considerados como paraísos fiscales, y a los que, en consecuencia, les sería aplicable inmediatamente las disposiciones previstas en la normativa española para combatirlos. Los criterios utilizados por el legislador español en aquel momento para calificar territorios como paraísos fiscales fueron básicamente dos: bajo nivel de tributación en relación a otros países de la OCDE y su opacidad informativa²⁸. Ambos criterios debían concurrir, puesto que el cumplimiento de solo uno de ellos dejaba al territorio en cuestión fuera de lista de paraísos fiscales.

Posteriormente, la OCDE emprendió la labor de publicar informes denominados de progreso con el objetivo de combatir la competencia fiscal perjudicial. En el primer de ellos, el Informe sobre Competencia Fiscal Perjudicial: Una cuestión global emergente, 1998, la OCDE estableció una serie de criterios para dilucidar los territorios que debían ser considerados como paraísos fiscales o como regímenes tributarios preferenciales. De este modo, la OCDE señaló que una jurisdicción sería considerada como paraíso fiscal siempre y cuando se cumpliera el primero y alguno de los demás requisitos siguientes:

1. La inexistencia absoluta de tributación o la mínima existencia de tipos impositivos.
2. Falta de colaboración en el intercambio de información fiscal sobre contribuyentes de otros Estados que operan en su territorio y de las inversiones que reciben.

²⁸ MARTOS GARCÍA, J.J., «Los criterios de calificación de un territorio como paraíso fiscal en el ordenamiento español. Previsibilidad y principio de seguridad jurídica ante una futura revisión», en *Revista Quincena Fiscal*, Aranzadi, núm. 3/2017, Cizur Menor, 2017.

3. Falta de transparencia en lo que se refiere a la aplicación e interpretación de su normativa legal tributaria.
4. Falta de actividad económica del sujeto pasivo. Sin embargo, este criterio fue suprimido posteriormente por el Informe Progreso de 2001.

En lo referido a los regímenes tributarios preferenciales, la OCDE estableció que serían aquellos que cumplieren alguno de los siguientes requisitos:

1. Su economía se encuentra aislada de los efectos perjudiciales que pueda producir dicho régimen tributario preferencial.
2. Falta de transparencia en su actuación.
3. No se produce intercambio alguno de información fiscal sobre contribuyentes no residentes que operan en su territorio²⁹.

Seguidamente, en el año 2000, la OCDE publicó el Informe *Towards Global Tax Co-operation. Progress in identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*, por el que prosiguió en su voluntad de detectar territorios que llevaran a cabo competencia fiscal perjudicial, distinguiendo de nuevo entre paraísos fiscales y regímenes tributarios preferenciales. Los primeros estaban formados por una lista de 35 jurisdicciones; los segundos, por 47 posibles regímenes que debían cesar sus actividades perjudiciales para el 1 de abril de 2003. Además, este informe también previó una serie de medidas defensivas con el fin de acabar con los malos hábitos fiscales de los citados territorios.

Por su parte, el Gobierno de los Estados Unidos en el año 2000 se mostró contrario al Informe de la OCDE de 1998 cuando obligaba a los paraísos fiscales a establecer un mínimo nivel impositivo, al considerar que eso suponía una clara intromisión en la soberanía tributaria y fiscal de los Estados. Los EEUU destacaron que la lucha contra los paraísos fiscales y la competencia fiscal perjudicial debía estar basada en un intercambio efectivo de información tributaria entre los distintos países³⁰.

²⁹ SÁNCHEZ LOPEZ, E., «La planificación fiscal...» *cit.*, p.550-551.

³⁰ MARTOS GARCÍA, J.J. «Defraudación Fiscal y Nuevas Tecnologías», *Monografía de la Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2007, págs. 86 y 87.

La posición del Gobierno norteamericano fue apoyada por la Comisión Europea en el Informe Política fiscal en la UE - Prioridades para los próximos años, analizado anteriormente.

Influenciada por estas pronunciaciones, la OCDE planteó una nueva dimensión en su Informe de progreso *Project on Harmful Tax Practices: The 2001 progress Report* de 2001, introduciendo dos criterios para la calificación de un territorio como paraíso fiscal: la falta de intercambio de información efectiva y la falta de transparencia en la normativa estatal o en las prácticas administrativas. Además, la OCDE sustituyó el concepto de paraíso fiscal por jurisdicción no cooperativa y creó el Grupo de Trabajo del Foro Global de la OCDE sobre Transparencia e Intercambio Efectivo de Información compuesto por delegados de Estados pertenecientes a la OCDE y delegados de territorios terceros, incluyendo los de baja o nula tributación y falta de transparencia³¹.

En abril de 2002, la OCDE publicó la lista de jurisdicciones no cooperativas y el nuevo Modelo de Acuerdo sobre intercambio de Información, que recogía las siguientes características principales:

1. Únicamente preveía el intercambio de información previo requerimiento.
2. No cabe ampararse en el secreto bancario o en la falta de interés interno para aportar la información solicitada.
3. Hablar de intercambio de información fiscal eficiente conlleva que la información aportada sea relevante. En consecuencia, no será suficiente la información general o innecesaria.
4. La información en cuestión estará revestida de la más estricta confidencialidad³².

En nuestro ámbito nacional, la respuesta a estas acciones fue la publicación del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, que en su artículo 2 estableció una vía de salida a las jurisdicciones calificadas como paraísos fiscales siempre y cuando celebrasen con España

³¹ MARTOS GARCÍA, J.J., «Los criterios de calificación de un territorio...» *cit.*

³² MARTÍN LOPEZ, J., «Competencia fiscal perjudicial, paraísos fiscales e intercambio de información tributaria», en *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria*, et. al. COLLADO YURRITA (coord.), Atelier, 2012.

y entraran en vigor o bien un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información o bien un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria. Es por ello que esta disposición consagrara los nuevos criterios de la OCDE para que un territorio dejara de ser calificado como paraíso fiscal: la transparencia y el intercambio de información.

La siguiente reforma legislativa sería la Ley 36/2006, de medidas de prevención del fraude fiscal, que mantuvo la línea seguida a la hora de calificar un territorio como paraíso fiscal e introdujo una modificación reseñable en el mecanismo de salida a través de su Disposición adicional primera. A partir de entonces, los acuerdos de intercambio de información suscritos por España deberían señalar expresamente que el territorio en cuestión dejaría de ser calificado como paraíso fiscal. Con esta modificación se rectificó el error que cometió el Real Decreto 116/2003 al estimar que cualquier acuerdo de intercambio de información con un territorio calificado como paraíso fiscal sería suficiente para que dejara de ser considerado como tal³³. Otra novedad que presentó esta Ley fue la introducción de un mecanismo de reentrada en la lista, mediante el cual, los países que hubieran dejado de ser calificados como paraísos fiscales por la suscripción de un convenio o acuerdo internacional, volverían a ser considerados como tales en caso de su incumplimiento.

La Disposición adicional primera de la Ley 36/2006 fue modificada por la Disposición final segunda de la actual Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias. Esta nueva Ley mantiene la calificación de paraísos fiscales a los territorios que se determinen reglamentariamente, de manera que en tanto estos no se determinen, seguirá estando vigente la Disposición transitoria segunda de la Ley 36/2006 por la cual tienen la consideración de paraísos fiscales los territorios previstos en el artículo 1 del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, es decir, los países que aparecen en la lista de 1991 hasta nueva revisión.

³³ Martos García, J.J. «Los criterios de calificación de un territorio...» *cit.*

Asimismo, conforme a la nueva estrategia de la OCDE, se ha seguido la línea marcada en la Disposición adicional primera de la Ley 36/2006 manteniendo la introducción de dos nuevas calificaciones: los territorios de nula tributación y los territorios con los que no existe efectivo intercambio de información. Respecto a los primeros, se les califica como «los territorios en los que no se aplique un impuesto idéntico o análogo al IRPF, IS o IRNR, según corresponda»; en los segundos, su regulación se ha modificado y serán analizados a continuación.

Sin ninguna duda, la novedad más importante que ha introducido esta nueva Ley 26/2014 ha sido la sustitución del mecanismo automático de salida y reentrada previsto en la Ley 36/2006 por tres criterios que deberán de tenerse en cuenta a partir de ahora para actualizar de la lista de paraísos fiscales:

1. En primer lugar, la existencia o no con el país o territorio en cuestión de un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa enmendado por el Protocolo 2010, que resulte de aplicación.
2. En segundo lugar, la existencia o inexistencia de un efectivo intercambio de información tributaria en los términos previstos por el apartado 4 de dicha disposición adicional. En virtud del apartado 4, existirá efectivo intercambio de información tributaria con aquellos países que no tengan la consideración de paraísos fiscales, y a los que resulte de aplicación o bien un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, siempre que en dicho convenio no se establezca expresamente que el nivel de intercambio de información tributaria es insuficiente a los efectos de esta disposición; o bien un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria; o, por último, el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa enmendado por el Protocolo 2010.
3. En tercer lugar, en función de los resultados que determinen las evaluaciones *inter pares* realizadas por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales. Las evaluaciones consideran tanto el

intercambio de información previa petición como el intercambio automático de la misma.

Vistos estos tres criterios, se puede afirmar que su aplicación a la hora de incluir o excluir a algún territorio de la lista de paraísos fiscales aporta una fundamental previsibilidad y seguridad jurídica al sistema jurídico tributario. Este hecho provoca que, a partir de la Ley 26/2014, también deba tenerse en cuenta a la hora de tomar decisiones no sólo a los territorios con los que no exista un efectivo intercambio de información, los de nula tributación o los ya calificados paraísos fiscales, sino que ahora también habrá que tener presente a los territorios que de manera previsible puedan ser calificados como paraísos fiscales a la luz de estos tres criterios.

A modo de ejemplo de esto último, si una empresa decidiera realizar una inversión en un país extranjero, uno de los factores fundamentales que podrían inclinar la balanza sería el que ese gasto pudiera ser deducible con arreglo a la LIS. En virtud del artículo 15 g) de la LIS, si ese gasto se llevara cabo en un territorio considerado como paraíso fiscal, este sería no deducible a todos los efectos. Por ello, gracias a la seguridad jurídica y previsibilidad aportadas por los tres criterios de actualización, a partir de ahora las empresa deberán tener en cuenta si realizar o no esa inversión tanto en un paraíso fiscal como en aquellos territorios en los que sea previsible su inclusión en la lista de paraísos fiscales, puesto que si finalmente el territorio fuera incluido en la lista, el gasto no podría ser deducible al final del ejercicio.

Por último, cabe subrayar el reciente Informe de la OCDE presentado en la reunión del G-20 los días 23 y 24 de Julio de 2016, en el que se fijan tres criterios a la hora de reconocer a jurisdicciones no cooperantes en materia de transparencia fiscal:

1. Según el grado de implementación de intercambio de información tributaria previa petición.
2. Una viable aplicación del Intercambio Automático de Información sobre cuentas financieras para 2018.
3. Según el grado de implementación logrado mediante la adhesión al Convenio Multilateral de Asistencia Administrativa mutua en materia fiscal del Consejo de Europa y de la OCDE o mediante de la adhesión a un sistema bilateral de

Convenios y Acuerdos, para poder intercambiar información a solicitud o de forma automática³⁴.

De esta forma, una jurisdicción será considerada como cooperante cuando sea capaz de cumplir dos de estos tres criterios.

V. MEDIDAS PREVISTAS EN DEFENSA DE LA LEGALIDAD

1. CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN Y LA LUCHA CONTRA EL *TREATY SHOPPING*

En la actualidad, España ostenta una considerable red de convenios de doble imposición con distintos y numerosos países, fruto de su relevante posición en el panorama del comercio internacional. Estos convenios gozan del mismo tratamiento jurídico que los tratados internacionales, por lo que podríamos definirlos como los acuerdos escritos, celebrados y válidamente suscritos entre Estados que se rigen por el Derecho Internacional. Como cualquier otro tratado, debe cumplir los requisitos legales de ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado para su incorporación en el ordenamiento jurídico interno (art. 96.1 de la Constitución Española) y sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas a través de los medios previstos en el propio convenio o en la normativa del derecho internacional. Asimismo, y tal y como se deduce de la normativa española, los Tratados o Convenios Internacionales gozarán de supremacía en el orden jerárquico de normas.

Introducido ya este punto, podríamos definir CDI como el tratado bilateral a través del cual los dos Estados firmantes acuerdan distribuir la potestad tributaria que poseen para gravar operaciones de personas físicas o jurídicas en sus sendos territorios, con el fin de evitar la doble imposición para el sujeto pasivo por un mismo hecho imponible. Las estructuras y contenidos de los CDIs siguen generalmente lo propuesto por el Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la OCDE, utilizado por España en la mayor parte de sus CDIs suscritos: según este modelo, figurará un ámbito de aplicación del convenio, la definición de residencia y establecimiento permanente, una imposición sobre

³⁴ MARTOS GARCÍA, J.J., «Los criterios de calificación de un territorio...» *cit.*

rentas y patrimonio, métodos para evitar la doble imposición y disposiciones especiales y finales.

Cabe en este instante realizar un análisis de los CDIs contextualizado en el plano de la planificación fiscal internacional, con ánimo de dar una visión más práctica. En este punto, vamos a diferenciar entre Estados residencia, que constituyen el lugar de residencia del sujeto pasivo, y Estados fuente, es decir, allí donde se genere la renta o rendimiento.

De este modo, y siguiendo a BRIONES³⁵, en toda inversión internacional o en toda planificación fiscal internacional hay que diferenciar tres escalones de gravamen.

El primer escalón de gravamen lo formaría el impuesto del lugar donde se lleva a cabo la inversión o impuesto en destino. Las prácticas más utilizadas para tratar de reducirlo serían la producción de gastos deducibles, la elección del instrumento adecuado para la inversión y el aprovechamiento máximo de los beneficios e incentivos fiscales que prevea el ordenamiento jurídico del Estado en cuestión.

El segundo escalón iría referido a la reducción de la tributación sobre la transferencia de los rendimientos obtenidos hacia otro Estado. La mayor parte de Estados fuente gravan los rendimientos obtenidos por no residentes en sus territorios, es decir, que los beneficios distribuidos por las sociedades estarán sujetos a tributación en dicho Estado aunque se aplique un CDI. A modo de ejemplo, tributarán los dividendos, intereses y cánones obtenidos por no residentes por obligación real³⁶. En este escalón es donde van a entrar en escena los CDIs, ya que constituyen la principal herramienta para eliminar o reducir la tributación en el Estado fuente, o impuesto en el camino³⁷. La utilización de los CDIs en este punto pueden causar dos tipos de actuaciones: el *treaty shopping*, por el que se busca la aplicación de un convenio existente muy beneficioso pero que no debería ser aplicable, y el *rule shopping*, cuyo objetivo es aplicar el convenio debido pero con una calificación indebida de rentas favorable a sus intereses. Sobre el fenómeno del *treaty shopping* profundizaré posteriormente.

³⁵ BRIONES FERNÁNDEZ, Luis, «Consecuencias fiscales en España de la planificación fiscal de las inversiones españolas en el extranjero», *Perspectiva del Sistema Financiero*, núm. 41, 1993, pág.34-35.

³⁶ BAENA AGUILAR, A., *La obligación real de contribuir en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Aranzadi, Pamplona, 1994, P.57. Este autor considera que el fundamento de la obligación real obedece a una relación directa entre una manifestación de riqueza y un determinado territorio, p. 59.

³⁷ BRIONES FERNANDEZ, L., «Consecuencias...», *cit.*, p.35.

Por último, el tercer escalón sería la búsqueda por minimizar el impuesto en el Estado residencia, o impuesto en residencia. Entre las actuaciones encaminadas para lograrlo se encontrarían la búsqueda de normas internas que declaren exentas las rentas obtenidas fuera del territorio o la existencia de CDIs que manejen el método de exención³⁸. Asimismo, otra opción sería la de trasladar la residencia fiscal de la sociedad a un paraíso fiscal, aunque difícilmente podrá modificar su residencia fiscal una sociedad constituida con arreglo a las leyes españolas cuando por ese mismo hecho ya es considerada residente a todos los efectos por el artículo 8 de la LIS. Además, frente a la previa existencia de entidades radicadas en territorios de nula tributación conforme a la Disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, la LIS advierte en el citado precepto que serán igualmente consideradas como residentes en España si es ahí donde radica su sede de dirección efectiva. Estas entidades ya radicadas en territorios de nula tributación podrían utilizarse como sociedades base a las que dirigir las rentas obtenidas, provocando así la erosión de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. Finalmente, se debe tener en cuenta que la minimización del impuesto en el Estado residencia permanecerá siempre y cuando la sociedad base no repatrié las rentas acumuladas al Estado residencia del verdadero titular³⁹.

Delimitado ya el concepto de CDI, corresponde ahora examinar la **estructura *treaty shopping***, la cual, como hemos visto, se encuentra situada en el segundo escalón de la planificación fiscal internacional de BRIONES, es decir, cuando las rentas o rendimientos obtenidos en el Estado fuente se trasladan a otro Estado. En esta estructura podríamos destacar varios episodios diferenciados.

El primer episodio consistiría en la anulación o reducción de la tributación por obligación real en el Estado fuente, a través del aprovechamiento de las cláusulas beneficiosas de un CDI que tenga firmado con un Estado tercero. De forma concreta, la sociedad en cuestión creará otra sociedad (sociedad intermedia) con residencia fiscal en ese Estado que tenga firmado con el Estado fuente el convenio que le ofrezca las condiciones ventajosas.

³⁸ El método de exención otorga al sujeto pasivo el derecho a declarar exentas en su Estado residencia las rentas obtenidas en el Estado fuente siempre y cuando haya soportado un coste fiscal en este último y el convenio lo permita vid. artículo 23 A del ModCDI de la OCDE.

³⁹ VEGA BORREGO, F.A. *Las medidas contra el treaty shopping. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, p. 50.

El segundo episodio sería la nula o reducida tributación por obligación personal⁴⁰ de la renta obtenida por esa sociedad intermedia en el Estado tercero.

Por último, el tercer episodio se referiría a la nula o reducida tributación por obligación real de la transferencia de los rendimientos por parte de la sociedad intermedia, bien al Estado de residencia del titular original de la renta, o bien a una sociedad residente en un territorio de baja o nula tributación⁴¹.

En consecuencia, *treaty shopping* no es sólo fruto de la utilización de un CDI favorable, sino que para lograr su consecución, también será imprescindible localizar la normativa interna del Estado tercero que haga viable la creación de sociedades intermedias y el traslado de los beneficios⁴².

Como medida para luchar contra *treaty shopping*, la OCDE enumera una serie de cláusulas a incluir en los CDIs basadas, principalmente, en la limitación de beneficios. Entre ellas, podríamos encontrar la cláusula de propiedad y erosión en la base imponible, la cláusula general de buena fe, la cláusula de actividad y la cláusula de cotización en bolsa.

Las cláusulas de limitación de beneficios consisten en el cumplimiento de una lista de test objetivos que otorgan el derecho a acogerse al convenio⁴³. Las dos condiciones fundamentales que contienen para poder acogerse al CDI son que la obtención del rendimiento desde el Estado de residencia responda a un motivo económico válido o que el sujeto mantenga una vinculación suficiente con el Estado de residencia. Estas cláusulas hay que entenderlas en el sentido de que, en principio, se considerará legal la estructura *treaty shopping* cuando cumpla cualquiera de las dos circunstancias anteriores. De este modo, no toda estructura *treaty shopping* se considerará ilegal, sino que ostentará tal

⁴⁰ Cfr. BAENA AGUILAR, A., *La obligación real de contribuir... cit.*, p. 57., quien define la obligación personal de contribuir como la sujeción con base a criterios personales que determina que el contribuyente tribute por todas las rentas obtenidas con independencia del lugar en el que se hayan generado. El gravamen, por tanto, no depende del lugar de realización del hecho imponible, sino de la localización de la persona que lo realiza.

⁴¹ VEGA BORREGO, F.A. *Las medidas contra el treaty shopping...cit.*, p. 53.

⁴² Informe de la ONU, *Contributions to International Cooperation in tax matters (Treaty shopping, thin capitalization, cooperation between tax authorities, resolving international tax disputes)*, Ref. ST/ESA/203, UN, Nueva York, 1988, párrafo nº 22.

⁴³ MARTÍN JIMÉNEZ, A., "EC Law and Clauses on Limitation of Benefits in Treaties with the US after Maastricht and the US-Netherlands Tax Treaty", *EC Tax Review*, núm. 2, 1995 p. 78.

calificativo y será perseguida por las autoridades tributarias cuando no cumpla ninguna de las condiciones anteriores.

2. EL INFORME BEPS DE LA OCDE/G20 Y SU PLAN DE ACCIÓN

El término BEPS, *Base Erosion and Profit Shifting* o, Erosión de la base imponible y traslado de beneficios, es utilizado en fiscalidad internacional para definir las actuaciones perniciosas realizadas por las empresas multinacionales con las que se aprovechan de las lagunas jurídicas existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos estatales, con el fin de trasladar sus beneficios a territorios de escasa o inexistente tributación y reducir así sus bases imponibles y pagar menos impuestos. Según la OCDE⁴⁴, BEPS constituye una pérdida anual en recaudación para los gobiernos de un intervalo entre el 4% y el 10% de la recaudación total por Impuesto sobre Sociedades, lo que se traduce entre 90 y 220 mil millones de euros.

Como respuesta, la OCDE y el G-20 elaboraron y presentaron el Informe OCDE/G20 denominado *Base Erosion and Profit Shifting* en 2013, con el que evidenciaban varios factores que causaban el fenómeno BEPS: la falta de coordinación de las normas internas tributarias de carácter internacional, la falta de adecuación de los sistemas legales a la rápida transformación del mundo empresarial y la falta de datos e información con los que llevar a cabo una lucha activa. Su correspondiente Plan de Acción OCDE-G20 contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios del año 2014, trató de corregir estos problemas a través del cumplimiento de tres frases diferenciadas:

- a) En la primera fase, se elaboró el Plan mediante quince acciones destinadas a aumentar la coordinación de la normativa interna tributaria transfronteriza, actualizar los sistemas jurídico-tributarios al entorno empresarial actual y aumentar la transparencia y la efectividad en el intercambio de información y datos.
- b) En la segunda fase, se efectuó el análisis y desarrollo de esas quince acciones a través de informes que ya han sido formulados en la actualidad, cumpliendo así los plazos establecidos.

⁴⁴ Resumen informativo de la OCDE sobre el Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios.

- c) La tercera fase es en la que nos encontramos actualmente. Consiste en la incorporación de los resultados de los informes a los sistemas jurídicos internos de los distintos Estados⁴⁵.

El punto fundamental sobre el que gira hoy en día BEPS se refiere a la tercera fase, concretamente, al instrumento con el que se van a introducir los resultados del Plan de Acción en los ordenamientos jurídicos internos estatales. Sobre este aspecto se pronuncia la acción 15 cuando se refiere a la confección de un instrumento multilateral «que permita que las jurisdicciones que lo deseen implementen las medidas que se desarrollen en el curso de los trabajos de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y así enmienden los convenios fiscales bilaterales»⁴⁶. De esta manera, tal y como ya han acordado los países que participan en el Proyecto BEPS de la OCDE y el G20, se va a confeccionar un convenio multilateral cuyo fin sea el de modificar toda la red internacional de aproximadamente 3000 CDIs, evitando así el considerable retraso que supondría la renegociación convenio por convenio para su modificación. Esta vía para la modificación de CDIs carece de precedentes, lo que supondrá un verdadero reto para la OCDE y los países involucrados.

3. TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

Mediante la **transparencia fiscal internacional**, se proceden a incluir las rentas obtenidas por una entidad no residente en un Estado en las bases imponibles de sus socios residentes, ya se trate de personas físicas o jurídicas, y siempre y cuando cumplan una serie de requisitos relacionados con el carácter de las rentas obtenidas, el porcentaje de participación sobre la entidad no residente y el gravamen soportado en el extranjero⁴⁷.

Este régimen es diseñado para contrarrestar de nuevo el efecto de la erosión de la base imponible a través de la deslocalización de capitales y de sus actividades económicas.

⁴⁵ SERRANO ANTÓN, F., «La era post BEPS o la ejecución de su plan de acción: convenio multilateral vs implementación unilateral», *Revista Quincena Fiscal*, Aranzadi, núm. 12/2016, 2016, Cizur Menor, 2015.

⁴⁶ Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios – OCDE 2014.

⁴⁷ GARCÍA HEREDIA, A., «La inversión española en la Unión Europea: Transparencia Fiscal Internacional», en *Internacionalización de las inversiones, et.al.* COYADO YURRITA (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, p.348.

En el ámbito de la UE, será compatible la aplicación de las normas TFI cuando la constitución de la entidad no residente se deba a un montaje puramente artificial, es decir, cuando no exista voluntad económica en la actividad empresarial de la entidad no residente⁴⁸.

La normativa española dedica el Capítulo X de la LIS para la regulación de este régimen, concretamente el artículo 100 de la LIS. En su apartado primero, establece su ámbito de aplicación mediante dos criterios: una participación igual o superior al 50 por ciento en el capital, los fondos propios, los resultados o los derechos de voto de la entidad no residente en territorio español, en la fecha del cierre del ejercicio social de esta última; o que el importe satisfecho por la entidad no residente en territorio español sea inferior al 75 por ciento de lo que hubiera correspondido con arreglo a la normativa española.

Las entidades que cumplan estos dos criterios deberán imputar en sus bases imponibles la renta total obtenida por la entidad no residente en territorio español, cuando esta no disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales para su realización, y en su defecto, se imputará únicamente la renta positiva que provenga de cada una de las siguientes fuentes: titularidad de bienes inmuebles rústicos y urbanos o de derechos reales que recaigan sobre estos, salvo que estén afectos a una actividad económica; participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad y cesión a terceros de capitales propios; operaciones de capitalización y seguro, que tengan como beneficiaria a la propia entidad; propiedad industrial e intelectual, asistencia técnica, bienes muebles, derechos de imagen y arrendamiento o subarrendamiento de negocios; actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios realizadas, directa o indirectamente, con personas o entidades residentes en territorio español y vinculadas en el sentido del artículo 18 de LIS, en cuanto determinen gastos fiscalmente deducibles en dichas entidades residentes.

Por último, en su apartado 16, se declara que lo previsto en el artículo 100 de la LIS no será de aplicación cuando la entidad no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que desarrolla actividades económicas.

⁴⁸ GARCÍA HEREDIA, A., «La inversión española en la Unión Europea...», *cit.*, pp.348-349.

4. LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA

A causa del creciente e imparable incremento del comercio exterior entre las empresas en las últimas décadas, se hizo patente la necesaria regulación de los **precios de transferencia** en el panorama internacional. Muestra de ello son los constantes avances e informes que se están confeccionando sobre esta materia en el seno de la OCDE y que están ayudando a los Estados a la hora de regular los precios de transferencia en sus ordenamientos jurídicos internos.

El primer informe al respecto publicado por la OCDE data del año 1979: Precios de transferencia y empresas multinacionales. Posteriormente, la OCDE lo ha ido actualizando y complementando con otros informes y directrices en los últimos años como el Informe sobre las líneas rectoras de los procedimientos de seguimiento de la aplicación de las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia y la implicación del mundo empresarial DAFPE/CFA(97)11/REV1, aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales el 24 de junio de 1997, adoptado por el Consejo el 28 de octubre de 1999 C(99)138; o la Revisión de Capítulos I a III aprobada por el Comité de Asuntos Fiscales el 22 de junio de 2010 CTPA/CFA(2010)55 y por el Consejo el 22 de julio de 2010 C(2010)99.

El informe de 1979 introdujo un principio fundamental para la regulación de los precios de transferencia tal y como lo recoge el artículo 9 del ModCDI de la OCDE: el principio de libre competencia. Según este principio, las operaciones y transacciones entre empresas o entidades vinculadas se deberán valorar por su valor de mercado, es decir, como si se tratase de sociedades independientes. Si los precios de transferencia no respondieran a las fuerzas del mercado y al principio de plena competencia, se podría producir, en palabras de la OCDE «una distorsión en la deudas tributarias de las empresas asociadas y en la recaudación tributaria de los países receptores de la inversión. Por tanto, los países miembros de la OCDE han acordado que, a efectos fiscales, los beneficios de empresas asociadas puedan ajustarse en la medida necesaria para corregir tales distorsiones [...]. Los países miembros de la OCDE consideran que el ajuste apropiado se logra determinando las condiciones de las relaciones comerciales y financieras

susceptibles de encontrarse entre empresas independientes, en operaciones y circunstancias comparables»⁴⁹.

Para que el principio de libre competencia sea aplicable, ha de cumplirse el requisito de la vinculación entre las sociedades, es decir, la sujeción o dependencia económica de una entidad con otra. Esta vinculación, como venimos viendo, puede ser utilizada por las empresas para modificar los precios o valores que realmente tendrían las operaciones en condiciones reales de mercado con el fin de obtener mayores ingresos o gastos para las entidades. De esta forma, las empresas trasladan sus beneficios de una entidad a otra con la finalidad de minorar la base imponible de una en favor de la otra, por ejemplo, por gozar esta de determinados beneficios fiscales o por tener la residencia fiscal en territorios de baja o nula tributación⁵⁰. El artículo 9 del ModCDI de la OCDE establece que se considerará que nos encontramos ante empresas asociadas cuando:

- a) una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante, o
- b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante, y, en uno y otro caso, las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes. Los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse a imposición.

Como vemos, estos serían los parámetros generales a tener en cuenta. Por ello, el artículo 3.2 del ModCDI deja en manos de las legislaciones tributarias internas de cada país la concreción de lo que supondría la vinculación entre empresas. En la normativa española, cabría acudir al artículo 18 apartado segundo de la LIS para comprobar que

⁴⁹ Directrices de la OCDE aplicables en materia de Precios de Transferencia a empresas multinacionales y Administraciones Tributarias, párrafo 1.3.

⁵⁰ ANQUITA MORERA, A., *Comercio internacional y los precios de transferencia internacionales*, Marcial Pons, 2012, p.29.

existe una lista más extensa y detallada de supuestos de entidades vinculadas, a la cual me remito.

En la práctica, hay que tener presente que aunque el principio de libre competencia ha demostrado ser útil y efectivo, hay escenarios en los que su aplicación resulta compleja, como sería el caso de grupos de multinacionales dedicados a la producción de bienes especializados en intangibles exclusivos o en la prestación de servicios especializados (patentes, marcas, concesiones, derecho de explotación de los resultados de futuras investigaciones etc.), al no ser frecuente que empresas independientes operen en este tipo de ámbitos que dominan los grupos de multinacionales; este hecho provoca que, en consecuencia, no haya parámetros suficientes para conocer cuáles serían las condiciones reales de mercado. Asimismo, tanto las autoridades tributarias como los sujetos pasivos pueden encontrar serias dificultades a la hora de aplicar el principio de libre competencia, ya que se precisa de un gran volumen de información y datos para que ambos puedan conocer si se puede considerar o no a determinadas operaciones como vinculadas. Además, en diversas ocasiones la información es difícil de conseguir y analizar, lo que acentúa más si cabe la complejidad del asunto⁵¹.

5. LA SUBCAPITALIZACIÓN

Por su parte, la **subcapitalización** es un término que se encuentra estrechamente relacionado con la financiación de las empresas, concretamente, con la financiación que puedan llevar a cabo vía endeudamiento o vía aportaciones en el capital o fondos propios con entidades vinculadas. Puede definirse como una maniobra elusiva utilizada por las sociedades para reducir la carga fiscal o base imponible del Grupo, a través de aportaciones de capital que son encubiertas con la financiación con fondos ajenos⁵², como un supuesto de simulación en el que se encubre una aportación de capital mediante la concertación de un préstamo entre las entidades⁵³.

⁵¹ ANQUITA MORERA, A., *Comercio internacional y los precios... cit.*, p.27.

⁵² CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ LOUSA, M., «La subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación», *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, p.986.

⁵³ CORDON EZQUERRO y GUTIÉRREZ LOUSA, M., «Las cláusulas antielusión en el Impuesto sobre Sociedades: la subcapitalización», *La lucha contra el fraude fiscal. Estrategias nacionales y comunitarias*, Atelier, Barcelona, 2008 p.189.

A diferencia de lo que sucedía con los precios de transferencia, en materia de subcapitalización no se busca conocer cuál sería el valor real de las operaciones si estas se dieran entre entidades independientes, sino que lo que interesa es discernir cuál sería el volumen de esas operaciones⁵⁴.

Algunos autores⁵⁵ consideran que es en el ámbito internacional donde cobra una mayor relevancia la planificación fiscal en materia de financiación de entidades vinculadas mediante recursos ajenos, puesto que si esta técnica es utilizada por grupos de multinacionales, podrían llegar a minorar la base imponible de un gran número de sociedades vinculadas repartidas por todo el mundo, con los resultados y efectos negativos que ello supondría en los distintos Estados en los que estas residieran.

Para combatir este fenómeno, la normativa española ha regulado esta materia en la LIS. En principio, las empresas podrán deducirse los gastos financieros en los que incurriere con el límite del 30% del beneficio operativo o, en todo caso, hasta el importe de 1 millón de euros (vid. art 16 LIS).

Sin embargo, la regulación legal es distinta cuando se trata de operaciones de subcapitalización, ya que el objetivo es combatir este tipo de operaciones defraudadoras. Así, el artículo 15 h) LIS califica como no deducibles, por un lado, los gastos financieros devengados que se deriven del endeudamiento con entidades del grupo *vid.* artículo 42 del Código de Comercio que, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, haya surgido fruto de la adquisición a otras entidades del grupo de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades; y por otro lado, los gastos derivados de la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo. Dichos gastos serán no deducibles con la salvedad de que el contribuyente acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones.

⁵⁴ Cfr. VEGA BORREGO, F.A., «La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los Convenios de Doble Imposición y el Derecho comunitaria», *Crónica Tributaria*, nº 104, 2002, p.93.

⁵⁵ LUCHENA MOZO, M.G., «Internacionalización de las inversiones: Medidas unilaterales de la Legislación Española para el fomento del comercio exterior», en *Internacionalización de las inversiones*, *et.al.* COYADO YURRITA (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, p.110.

VI. CONCLUSIÓN

Mediante el presente trabajo, se ha tratado de analizar los aspectos más relevantes que rodean a la fiscalidad internacional de las empresas. De esta forma, se ha comprobado que las empresas sí ostentan el derecho legal a elaborar una planificación fiscal que les permita rentabilizar sus beneficios y hacer rentables sus negocios. Esto no obsta para que se establezcan algunos límites: la planificación fiscal empresarial será ilícita cuando tenga por objeto el fraude de derecho o el abuso de la ley con finalidades estrictamente defraudadoras.

Por otro lado, los Estados también juegan un papel crucial. La actividad empresarial es el factor principal por el que las economías de los Estados tienden a desarrollarse y a crecer. Por ello, y en un contexto acentuado por la crisis económica, la competencia fiscal entre Estados para atraer inversiones y desarrollo empresarial se ha incrementado considerablemente hasta el punto de llegar a escenarios que podríamos definir como irregulares o incluso ilegales; un ejemplo de ello serían los recientes casos de los Papeles de Luxemburgo, los Papeles de Panamá o el caso Apple-Irlanda.

Asimismo, no hay que dejar de tener en cuenta a los siempre controvertidos y polémicos paraísos fiscales. En este sentido, la normativa española se ha actualizado siguiendo las directrices de la OCDE, y, como se ha visto, se han ido introduciendo una serie de medidas anti-paraíso tanto en el ámbito nacional como internacional para dificultar la actividad en este tipo de territorios.

Si algo ha quedado claro tras el estudio de la fiscalidad internacional, es que la actuación conjunta de Estados y de organizaciones internacionales se antoja fundamental. Debido al constante avance tecnológico y a la apertura de infinitas nuevas vías de relación entre empresas, la UE y la OCDE han tratado de adaptarse y reaccionar ante estas nuevas circunstancias a través de la confección de múltiples informes y directrices para defender la legalidad. Únicamente una actuación conjunta y cooperada entre los Estados puede hacer frente a la multitud de opciones que existen actualmente para sortear las distintas normativas tributarias.

Así, la pendiente elaboración de un convenio multilateral que renueve los más de 3.000 CDIs existentes, la efectiva aplicación de las normas de transparencia fiscal internacional, o la detección de operaciones perniciosas entre entidades vinculadas a

través de los precios de transferencia y la subcapitalización, son tan solo unos ejemplos de esta labor decisiva que marcará el devenir de la estabilidad de los Estados occidentales modernos.

En principio, las bases legales parecen estar bien consolidadas. Sin embargo, lo más difícil es y será su efectiva aplicación, así como la adecuada adaptación de la normativa tributaria ante la constante evolución de nuevas prácticas perjudiciales contra las que habrá que combatir. Todavía queda mucho trabajo por hacer.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

AEDAF, Informe sobre el borrador del Plan de prevención de lucha contra el fraude de la Secretaria de Estado de Hacienda, Madrid, enero 2005.

ANQUITA MORERA, A., *Comercio internacional y los precios de transferencia internacionales*, Marcial Pons, 2012.

BAENA AGUILAR, A., *La obligación real de contribuir en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Aranzadi, Pamplona, 1994.

BRIONES FERNÁNDEZ, Luis, «Consecuencias fiscales en España de la planificación fiscal de las inversiones españolas en el extranjero», *Perspectiva del Sistema Financiero*, núm. 41, 1993, pág.34-35.

CHICO DE LA CÁMARA, P., «Los límites difusos entre la competencia fiscal “lesiva” y beneficiosa”; una reflexión sobre la necesidad de armonizar la imposición directa», en *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, COLLADO YURRITA, M.A. (dir.), Colex, Madrid, 2005.

CORDON EZQUERRO y GUTIÉRREZ LOUSA, M., «Las cláusulas antielusión en el Impuesto sobre Sociedades: la subcapitalización», *La lucha contra el fraude fiscal. Estrategias nacionales y comunitarias*, Atelier, Barcelona, 2008.

CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ LOUSA, M., «La subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación», *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

ESTRAGUÉS, J.L., «Competencia fiscal perjudicial y paraísos fiscales», en *Revista de Debate Político*, núm. 5, 2002.

FLORINDO GIJÓN, F., « EL CÓDIGO DE CONDUCTA SOBRE LA FISCALIDAD DE LAS EMPRESAS Y SU RELACIÓN CON EL RÉGIMEN COMUNITARIO DE CONTROL DE LAS AYUDAS ESTATALES», en *Crónica Tributaria*, núm. 109/2003, 2003.

GARCÍA HEREDIA, A., «La inversión española en la Unión Europea: Transparencia Fiscal Internacional», en *Internacionalización de las inversiones, et.al.* COYADO YURRITA (dir.), Bosch, Barcelona, 2009.

GARCÍA PRATS, F.A., «Incidencia del Derecho Comunitario en la configuración jurídica del Derecho Financiero (1) (II): políticas comunitarias con incidencia sobre el Derecho Financiero», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 259, 2001.

IBAÑEZ MARSILLA, S., «La competencia fiscal perniciosa ante la OMC. Reflexiones al hilo del asunto de las foreign sales corporations», *Crónica Tributaria*, núm. 113, 2004.

LAMADRID DE PABLO, A., «El Código de Conducta en materia de Fiscalidad de las Empresas y su relación con el régimen comunitario de Ayudas de Estado», Instituto de Estudios Europeos, núm.3.

LUCHENA MOZO, M.G., «Internacionalización de las inversiones: Medidas unilaterales de la Legislación Española para el fomento del comercio exterior», en *Internacionalización de las inversiones, et.al.* COYADO YURRITA (dir.), Bosch, Barcelona, 2009.

MARTÍN JIMÉNEZ, A., "EC Law and Clauses on Limitation of Benefits in Treaties with the US after Maastricht and the US-Netherlands Tax Treaty", *EC Tax Review*, núm. 2, 1995.

MARTÍN LOPEZ, J., «Competencia fiscal perjudicial, paraísos fiscales e intercambio de información tributaria», en *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria, et. al.* COLLADO YURRITA (coord.), Atelier, 2012.

MARTINEZ SELVA, J.M., *Los paraísos fiscales*, DIJUSA, 2009.

MARTOS GARCÍA, J.J. «Defraudación Fiscal y Nuevas Tecnologías», *Monografía de la Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2007.

MARTOS GARCÍA, J.J., «Los criterios de calificación de un territorio como paraíso fiscal en el ordenamiento español. Previsibilidad y principio de seguridad jurídica ante una futura revisión», en *Revista Quincena Fiscal*, Aranzadi, núm. 3/2017, Cizur Menor, 2017.

OCDE, Directrices aplicables en materia de Precios de Transferencia a empresas multinacionales y Administraciones Tributarias.

OCDE, Modelo de Convenio para evitar la doble imposición.

OCDE, PLAN DE ACCIÓN CONTRA LA EROSIÓN DE LA BASE IMPONIBLE Y EL TRASLADO DE BENEFICIOS, 2014.

OCDE, Resumen informativo de la OCDE sobre el Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios.

ONU, Informe *Contributions to International Cooperation in tax matters (Treaty shopping, thin capitalization, cooperation between tax authorities, resolving international tax disputes)*, Ref. ST/ESA/203, UN, Nueva York, 1988, párrafo nº 22.

RODRÍGUEZ SANTOS, F.J., «Planificación fiscal internacional. Los paraísos fiscales» en *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, COLLADO YURRITA, M.A. (dir.), Colex, Madrid, 2005.

RUBIO GUERRERO, J.J., «Cauces de evasión fiscal y planificación fiscal internacional: procedimientos de actuación en esquemas básicos», en *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, COLLADO YURRITA, M.A. (dir.), Colex, Madrid, 2005.

SÁNCHEZ LOPEZ, E., «La planificación fiscal», en *Internacionalización de las inversiones, et.al.* COYADO YURRITA (dir.), Bosch, Barcelona, 2009.

SERRANO ANTÓN, F., «La era post BEPS o la ejecución de su plan de acción: convenio multilateral vs implementación unilateral», *Revista Quincena Fiscal*, Aranzadi, núm. 12/2016, 2016, Cizur Menor, 2015.

Unión Europea, Informe sobre POLÍTICA FISCAL GENERAL, Fichas técnicas sobre la Unión Europea, 2017.

Unión Europea, Resolución sobre la Comunicación de la Comisión *Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa en la Unión Europea* (COM (97)0564 - C4-0333/98).

VALLEJO CHAMORRO, J.M., «La competencia fiscal», en *Manual de Fiscalidad Internacional*, CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

VALLEJO CHAMORRO, J.M., «La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea», *Nuevas Tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional*, ICE, núm. 825, 2005.

VEGA BORREGO, F.A. *Las medidas contra el treaty shopping. Las cláusulas de limitación de beneficios en los Convenios de doble imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003.

VEGA BORREGO, F.A., «La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los Convenios de Doble Imposición y el Derecho comunitaria», *Crónica Tributaria*, nº 104, 2002.