

# DOCUMENTOS

N.I.P.O.: 634-16-063-6

## IV ENCUENTRO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO (3.ª parte)

Coordinadora: *Cristina García-Herrera Blanco*  
Instituto de Estudios Fiscales

DOC. n.º 15/2016



INSTITUTO DE  
ESTUDIOS  
FISCALES

N. B.: Las opiniones expresadas en este documento son de la exclusiva responsabilidad de los autores, pudiendo no coincidir con las del Instituto de Estudios Fiscales.

## SUMARIO

*Presentación*, por CRISTINA GARCÍA-HERRERA BLANCO (Instituto de Estudios Fiscales)

*Programa del Encuentro*

### COMUNICACIONES

La tributación de los dividendos intersocietarios transnacionales en el ordenamiento jurídico español en la era *post-BEPS*, por MARÍA CRUZ BARREIRO CARRIL (Universidad de Vigo)

Normativa doméstica y era *post-BEPS*: ¿hacia dónde vamos?, por MARÍA DEL CARMEN CÁMARA BARROSO (Universidad a Distancia de Madrid-UDIMA)

Reflexiones, ciertamente escépticas, acerca del *post-BEPS*, por DOMINGO CARBAJO VASCO (Agencia Estatal de Administración Tributaria)

¿Es la cooperación reforzada una vía alternativa para avanzar en el proceso de armonización fiscal?, por MÓNICA CONTRERAS NÚÑEZ (Universidad CEU San Pablo)

Algunas consideraciones sobre la norma general antielusión propuesta en la Acción 6 del Plan *BEPS*, por ABELARDO DELGADO PACHECO (Universidad Autónoma de Madrid)

El *patent box* en la era *post-BEPS*: ¿futuro perfecto o incierto?, por ELIZABETH GIL GARCÍA (Universidad de Alicante)

Régimen tributario de las plataformas virtuales de servicios de transporte, por MARTA GONZÁLEZ APARICIO (Universidad de León)

Evaluando *BEPS*: ¿es necesario un cambio de paradigma en la fiscalidad internacional?, por DOMINGO JESÚS JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS (Universidad Autónoma de Madrid)

El nuevo sistema de intercambio automático de *tax rulings* y APAs: un gran avance, incompleto, en la transparencia fiscal en la UE, por JOSÉ MANUEL MACARRO OSUNA (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla)

Nueva cláusula anti-abuso de la LIS 27/2014 en la tributación de dividendos y plusvalías. Enfoque desde la lucha internacional contra las prácticas abusivas. Vulneración del derecho comunitario, por ESTER MACHANCOSES GARCÍA (Universitat de València)

La contabilidad sobre las estrategias fiscales de las operaciones del grupo. ¿Un marco de información para la fiscalidad?, por AURORA M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)

La economía digital y su influencia en el entorno *post-BEPS*, por GUILLERMO SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO (Universidad de Málaga)

La iniciativa *BEPS* a la luz de las perspectivas abiertas por el intercambio automático de información, por MARÍA ESTER SÁNCHEZ LÓPEZ (Universidad de Castilla-La Mancha)

## El *patent box* en la era *post-BEPS*: ¿futuro perfecto o incierto?<sup>1</sup>

ELIZABETH GARCÍA<sup>2</sup>  
(Universidad de Alicante)

1. Introducción.—2. La vinculación de la tributación de los beneficios con el lugar de creación del intangible: el enfoque del nexo.—3. El refuerzo de los regímenes de transparencia fiscal internacional.—4. La introducción de una cláusula de sujeción en los Convenios.—5. El Plan de Acción de la Unión Europea: el relanzamiento de la Base Imponible común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades.—6. Reflexión final.

### RESUMEN

Tanto la OCDE como la Unión Europea están impulsando medidas para abordar, de manera global, aquellas prácticas fiscales perjudiciales que permiten la erosión de las bases imponibles y el traslado de los beneficios (*BEPS*) por parte de las empresas, principalmente los grupos multinacionales. El objetivo del presente trabajo es analizar las diferentes medidas antiabuso cuya influencia y repercusiones en los *patent boxes* va a determinar si estamos ante un futuro perfecto o incierto para este tipo de regímenes preferenciales.

## 1. INTRODUCCIÓN

La erosión de las bases imponibles y el traslado de los beneficios (*BEPS*) generado principalmente por los grupos multinacionales hacia las jurisdicciones fiscales de baja o nula tributación constituyen un problema de gran dimensión global, dado que socaba los principios de justicia tributaria y, al mismo tiempo, supone una competencia empresarial desleal con otros contribuyentes que, por su dimensión nacional, no pueden llevar a cabo tales prácticas. Tanto la OCDE como la Unión Europea están impulsando medidas para abordar, de manera global, aquellas prácticas fiscales perjudiciales que permiten a los grupos multinacionales llevar a cabo esa planificación fiscal agresiva. Los Planes de Acción promovidos por la OCDE y la UE no son proyectos anti-incentivos, aunque, indudablemente, tienen efectos indirectos en la configuración de los regímenes de *patent box*.

Uno de los pilares del Plan de Acción de la OCDE es reforzar los requisitos de sustantividad en los actuales estándares internacionales. Requisito que tiene especial relevancia en los regímenes de *patent box*, cuya “supervivencia” pasa por adecuarse al enfoque del nexo previsto en el Informe Final de la Acción 5, y que implica la existencia de una vinculación entre las ventajas fiscales conferidas por este tipo de regímenes y las actividades de investigación y desarrollo subyacentes. Por otro lado, se aprecia cierta descoordinación en las propuestas en materia de cánones del Informe Final de la Acción 6, permitiendo la tributación de los cánones en el Estado de la fuente cuando exista un régimen tributario especial en el Estado de residencia y éste sea definido en el Convenio. Igualmente, tienen especial relevancia las relaciones entre los regímenes de *patent box* y el régimen de transparencia fiscal internacional (*CFC rules*), al hilo de las recomendaciones recogidas en el Informe Final de la Acción 3.

En el marco de la Unión Europea, la Comisión propone el relanzamiento de la Base Imponible Común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades (BICCS) como solución global al traslado de beneficios. En este Plan de Acción, acuñado con el término *EU-BEPS*, se observan cinco ámbitos de actuación fundamentales, entre los que se pretende garantizar la imposición allí donde los beneficios se gene-

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “La investigación y la transferencia de conocimiento en el marco del ordenamiento financiero comunitario e internacional”, concedido en el marco de las Ayudas para Grupos de Investigación de Excelencia del Programa PROMETEO 2012 de la Conselleria de Educación de la Generalitat Valenciana (PROMETEO/2012/073), cuya investigadora principal es Amparo Navarro Faure.

<sup>2</sup> Investigadora Predoctoral (FPU14/00028) del Departamento de Disciplinas Económicas y Financieras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante. Campus de Sant Vicent del Raspeig.

ren; debiendo basarse, por ende, los regímenes de *patent box* en el enfoque del nexo. No obstante ello y teniendo en cuenta que un gran número de *patent boxes* operan a nivel de base –como es el caso de España o Bélgica–, se observa cierta incertidumbre respecto de la posición de esos regímenes de *patent box* en el caso de la adopción de la BICIS.

## 2. LA VINCULACIÓN DE LA TRIBUTACIÓN DE LOS BENEFICIOS CON EL LUGAR DE CREACIÓN DEL INTANGIBLE: EL ENFOQUE DEL NEXO

En los últimos años, la renta derivada de ciertos activos intangibles puede beneficiarse de medidas fiscales especiales –como reducciones en la base, exenciones o tipos de gravámenes reducidos–. En términos generales, el denominado *IP box regime* o régimen del *patent box* supone una reducción del gravamen para aquellos operadores económicos que desarrollen nuevos productos y procesos protegidos por los derechos de propiedad industrial, o para llevar a cabo determinados servicios<sup>3</sup>. En efecto, el objetivo de los *IP boxes* es conceder un incentivo adicional a las empresas para conservar y comercializar las patentes existentes y desarrollar nuevos e innovadores productos patentables<sup>4</sup>.

El propósito de los países en la introducción de regímenes de *patent box* es hacer la innovación más atractiva y beneficiosa para las empresas. En la actualidad, se trata de un incentivo principalmente europeo, pues hasta once Estados miembros han introducido este tipo de medidas para estimular, además de actividades de I+D+i, la transferencia de tecnología, así como para atraer patentes y otros intangibles a sus territorios<sup>5</sup>. A pesar de la consecución de estos fines, los regímenes de propiedad industrial e intelectual pueden promover también la elusión fiscal y ser generadores de *BEPS*.

La OCDE pone su atención en los regímenes tributarios preferenciales, y muy especialmente en los regímenes de *patent box*. Para que un régimen sea considerado preferencial, debe, primero, referirse a rentas procedentes de actividades que por su naturaleza son fácilmente desplazables –v. gr. dividendos, cánones u otras rentas derivadas de intangibles–. En segundo lugar, debe conceder cualquier forma de beneficio fiscal –v. gr. una deducción en cuota, una reducción en la base o un tipo de gravamen reducido– en comparación con los principios tributarios generales del país en cuestión<sup>6</sup>. Ciertamente, en aras de los principios de justicia tributaria –especialmente, los principios de capacidad económica e igualdad– se prohíben la concesión de privilegios fiscales o un tratamiento preferente. No obstante ello, los incentivos fiscales son compatibles con esos principios siempre y cuando su introducción esté legitimada por valores constitucionales o por políticas públicas de interés general.

El Plan de Acción sobre *BEPS* pretende desarrollar soluciones para neutralizar los regímenes preferenciales perjudiciales de manera efectiva, teniendo en cuenta para ello factores como la transparencia y la sustantividad (Acción 5)<sup>7</sup>. En esencia, de acuerdo con el Informe Preliminar de la Acción 5, de septiembre de 2014<sup>8</sup>, se analizaron varias opciones y se propuso el enfoque del nexo (*nexus approach*) como forma de vincular los gastos en I+D+i con la concesión de beneficios fiscales. Dicho de otra forma, se alinea la tributación de los beneficios derivados de la propiedad industrial e intelectual con el lugar en el que la actividad creadora de esos intangibles ha sido desarrollada. Tomando ese enfoque como modelo, Alemania y Reino Unido, en un comunicado conjunto, propusieron el enfoque del nexo modificado

<sup>3</sup> FELDER, M.: *IP Boxes from a European, Liechtenstein and Swiss Perspective*, Schulthess Verlag, Zúrich, 2013, p. 1.

<sup>4</sup> PÉREZ BERNABEU, B.: “R&D&I Tax Incentives in the European Union and State Aid Rules”, *European Taxation*, vol. 54, n.º 5, 2014, p. 181.

<sup>5</sup> Estos once países son Bélgica, Chipre, España, Francia, Holanda, Hungría, Italia, Luxemburgo, Malta, Portugal y Reino Unido. También en 2011, Liechtenstein y el cantón suizo de Nidwalden introdujeron el régimen del *patent box*. Por su parte, Suiza está llevando a cabo una reforma fiscal que incluye un fuerte paquete en I+D, recogiendo una propuesta de *patent box* basado en la existencia de un nexo y la posibilidad de que los cantones suizos puedan introducir input incentives. Por otro lado, en noviembre de 2010, Irlanda eliminó la exención de cánones establecida desde 1973 por motivos presupuestarios. No obstante, tiene la intención de reintroducirlo. Finalmente, Estados Unidos ha lanzado, en julio de 2015, un *discussion draft* con objeto de introducir un régimen de *patent box* [<http://waysandmeans.house.gov/wp-content/uploads/2015/07/Innovation-Box-2015-Bill-Text.pdf> (fecha consulta: 7 enero 2016)].

<sup>6</sup> OECD (1998): *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, París, pp. 19-35; OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report, pp. 19-22.

<sup>7</sup> OECD (2013): *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, París, pp. 17-18.

<sup>8</sup> OECD (2014): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: 2014 Deliverable, OECD Publishing, París.

(*modified nexus approach, MNA*), siendo acordado en el contexto del Grupo “Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas” a finales de 2014<sup>9</sup>. Bajo la fórmula del *MNA*, que se inspira en los denominados *input incentives* y cuya naturaleza es proporcional, los beneficios concedidos por los regímenes de *patent box* quedan vinculados con los gastos elegibles (*qualifying expenditures*) en I+D+i incurridos por el contribuyente por sí mismo<sup>10</sup>.

El propósito de modificar el enfoque del nexo era establecer limitaciones respecto del volumen de gastos por subcontratar actividades de I+D+i a entidades vinculadas, esto es, entre miembros de un mismo grupo; y en relación con los gastos derivados de la adquisición de patentes u otra tecnología. Concretamente, este tipo de gastos quedaban fuera de los considerados gastos elegibles, es decir, los directamente relacionados con el proceso de I+D+i, y se fijaba un techo para ellos, basado en el 30 por 100 de los gastos elegibles<sup>11</sup>.

A tenor del Informe Final de la Acción 5 del Proyecto *BEPS*<sup>12</sup>, lanzado en octubre de 2015, el cumplimiento del requisito de sustantividad implica alinearse con el enfoque del nexo<sup>13</sup>. De tal modo, la renta elegible a efectos del régimen tributario es calculada a través de la siguiente fórmula:

$$\frac{\text{Gastos elegibles en el desarrollo intangible}}{\text{Gastos totales en el desarrollo del intangible}} \times \text{Renta derivada del intangible} = \text{Renta que recibe beneficios}$$

En esta fórmula, son gastos elegibles los gastos directamente relacionados con la creación del activo intangible. En particular, los gastos en I+D+i incurridos por el propio contribuyente y los gastos por contratar I+D+i a partes o entidades independientes –por ejemplo, otras empresas o una universidad–. Por el contrario, los gastos totales incluyen, además de las dos categorías anteriores, los costes por la adquisición de activos intangibles y los gastos por la subcontratación de I+D+i a entidades vinculadas. Por lo tanto, el contribuyente puede beneficiarse de un régimen de propiedad industrial e intelectual siempre y cuando haya incurrido por sí mismo en los gastos en I+D+i para obtener la renta procedente del activo intangible.

Siguiendo ese enfoque del nexo modificado que buscaba limitar determinadas categorías de gastos, el Informe Final de la Acción 5 contempla que los Estados permitan a los contribuyentes aplicar un techo del 30 por 100 respecto de aquellos gastos considerados como elegibles con el objetivo de beneficiar a los contribuyentes que desarrollan por sí mismos actividades en I+D+i, pero sin penalizar a los contribuyentes que adquieren intangibles o subcontratan I+D+i a entidades vinculadas. Consecuentemente, los gastos elegibles se ven incrementados en un 30 por 100, a condición de que no excedan de los gastos totales.

Gastos elegibles (*1,3)	Subcontratación vinculadas	Adquisición intangibles	Gastos totales	Coeficiente	Renta derivada intangible	Renta beneficios
200 (260)	60	20	280	0,93	400	372
100 (130)	120	40	260	0,5	400	200

<sup>9</sup> OECD (2015): *Action 5: Agreement on Modified Nexus Approach for IP Regimes*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project; *Report from de Code of Conduct Group (Business Taxation) to the Council of the European Union*, Bruselas, 11 diciembre 2014.

<sup>10</sup> OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report, p. 25; DANON, R. J.: “Tax Incentives on Research and Development (R&D). General Report”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Holanda, 2015, p. 45; SANZ-GÓMEZ, R.: “The OECD’s Nexus Approach to IP Boxes: A European Union Law Perspective”, *WU International Taxation research Paper Series*, n.º 12, 2015, p. 6.

<sup>11</sup> Esto es, si los gastos elegibles sumaban 100, los gastos totales no podían superar la cuantía de 130.

<sup>12</sup> OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report.

<sup>13</sup> Un total de 43 regímenes preferenciales han sido revisados, 16 de los cuales son regímenes de propiedad industrial e intelectual. Respecto al requisito de actividad sustantiva, todos los regímenes de propiedad industrial e intelectual revisados fueron considerados inconsistentes, total o parcialmente, con el enfoque del nexo descrito en el Informe Final de la Acción 5.

A tenor de estos ejemplos, se observa como ese techo del 30 por 100 beneficia al contribuyente que realiza por sí mismo las actividades de investigación científica e innovación tecnológica (*ejemplo 1*) y, al mismo tiempo, no penaliza excesivamente por la adquisición de tecnología o por la subcontratación de I+D+i a partes vinculadas (*ejemplo 2*). El Informe Final de la Acción 5 es consciente de que, a pesar de la adquisición de intangibles o la subcontratación de I+D+i (entre partes vinculadas), el contribuyente puede ser responsable de gran parte de la actividad creadora que ha dado lugar a la renta derivada del intangible.

Por lo tanto, los regímenes de *patent box* se encuentran en un nuevo escenario. La iniciativa de la OCDE en el desarrollo de la Acción 5 y de la UE en el contexto del Código de Conducta implica la reconsideración de los regímenes existentes. Hay una nueva fecha marcada en el horizonte, y en lo que respecta a los Estados afectados por estas nuevas disposiciones, sólo aquellos regímenes cumplidores con los nuevos estándares “sobrevivirán” en un futuro cercano. Aquellos Estados que elijan tener un régimen de *patent box* no podrán ser más generosos respecto a la definición del enfoque del nexo, pero sí que podrán conceder menos beneficios en el sentido de acotar la definición de rentas elegibles, limitar el ámbito de intangibles o reducir la *ratio*. Por otro lado, no se permitirá la aplicación a nuevos operadores de los regímenes existentes e inconsistentes con el enfoque del nexo después del 30 de junio de 2016. En el caso de que un régimen se adapte al enfoque del nexo y tenga efectos antes del 30 de junio de 2016, los nuevos operadores no podrán beneficiarse de los regímenes existentes una vez tenga pleno efecto el nuevo y consistente régimen. Se considera que, desde el año 2015, puede iniciarse el proceso para adaptar los regímenes al enfoque del nexo<sup>14</sup>. Algunos regímenes, como España, Italia o Reino Unido, ya se han adecuado al *nexus approach*.

Por otra parte, se contempla la posibilidad de que los países introduzcan una cláusula de salvaguarda que permita a los contribuyentes seguir beneficiándose del régimen existente hasta una segunda (y definitiva) fecha. En cualquier caso, el período entre las dos fechas no puede exceder de cinco años (esto es, hasta el 30 de junio de 2021 como máximo). Después de esta fecha, no podrán concederse más beneficios basados en los regímenes antiguos a los contribuyentes.

Consiguientemente, este enfoque del nexo puede verse como una norma especial antiabuso (*Special Anti-Avoidance Rule, SAAR*). Como es bien sabido, las SAARs normalmente fijan un vínculo entre la elusión fiscal y la falta de motivos económicos válidos<sup>15</sup>. Ello significa, *a sensu contrario*, que la presencia de un motivo económico válido impide la aplicación de la SAAR. En el caso de los regímenes de *patent box*, el cumplimiento del enfoque del nexo implica la existencia de una actividad económica sustantiva y real detrás de la renta procedente del intangible. Por ende, solamente la renta derivada del intangible cuyo origen esté en una actividad de I+D+i subyacente llevada a cabo por el propio contribuyente podrá beneficiarse del régimen de *patent box* –implicando, ello, la adecuación a los principios de justicia tributaria–.

Desde una perspectiva de Derecho Comparado, varios países han introducido de manera unilateral medidas para contrarrestar los efectos del traslado artificioso de beneficios. En efecto, se aprecia un incremento del uso de normas especiales antiabuso para neutralizar los (posibles) efectos *BEPS* generados por los regímenes de propiedad industrial e intelectual. En Austria, con efectos desde el 1 de marzo de 2014, los cánones pagados por una empresa austriaca a partes vinculadas en terceros países no son deducibles cuando los cánones estén exentos o sujetos a un tipo de gravamen efectivo inferior al 10 por 100 en el Estado receptor<sup>16</sup>. Parece claro que esta nueva norma ha sido diseñada para frenar los regímenes de *patent box*<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report, pp. 34-35.

<sup>15</sup> En España, según SOLER ROCH, la mayoría de las SAARs se basan en la ausencia de un motivo económico o empresarial válido diferente del ahorro fiscal (SOLER ROCH, M. T.: “Las normas antiabuso generales y especiales”, *VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros*, Instituto de Estudios Fiscales, n.º 12, 2011).

<sup>16</sup> C. fr. MITTERLEHNER, K., y MITTERLEHNER, M.: “Tax Incentives on Research and Development (R&D). Austria Report”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Holanda, 2015, pp. 142-144; SCHUCHTER, Y., y KRAS, A.: “Austria-Corporate Taxation (sec. 1.)”, *Country Surveys IBFD* (acceso 30 junio 2015).

<sup>17</sup> DANON, R. J.: “Tax Incentives on Research and Development (R&D). General Report”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Holanda, 2015, p. 53.

Ha de tenerse en cuenta que Austria no ha introducido e implementado un régimen de *patent box*, sin embargo ello no significa que no puedan existir en su territorio efectos indirectos de los *output incentives*. Esta medida se encuentra, precisamente, conectada con ellos. En este sentido, puede verse: LOEPRICK, J.: “Indirect Access to Intellectual Property Regimes-Effects on Austrian and German Affiliates”, *WU International Taxation research Paper Series*, n.º 13, 2015.

Aun pudiendo resultar efectivas en la lucha contra *BEPS*, este tipo de medidas pueden llevar, como señala Freedman, a una mayor litigiosidad e incertidumbre. Esta autora aboga por introducir principios generales o un enfoque estándar<sup>18</sup> para combatir las prácticas fiscales abusivas. En este sentido, entendemos que el requisito de actividad sustantiva determinado a partir del enfoque del nexo, como forma de asegurar la tributación donde los beneficios se han generado, puede actuar como ese estándar común a cualquier régimen preferencial, especialmente a los relacionados con la propiedad industrial e intelectual. Careciendo de sentido la introducción de medidas unilaterales para paliar los (posibles) efectos *BEPS*, pues la existencia de regímenes basados en el enfoque del nexo determina la existencia de actividad sustantiva.

De esta forma, la elegibilidad de una determinada renta para beneficiarse de un régimen de *patent box* basado en el enfoque del nexo aseguraría, primero, la existencia de la actividad de I+D+i subyacente; segundo, que los beneficios están tributando allí donde se ha generado el valor; y, tercero, en el contexto de la UE, las rentas tributarían solamente una vez dentro del territorio de la UE.

### 3. EL REFUERZO DE LOS REGÍMENES DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

El régimen de transparencia fiscal internacional (en adelante TFI) supone una extensión de la imposición en residencia. Este tipo de normas previenen la elusión fiscal a través de sociedades foráneas controladas (CFC) situadas en una jurisdicción de baja o nula tributación. Las CFCs crean oportunidades para el traslado de beneficios y un diferimiento de la tributación a largo plazo. No cabe duda de que los regímenes de *patent box* implican una ventaja fiscal, en el sentido de que conceden un tratamiento tributario preferente a aquel contribuyente que realiza ese tipo de actividades.

En el marco del Plan de Acción de la OCDE, por medio de su Acción 3<sup>19</sup>, pretende uniformar el régimen de TFI para evitar los efectos *BEPS*; así como beneficiarse de los efectos positivos de ese tipo de normas dado que los contribuyentes no tendrían suficientes alicientes para desplazar sus beneficios a jurisdicciones de baja o nula tributación. En esencia, las normas sobre CFC llevan a atribuir las rentas en el Estado de residencia de la sociedad matriz, pero también tienen efectos positivos en el Estado de la fuente porque los contribuyentes no tendrán incentivos para trasladar los beneficios a un tercer Estado<sup>20</sup>.

El Informe Final de la Acción 3 reconoce que los grupos de sociedades pueden crear entidades vinculadas no residentes a las que desplazar determinados tipos de rentas, y que esas partes vinculadas pueden establecerse en países de baja tributación por razones tributarias en lugar de motivos extra fiscales<sup>21</sup>. El régimen de TFI permite neutralizar este tipo de prácticas abusivas. No obstante, algunos Estados no tienen actualmente normas sobre CFC y otros<sup>22</sup>, aunque cuentan con este tipo de disposiciones, no siempre contrarrestan *BEPS* de una manera efectiva<sup>23</sup>.

Con el objetivo de determinar cuándo resultan aplicables las normas sobre CFC, han de considerarse varias cuestiones conforme a la Acción 3. En primer lugar, la CFC debe ser tratada como “controlada” cuando los residentes tengan, como mínimo, más del 50 por 100 del control (ya sea de manera directa o indirecta). Ese control puede referirse a un control legal (derechos de voto respecto de la filial), un control económico (derechos sobre los beneficios, así como sobre el capital y los activos en determinadas circunstancias), un control *de facto* (v. gr. quien toma las decisiones importantes en los asuntos de la empresa no residente) o un control basado en la consolidación (relacionado con principios contables). Una vez se ha determinado la existencia de una entidad extranjera controlada, la

---

<sup>18</sup> FREEDMAN, J.: “Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle”, *ob. cit.*, p. 352.

<sup>19</sup> OECD (2015): *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3: Final Report, OECD Publishing, París.

<sup>20</sup> OECD: *Public Discussion Draft*. BEPS Action 3: Strengthening CFC rules, 12 mayo 2015.

<sup>21</sup> OECD (2015): *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3: Final Report, OECD Publishing, p. 11.

<sup>22</sup> Según un estudio de la Comisión Europea, la mitad de los Estados miembros, esto es, 14 Estados, no tienen normas sobre transparencia fiscal internacional [EUROPEAN COMMISSION: “Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators (Final Report)”, *Taxation Papers, Working Paper*, N. 61, 2015].

<sup>23</sup> Las primeras normas sobre CFC fueron establecidas en 1962. Actualmente, 30 de los países que participan en el Plan de Acción de la OCDE tienen *CFC rules*, y otros han expresado su interés en implementarlas [OECD (2015): *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3: Final Report, OECD Publishing, p. 9].



siguiente cuestión es si la renta obtenida por la CFC genera *BEPS*, y entonces la misma debe ser atribuida a la empresa que ejerce el control sobre aquélla.

Ciertamente, no todas las rentas de una CFC deberían atribuirse de acuerdo con estas normas. Esto es, en algunos casos el establecimiento de entidades vinculadas no residentes puede deberse a razones empresariales (v. gr. la existencia de centros de investigación o un alto nivel educativo, entre otras). Por tanto, la renta que procede de una actividad económica real debe excluirse del ámbito de aplicación del régimen de TFI. En esta línea, el TJUE, en el asunto *Cadbury Schweppes* (C-196/04) de 12 de septiembre de 2006, estableció que el uso de las normas sobre CFC está justificado cuando, a fin de prevenir la elusión fiscal, van específicamente dirigidas a negocios notoriamente artificiosos que no reflejan una realidad económica y cuyo propósito es obtener una ventaja fiscal. Por lo tanto, y especialmente en el marco de la UE, se requiere un análisis sobre la sustancia para que la sujeción al régimen de TFI opere únicamente cuando la CFC no está inmersa en verdaderas actividades económicas.

Por sus características, los cánones y otras rentas derivadas de la propiedad industrial e intelectual pueden ser fácilmente trasladables del lugar en el que la actividad creadora del intangible ha sido desarrollada, recibiendo la calificación de rentas pasivas, esto es, rentas que no proceden de ninguna actividad económica sustantiva. Sin embargo, las rentas procedentes de la propiedad industrial e intelectual no siempre son generadoras de *BEPS*.

De forma parecida a la Acción 5<sup>24</sup>, un análisis sobre la sustantividad puede determinar si la CFC está realizando actividades económicas en base a las cuales la renta será atribuible o no bajo el régimen de TFI<sup>25</sup>. Dicho de otra manera, la existencia de una actividad real detrás de la renta obtenida por la CFC debería implicar la no aplicación de este régimen. El citado análisis puede llevarse a cabo a través de un umbral (*threshold test*) o bien por medio de un análisis de proporcionalidad<sup>26</sup>. En el primer caso, bajo el test del umbral –entendido como “todo o nada”–, una concreta cuantía de actividad (identificada a través de uno o varios extremos) permitiría que toda la renta de la CFC quedase excluida. Una CFC que no esté inmersa en ese volumen de actividades, incluiría sus rentas en el régimen de TFI. En segundo lugar, bajo el análisis de proporcionalidad, la renta de la CFC sería solamente excluida si el volumen de renta es proporcional a las actividades que la CFC ha llevado a cabo. Por ejemplo, si un 75 por 100 de las actividades realizadas por la CFC son las que, de hecho, se necesitan para obtener ciertas rentas, entonces el 25 por 100 de esas rentas sería atribuido conforme a las reglas del régimen de TFI.

En lo relativo a las posibilidades de diseñar dicho análisis sustantivo, la Acción 3 establece unas disposiciones especiales para los supuestos de propiedad industrial e intelectual, de tal forma que la renta generada por la explotación de intangibles que reúna los requisitos del enfoque del nexo (Acción 5) no sería atribuida conforme a las normas sobre CFC. De modo que, una vez se ha determinado la existencia de una sociedad extranjera controlada, si queda demostrado que la renta sería elegible para beneficiarse de un régimen de *patent box* basado en el enfoque del nexo que opera en la jurisdicción de la CFC, entonces esa renta no sería atribuida y tampoco objeto de aplicación de las normas del régimen de TFI de la jurisdicción de la sociedad matriz.

En conclusión, las normas sobre CFC no deben aplicarse cuando la renta esté sujeta a tributación conforme a un régimen de *patent box* en línea con el enfoque del nexo. Los regímenes consistentes con el *nexus approach* conceden un tratamiento fiscal preferente a las rentas derivadas de propiedad industrial e intelectual que proceden de auténticas actividades económicas. Por lo tanto, el riesgo de desplazamiento de los beneficios desaparece. Por otro lado, ha de remarcar que el enfoque del nexo tiene vocación obligatoria, mientras que el Informe Final de la Acción 3 contiene recomendaciones para reforzar estos mecanismos.

<sup>24</sup> OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report, OECD Publishing, pp. 24 y ss.

<sup>25</sup> Téngase en cuenta que el Informe Final de la Acción 3 contiene recomendaciones respecto de las normas sobre CFC, definiendo a partir de su Capítulo 4 la renta correspondiente a la CFC (y, en su caso, atribuible). El análisis sustantivo es uno de los enfoques propuestos, junto a otros como el análisis por categorías. De hecho, a tenor del Informe, muchos Estados miembros combinan estos dos tipos de análisis [OECD (2015): *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3: Final Report, OECD Publishing, pp. 43 y ss.].

<sup>26</sup> OECD (2015): *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3: Final Report, OECD Publishing, pp. 47-49.

#### 4. LA INTRODUCCIÓN DE UNA CLÁUSULA DE SUJECCIÓN EN LOS CONVENIOS

El Informe Final de la Acción 6 del Proyecto de la OCDE propone introducir en materia de cánones (art. 12 MC OCDE), bajo la condición de definir “régimen tributario especial”, la siguiente disposición: “los cánones procedentes de un Estado contratante y cuyo beneficiario efectivo sea residente en el otro Estado contratante podrán ser gravados en el primer Estado contratante conforme a la normativa nacional si ese residente está sujeto a un régimen tributario especial...”<sup>27</sup>. Con ello, se permite la tributación en el Estado de la fuente cuando existe un régimen tributario especial en el Estado de residencia y éste es definido en el Convenio. En base a la citada propuesta, se entiende por régimen tributario especial “cualquier disposición legislativa o reglamentaria, así como práctica administrativa que provea una tributación efectiva especial a esa renta o beneficio, ya sea por medio de reducciones en el tipo de gravamen o en la base imponible (...) Sin embargo, el término no debe incluir disposiciones legislativas, reglamentarias o práctica administrativa” cuya aplicación “no beneficie desproporcionadamente esos intereses, cánones u otras rentas, o cualquier combinación de ellos” o bien “que, a excepción de los ingresos financieros, cumpla con un requisito de actividad sustantiva”. Por ende, esta definición excluye del término “régimen tributario especial”, en primer lugar, los casos en que su aplicación implique un beneficio proporcionado y, en segundo lugar, los supuestos en los que quede probada la existencia de una actividad económica sustantiva. Probablemente, esta segunda excepción a la definición de régimen tributario especial esté pensando en la posibilidad de exceptuar de la aplicación de esta cláusula aquellos regímenes de *patent box* que, siguiendo la Acción 5, se han adecuado al enfoque del nexo. Dado su tenor literal –“ya sea por medio de reducciones en el tipo de gravamen o en la base imponible”–, no se está haciendo referencia a los incentivos o beneficios fiscales que operan a nivel de cuota.

De manera similar, Estados Unidos ha introducido en su nuevo Modelo Convenio (en adelante MC EEUU)<sup>28</sup> normas sobre regímenes tributarios especiales destinadas a evitar la doble imposición cuando el contribuyente hace uso de las disposiciones del Convenio, combinadas con regímenes tributarios especiales, para conseguir la nula o baja tributación en los Estados parte del Tratado. A saber, sus artículos 11 (intereses), 12 (cánones) y 21 (otras rentas) contemplan la posibilidad de gravar en el Estado de la fuente tales tipos de rentas si el beneficiario efectivo está sujeto a un régimen tributario especial en su Estado de residencia.

Previamente a la publicación del nuevo MC EEUU, se elaboró un borrador que fue sometido a consulta pública en mayo de 2015<sup>29</sup>. En dicho borrador, se incluía una definición de “régimen tributario especial” que, al igual que el Informe Final de la Acción 6, excluía las disposiciones legislativas, reglamentarias o la práctica administrativa cuyo beneficio no resultara desproporcionado y, por otro lado, cuando, en relación con los cánones, cumpliera “*con un requisito de actividad sustantiva*”. Ello suponía la alineación con uno de los pilares del Plan de Acción de la OCDE: “reforzar los requisitos de sustantividad en los actuales estándares internacionales”; y, más concretamente, con el enfoque del nexo previsto en el Informe Final de la Acción 5.

No obstante ello, la versión definitiva, aunque se inspira en la iniciativa de la OCDE, se aparta de esa definición. El artículo 3.1 j) MC EEUU ya no hace referencia al beneficio desproporcionado ni a la presencia de una actividad sustantiva, sino que ha acotado una serie de circunstancias bajo las cuales una ley, disposición reglamentaria o práctica administrativa serán tratadas como un régimen tributario especial. Se refiere, en particular, a un tratamiento preferente en la forma de tipo de gravamen especial, una reducción (“permanente”) en la base imponible o un régimen preferencial a favor de empresas que “no se involucran en la conducción activa de una actividad empresarial”. Esta disposición solamente será aplicable cuando el beneficiario y el pagador sean personas vinculadas (*connected person*), recogiendo, en ese sentido, una definición de entidades vinculadas en el artículo 3.1 m) MC EEUU.

En definitiva, el Informe Final de la Acción 6 incluye una excepción respecto de los cánones cuando la disposición en cuestión está diseñada para incentivar, y de hecho requiere, actividades sustantivas

<sup>27</sup> OECD (2015): *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, Action 6: Final Report, OECD Publishing, pp. 96-98.

<sup>28</sup> El nuevo MC EEUU ha sido publicado en el sitio web del “U. S. Department of the Treasury” el 17 de febrero de 2016 [<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/treaties.aspx> (fecha consulta: 19 febrero 2016)].

<sup>29</sup> El citado borrador está disponible en: <http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/jl10057.aspx> (fecha consulta: 10 noviembre 2015).

realizadas en el Estado de residencia. De esta forma, si el Estado de residencia introduce una normativa que concede un tratamiento fiscal preferente a las rentas derivadas de propiedad industrial e intelectual, esas disposiciones no se configurarían como un régimen tributario especial si el beneficio fiscal otorgado se limita a la renta vinculada con las actividades, llevadas a cabo en el Estado de residencia, para desarrollar propiedad industrial e intelectual. Respecto a cómo interpretar el requisito de sustantividad, entendemos que ha de hacerse una remisión a los estándares fijados por el Foro de Prácticas Fiscales Perjudiciales, cuyas recomendaciones han quedado recogidas en el Informe Final de la Acción 5. Por su parte, el MC EEUU 2016 permite la sujeción de los cánones en el Estado de la fuente cuando el beneficiario efectivo, persona vinculada al pagador de los mismos, se beneficia de un régimen tributario especial en el Estado de residencia. Para lo cual, el término “régimen tributario especial” no parece tener en mente el enfoque del nexo.

Dada la excepción del “beneficio proporcionado” de la Acción 6, es menester abordar la interpretación de este criterio. En el borrador MC EEUU (mayo 2015), se daban ciertas directrices acerca de cómo cumplir con tal criterio. Así pues, se establecía que la disposición legislativa, reglamentaria o práctica administrativa debía ser de aplicación general y disponible para todo tipo de empresas –es decir, una medida general–. Son ejemplos de medidas de aplicación general no considerados como regímenes tributarios especiales, *inter alia*, aquellos sistemas que permiten deducciones generales, la amortización acelerada o la consolidación empresarial<sup>30</sup>.

Por otro lado, ha de recordarse que la justificación para introducir un régimen tributario especial se basa en la existencia de valores constitucionales u otros intereses públicos (fines extrafiscales), de forma que los incentivos fiscales deben ser proporcionales al objetivo no fiscal perseguido y, en ningún caso, pueden basarse en decisiones arbitrarias<sup>31</sup>. De esta manera, los requisitos para la validez de un tratamiento fiscal diferente en situaciones comparables son: a) un objetivo y justificación razonable (v. gr. amparado en valores constitucionales); y, b) la proporcionalidad de la medida. A tenor del segundo requisito, una norma especial para fomentar fiscalmente la I+D+i será considerada proporcional solamente cuando el mismo resultado no pueda ser alcanzado con otro tipo de medida menos “falseadora”. En particular, la cuantía e intensidad de la renta que se beneficia por la medida debe limitarse al mínimo necesario para que la actividad de I+D+i sea efectuada<sup>32</sup>. Por lo tanto, será proporcional (y razonable) aquella medida que mantenga un equilibrio entre la efectividad en la consecución del objetivo –promoción I+D+i– y el impacto que esa medida tenga en los recursos públicos.

## 5. EL PLAN DE ACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA: EL RELANZAMIENTO DE LA BASE IMPONIBLE COMÚN CONSOLIDADA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

El 17 de junio de 2015 la Comisión Europea publicó su Comunicación *Un sistema de imposición justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales* (o, en su versión inglesa, *A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action*)<sup>33</sup>. La fiscalidad corporativa se erige como piedra angular de un sistema fiscal equitativo y eficaz, dada la importante fuente de ingresos que supone para los Estados miembros, pero también dado el rol que juega en las decisiones comerciales de las empresas, como ocurre en las inversiones y actividades de I+D+i. Las tradicionales estructuras empresariales han dado paso a esquemas corporativos complejos que buscan deslocalizar sus activos y situar sus beneficios empresariales en territorios de baja o nula tributación. Es bien sabido que los intangibles son fácilmente desplazables e importantes conductores de

<sup>30</sup> Igualmente, señalaba que la excepción generalmente se aplica a la exención de la renta atribuible a los establecimientos permanentes situados en otros Estados. Sin embargo, no se aplicaría si el Estado de residencia administra de tal forma la excepción que se espere razonablemente un beneficio desproporcionado de los intereses, cánones u otras rentas, por ejemplo, tratando esa renta como atribuible a un establecimiento permanente extranjero en el caso de que el Estado en el que reside dicho establecimiento no prevea gravar tal renta.

<sup>31</sup> GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M. A.: “Algunas notas sobre la extrafiscalidad y su desarrollo en el derecho tributario”, *Revista Técnica Tributaria*, n.º 107, 2014, p. 153.

<sup>32</sup> Comunicación de la Comisión relativa al marco comunitario sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación, DOUE N.º C 323/01, 30 diciembre 2006, apdo. 1.3.5.

<sup>33</sup> COM (2015) 302 final: *Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*, Bruselas, 17 junio 2015.

Una visión completa de las cinco áreas de actuación puede verse en: ADORJAN, T., y VELDHIJZEN, R.: “EU Introduces Plans Regarding a Fair and Efficient Corporate Tax System”, *European Taxation*, 2015.

valor económico (y científico)<sup>34</sup>. Ciertamente, la naturaleza de las actividades de I+D+i hace relativamente sencillo su traslado de un país a otro. La globalización y la innovación tecnológica han contribuido a dicha movilidad<sup>35</sup>, creando un entorno económico global, digital y móvil. Por ende, este tipo de actividades pueden representar un riesgo de *BEPS*.

Asimismo, existe una falta de coordinación en esta materia entre los Estados miembros, por lo que las empresas operan en un mercado interno único, pero con 28 sistemas fiscales diferentes. Ello conlleva una falta de seguridad jurídica, principio esencial para dar claridad y estabilidad a las transacciones, así como para crear un clima favorable a las inversiones en innovación tecnológica y al desarrollo de actividades de investigación científica. Este escenario perjudica especialmente a las pequeñas empresas, núcleo esencial en la economía europea, que dadas sus dificultades para realizar I+D+i se encuentran, en muchas ocasiones, perdidas en un complejo entramado de normas tributarias<sup>36</sup>.

Este plan tiene como objetivo el establecimiento de un sistema de fiscalidad corporativa donde los beneficios o rendimientos empresariales tributen en aquella jurisdicción donde el valor es realmente creado. El relanzamiento de la base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (en adelante BICCIIS) se encuentra en el corazón de este Plan. Esta propuesta, lanzada por la Comisión en 2011<sup>37</sup>, “podría constituir un instrumento extremadamente eficaz para alcanzar el objetivo de una fiscalidad más justa y eficaz”<sup>38</sup>. Se plantea como la principal herramienta en la lucha contra la planificación fiscal agresiva, incorporando recientes desarrollos internacionales y atribuyendo rentas allí donde el valor ha sido creado.

En este sentido, la Comisión considera la BICCIIS como una solución global al traslado de beneficios. Así pues, las empresas únicamente tendrían que atenerse a un único conjunto de normas para calcular su renta imponible –en lugar de afrontar hasta 28 sistemas diferentes–, pudiendo, además, compensar las pérdidas sufridas en un Estado miembro con los beneficios obtenidos en otro. La BICCIIS eliminaría disparidades entre los sistemas nacionales que llevan a las prácticas fiscales abusivas y excluiría la posibilidad de emplear los regímenes preferenciales para el traslado de beneficios. Igualmente, se estima que mediante esta base común, los Estados miembros tendrían una respuesta uniforme frente a las empresas extranjeras controladas (CFC), con el objeto de impedir el traslado de beneficios hacia territorios de baja o nula tributación<sup>39</sup>. La Comisión considera que la nueva propuesta de BICCIIS debe ser obligatoria para todas las compañías de la UE que forman parte de un grupo. En dicha propuesta, la Comisión Europea ha planteado un tratamiento favorable de los costes en I+D haciendo estos costes totalmente deducibles en el año fiscal en que han sido incurridos, con la excepción de los gastos relativos a los bienes inmuebles. Una opción para hacer la propuesta BICCIIS más favorable a la promoción de la I+D puede ser la introducción de preceptos más generosos en la deducción de los costes en I+D, como deducciones mejoradas o reforzadas, aplicables actualmente en algunos Estados miembros (v. gr. Croacia, Holanda y Reino Unido).

En esta propuesta incipiente, debe valorarse el cambio dado respecto a la propuesta inicial de la BICCIIS de 2011, pues en ese momento no se incluía ningún precepto acerca de qué entender por incentivo fiscal e incluso se denegaba, de manera implícita, el derecho de los Estados miembros a adoptar incentivos fiscales en el panorama nacional<sup>40</sup>. Tal negativa podía resultar, como señala el

---

<sup>34</sup> A tenor de la Acción 3 del Proyecto *BEPS*, los cánones y otras rentas derivadas de propiedad industrial e intelectual son geográficamente desplazables y consecuentemente erosionan las bases imponibles e implican un riesgo de traslado de los beneficios [OECD (2015): *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3: Final Report, 2015, pp. 44-45].

<sup>35</sup> OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report, 2015, p. 11.

<sup>36</sup> Según datos de *Eurostat* de noviembre de 2015, nueve de cada diez empresas europeas tiene plantillas inferiores a los diez trabajadores. En el año 2012, fueron creadas 2.3 millones de empresas en la UE, de las cuales, el 70,8 por 100 carecía de trabajadores. Estas microempresas, así como el emprendedurismo, generan, al mismo tiempo, un importante volumen de empleo y también menores niveles de desempleo en el contexto europeo.

<sup>37</sup> COM (2011) 121/4: *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Bruselas, 16 marzo 2011.

<sup>38</sup> COM (2015) 302 final: *Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*, Bruselas, 17 junio 2015, p. 8

<sup>39</sup> Precisamente, en este contexto, los trabajos de la OCDE relativos a las CFC *rules* serán tenidos en cuenta en la nueva BICCIIS [COM (2015) 302 final: *Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*, Bruselas, 17 junio 2015, p. 10].

<sup>40</sup> COM (2011) 121/4: *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Bruselas, 16 marzo 2011.

profesor TRAVERSA, contraria a otros documentos de la UE que abogan por el uso de incentivos fiscales, concretamente cómo interactuaría el proyecto de la BICIS con las normas sobre ayudas de Estado, dado que las directrices sobre ayudas estatales de la Comisión Europea permiten a los Estados miembros adoptar un amplio abanico de incentivos fiscales, a nivel corporativo, dirigidos a diferentes metas como la I+D+i o la protección ambiental, entre otros<sup>41</sup>.

En primer lugar, la nueva propuesta de la BICIS plantea un “tratamiento favorable” a la I+D+i basado en la completa deducibilidad de los costes en I+D+i en el año fiscal en que han sido incurridos. Debe apuntarse que, por lo general, los gastos en I+D+i son deducibles fiscalmente<sup>42</sup>. Por lo que, no puede hablarse de un “tratamiento fiscal favorable” dado que esa propuesta no resulta, en ningún caso, rompedora<sup>43</sup>. Pues, en la gran mayoría de los Estados miembros ya está contemplada la deducibilidad de los gastos en I+D+i<sup>44</sup> y porque, ciertamente, no está confiriendo una ventaja fiscal adicional en la promoción de la I+D+i<sup>45</sup>. Por ende, entendemos que la intención de esta propuesta es a fin de la mera armonización de estándares. En segundo lugar, plantea la posibilidad de introducir preceptos más generosos, como la concesión de deducciones adicionales o mejoradas (*enhanced allowances*)<sup>46</sup>. Sin duda, estas deducciones mejoradas suponen un fuerte estímulo fiscal a la I+D+i. No obstante, esas deducciones especiales permiten a las empresas deducir de su base imponible un importe superior al gasto en I+D+i realizado, lo que supone una forma de ahorro fiscal (dependiendo del tipo impositivo, al operar en la base imponible)<sup>47</sup>. De esta forma, se está concediendo una ventaja fiscal que va más allá del gasto en I+D+i incurrido por el contribuyente en la realización de las actividades de investigación. Es decir, cabría hablar de un beneficio fiscal no proporcionado al gasto o esfuerzo inversor.

A nuestro juicio, los incentivos fiscales a la I+D+i como actividad deben contemplarse a nivel de cuota y no de la base imponible. El extendido crédito fiscal (*tax credit*) a la I+D+i permite aplicar un porcentaje de deducción que actúa directamente sobre la cuota íntegra, no dependiendo, así, del tipo impositivo del impuesto<sup>48</sup>. Asimismo, esta deducción en cuota puede configurarse como un sistema mixto, en el sentido de que permita beneficiar al sujeto que cuenta con una trayectoria regular en I+D+i (“sobre el volumen”), así como beneficiar significativamente a aquel sujeto que, de manera progresiva, aumenta su esfuerzo inversor en I+D+i (“sobre el incremento”). Lógicamente, este tipo de incentivo no formaría parte de la BICIS, sino que cada Estado, en base a sus competencias en materia tributaria, decidiría sobre su configuración. Consecuentemente, no sería un extremo uniformado, por lo que las empresas atenderían hasta a 28 sistemas en materia de deducciones en I+D+i.

Por otro lado, la propuesta de la Comisión no ha entrado a valorar los regímenes de *patent box*, los cuales, en la actualidad, operan a nivel de la base imponible (v. gr. España o Bélgica) o bien se eri-

<sup>41</sup> TRAVERSA, E.: “Tax Incentives and Territoriality within the European Union: Balancing the Internal Market with the Tax Sovereignty of Member States”, *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 3, 2014, pp. 321-322. De manera similar, LUJA, R.: “Tax Incentives on Research and Development (R&D). European Union Report”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Holanda, 2015, p. 76.

<sup>42</sup> En cuanto a la deducibilidad de este tipo de gastos en el panorama español, véase: NAVARRO FAURE, A.: “Los gastos deducibles derivados de la propiedad intelectual e industrial”, *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, n.º 6, 2012, y, NAVARRO FAURE, A.: “El régimen jurídico-tributario de la propiedad industrial en España”, *Revista Técnica Tributaria*, n.º 58, 2002.

<sup>43</sup> La Confédération Fiscale Européene (CFE), en su *Opinion Statement FC 1/2016 on the public consultation Re-launch of the CCTB*, considera que debe establecerse un nexo que permita asegurar que los gastos en I+D+i realmente incurridos en un Estado van a ser deducibles.

<sup>44</sup> Pueden verse los Informes Nacionales recogidos en el vol. 100a de los *Cahiers de Droit Fiscal International* de 2015, *inter alia*: MITTERLEHNER, K., y MITTERLEHNER, M.: “Tax Incentives on Research and Development (R&D). Austria Report”, *ob. cit.*, p. 128; KÜNNAPAS, K.: “Tax Incentives on Research and Development (R&D). Estonia Report”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Holanda, 2015, p. 279; RAJAMÄKI, A.: “Tax Incentives on Research and Development (R&D). Finland Report”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Holanda, 2015, p. 292.

<sup>45</sup> En términos generales, los gastos contables (esto es, los incluidos en la cuenta de pérdidas y ganancias) son normalmente deducibles en el año fiscal en que han sido incurridos. Por lo tanto, la deducibilidad fiscal no solamente cubre los costes en I+D+i, sino también otros tipos de gastos incurridos por los contribuyentes en el desarrollo de su actividad empresarial (bajo ciertas condiciones dependiendo de cada país).

<sup>46</sup> Estas son las dos opciones en lo que se refiere al tratamiento de la I+D+i planteadas por la Comisión Europea en una consulta pública sobre la BICIS, abierta hasta el 8 de enero de 2016 ([http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/common/consultations/tax/relaunch\\_ccctb\\_en.htm](http://ec.europa.eu/taxation_customs/common/consultations/tax/relaunch_ccctb_en.htm)).

<sup>47</sup> CORCHUELO MARTÍNEZ-AZÚA, M. B.: “Incentivos fiscales a la I+D en la OCDE: estudio comparativo”, *Cuadernos Económicos de ICE*, n.º 73, Ministerio de Economía y Competitividad, 2007, pp. 201-202; OECD (2002): *Tax Incentives for Research and Development: Trends and Issues*, OECD Publishing, París, p. 12.

<sup>48</sup> Ídem.

gen como un tipo de gravamen reducido (v. gr. Inglaterra u Holanda). En su Comunicación de junio de 2015, la Comisión únicamente se refiere al enfoque del nexo como determinante de la vinculación entre el régimen especial y el lugar donde se genera el valor. Consecuencia lógica si finalmente se establece la BICIS, será la reconsideración de aquellos *IP boxes* situados a nivel de base.

Igualmente, en esta misma Comunicación se hace referencia a los obstáculos –como la doble imposición– al desarrollo del mercado único que la UE trató de salvar por medio de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, y la Directiva sobre intereses y cánones. En relación a esta última, su artículo 3 establece que “[l]os pagos de intereses o cánones procedentes de un Estado miembro estarán exentos de cualquier impuesto sobre dichos pagos (...) en dicho Estado de origen, siempre que el beneficiario efectivo de los intereses o cánones sea una sociedad de otro Estado miembro o un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro de una sociedad de un Estado miembro”<sup>49</sup>. Ahora bien, este tipo de normativa de la UE destinada a levantar obstáculos y evitar la doble imposición, puede involuntariamente llevar a una doble no imposición. Piénsese, por ejemplo, en un escenario en el que la Sociedad A, residente en el Estado miembro A, cede el uso de una patente a la Sociedad B, residente en el Estado miembro B. Ambas sociedades son entidades vinculadas, existiendo un régimen de *patent box* en el Estado miembro A, que permite gravar los cánones y otras rentas derivadas de propiedad industrial e intelectual a un tipo de gravamen efectivo reducido. En consecuencia, los cánones son gravados a un bajo tipo impositivo en el Estado de residencia (Estado A) y están exentos, por aplicación de la Directiva sobre intereses y cánones, en el Estado de la fuente (Estado B).

La Comunicación de la Comisión de junio de 2015 señala que la refundición en curso de la Directiva sobre intereses y cánones es una oportunidad para que el Consejo actúe sobre este tipo de escenarios. Por ello, apunta a la modificación de la legislación de modo que los Estados miembros no estén obligados a conceder un trato favorable a los pagos de intereses y cánones si no hay una imposición efectiva en otro lugar de la UE<sup>50</sup>. Por lo tanto, la Comisión tiene intención de introducir una cláusula antiabuso<sup>51</sup>.

A pesar de esta propuesta reflejada en la Comunicación de la Comisión de junio de 2015, ha de señalarse que los Estados miembros no están realmente, como apunta esta Comunicación, obligados a eximir de tributación los cánones (e intereses) en el Estado de la fuente. Puesto que, la propia Directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros de manera unilateral dejen sin aplicación la misma<sup>52</sup>. En base a su artículo 5, la Directiva “no se opondrá a la aplicación de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a impedir el fraude fiscal y los abusos”, y, asimismo, los Estados miembros pueden denegar la aplicación de la Directiva “a cualquier transacción cuyo móvil principal o uno de cuyos principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso”.

De esta forma, en el actual contexto marcado por las iniciativas de la OCDE y de la UE por neutralizar las prácticas fiscales abusivas, los Estados miembros pueden introducir medidas unilaterales destinadas a impedir el *fraus legis*<sup>53</sup>. Si bien podríamos compartir tal propuesta, dada la cobertura de la Di-

---

<sup>49</sup> Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados.

<sup>50</sup> COM (2015) 302 final: *Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*, Bruselas, 17 junio 2015, p. 11.

<sup>51</sup> En el documento “BEPS: Presidency roadmap on future work” (6039/16 FISC 20) de 19 de febrero de 2016 se señala el interés de la Presidencia (Holanda) en seguir avanzando con los trabajos sobre dicha cláusula antiabuso (*de minimis anti-abuse clause*) y, en concreto, centrándose en el concepto de una cláusula de tributación efectiva mínima [*Minimum Effective Taxation (MET) clause*]. En este sentido, se plantean dos alternativas, la cláusula *MET* como único criterio o la cláusula *MET* combinada con un test de actividad económica. Asimismo, se establece la posibilidad de incluir o referirse al enfoque del nexo (modificado) de la OCDE en la Directiva de Intereses y Cánones. Este documento está disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10649-2015-INIT/en/pdf> (fecha consulta: 24 febrero 2016).

En el *Working Party on tax Questions-Direct Taxation* de 16 de febrero de 2016 se aboga por un tipo efectivo mínimo del 10 por 100. Es decir, los pagos por intereses y cánones quedarían exentos de tributación en el Estado de la fuente cuando el tipo de gravamen resultante de la aplicación del régimen tributario aplicable a esos pagos en el Estado de residencia sea al menos del 10 por 100.

<sup>52</sup> A pesar de la opinión generalizada acerca de esta prohibición, la realidad es que la misma no existe dado que la Directiva permite la adopción de medidas unilaterales que la dejen sin aplicación para neutralizar las prácticas fiscales abusivas. Ahora bien, ciertamente el objetivo principal de la Directiva es evitar la doble imposición y asegurar que todas las rentas tributen solamente una vez dentro de la UE (JARASS, L., y OBERMAIR, G. M.: “Unilateral Withholding Tax To Counteract Base Erosion and Profit Shifting”, *European Taxation*, 2015, p. 511).

<sup>53</sup> Incluso, como bien ha reconocido el TJUE, en varias de sus sentencias, la introducción de ese tipo de medidas unilaterales podría estar justificada en la eficacia de los controles fiscales, dado que es una razón imperiosa de interés general (*inter alia*, STJUE asunto *Société Baxter*, § 19).

rectiva a la introducción de ese tipo de medidas, en nuestra opinión, como se ha indicado anteriormente, la vinculación de los regímenes preferenciales al lugar donde se ha generado el valor pasa por la adopción de un enfoque estandarizado, y no a partir de medidas especiales adoptadas unilateralmente –y, por ende, dispersas dentro de un mismo espacio, el mercado interior–. Por no hablar que, en base a ello, acabaría rompiéndose el fin último de la Directiva “que todas las rentas tributen solamente una vez dentro de la UE”.

Por otra parte, en el contexto de este Plan de Acción, la Comisión Europea ha lanzado, en enero de 2016, una propuesta de Directiva para prevenir las prácticas fiscales abusivas<sup>54</sup>. A pesar de su reciente lanzamiento, podrían destacarse tres aspectos. En primer lugar, este paquete de medidas antiabuso hace referencia al acuerdo, en el contexto de la UE, de aplicar el enfoque del nexo respecto de los regímenes de *patent box*<sup>55</sup>. No obstante, quedan pendientes para un estadio posterior algunas cuestiones relativas a los regímenes tributarios especiales –como su posición en relación con la BICCS–. En segundo lugar, respecto a las normas sobre CFC, su artículo 8 prevé la inclusión en la base imponible, bajo determinadas condiciones, de una serie de categorías de rentas (*v. gr.* cánones y otras rentas derivadas de la propiedad industrial). Ello no será de aplicación cuando se trate de entidades residentes en un Estado miembro de la UE o del EEE, o bien se trate de un establecimiento permanente de entidad extranjera situado en la UE, salvo la presencia de montajes artificiales, bien en el establecimiento de la entidad o en el desarrollo de su actividad, con el propósito de obtener una ventaja fiscal. Por último, se prevé en el artículo 6 la introducción de una *switch-over clause* que podría tener cierta incidencia en los regímenes de *patent box*, incluso después de su adecuación al enfoque del nexo.

## 6. REFLEXIÓN FINAL

Es evidente que la era *post-BEPS* abre un nuevo escenario para los regímenes de *patent box*, puesto que las medidas y recomendaciones que vienen desarrollándose tanto por la OCDE como por la UE, a pesar de no ser proyectos anti-incentivos, interfieren de manera notable en su configuración. El tiempo dirá si la adaptación de tales regímenes al enfoque del nexo acordado por la OCDE y el Grupo “Código de Conducta” es suficiente para determinar su tranquila supervivencia, o si por el contrario se están adentrando en *aguas turbulentas*.

<sup>54</sup> COM (2016) 26 final: *Proposal for a Council Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market*, Bruselas, 28 enero 2016.

<sup>55</sup> COM (2016) 24 final: *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on an external Strategy for Effective Taxation*, Bruselas, 28 enero 2016, p. 5.