

## LOS INFORMES FINALES DEL PROYECTO BEPS Y LA PROPUESTA DE DIRECTIVA CONTRA LA ELUSIÓN FISCAL

JESÚS LÓPEZ TELLO  
Abogado\*

### Los informes finales del proyecto BEPS y la propuesta de Directiva contra la elusión fiscal

El 28 de enero de 2016 la Comisión Europea presentó un paquete de medidas contra la elusión fiscal, con el propósito confeso de ayudar a los Estados miembros a tomar una posición fuerte y coordinada frente a la elusión fiscal y de asegurar que las compañías pagan impuestos en el lugar donde obtienen beneficios. Pieza clave del paquete es una Directiva que propone seis medidas antiabuso, las cuales deberían ser aplicadas por todos los Estados miembros contra las formas más comunes de planificación fiscal agresiva. Esta propuesta de Directiva no puede ser entendida sin el proyecto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), desarrollado por la OCDE con el apoyo del G20, y cuyas conclusiones finales se publicaron en octubre de 2015. Este artículo examina dichas conclusiones y las seis medidas antiabuso contenidas en la propuesta de Directiva contra la elusión fiscal.

#### PALABRAS CLAVE

Impuesto sobre Sociedades, Paquete de lucha contra la elusión fiscal, BEPS, Informes finales BEPS, Directiva contra la elusión fiscal, ATAD.

### The BEPS Final Reports and the proposal for an Anti-Tax Avoidance Directive

On January 28, 2016, the European Commission presented its Anti Tax Avoidance Package, which calls on Member States to take a stronger and more coordinated stance against tax avoidance and to ensure that companies pay tax wherever they make their profits. Key element of the package is a Directive that proposes six legally-binding anti-abuse measures, which all Member States should apply against common forms of aggressive tax planning. This proposal of Directive cannot be understood without the OECD Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), endorsed by the G20 Leaders in September 2013, and whose final conclusions were published in October 2015. This paper examines and comments such final conclusions and the six legally-binding anti-abuse measures included in the proposal of Anti-Tax Avoidance Directive.

#### KEY WORDS

Corporate taxation, Anti Tax Avoidance Package, BEPS, BEPS Final Reports, Anti Tax Avoidance Directive, ATAD.

Fecha de recepción: 13-6-2016

Fecha de aceptación: 15-6-2016

### A · INTRODUCCIÓN

El 28 de enero de 2016 la Comisión Europea presentó un paquete de medidas contra la elusión fiscal con el propósito confeso de ayudar a los Estados miembros a tomar una posición fuerte y coordinada frente a la elusión fiscal y de asegurar que las compañías pagan impuestos en el lugar donde obtienen beneficios.

Pieza clave del paquete es una Directiva que propone seis medidas antiabuso, las cuales deberían ser aplicadas por todos los Estados miembros contra las formas más comunes de planificación fiscal agresiva.

### B · ¿CUÁL ES EL PROBLEMA?

Con este sugerente título (*What is the issue?*), la Comisión identifica el problema al que el paquete de medidas contra la elusión fiscal pretende hacer

frente. Y lo hace distinguiendo la enfermedad de su síntoma, aunque no lo explicita así.

La enfermedad está en que las normas vigentes que regulan la imposición sobre los beneficios de las sociedades necesitan reforma. Dichas normas ya no se adecuan al entorno económico actual, continuamente más globalizado, móvil y digital. La cada vez mayor complejidad de los modelos de negocio y de las estructuras corporativas del mundo contemporáneo ha hecho más sencillo trasladar beneficios de un país a otro y más difícil determinar qué país tiene derecho a gravar los beneficios de las empresas multinacionales.

El síntoma es la creciente dificultad de los Estados para proteger su base imponible, esto es, los beneficios de las empresas que pueden someter a su potestad de gravamen. Las leyes nacionales —dice la Comisión— ya no pueden ser completamente efectivas dada la dimensión internacional de muchas estructuras de planificación fiscal y el uso de acuerdos contractuales que sitúan artificialmente la base imponible en otra jurisdicción, dentro o fuera de la Unión Europea.

\* Abogado del Área de Derecho Fiscal de Uría Menéndez (Madrid).

Resulta gratificante un diagnóstico que, por una vez, haya anunciado la enfermedad y no solo su síntoma, aunque lo haga sin diferenciar la una del otro. Los últimos años de la práctica del Derecho tributario internacional han mostrado un proceso alarmante de demonización de las empresas multinacionales, y de la sociedad mercantil en general, permanentemente acusada de vivir para no pagar impuestos. En fin, aunque suene molesto y en cierto modo herético en estos tiempos de corrección política en 140 caracteres<sup>1</sup>, la ciencia económica tiene dicho desde antiguo que los impuestos son un coste para las empresas, y como el fin jurídico de toda compañía mercantil es obtener ganancias<sup>2</sup>, está en su ser natural tratar de ahorrar impuestos, por lo que acusarlas de hacer aquello para lo que la ciencia jurídica las ha diseñado es infantil y paradójico. Son los poderes públicos quienes deben encauzar ese ánimo lucrativo que les es consustancial, aprobando las leyes que sean necesarias para preservar la justicia y prevenir los abusos. Y para aprobar tales leyes, singularmente en el ámbito tributario, es esencial que los agentes públicos, tan pronto detecten incongruencias u obsolescencias normativas, promuevan con toda celeridad los cambios que sean precisos en las reglas del juego para que los intereses públicos no resulten insatisfechos. La dejación de esta función de impulso de cambios normativos inmediatos ha sido a nuestro juicio evidente en las Administraciones fiscales de muchos países desarrollados, que han preferido el camino fácil del *show* en los medios y la alharaca de la simulación y el abuso de derecho en lugar del trabajo duro que demanda la promoción de reformas legislativas rigurosas y a la vez consensuadas y cercanas a la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas. Pero sucede que llega un momento en que hay que enfrentar la enfermedad y no solo combatir sus síntomas. Eso sí, por el camino se ha producido, y se sigue produciendo, el desgraciado efecto de inocular en la opinión pública mensajes indiscriminados de fraude y abuso que en muchas ocasiones no han sido, ni son, otra cosa que culpar a los agentes económicos de la dejadez de las Administraciones fiscales en promover lo necesario para que las leyes tributarias vayan al compás de los tiempos.

<sup>1</sup> La longitud tradicional de un mensaje de Twitter.

<sup>2</sup> El Código de Comercio sigue diciendo (*ex. artículo 116*) que el contrato de compañía es aquel por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro.

Buscando curar la enfermedad, y al hilo de la crisis y de las crecientes necesidades de ingresos tributarios para los Estados, la OCDE, apoyada por el G20<sup>3</sup>, lanzó el proyecto conocido como BEPS, acrónimo de *Base Erosion and Profit Shifting* (en castellano, Erosión de Bases y Traslado de Beneficios). El proyecto se completó en octubre de 2015. Propone un conjunto de medidas para la reforma de algunas de las normas que tradicionalmente han disciplinado la imposición internacional sobre los beneficios de las empresas y, en sus propias palabras, pretende asegurar que los impuestos se paguen allí donde la actividad económica se desarrolle.

La Comisión Europea considera esencial que los Estados miembros implementen las conclusiones del proyecto BEPS de una manera coordinada. Entiende necesario asegurar que el Mercado Único no se vea obstaculizado por diferentes aplicaciones e interpretaciones de las normas propuestas por BEPS. Aunque la introducción de medidas unilaterales puede ser vista por los Estados miembros como una solución a corto plazo en relación con los problemas más urgentes, la Unión Europea tiene que estar segura —dice la Comisión— de que un incremento de las medidas antiabuso nacionales no socavará o minará («*undermine*» es el verbo inglés utilizado) el Mercado Único, la creación de un mercado de capitales en la Unión ni el atractivo general de Europa a nivel global.

Otra reflexión luminosa que no debiera haberse debido hacer, pero que resulta desafortunadamente procedente en un universo tributario como el actual, dominado por el becerro de oro de la norma general antiabuso, nido de inseguridad jurídica y refugio de administraciones poco dadas al trabajo riguroso y oscuro de la reforma normativa fundamentada y pronta.

Se ve la Comisión así obligada a recordar que la integración económica europea ha incrementado el bienestar de los ciudadanos, aumentando opciones y removiendo fronteras, y que ha ayudado a las empresas a acceder a mercados más amplios, aprovechando nuevas fuentes de financiación y locali-

<sup>3</sup> El Grupo de los 20 (G20) es un foro de 19 países, más la Unión Europea, que se reúne regularmente desde 1999. Está constituido por siete de los países más industrializados del mundo —Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido— (G7), más Rusia (G8), más once países emergentes (Arabia Saudita, Argentina, Australia, Brasil, China, Corea del Sur, India, Indonesia, México, Sudáfrica y Turquía), y la Unión Europea como bloque económico.

zando sus actividades de acuerdo con las condiciones económicas, en lugar de estar limitadas por las fronteras nacionales. Ello ha incrementado exponencialmente la movilidad de bienes y servicios y de factores de producción dentro de la Unión Europea, y muy especialmente la movilidad del capital, lo que ha mejorado la asignación de los recursos. Comoquiera que la imposición sobre la renta de las actividades económicas desarrolladas en la Unión continúa siendo esencialmente una competencia nacional, la Comisión considera fundamental una implementación fluida («smooth») y coordinada de los nuevos estándares nacidos de BEPS para evitar fricciones en el Mercado Único derivadas de obstáculos fiscales.

Así las cosas, si es esencial que los Estados miembros de la Unión Europea implementen las conclusiones del proyecto BEPS de una manera coordinada, lo primero será conocer esas conclusiones.

## C · LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DE BEPS

Como ya está dicho, la OCDE, apoyada por el G20, lanzó el proyecto conocido como BEPS. Se ha tratado de un plan de desarrollo de 15 acciones, cuyos informes finales se publicaron en octubre de 2015 y fueron apoyados por los líderes del G20 en noviembre de ese año.

Veamos cada una de ellas en particular, con la advertencia de que habremos de hacerlo de forma necesariamente sucinta, pues cada uno de esos informes finales es en sí mismo extenso<sup>4</sup> y además será motivo, seguro, de abundante literatura científica. Queda advertido también que los nombres en castellano de las acciones son los que ha puesto la propia OCDE.

### 1 · Acción 1. Abordar los retos de la economía digital para la imposición (*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*)

El informe final concluye que, puesto que la economía digital está hoy en día confundida en la propia economía en su conjunto, no es posible aislar la economía digital del resto de la economía para llevar a cabo un análisis separado a efectos fiscales.

Sin embargo, hay ciertos modelos de negocio y características particulares de la economía digital que agravan los riesgos BEPS (esto es, los riesgos de erosión de la base imponible nacional y el traslado artificial de beneficios entre jurisdicciones). Esto se ha tenido en cuenta en el trabajo desarrollado en el resto de acciones, así, por ejemplo, en la Acción 3 sobre normas de transparencia fiscal internacional (con una modificación en la definición de renta susceptible de imputación que comprende la imputación de ingresos derivados de la economía digital), en la Acción 8-10 (con una revisión de los criterios de precios de transferencia para abordar los riesgos planteados por la economía digital) o en la Acción 7 en la definición del concepto de establecimiento permanente (para prevenir que los contribuyentes eludan la definición actual mediante el uso de nuevos modelos de negocio).

### 2 · Acción 2. Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos (*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*)

Los denominados mecanismos híbridos explotan las diferencias en el régimen fiscal de un tipo de entidad o de un contrato o instrumento jurídico en dos o más jurisdicciones buscando no tributar en ninguna de ellas (la llamada doble no imposición).

El informe final señala tres posibles resultados de un mecanismo híbrido:

1. Resultado de deducción / no inclusión (*D/NI outcome*), que tiene lugar cuando un pago internacional es fiscalmente deducible de acuerdo con las leyes de una jurisdicción y no se incluye entre la renta gravable en la jurisdicción donde el pago se recibe.
2. Resultado de doble deducción (*DD outcome*), que sucede cuando un único pago origina dos deducciones, por ejemplo, porque lo es tanto en la matriz como en la filial o porque haya sido hecho por una entidad que tiene residencia fiscal dual (reside a la vez en dos jurisdicciones diferentes, en una por ser la jurisdicción de constitución y en otra por tener en ella la sede de su dirección efectiva).
3. Resultado indirecto de deducción / no inclusión (*indirect D/NI outcome*), que ocurre cuando un pago internacional es fiscalmente deducible de acuerdo con las leyes de una jurisdicción y se compensa con un crédito fiscal en la jurisdicción donde el pago se recibe.

<sup>4</sup> Por ejemplo, el informe final de la Acción 1 tiene 290 páginas, o 114 el de la Acción 6.

El proyecto BEPS ha desarrollado una metodología común para abordar los mecanismos híbridos, de forma que se produzca convergencia entre los regímenes fiscales de las jurisdicciones involucradas para neutralizar los resultados de los mecanismos híbridos. La metodología consiste en que las jurisdicciones adopten unas ciertas normas, que se dividen en una respuesta primaria y una norma defensiva, esta última prevista para el caso de que la respuesta primaria no haya sido aplicada en la jurisdicción del pagador. Las normas recomendadas funcionan, en síntesis, del modo siguiente:

1. Resultado de deducción / no inclusión (*D/NI outcome*): la respuesta primaria consiste en negar la deducción a nivel del pagador, mientras la norma defensiva sería la inclusión del pago entre la renta ordinaria del receptor.
2. Resultado de doble deducción (*DD outcome*): la respuesta primaria es denegar la deducibilidad del pago en cualquiera de las jurisdicciones. La norma defensiva propuesta sería la negativa a la deducción en la jurisdicción del pagador.
3. Resultado indirecto de deducción / no inclusión (*indirect D/NI outcome*): la respuesta primaria consiste en negar la deducción en sede del pagador, y en este caso no se ha considerado necesario que exista una norma defensiva.

Nuestra vigente Ley del Impuesto sobre Sociedades, la Ley 27/2014, de 27 de noviembre («LIS»), ya anticipó su versión de algunas de las propuestas del proyecto BEPS incluso antes de los informes finales de la OCDE, que como ya está dicho son de octubre de 2015<sup>5</sup>. Una de esas medidas unilateralmente anticipadas, justo lo que la Comisión encarece ahora a los Estados miembros que no hagan sin la necesaria coordinación en el seno de la Unión, se refiere al «caso del tratamiento de los híbridos», según expresión que tomamos del Preámbulo de la LIS.

<sup>5</sup> Aquí puede encontrarse un depurado ejemplo de esa cosa tan española de no llegar o pasarse. El origen de la reforma del Impuesto sobre Sociedades culminada en la Ley 27/2014 estuvo en el «Informe de la Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español», publicado en febrero de 2014. Salvo error u omisión, a lo largo de sus 436 páginas no hay una sola mención al proyecto BEPS, en marcha desde septiembre de 2013. La misma sorpresa causa que, prácticamente un año antes de que se aprueben las recomendaciones del proyecto BEPS en los correspondientes grupos de trabajo de la OCDE, ya exista un proyecto de ley español, luego ley entera y verdadera, que convierte en norma de obligado cumplimiento algunas de esas imaginadas recomendaciones.

El desarrollo está en el artículo 15 LIS, que contiene al menos una regla directamente subsumible en parte de las recomendaciones de la Acción 2 de BEPS. Nos referimos a la letra j) de dicho artículo, según la cual no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles:

*«Los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento».*

Puede reconocerse en esta norma la respuesta primaria a un resultado de deducción / no inclusión (*D/NI outcome*) de un mecanismo híbrido. La norma, no obstante, va más allá, pues basta un resultado de tributación reducida en la jurisdicción del receptor del pago para desencadenar la no deducibilidad en sede del pagador español.

Además, y aunque no incardinables con claridad en la Acción 2 de BEPS, hay otras dos reglas en el artículo 15 LIS, concretamente en su letra a), que responden a problemas derivados de instrumentos financieros híbridos clásicos (las acciones y participaciones privilegiadas y preferentes y los préstamos participativos), si bien las soluciones de la LIS no se ajustan en este caso a la metodología BEPS para el tratamiento de mecanismos híbridos. Dichas soluciones son puramente unilaterales y no toman en cuenta lo que suceda en la jurisdicción de recepción del pago, no obstante suponer una respuesta primaria de negativa a la deducibilidad del pago en sede del pagador. Así, dice la letra a) del artículo 15 LIS que no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles:

*«Los que representen una retribución de los fondos propios.»*

*A los efectos de lo previsto en esta Ley, tendrá la consideración de retribución de fondos propios, la correspondiente a los valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades, con independencia de su consideración contable.*

*Asimismo, tendrán la consideración de retribución de fondos propios la correspondiente a los préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas».*

### 3 · Acción 3. Refuerzo de la normativa sobre CFC (*Strengthening CFC Rules*)

Las normas de transparencia fiscal internacional (*CFC rules*) están diseñadas para evitar que los contribuyentes erosionen su base imponible nacional situando rentas en una sociedad extranjera que controlan, usualmente localizada en un territorio de baja tributación. Las normas CFC fueron introducidas por los Estados Unidos en 1962<sup>6</sup> y luego copiadas por una gran cantidad de países. A España llegaron en 1994, con la Ley 42/1994, de 30 de diciembre. Son normas antiabuso que reaccionan contra una acción de los contribuyentes que a su vez responde a un principio general de la imposición universalmente aplicado. Ese principio es que los beneficios obtenidos por las sociedades no tributan en cabeza de sus socios hasta que no les son distribuidos como dividendos. La acción de los contribuyentes que abusa de ese principio es la de situar de manera artificial rentas en sociedades bajo su control en territorios de nula o baja tributación y no repartir dividendos. La técnica esencial de las normas CFC, que pueden llegar a una sofisticación extrema, consiste en gravar directamente en cabeza del socio (transparentar, en terminología impositiva española) las rentas remansadas en la sociedad controlada, aunque no hayan sido objeto de distribución.

En este punto, el proyecto BEPS nace como respuesta a la constatación de que los contribuyentes han desarrollado prácticas que les permiten evitar las normas CFC clásicas. Por ejemplo, las normas CFC clásicas definen las características que ha de reunir la sociedad controlada para que le resulte de aplicación el régimen, y los contribuyentes pueden operar sobre ellas para evitarlas (elección de la forma jurídica de la sociedad controlada, fragmentación del nivel de participación y control, distribución de las rentas entre múltiples sociedades controladas, etc.).

El informe final propone opciones para el diseño de normas CFC en seis diferentes ámbitos: (i) la definición de sociedad controlada, (ii) las excepciones a esa definición y los requerimientos de umbrales cuantitativos a cumplir, (iii) la definición de la renta transparentable, (iv) las reglas para el cómputo de la renta transparentable, (v) las reglas para atribuir la renta transparentada a los socios de la socie-

dad controlada y (vi) las reglas para prevenir o eliminar la doble imposición.

Hay que destacar que, en materia de definición de la renta transparentable, el informe final presenta tres posibles enfoques que pueden ser adoptados por las normas CFC a la hora de considerar las rentas de la sociedad controlada como transparentables a sus socios:

- (i) El enfoque de lista, consistente en clasificar las rentas en categorías, normalmente de acuerdo con su denominación jurídica (dividendos, intereses, regalías, etc.), pero también de acuerdo con otros criterios, como la relación entre las partes (rentas derivadas de operaciones entre partes vinculadas) o la fuente de la renta (por ejemplo, plusvalías derivadas de inmuebles no afectos a actividades económicas). Las normas CFC se aplicarían a las categorías de rentas incluidas en la lista y obtenidas por la sociedad controlada.
- (ii) El enfoque de sustancia, cuyo punto de vista es un juicio sobre si la renta o rentas obtenidas por la sociedad controlada derivan o no de actividades económicas genuinas. Las normas CFC se aplicarían a aquellas rentas de la sociedad controlada que no deriven de actividades económicas genuinas.
- (iii) El enfoque de la remuneración excesiva del capital, que mira si existen remuneraciones extraordinarias de los fondos propios (fundamentalmente en forma de intereses o regalías) que permanecen en la sociedad controlada, incluso después de aplicar las normas sobre precios de transferencia. Las normas CFC se aplicarían al exceso de remuneraciones.

El informe señala que los Estados pueden elegir uno de estos enfoques o combinar dos de ellos. Y los enfoques pueden a su vez ser aplicados sobre una base de entidad o transaccional. La aplicación sobre una base de entidad supone que toda la renta de la sociedad controlada, o ninguna, será transparentada a sus socios dependiendo de si la mayoría de esa renta queda incluida en la definición de renta transparentable. Bajo una aproximación transaccional, algunas rentas pueden ser todavía transparentadas a los socios aunque la mayoría de las rentas de la sociedad controlada no sean calificadas como rentas transparentables.

Otra de las recomendaciones BEPS (entonces potenciales) que fueron anticipadas en noviembre de 2014 por la nueva Ley del Impuesto sobre

<sup>6</sup> *Internal Revenue Code, Chapter 1, Subchapter N, Part III, Subpart F.*

Sociedades fue la relativa a la transparencia fiscal internacional, nuestras *CFC rules*, y así lo subraya su preámbulo.

En efecto, el régimen español de transparencia fiscal internacional fue modificado en el sentido de adoptar un enfoque de sustancia, además del de lista tradicional en nuestras normas, a la hora de definir la renta transparentable. Así, el artículo 100 LIS tiene ahora un apartado 2, antes inexistente, que dispone lo siguiente:

*«2. Los contribuyentes imputarán 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, incluso si las operaciones tienen carácter recurrente».*

El enfoque de sustancia así reconocido tiene además carácter preferente respecto del de lista de rentas transparentables, pues el apartado 3 siguiente del mismo artículo 100 LIS comienza diciendo:

*«3. En el supuesto de no aplicarse lo establecido en el apartado anterior, se imputará únicamente la renta positiva que provenga de cada una de las siguientes fuentes:».*

Así pues, la legislación española del Impuesto sobre Sociedades ya tiene anticipada la esencia de la Acción 3 del proyecto BEPS según las recomendaciones de su informe final, pues las normas CFC españolas ya combinan los enfoques de sustancia y de lista, y bajo una aproximación transaccional.

#### **4 · Acción 4. Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros (*Limiting Base Erosion via Interest Deductions and Other Financial Payments*)**

Las leyes fiscales tratan comúnmente la deuda y el capital de diferente manera. Los intereses de deudas son normalmente deducibles para el pagador, mientras los dividendos son generalmente no deducibles para el pagador y disfrutan en el receptor de algún mecanismo técnico para evitar la doble imposición, sea de deducción o de exención. Así las cosas, los trabajos BEPS señalan dos posibles escenarios de abuso:

- a) los grupos de sociedades pueden aprovechar ese tratamiento diferenciado en un contexto internacional deduciendo los intereses en la jurisdicción de la filial mientras los dividendos

que ésta paga están exentos en la jurisdicción de la matriz;

- b) los grupos de sociedades pueden endeudar grandemente a sus compañías filiales, utilizando la deducción de unos intereses excesivos como medio para evitar pagar impuestos sobre los beneficios locales de las filiales.

El primer escenario de abuso es difícilmente comprensible como tal. Se trata simplemente del efecto querido por las normas para evitar la doble imposición internacional cuando se usa uno de los dos mecanismos técnicos posibles, el de exención, presente en las legislaciones nacionales y en los convenios bilaterales y multilaterales prácticamente desde la misma génesis de la fiscalidad internacional. Todavía más, el método de exención goza del mejor predicamento doctrinal desde una perspectiva científica.

No hace mucho tiempo, el Institute for Fiscal Studies del Reino Unido, un centro privado e independiente de investigación económica, decidió crear un comité para «identificar las características de un buen sistema de impuestos para una economía abierta del siglo XXI y sugerir cómo el sistema impositivo británico, en particular, podría reformarse para aproximarse a ese ideal». El comité encargado de llevar a cabo el proyecto se constituyó en 2006 bajo la presidencia del profesor James Mirrlees, Premio Nobel de Economía, y publicó sus trabajos en 2010 y 2011<sup>7</sup>.

Pues bien, el informe Mirrlees<sup>8</sup> señala que, en el interior de un país, es normal que los dividendos pagados por una filial situada en el país no se traten como renta gravable cuando se reciben por la sociedad matriz. La razón de esta exención es evidente, sigue diciendo. Se supone que los beneficios con cargo a los cuales se pagan estos dividendos han sido gravados como renta de la filial. Si se cargara un impuesto adicional cuando se reciben tales dividendos por la sociedad matriz, ello significaría que los beneficios obtenidos por la filial y pagados a la matriz estarían sujetos a más imposición que los beneficios obtenidos directamente por la matriz. Esta doble imposición penalizaría a los grupos de sociedades que estructuran sus actividades en el

<sup>7</sup> *Dimensions of Tax Design, The Mirrlees Review* (2010), y *Tax by Design, The Mirrlees review* (2011), Oxford University Press. Traducción al castellano: *Diseño de un sistema tributario óptimo. Informe Mirrlees*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, pág. 480.

interior del país con sociedades filiales. La exención de los dividendos recibidos de las sociedades filiales asegura, simplemente, que los beneficios generados por la matriz y por la filial se gravan al mismo tipo, evitando esta distorsión en la elección de forma organizativa. El informe Mirrlees remacha el clavo añadiendo que, a la inversa, en los casos en que los beneficios de la filial no se hayan gravado por causa de incentivos fiscales a la inversión u otros, la exención interna de los dividendos asegura que el beneficio pretendido con el incentivo fiscal no se pierde con el reparto del dividendo.

Inmediatamente a continuación de estas reflexiones sobre la exención de dividendos internos, el informe Mirrlees señala que cuando se reciben dividendos de una sociedad filial ubicada en otro país habría también una doble imposición de los beneficios subyacentes, los cuales habrían sido gravados al tipo del impuesto sobre la renta de las sociedades, y de acuerdo con las normas para calcular los beneficios gravables, del país de origen donde esté ubicada la filial. Tanto el tipo como la base podrían ser distintos de los del país de residencia de la empresa matriz, pero si se gravaran los dividendos recibidos de las filiales extranjeras como ingresos ordinarios de la sociedad matriz, en la mayoría de los casos esto supondría una imposición considerablemente más elevada de la renta generada por las inversiones internacionales que de la renta generada por las inversiones interiores<sup>9</sup>.

En fin, que, como se acaba de ver, el método de exención como método para evitar la doble imposición internacional, además de reconocido en el Modelo de Convenio de la OCDE y comúnmente aplicado en multitud de tratados internacionales, goza de sólidas apoyaturas científicas, por lo que sustentar en su mera aplicación una sospecha de abuso no está a nuestro juicio justificado.

Cosa distinta es el segundo escenario antes referido, esto es, que los grupos de sociedades pueden endeudar grandemente a sus compañías filiales, utilizando la deducción de unos intereses excesivos como medio para evitar pagar impuestos sobre los beneficios locales de las filiales.

Para contrarrestar este posible escenario, el informe final recomienda establecer un límite general a la deducción de gastos financieros, mediante un porcentaje fijo. Se trata de una regla que opera limitan-

do la deducción de gastos financieros netos a un porcentaje fijo del EBITDA<sup>10</sup> de la entidad. El porcentaje fijo estaría en un rango entre el 10 y el 30 %.

El informe final ofrece a los Estados una serie de opciones para adaptar la regla a sus necesidades o capacidades. Así:

- 1) Los Estados pueden permitir una mayor deducción de gastos financieros netos tomando en cuenta el endeudamiento del grupo de sociedades al que la entidad pertenezca.
- 2) Los Estados pueden establecer un umbral mínimo de gastos financieros (de *minimis threshold*), de manera que las entidades con un volumen de gastos financieros netos por debajo del umbral mínimo los deducen íntegramente, sin aplicar la regla del porcentaje fijo sobre el EBITDA.
- 3) Los Estados pueden permitir a las entidades que deduzcan en el futuro gastos financieros netos que no pudieron deducir en el ejercicio por exceder del porcentaje fijo sobre el EBITDA de ese ejercicio. También pueden permitir la traslación al futuro de capacidad de deducción de gastos financieros no utilizada en el ejercicio por no llegar los gastos financieros netos del ejercicio al porcentaje fijo sobre el EBITDA de ese ejercicio.
- 4) Los Estados pueden excluir del cálculo gastos financieros devengados en relación con préstamos específicos de terceros usados para financiar proyectos de interés público.

Finalmente, las entidades bancarias y aseguradoras deben estar sujetas a normas específicas (a completar por la OCDE en 2016), dado el papel fundamental que en los modelos de negocio de estas entidades juegan los gastos financieros.

Incluso bien por delante de la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, esta recomendación del proyecto BEPS ya estaba implementada en España en la legislación de ese impuesto desde 2012<sup>11</sup>, siguiendo de cerca el precedente alemán, introducido en 2008.

En la regulación de la LIS vigente (artículo 16) el porcentaje fijo límite es del 30 %, y se hace uso de

<sup>9</sup> En el supuesto de que exista una exención aplicable a dividendos internos, como el informe Mirrless da por hecho.

<sup>10</sup> *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortisation*.

<sup>11</sup> Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

prácticamente todas las opciones que el proyecto BEPS ofrece, esto es, cálculo del límite a nivel de grupo fiscal, umbral mínimo (un millón de euros), posibilidad de trasladar al futuro excesos de gastos y de capacidad de deducción, y no aplicación del porcentaje fijo a entidades de crédito y aseguradoras.

Como tendremos ocasión de ver, la limitación de gastos financieros netos a un porcentaje fijo del EBITDA está destinada a ser una de las normas más importantes de la futura Directiva contra las prácticas de elusión fiscal, y en este contexto hemos de volver a llamar la atención sobre la sentencia de 18 de diciembre de 2013 del Tribunal Supremo alemán (Tribunal Fiscal, *Bundesfinanzhof*), en la que expresó sus dudas sobre la constitucionalidad de la norma alemana de limitación a la deducibilidad de gastos financieros. La sentencia se dictó en apelación contra la del Tribunal Fiscal de Münster (*Finanzgericht Münster*) de 29 de abril de 2013.

El *Bundesfinanzhof* considera que la medida podría vulnerar el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 3 de la Constitución alemana. En síntesis, el tribunal parte de que la limitación se desvía del concepto general de que los gastos de un negocio deben ser deducibles en el período en que se incurre en ellos y constituyen una carga para el contribuyente. En consecuencia, no es compatible con el principio del neto objetivo, pilar de la igualdad en el ámbito de la tributación sobre los beneficios de las empresas en el sistema tributario alemán, y que implica que el gravamen se produzca sobre los rendimientos netos obtenidos por cada cual. Seguidamente, el tribunal señala que una desviación del principio del neto objetivo podría admitirse si sirve para financiar un beneficio fiscal como una reducción de los tipos de gravamen, pero siempre que la desviación suponga un incremento de la base imponible que afecte a la generalidad de los contribuyentes, lo que no es el caso de la limitación que nos ocupa, pues en ella la no deducibilidad de gastos financieros se aplica solo a los contribuyentes que exceden de determinados umbrales. Finalmente, el *Bundesfinanzhof* tampoco advierte que concurren en la limitación razones evidentes de lucha contra el fraude, que sería el otro motivo que justificaría la desviación respecto del principio del neto objetivo. En su virtud, el tribunal ha dado la razón al contribuyente, que pretendía la suspensión de la ejecución de una liquidación basada en la norma de limitación, señalando que alberga serias dudas sobre la constitucionalidad de la medida y que

dichas dudas son suficientes para justificar la suspensión solicitada.

El debate sigue su curso, pues el *Bundesfinanzhof* remitió la cuestión el 10 de febrero de este año al Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) para una decisión definitiva sobre la constitucionalidad de la limitación.

### **5 · Acción 5. Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia (*Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*)**

El informe final se centra primordialmente en los regímenes fiscales preferenciales usados por los contribuyentes para situar artificialmente bajo su amparo rentas o beneficios (y en este sentido los regímenes tipo *patent box* merecen atención preferente), y en la falta de transparencia asociada a ciertas consultas o acuerdos tributarios (*tax rulings*<sup>12</sup>).

En relación con los regímenes fiscales preferenciales, el informe final recomienda abordarlos mediante la aplicación del denominado *nexus approach*<sup>13</sup> («mecanismo del nexo», en la terminología de la OCDE). El mecanismo del nexo supone en esencia que un régimen fiscal preferencial será admisible en la medida en que requiera actividades sustanciales por parte de la entidad que esté acogida a él, y se entiende que un régimen fiscal preferencial requiere actividades sustanciales cuando conceda beneficios al contribuyente sólo en la medida en que éste desarrolle las actividades fundamentales para la generación de aquellos tipos de rentas que estén cubiertos por el régimen preferencial.

El ejemplo del mecanismo del nexo aplicado a la propiedad industrial e intelectual (*IP assets*) resulta muy ilustrativo de cómo funciona el mecanismo y por eso lo traemos a colación. Así, el párrafo 30 del informe final de la Acción 5 viene a decir lo siguiente: si una compañía solo tiene un activo IP y ha incurrido en todos los gastos de desarrollo del activo, el mecanismo del nexo permite que toda la renta derivada del activo IP pueda aplicar el beneficio fiscal. Sin embargo, cuando los modelos de negocio

<sup>12</sup> Que la OCDE define como «decisiones administrativas relativas a contribuyentes concretos».

<sup>13</sup> «*A direct nexus between the income receiving benefits and the expenditures contributing to that income*» (párrafo 28 del informe final de la Acción 5).

se complican, la aproximación no puede ser simple, y el mecanismo del nexo discrimina la renta que puede aplicar el beneficio fiscal a través de un ratio de gastos. La idea es que la proporción de renta derivada del activo IP que puede beneficiarse del régimen fiscal preferencial sea la misma que guarden los gastos cualificados de desarrollo del activo en que incurra la compañía titular del activo IP respecto de sus gastos totales de desarrollo.

Este mecanismo del nexo en relación con el régimen español de *patent box* ya ha sido implementado (con efectos a partir del 1 de julio de 2016) por la Ley de Presupuestos para 2016<sup>14</sup>, cuya exposición de motivos dice que «en el Impuesto sobre Sociedades se introduce una modificación en la forma de cálculo del incentivo fiscal de la reducción de las rentas procedentes de determinados activos intangibles, el denominado internacionalmente «*patent box*», con el objeto de adaptarla a los acuerdos adoptados en el seno de la Unión Europea y de la OCDE». La razón de la entrada en vigor a partir de 1 de julio de 2016 tiene que ver directamente con BEPS. En efecto, el párrafo 63 del informe final de la Acción 5 establece que no se permitirá que nuevos contribuyentes apliquen regímenes de *patent box* contrarios al mecanismo del nexo más tarde del 30 de junio de 2016.

Queda por reproducir el artículo 23 LIS, continente del régimen español de *patent box*, en lo que ahora interesa. Su apartado 1 dice así:

«1. Las rentas procedentes de la cesión del derecho de uso o de explotación de patentes, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, de derechos sobre informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas, tendrán derecho a una reducción en la base imponible en el porcentaje que resulte de multiplicar por un 60 por ciento el resultado del siguiente coeficiente:

a) En el numerador, los gastos incurridos por la entidad cedente directamente relacionados con la creación del activo, incluidos los derivados de la subcontratación con terceros no vinculados con aquella. Estos gastos se incrementarán en un 30 por ciento, sin que, en ningún caso, el numerador pueda superar el importe del denominador.

b) En el denominador, los gastos incurridos por la entidad cedente directamente relacionados con la creación del activo, incluidos los derivados de la subcontratación y, en su caso, de la adquisición del activo.

*En ningún caso se incluirán en el coeficiente anterior gastos financieros, amortizaciones de inmuebles u otros gastos no relacionados directamente con la creación del activo.*

*La reducción prevista en este apartado también resultará de aplicación en el caso de transmisión de los activos intangibles referidos en el mismo, cuando dicha transmisión se realice entre entidades que no tengan la condición de vinculadas».*

Para terminar lo relativo al mecanismo del nexo y las actividades sustanciales que han de desarrollar de acuerdo con él las entidades acogidas a regímenes fiscales preferenciales, no podemos evitar hacer una breve referencia a los regímenes de entidades tenedoras de participaciones en otras entidades (entidades *holding*<sup>15</sup>), respecto de las cuales la Administración tributaria española muchas veces persiste, fundamentalmente en vía de comprobación inspectora, en calificarlas como sociedades patrimoniales y en exigir unos requisitos de sustancia exorbitantes.

El párrafo 86 del informe final de la Acción 5 señala que los regímenes fiscales preferenciales de entidades tenedoras de activos pueden ser clasificados en dos categorías: (i) aquellos que benefician a compañías tenedoras de activos variados y que obtienen diferentes tipos de rentas (e. g., intereses, alquileres y regalías), y (ii) aquellos que benefician solo a compañías tenedoras de participaciones en el capital de otras entidades y solo obtienen dividendos y plusvalías derivadas de la venta de las participaciones.

Pues bien, dice el párrafo 87 siguiente del informe final de la Acción 5 que el régimen de las entidades *holding* presenta consideraciones de política fiscal diferentes de las de otros regímenes fiscales preferenciales pues está enfocado hacia el alivio de la doble imposición económica. En consecuencia, concluye, las entidades *holding* pueden no requerir mucha sustancia en orden a desarrollar su actividad de tenencia y gestión de participaciones en el capital de otras entidades<sup>16</sup>.

Es de esperar que la obediente celeridad con que la Administración tributaria española ha recibido el proyecto BEPS desde sus inicios se extienda igualmente a párrafos como los que se acaban de citar.

<sup>15</sup> DLE: «Sociedad financiera que posee o controla la mayoría de las acciones de un grupo de empresas».

<sup>16</sup> «They therefore may not in fact require much substance in order to exercise their main activity of holding and managing equity participations».

<sup>14</sup> Ley 48/2015, de 29 de octubre.

Finalmente, decíamos al principio de este comentario que el informe final de la Acción 5 se centraba también en la falta de transparencia asociada a ciertas consultas o acuerdos tributarios (*tax rulings*), respecto de las cuales el informe preconiza un intercambio de información obligatorio sin necesidad de requerimiento previo de otro u otros Estados.

En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva (UE) 2015/2376 del Consejo, de 8 de diciembre de 2015<sup>17</sup>, ha ido ya incluso más allá.

En efecto, los Estados miembros que hayan formulado, modificado o renovado un acuerdo previo con efecto transfronterizo<sup>18</sup> o un acuerdo previo sobre precios de transferencia<sup>19</sup> después del 31 de

diciembre de 2016 deberán comunicar, mediante intercambio automático, la información correspondiente a todos los demás Estados miembros, así como a la Comisión Europea. También deberán ser objeto de comunicación los acuerdos previos con efecto transfronterizo y los acuerdos previos sobre precios de transferencia formulados, modificados o renovados en los cinco años anteriores al 1 de enero de 2017, aunque si los acuerdos se formularon, modificaron o renovaron entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013, la comunicación estará supeditada a la condición de que los acuerdos siguieran siendo válidos a 1 de enero de 2014.

La información relativa a los acuerdos posteriores a 31 de diciembre de 2016 se intercambiará en el plazo de tres meses a partir del final del semestre del año natural durante el cual se hayan formulado, modificado o renovado los acuerdos. La información relativa a los acuerdos anteriores a 1 de enero de 2017 se intercambiará antes del 1 de enero de 2018.

## 6 · Acción 6. Impedir la utilización abusiva de convenios (*Preventing Treaty abuse*)

La Acción 6 está dirigida contra el llamado *Treaty shopping* (búsqueda del Convenio fiscal más favorable) y contra otras estrategias de utilización abusiva de los convenios en cuya virtud los contribuyentes buscan obtener los beneficios de un Convenio fiscal en situaciones para las que dichos beneficios no están pensados. En particular, el informe final considera que el *Treaty shopping* se refiere a acuerdos o instrumentos jurídicos mediante los cuales una persona que no es residente en uno de los Estados contratantes de un Convenio fiscal accede a los beneficios otorgados por ese Convenio a un residente de ese Estado.

<sup>17</sup> Que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad.

<sup>18</sup> «... todo acuerdo, comunicación, o cualquier otro instrumento o acción con efectos similares, incluso uno formulado, modificado o renovado en el contexto de una inspección fiscal, y que cumpla las condiciones siguientes:

a) sea formulado, modificado o renovado por, o en nombre del gobierno o la autoridad fiscal de un Estado miembro, o de las subdivisiones territoriales o administrativas de dicho Estado miembro, incluidas las autoridades locales, con independencia de que el acuerdo se utilice efectivamente;

b) sea formulado, modificado o renovado a una persona determinada o a un grupo de personas determinado, y que dicha persona o grupo de personas tenga derecho a invocarlo;

c) se refiera a la interpretación o a la aplicación de una disposición legal o administrativa relativa a la administración o la observancia de las legislaciones tributarias nacionales del Estado miembro o de las subdivisiones territoriales o administrativas de los Estados miembros, incluidas las autoridades locales;

d) se refiera a una transacción transfronteriza o a la cuestión de si las actividades ejercidas por una persona en otra jurisdicción dan lugar o no a un establecimiento permanente, y

e) se produzca con anterioridad a las transacciones o a las actividades en otra jurisdicción que puedan constituir un establecimiento permanente, o con anterioridad a la presentación de una declaración fiscal correspondiente al período en el que la transacción o la serie de transacciones o actividades hayan tenido lugar.

La transacción transfronteriza podrá incluir, entre otras cosas, la realización de inversiones, el suministro de bienes, servicios o fondos o el uso de activos tangibles o intangibles y no ha de implicar necesariamente la intervención directa de la persona destinataria del acuerdo previo con efecto transfronterizo;»

<sup>19</sup> «... todo acuerdo, comunicación u otro instrumento o acción con efectos similares, incluso uno formulado, modificado o renovado en el contexto de una inspección fiscal, y que cumpla las condiciones siguientes:

a) sea formulado, modificado o renovado por, o en nombre del gobierno o la autoridad fiscal de uno o varios Estados miembros, o de cualquier subdivisión territorial o administrativa de los mismos, incluidas las autoridades locales, con independencia de que el acuerdo se utilice efectivamente;

b) sea formulado, modificado o renovado a una persona determinada o a un grupo de personas, y que dicha persona o grupo de personas tenga derecho a invocarlo, y

c) determine, con anterioridad a las transacciones transfronterizas entre empresas asociadas, un conjunto de criterios adecuados para la valoración de los precios de transferencia de esas transacciones, o determine la atribución de beneficios a un establecimiento permanente.

Se considera que dos o más empresas son empresas asociadas cuando una empresa participa, directa o indirectamente, en la gestión, el control o el capital de otra empresa o las mismas personas participan directa o indirectamente en la gestión, el control o el capital de las empresas.

Los precios de transferencia son los precios a los que una empresa transfiere bienes tangibles e intangibles o presta servicios a sus empresas asociadas, y el término «valoración de precios de transferencia» debe interpretarse en consecuencia.»

Frente a las situaciones de *Treaty shopping* las recomendaciones del informe final se dividen en tres partes:

- 1) Introducción de una declaración rotunda en los Convenios fiscales en el sentido de que persiguen la eliminación de la doble imposición, pero sin crear oportunidades para la elusión fiscal. A estos efectos, el título y el preámbulo del Modelo de Convenio de la OCDE se han modificado con la intención de dejar claro que los convenios fiscales no están previstos para ser utilizados con el ánimo de provocar una doble imposición.
- 2) Adopción de una cláusula antiabuso específica similar a la de «limitación de beneficios» (*Limitation-on-benefits*, LOB) que los Estados Unidos vienen incluyendo en sus Convenios fiscales. Se trata de limitar el acceso al Convenio mediante ciertos criterios predefinidos, como la naturaleza jurídica de las entidades con acceso a él, la situación y residencia de sus accionistas o las actividades desarrolladas por las mismas.
- 3) Inclusión en los Convenios de una cláusula antiabuso más general basada en los motivos principales de las transacciones (*the principal purposes test*, PPT rule).

Estas recomendaciones están ya teniendo acogida en los Convenios de nuevo cuño. Como botón de muestra traemos a colación el caso de Chile. Chile es un país con una todavía reducida red de convenios, pero en rápida expansión. Así, entre mayo del 2015 y enero de 2016, Chile ha firmado convenios con Argentina, China, Italia y Japón<sup>20</sup>. Todos estos convenios recogen todas o parte de las recomendaciones del informe final de la Acción 6.

Así, los preámbulos de todos ellos contienen la siguiente declaración de los Gobiernos firmantes:

*«Con la intención de concluir un Convenio para la eliminación de la doble imposición con relación a los impuestos sobre la renta sin crear oportunidades para situaciones de nula o reducida tributación a través de evasión o elusión fiscal (incluyendo aquellos acuerdos para el uso abusivo de tratados -treaty shopping- dirigidos a que residentes de terceros Estados obtengan indirectamente beneficios de este Convenio)».*

Por su parte, cláusulas específicas LOB de limitación de acceso a los beneficios del Convenio tienen los

convenios con Argentina y China, siendo la del convenio argentino especialmente prolija y densa<sup>21</sup>.

Finalmente, los cuatro convenios incluyen una cláusula antiabuso general tipo PPT, del siguiente tenor:

*«No obstante las disposiciones de este Convenio, no se concederán los beneficios de este Convenio en relación a una renta o patrimonio si, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias relevantes, es razonable concluir que la obtención de tal beneficio fue uno de los principales propósitos de cualquier estructura o transacción que ha resultado directa o indirectamente en tal beneficio, a menos que se establezca que el otorgamiento del beneficio en esas circunstancias está en conformidad con el objeto y finalidad de las normas pertinentes de este Convenio».*

### **7 · Acción 7. Impedir la elusión artificiosa del estatuto de EP (*Preventing the artificial avoidance of Permanent Establishment Status*)**

Los Convenios fiscales prevén con carácter general que los beneficios empresariales de una entidad no residente sean gravables en un Estado sólo en la medida en que dicha entidad tenga un establecimiento permanente en dicho Estado al que se le puedan atribuir beneficios. De esta manera, la definición de establecimiento permanente en los convenios resulta crucial a la hora de determinar si la entidad no residente debe tributar en tal Estado.

El informe final de la Acción 7 se centra en las tácticas seguidas por los contribuyentes para sortear dicha definición. En particular, las siguientes:

1. Uso de contratos de comisión en nombre propio y estrategias similares

Los comisionistas venden los productos en su propio nombre, pero por cuenta de una empresa extranjera que es la propietaria de los productos vendidos. De esta forma, una compañía puede vender sus productos en un Estado sin tener en él un establecimiento permanente al que deban atribuirse los beneficios generados por las ventas, y por tanto sin tener que pagar un impuesto sobre la renta en ese Estado por dichos beneficios, lo que significa que los beneficios se han trasladado fuera del país donde

<sup>20</sup> También con la República Checa, pero este convenio se separa de la pauta.

<sup>21</sup> Artículo 24 del Convenio Chile-Argentina. Puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/convenios.htm>

han tenido lugar las ventas. Resultados similares pueden también conseguirse a través de acuerdos en cuya virtud contratos de compraventa sustancialmente negociados en un Estado se finalizan en el extranjero, o donde la persona que concluye el contrato es un agente independiente a quien resulta de aplicación la excepción prevista en el Artículo 5.(6) del Convenio Modelo de la OCDE<sup>22</sup>.

## 2. Explotación de excepciones específicas

El apartado 4 del artículo 5 del Convenio Modelo de la OCDE<sup>23</sup> incluye una lista de actividades específicas, preparatorias o auxiliares de la actividad principal, que una empresa extranjera puede desarrollar en un país sin que se considere que existe un establecimiento permanente. Sin embargo, los cambios en los modelos de negocio, singularmente los derivados de la digitalización de la economía, han determinado que actividades que en el pasado tenían un mero carácter auxiliar o preparatorio pueden hoy corresponder con la actividad económica principal. También existen estrategias basadas en la fragmentación de actividades que son usadas por los contribuyentes para beneficiarse de la excepciones previstas en el Artículo 5.(4) del Convenio Modelo de la OCE.

## 3. División de contratos

La división de contratos entre empresas vinculadas es otra práctica común para eludir la apli-

cación del Artículo 5.(3) del Convenio Modelo de la OCDE<sup>24</sup>, de modo que la duración de una obra de construcción, instalación o montaje no exceda de doce meses.

El informe final de la acción 7 propone una versión actualizada de la definición de establecimiento permanente que la haga más resistente contra lo que la Comisión Europea llama «estructuras artificiales» que evitan su aplicación.

Este calificativo es más que discutible en muchos casos, y está seguramente siendo usado dentro del abuso del lenguaje que ha presidido el proyecto BEPS desde que fue lanzado. Ya desde el primer Convenio Modelo de la OCDE de 1977, cuarenta años a punto de cumplirse, la tributación internacional de los beneficios empresariales en el país de la fuente no ha estado construida sobre el criterio de las ventas completadas en su territorio, sino sobre la noción de atribuir dichos beneficios a la existencia de un lugar fijo de negocios de la empresa extranjera en el territorio del país de la fuente, esto es, a un establecimiento permanente<sup>25</sup>.

Con toda seguridad, en aquel tiempo nadie imaginaba modelos de negocio en los que todo el proceso de captación del cliente, publicidad, muestrario, disponibilidad de inventario, selección del producto, contratación, determinación del lugar y términos de entrega, y pago y aseguramiento de la mercancía comprada, pudiese hacerse sin necesidad de ningún apoyo fijo ni material ni personal en el país de residencia del comprador. Pero esa es nuestra creciente realidad. De este modo, calificar una estructura de publicidad, inventario, contratación y entrega de productos enteramente digitalizada a través de internet de «estructura artificial» dirigida a evitar el concepto tradicional fiscal de establecimiento permanente es, como poco, un ridículo exceso semántico. Pero cuantos nos dedicamos a lo tributario tenemos frescas las imágenes de parlamentarios abusando verbalmente de directivos de conocidas empresas multinacionales por haber aplicado a empresas tecnológicamente

22 «6. An enterprise shall not be deemed to have a permanent establishment in a Contracting State merely because it carries on business in that State through a broker, general commission agent or any other agent of an independent status, provided that such persons are acting in the ordinary course of their business.»

23 «4. Notwithstanding the preceding provisions of this Article, the term «permanent establishment» shall be deemed not to include:

a) the use of facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods or merchandise belonging to the enterprise;

b) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of storage, display or delivery;

c) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another enterprise;

d) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of purchasing goods or merchandise or of collecting information, for the enterprise;

e) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of carrying on, for the enterprise, any other activity of a preparatory or auxiliary character;

f) the maintenance of a fixed place of business solely for any combination of activities mentioned in subparagraphs a) to e), provided that the overall activity of the fixed place of business resulting from this combination is of a preparatory or auxiliary character.»

24 «3. A building site or construction or installation project constitutes a permanent establishment only if it lasts more than twelve months.»

25 Alfredo García Prats (*El Establecimiento Permanente*, Madrid, Editorial Tecnos, 1996) atribuye la consolidación de este principio al Modelo de Convenio de la ONU de 1980, hasta el punto de que para él la mayor importancia de este modelo reside en el establecimiento consensuado del denominado principio del establecimiento permanente —artículo 7— como criterio para el reparto de las competencias fiscales sobre los rendimientos empresariales de carácter internacional.

avanzadas leyes fiscales presuntamente obsoletas que esos mismos parlamentarios, y sus antecesores, no tuvieron la necesaria habilidad, o el necesario coraje, para haber impulsado su modificación a tiempo.

Finalmente, un apunte técnico. Como se deduce de lo que se ha expuesto, el cambio fundamental que BEPS sugiere en relación con la definición de establecimiento permanente no es ninguna revolución o cambio de paradigma, que es lo que quizá cabría esperar de tanta pirotecnia verbal, sino meras adaptaciones técnicas del concepto actual, aunque sean bastante sofisticadas.

En este ámbito, destaca la modificación propuesta en relación con las actividades preparatorias o auxiliares, tanto por su importancia como por su sutileza. El cambio propuesto consiste, en esencia, en que las actividades específicas listadas en el apartado 4 del artículo 5 del Convenio Modelo de la OCDE no sean consideradas *per se* como preparatorias o auxiliares, sino que tal calificación se derive del análisis particular del modelo de negocio desarrollado en el país por la empresa extranjera. Ello permitirá, según se dice<sup>26</sup>, considerar que existe un establecimiento permanente allí donde una empresa multinacional tenga un gran almacén con numeroso personal que se limite a entregar a los clientes las mercancías que se les han vendido *online*.

Lo gracioso del caso es que, según la Administración tributaria española<sup>27</sup>, todo este jaleo no tiene mayor incidencia en nuestro país, pues ella ya interpretaba que todas las excepciones listadas debían cumplir el requisito de tratarse de actividades preparatorias o auxiliares en relación con el caso concreto, negándoles la condición de «puertos seguros» conceptuales<sup>28</sup>.

## 8 · Acción 8-10. Asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor

Las normas de precios de transferencia, establecidas en el artículo 9 de los convenios fiscales basados en

los Modelos de Convenio de la OCDE y de la ONU y en las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE, se emplean para determinar, de acuerdo con el principio de plena competencia, las condiciones, incluyendo el precio, de las transacciones desarrolladas dentro de un grupo multinacional. El principio de plena competencia requiere que las transacciones entre empresas vinculadas sean valoradas como si las empresas fueran independientes, y el proyecto BEPS reclamó la clarificación y el refuerzo de ese principio, buscando evitar situaciones en las que la atribución de beneficios a una entidad no está en línea con la actividad económica que los produce. El informe final se ha centrado en tres áreas clave.

La Acción 8 examinó las cuestiones relativas a precios de transferencia de operaciones vinculadas que involucraban activos intangibles, dado que este tipo de activos son por definición móviles y con frecuencia difíciles de valorar. La distribución inadecuada de los beneficios generados por intangibles valiosos ha contribuido en gran medida, dice el informe, a la erosión de la base imponible y al traslado de beneficios.

Por su parte, la Acción 9 se ocupa de la atribución contractual de riesgos, concluyendo que solo se respetarían cuando dichas atribuciones se correspondieran efectivamente con la toma de decisiones y, por ende, con el ejercicio de un control efectivo sobre tales riesgos.

La Acción 10 se ha concentrado en otras áreas de alto riesgo según BEPS, como la atribución de beneficios resultante de operaciones vinculadas que carecen de lógica comercial, el uso selectivo de métodos de precios de transferencia con el objeto de desviar los beneficios derivados de las actividades económicamente más importantes del grupo multinacional, y el uso de ciertos tipos de pagos entre miembros del grupo multinacional (como gastos de gestión o gastos correspondientes a la sede principal) para erosionar la base imponible sin que exista una correspondencia con la creación de valor.

El informe final contiene igualmente directrices sobre transacciones transfronterizas que involucran materias primas o servicios intragrupo de bajo valor añadido. Como estas dos cuestiones fueron identificadas como de importancia decisiva para los países en vías de desarrollo, las directrices se verán complementadas con un trabajo adicional, que proporcionará conocimiento, mejores prácticas y herramientas a los países en vías de desarrollo para

<sup>26</sup> Jaime Mas Hernández. *Acotando el abuso del EP: medidas adoptadas en el marco de BEPS*. Crónica tributaria 158/2016.

<sup>27</sup> Jaime Mas Hernández, *op. cit.*, pág. 195.

<sup>28</sup> Lo que no sabemos es si es un caso similar al de la madre del chiste con hijo en la milicia, que proclamaba ufana que su hijo era el único de su compañía que llevaba el paso cuando desfilaban.

valorar las transacciones de materias primas a efectos de la aplicación de las normas de precios de transferencia y para prevenir la erosión de sus bases imponibles.

### **9 · Acción 11. Evaluación y seguimiento de BEPS (Measuring and Monitoring BEPS)**

Según el informe final de la Acción 11, existen multitud de estudios empíricos que demuestran el traslado de beneficios por razones fiscales, estudios que se han valido de diferentes fuentes de información y métodos de cálculo, pero medir el alcance de BEPS constituye un gran desafío dada la complejidad del fenómeno y las dificultades para acceder a los datos.

En este sentido, la Acción 11 concluye que existen limitaciones significativas que obstaculizan seriamente los análisis económicos sobre la escala y el impacto económico de BEPS, por lo que se requiere una mejora tanto del acceso a los datos como de las metodologías. Teniendo en cuenta las dificultades en acceder a los datos, se ha creado una tabla de seis indicadores de BEPS empleando diferentes fuentes de información y evaluando distintas prácticas BEPS. La OCDE pretende: (i) publicar nuevas estadísticas del Impuesto sobre Sociedades, (ii) informar periódicamente del impacto estimado de las contramedidas BEPS, (iii) desarrollar nuevas herramientas de análisis e indicadores BEPS, (iv) mejorar la información pública sobre las estadísticas de recaudación impositiva, (v) mejorar la información no fiscal relevante para BEPS (como, por ejemplo, los datos relativos a inversión extranjera asociada a entidades residentes de propósito especial), y (vi) incentivar la investigación sobre BEPS para entender mejor el fenómeno y diferenciarlo de efectos económicos reales y de opciones fiscales no BEPS.

### **10 · Acción 12. Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva (Requiring Taxpayers to Disclose their Aggressive Tax Planning Arrangements)**

Según el informe final de la Acción 12, uno de los desafíos fundamentales a los que se enfrentan hoy las Administraciones tributarias de todo el mundo es la falta de información sobre las estrategias de planificación fiscal agresiva. Un acceso precoz a dicha información ofrece la posibilidad de respon-

der rápidamente a los riesgos fiscales a través de evaluaciones de riesgos, procedimientos de inspección o cambios en la legislación.

El informe diseña un conjunto de guías sobre buenas prácticas en la materia, para su uso por aquellos países que carezcan de normas de declaración obligatoria y deseen idear un régimen que satisfaga su necesidad de obtener información anticipada sobre las estrategias de planificación fiscal agresiva o abusiva y sus promotores y usuarios. Estas recomendaciones no constituyen un estándar mínimo a cumplir, por lo que los países son libres para introducir o no estos regímenes de declaración obligatoria. El marco propuesto también está previsto para aquellos países que cuenten con regímenes de declaración obligatoria<sup>29</sup> pero deseen mejorar su eficacia.

En el ámbito de la Unión Europea, en diciembre de 2015 el Consejo de Europa sugirió que el Código de Conducta<sup>30</sup> debería trabajar en proporcionar directrices para la implementación de la Acción 12 en la UE.

### **11 · Acción 13. Reexaminar la documentación sobre precios de transferencia (Re-examining Transfer Pricing Documentation)**

El informe final de la Acción 13 contiene un enfoque estandarizado de tres niveles en relación con la documentación sobre precios de transferencia.

1. En primer lugar, las empresas multinacionales han de proporcionar a las Administraciones tributarias información de alto nivel acerca de sus operaciones empresariales mundiales y de sus políticas en materia de precios de transferencia

<sup>29</sup> Por ejemplo, una visión general del sistema de los EEUU puede obtenerse en los siguientes enlaces: <https://www.irs.gov/businesses/corporations/regulations-on-abusive-tax-shelters-and-transactions>; <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/i8275.pdf>

<sup>30</sup> El Código de Conducta para la tributación de las empresas fue creado en 1998 para combatir la competencia fiscal perniciosa dentro de la Unión Europea. El Grupo del Código de Conducta identificó gran número de medidas fiscales nacionales de esa naturaleza y en cerca de 100 casos el Estado miembro concernido ha derogado o modificado la medida. En 2009 el Grupo del Código de Conducta empezó a trabajar en mecanismos e instrumentos híbridos, sobre los que se acordaron directrices en diciembre de 2014 y junio y diciembre de 2015. El Grupo ha trabajado también intensivamente en los últimos tiempos en regímenes de *patent box*, y ha comenzado negociaciones con terceros Estados (singularmente, Suiza y Liechtenstein) para tratar de conseguir que sus regímenes fiscales nacionales se adecuen al Código de Conducta.

en un «informe maestro» (*master file*), que estaría a disposición de todas las Administraciones tributarias de los países interesados.

2. En segundo lugar, debe haber un «informe local» (*local file*) específico para cada país, que incorporaría documentación detallada sobre precios de transferencia en relación a las transacciones de cada país, identificando transacciones concretas con entidades vinculadas, el monto de dichas transacciones y el análisis de la determinación de los precios de transferencia que haya realizado la sociedad con respecto a esas operaciones.
3. En tercer lugar, las empresas multinacionales también tendrían que presentar el «informe país por país» (*Country-by-Country Report*), a través del cual se declararía anualmente y por cada jurisdicción fiscal en la que operan, la cuantía de los ingresos y los beneficios antes del impuesto sobre sociedades, así como el importe del impuesto sobre sociedades pagado y devengado. También incluiría información sobre el número de empleados, capital, reservas y activos materiales en cada jurisdicción, e identificaría todas las entidades activas y sus actividades comerciales en cada jurisdicción. El informe país por país solo se requeriría respecto de grupos de sociedades multinacionales con una cifra de negocios consolidada igual o superior a 750 millones de euros.

El informe maestro y los informes locales serían presentados a las autoridades fiscales de cada jurisdicción, mientras que el informe país por país debería ser comunicado a la jurisdicción de residencia de la sociedad matriz del grupo, para ser compartido a continuación con todas las jurisdicciones afectadas mediante intercambio automático de información entre países.

El Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la Unión Europea (*EU Joint Transfer Pricing Forum*), que asiste y aconseja a la Comisión en materia de precios de transferencia, desarrolló en 2006 la documentación sobre precios de transferencia en la UE, que está en línea con el enfoque tradicional de doble nivel de documentación (informe maestro-informes locales). El Foro revisará ese enfoque a la luz de las conclusiones de BEPS<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/taxation/company\\_tax/transfer\\_pricing/forum/jtpf-0052015programmeofwork.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/jtpf-0052015programmeofwork.pdf)

## 12 · Acción 14. Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias (*Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective*)

El informe final de la Acción 14 reconoce que los cambios introducidos por el proyecto BEPS pueden provocar cierta inseguridad jurídica y que, si no se toman medidas, podrían incrementar en el corto plazo los casos de doble imposición y de conflictos sujetos a procedimiento amistoso. En este sentido, admitiendo la importancia de eliminar la doble imposición como un obstáculo al comercio transfronterizo y a la inversión, los países miembros de la OCDE/G20 se han comprometido con un estándar mínimo en relación con la resolución de conflictos derivados de los convenios, que incluye un fuerte compromiso político a favor de una resolución de conflictos más rápida y efectiva a través del procedimiento amistoso. Adicionalmente, un amplio número de países se ha comprometido a introducir a la mayor brevedad el arbitraje preceptivo y vinculante en sus convenios fiscales bilaterales<sup>32</sup>.

Cabe recordar en este sentido que en España la aplicación del procedimiento amistoso de los convenios ha de seguir los cauces previstos en el Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa.

<sup>32</sup> Apartado 5 del artículo 25 del Modelo de Convenio de la OCDE:

«5. Where,  
a) under paragraph 1, a person has presented a case to the competent authority of a Contracting State on the basis that the actions of one or both of the Contracting States have resulted for that person in taxation not in accordance with the provisions of this Convention, and  
b) the competent authorities are unable to reach an agreement to resolve that case pursuant to paragraph 2 within two years from the presentation of the case to the competent authority of the other Contracting State, any unresolved issues arising from the case shall be submitted to arbitration if the person so requests. These unresolved issues shall not, however, be submitted to arbitration if a decision on these issues has already been rendered by a court or administrative tribunal of either State. Unless a person directly affected by the case does not accept the mutual agreement that implements the arbitration decision, that decision shall be binding on both Contracting States and shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic laws of these States. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this paragraph.»

### 13 · Acción 15. Desarrollar un instrumento multilateral (*Developing a Multilateral Instrument*)

Esta Acción surgió por la necesidad de implementar de manera rápida y eficiente todos los cambios recomendados por el resto de Acciones BEPS y, en particular, los que suponen alguna modificación de los convenios para evitar la doble imposición. Es claro que la renegociación uno por uno de todos los convenios en vigor entre los países miembros de la OCDE/G20, y con países terceros, conllevaría un esfuerzo de enorme magnitud, que mucho se prolongaría en el tiempo.

El informe de la Acción 15 explora la viabilidad técnica de un instrumento multilateral que modifique a la vez todos los convenios bilaterales entre sus Estados firmantes. Concluye que el instrumento multilateral no solo es deseable, sino también viable, y que deberían convocarse sin demora negociaciones internacionales sobre dicho instrumento. Partiendo de este análisis, se ha creado un grupo *ad hoc*, abierto a la participación de todos los países, para desarrollar el instrumento multilateral y abrirlo a la firma en este mismo año de 2016. De momento, alrededor de 90 países están participando en el trabajo.

### D · LA PROPUESTA DE DIRECTIVA CONTRA LA ELUSIÓN FISCAL

Desvelada como parte del paquete de medidas contra la elusión fiscal que la Comisión Europea presentó el 28 de enero de 2016<sup>33</sup>, a la futura Directiva le corresponde establecer las medidas legalmente obligatorias que todos los Estados miembros deben aplicar, con el objetivo, dice la Comisión, de crear un nivel mínimo de protección contra la elusión fiscal en el ámbito de las empresas.

La propuesta de Directiva, cuyo nombre en castellano es el de propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior<sup>34</sup>, está todavía en fase de redacción, y en lo que sigue utilizaremos el cuarto borrador de su texto, de fecha 15 de abril de 2016.

La propuesta de Directiva es, cómo no, tributaria de BEPS, y su exposición de motivos lo proclama abiertamente.

Así, comienza diciendo que las prioridades políticas actuales en materia de fiscalidad internacional ponen de relieve la necesidad de garantizar el pago del impuesto allí donde se generen los beneficios y el valor, y que es imprescindible restablecer la confianza en la equidad de los sistemas fiscales y permitir a los Gobiernos ejercer de forma eficaz su potestad tributaria. Estos objetivos políticos se han traducido en recomendaciones de actuación concretas en el contexto de la iniciativa contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Sigue diciendo la exposición de motivos de la propuesta de Directiva que la mayoría de los Estados miembros, en su calidad de miembros de la OCDE, se han comprometido a aplicar los resultados de las 15 acciones de BEPS, y que, para el buen funcionamiento del mercado interior, es esencial que como mínimo los Estados miembros cumplan los compromisos que han adquirido en virtud del proyecto BEPS y, más en general, que adopten medidas destinadas a desalentar las prácticas de elusión fiscal y garantizar una fiscalidad justa y eficaz en la Unión de manera suficientemente coherente y coordinada.

Así las cosas, se concluye que es necesario establecer normas que refuercen el nivel medio de protección contra la planificación fiscal agresiva en el mercado interior y que, dado que esas normas habrán de incorporarse a veintiocho sistemas nacionales del impuesto sobre sociedades distintos, deben quedar circunscritas a nociones de carácter general, y su aplicación debe dejarse en manos de los Estados miembros. Procede, por tanto, establecer un nivel mínimo común de protección en ámbitos específicos, y esos ámbitos son los siguientes: limitación de la deducibilidad de los intereses, imposición de salida, cláusula de inversión (*switch-over*), norma general contra las prácticas abusivas, normas relativas a las sociedades extranjeras controladas y marco para hacer frente a las asimetrías híbridas.

### 1 · Norma relativa a la limitación de los intereses

La propuesta de Directiva presenta la medida afirmando que, en un intento de reducir su deuda tributaria global, los grupos de empresas transfronterizos

<sup>33</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-159\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-159_en.htm)

<sup>34</sup> *Proposal for a Council Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market (Anti-Tax Avoidance Directive, ATAD)*

recurren cada vez más al traslado de beneficios, a menudo mediante el pago de intereses incrementados, desde jurisdicciones con elevados niveles de imposición hacia países con niveles impositivos inferiores. A fin de desalentar tales prácticas, se precisa de una norma sobre limitación de los intereses en virtud de la cual se restrinja la deducibilidad de los «costes de endeudamiento excedentarios» de los contribuyentes (el importe en que los gastos financieros fiscalmente deducibles exceden de los ingresos financieros fiscalmente imposables<sup>35</sup>).

La regulación propuesta es, en esencia, la siguiente:

1. Los costes de endeudamiento excedentarios serán deducibles en el ejercicio fiscal en que se soporten únicamente hasta el 30 % de los beneficios del contribuyente antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA, por sus siglas en inglés). Si el contribuyente es un grupo fiscal de sociedades, los costes de endeudamiento excedentarios y el EBITDA serán calculados a nivel del grupo y comprenderán los resultados de todos sus miembros.
2. Los EBITDA se calcularán volviendo a incorporar a la renta imponible los importes corregidos a efectos fiscales de los costes de endeudamiento excedentarios, así como los importes corregidos a efectos fiscales en concepto de depreciación y amortización. Las rentas exentas serán excluidas del EBITDA del contribuyente a estos efectos.
3. No obstante lo anterior, al contribuyente se le podrá otorgar derecho a:
  - a) deducir los costes de endeudamiento excedentarios hasta 3.000.000 de euros, o cantidad equivalente en una moneda nacional diferente<sup>36</sup>;
  - b) deducir los costes de endeudamiento excedentarios en su totalidad, si el contribuyente es una entidad independiente<sup>37</sup>.
4. Los Estados miembros podrán excluir de la limitación los costes de endeudamiento excedentarios incurridos en relación con préstamos otorgados por terceros no vinculados para financiar proyectos de infraestructuras de duración igual o superior a 10 años, y en los que el operador, los costes de endeudamiento, los activos y las rentas estén todos situados en la Unión Europea.
5. Cuando el contribuyente sea miembro de un grupo contable consolidado, se le podrá otorgar derecho a:
  - a) deducir los costes de endeudamiento excedentarios en su integridad, si puede demostrar que la proporción de sus fondos propios sobre sus activos totales es igual o superior a la del grupo;
  - b) deducir los costes de endeudamiento excedentarios por un importe superior al límite general del 30 % del EBITDA. Ese límite superior se calculará dividiendo los costes de endeudamiento excedentarios del grupo contable incurridos respecto de terceros entre el EBITDA del grupo.
6. El Estado miembro podrá establecer:
  - a) que los costes de endeudamiento excedentarios que no puedan deducirse en el ejercicio fiscal en curso puedan deducirse en ejercicios fiscales futuros, sin limitación en el tiempo; o
  - b) que los costes de endeudamiento excedentarios que no puedan deducirse en el ejercicio fiscal en curso puedan deducirse en ejercicios fiscales futuros, sin limitación en el tiempo, o en ejercicios fiscales anteriores, con un límite de tres años; o
  - c) que los costes de endeudamiento excedentarios que no puedan deducirse en el ejercicio fiscal en curso puedan deducirse en ejercicios fiscales futuros, sin limitación en el tiempo, y que los EBITDA de un ejercicio fiscal que no sean plenamente absorbidos por los costes de endeudamiento excedentarios de dicho ejercicio fiscal puedan trasladarse a futuros ejercicios fiscales, hasta un máximo de 5 años.
7. Los Estados miembros pueden excluir a las entidades financieras de la aplicación de las reglas anteriores, incluyendo el caso en que dichas entidades financieras formen parte de un grupo contable consolidado.

<sup>35</sup> «Costes de endeudamiento excedentarios»: el importe en que los costes de endeudamiento de un contribuyente superan los ingresos imposables en concepto de intereses y otros ingresos imposables económicamente equivalentes procedentes de activos financieros obtenidos por dicho contribuyente». Las palabras en negrita son adiciones al texto original de la propuesta de Directiva, añadidas en el borrador de 15 de abril de 2016.

<sup>36</sup> Si el contribuyente es un grupo fiscal de sociedades, el importe de 3.000.000 €, o cantidad equivalente en una moneda nacional diferente, será calculado para todo el grupo fiscal.

<sup>37</sup> «... a standalone entity means a taxpayer that is not part of a consolidated group for financial accounting purposes and has no associated enterprise or permanent establishment.»

Como puede observarse, la regulación propuesta está en línea con las recomendaciones de la Acción 4 de BEPS, más arriba comentadas, y por ello también con el artículo 16 de la vigente Ley del Impuesto sobre Sociedades. En este sentido, lo más interesante será observar en qué medida el legislador español hace o no uso de algunas de las opciones que seguramente ofrecerá la futura Directiva, para aliviar el rigor y la rigidez de nuestra norma actual, singularmente las relativas a la completa deducción de los costes de endeudamiento excedentarios cuando se trate de entidades independientes; la opción de elevar el umbral de deducibilidad no relacionado con el EBITDA hasta 3.000.000 de euros (en lugar del millón de nuestra norma); y, para los contribuyentes miembros de grupos contables consolidados, la posibilidad de deducir los costes de endeudamiento excedentarios en su totalidad o por un importe superior al límite general del 30 % del EBITDA, en función de su situación relativa respecto de los ratios de fondos propios y endeudamiento del grupo.

## 2 · Imposición de salida

La medida es presentada en la exposición de motivos de la propuesta de Directiva diciendo que la función de los impuestos de salida es garantizar que, cuando un contribuyente traslade activos o su residencia fiscal fuera de la jurisdicción fiscal de un Estado, dicho Estado grave el valor económico de cualquier plusvalía creada en su territorio aun cuando la plusvalía en cuestión todavía no se haya realizado en el momento de la salida.

Ya tenemos dicho<sup>38</sup> que este argumento de preservar la capacidad de un Estado para gravar el valor económico de una plusvalía presuntamente creada en su territorio no nos convence en absoluto como fundamento técnico de la imposición de salida.

Es verdad que el principio general que el Convenio Modelo de la OCDE establece es el de tributación en el Estado de residencia (Estado de destino de la emigración en este caso), pero ese principio no significa que el Estado de la fuente (Estado de salida del emigrante) no goce de potestad para gravar ciertas rentas especialmente conectadas con el terri-

torio. El ejemplo paradigmático es el de las plusvalías latentes anidadas en inmuebles: como el Estado de salida del emigrante conserva el derecho a gravarlas cuando efectivamente se realicen, su gravamen en situación puramente latente carece de justificación. Y sucede que el mismo derecho de gravamen se reservan muchos Estados respecto de acciones o participaciones significativas en sociedades residentes en su territorio. España, por ejemplo, lo tiene pactado, entre otros, con México, Estados Unidos, India, Noruega, Israel, Islandia, Francia, Corea del Sur o Panamá.

Sin embargo, el gravamen de participaciones significativas en el Estado de la fuente no existe en los últimos convenios españoles (Chipre, República Dominicana, Nigeria, Omán y Uzbekistán), quizá porque España es ahora un país tan inversor como receptor de inversiones internacionales, o porque simplemente los otros Estados contratantes no lo han querido así. En cualquier caso, y esto es lo que interesa en este momento, el reparto internacional de potestades tributarias en relación con acciones y participaciones en sociedades no es algo escrito en piedra en el Convenio Modelo de la OCDE, sino que depende de la voluntad soberana de los Estados contratantes, y caben muchas posibilidades, por lo que pretender fundamentar un impuesto de salida sobre participaciones significativas en sociedades en un reparto posible de potestades tributarias bajo el convenio modelo de la OCDE, y al mismo tiempo estar firmando convenios en los que nunca se incluye el gravamen en fuente de participaciones significativas para protegerte como jurisdicción de acogida de sociedades *holding* internacionales (como hace Holanda, por ejemplo), es simplemente un ejercicio de hipocresía.

Fuera del ámbito de los países convenidos, España se atribuye un derecho incondicional a someter a imposición las ganancias patrimoniales obtenidas por no residentes en cuanto se deriven de valores emitidos por personas o entidades residentes en territorio español [artículo 13.1.1) del Real Decreto Legislativo 5/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes], de modo que en el caso general de emigración a un país no convenido, un impuesto de salida es innecesario en relación con acciones o participaciones de entidades españolas, porque España mantiene el derecho a gravar las plusvalías derivadas de dichas acciones o participaciones cuando efectivamente se obtengan por el emigrante. Y si de lo que se trata es de gravar las acciones o participaciones de entidades extranjeras en poder

<sup>38</sup> «El nuevo impuesto español tipo *exit tax* sobre acciones y participaciones», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 41, 2015, pág. 79.

de españoles cuando van a emigrar, entonces todo el discurso de conexión de la plusvalía con el territorio carece directamente de fundamento.

En fin, que el razonamiento del reparto internacional de la potestad tributaria es a nuestro juicio muy poco sólido, pues los Estados gozan de capacidad jurídica más que suficiente para someter a tributación las plusvalías que deriven de activos situados en su territorio, y cuando abdican de esa capacidad lo hacen de forma voluntaria y soberana en el marco de un tratado internacional, en el que además podrían incluir excepciones que son moneda común y que nadie les obliga a dejar de poner.

La perspectiva económica nos conduce hoy a la misma conclusión. Pretender que la potestad impositiva del Estado de salida deriva de que las plusvalías latentes en los activos del emigrante han sido creadas en su territorio es igual que afirmar que lo que se grava con la imposición de salida son solo plusvalías derivadas del negocio que la sociedad emigrante ha desarrollado regularmente en el territorio del Estado de salida. Nada más alejado de la realidad del mundo actual, donde los grupos de sociedades presentes en multitud de países son la regla y no la excepción, y donde muchos países emergentes (por ejemplo, Brasil o India) reclaman su derecho a gravar las plusvalías puestas indirectamente de manifiesto en relación con sociedades residentes en sus territorios cuando se produce la transmisión de acciones o participaciones de sociedades *holding* situadas uno o varios niveles más arriba del grupo.

A pesar de su declaración inicial, la propuesta de Directiva es consciente de algunas de las ideas que acabamos de expresar, y así se trasluce en la regulación propuesta, que consiste fundamentalmente en lo siguiente:

1. Un contribuyente estará sujeto a imposición sobre una base igual al valor de mercado de los activos, menos su coste fiscal, en cualquiera de las siguientes situaciones:
    - a) el contribuyente transfiere activos a un establecimiento permanente suyo situado en otro Estado miembro o en un tercer país, siempre que el Estado miembro de residencia de la casa matriz carezca en adelante del derecho a gravar los activos transferidos;
    - b) el contribuyente transfiere activos desde un establecimiento permanente situado en un Estado miembro a su casa matriz en otro Estado miembro o en un tercer país, siempre que el Estado miembro de residencia del esta-
  - blecimiento permanente carezca en adelante del derecho a gravar los activos transferidos;
  - c) el contribuyente traslada su residencia fiscal<sup>39</sup> a otro Estado miembro o a un tercer país, excepto respecto de aquellos activos que permanezcan efectivamente conectados o atribuidos a un establecimiento permanente en el Estado miembro de salida;
  - d) el contribuyente traslada el negocio que desarrolla un establecimiento permanente suyo desde un Estado miembro a otro Estado miembro o a un tercer país, siempre que el Estado miembro de residencia del establecimiento permanente carezca en adelante del derecho a gravar los activos transferidos con el negocio;
2. El contribuyente tendrá derecho al pago fraccionado en 5 años de la imposición de salida devengada en los supuestos anteriores, cuando el Estado de destino sea otro Estado miembro o un tercer Estado que sea parte del Espacio Económico Europeo, y a condición en este último caso de que el Estado de destino parte del Espacio Económico Europeo haya concluido con el Estado miembro de salida o con la Unión Europea un acuerdo de asistencia mutua en materia de recaudación de deudas fiscales equivalente a la Directiva 2010/24/EU.
  3. Se deberán intereses por el pago fraccionado, de acuerdo con la legislación del Estado de salida, por el importe necesario para preservar el valor de la deuda aplazada.
  4. El pago fraccionado será inmediatamente suspendido y la deuda devendrá exigible en los casos siguientes:
    - a) los activos o el negocio transferidos se venden o se dispone de ellos de otra manera;
    - b) los activos transferidos son transferidos a continuación a un tercer país<sup>40</sup>;
    - c) el contribuyente traslada su residencia fiscal a un tercer país, o transfiere a un tercer país<sup>41</sup>

39 «'Transfer of tax residence' means an operation whereby a taxpayer ceases to be resident for tax purposes in a Member State, whilst acquiring tax residence in another Member State or third country».

40 Salvo que el tercer país sea otro Estado miembro o un tercer Estado que sea parte del Espacio Económico Europeo que haya concluido con el Estado miembro de salida o con la Unión Europea un acuerdo de asistencia mutua en materia de recaudación de deudas fiscales equivalente a la Directiva 2010/24/EU.

41 Idem nota a pie anterior.

- el negocio desarrollado por el establecimiento permanente previamente transferido;
- d) el contribuyente quiebra o se disuelve;
- e) el contribuyente incumple sus obligaciones bajo el fraccionamiento de pago durante 12 meses.
5. Cuando el Estado de destino de los activos o negocio transferidos sea otro Estado miembro, este Estado miembro aceptará el valor establecido por el Estado miembro de salida como el coste de adquisición del activo o negocio a efectos fiscales futuros.
6. La imposición de salida no se aplicará a préstamos de valores, activos dados en garantía, cuando la transferencia del activo trae causa del cumplimiento de requisitos prudenciales de capital mínimo o tiene fines de gestión de liquidaciones, y cuando los activos se transfieran sujetos a retrocesión dentro de un plazo de 12 meses.

La imposición de salida ya regulada en nuestro Derecho en el apartado 1 del artículo 19 LIS<sup>42</sup> coincide sustancialmente con las líneas que se acaban de recoger, aunque habrá de ajustarse a los supuestos más específicos que contempla la propuesta de Directiva.

### 3 · Cláusula de inversión (*switch-over*)

Dice la exposición de motivos de la propuesta de Directiva que, habida cuenta de las dificultades

<sup>42</sup> «1. Se integrará en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de los elementos patrimoniales que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera de éste, excepto que dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español de la mencionada entidad. En caso de afectación a un establecimiento permanente, será de aplicación a dichos elementos patrimoniales lo previsto en el artículo 78 de esta Ley.

El pago de la deuda tributaria resultante de la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, en el supuesto de elementos patrimoniales transferidos a un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria en los términos previstos en el apartado 4 de la Disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, será aplazado por la Administración tributaria a solicitud del contribuyente hasta la fecha de la transmisión a terceros de los elementos patrimoniales afectados, resultando de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y su normativa de desarrollo, en cuanto al devengo de intereses de demora y a la constitución de garantías para dicho aplazamiento».

inherentes a la concesión de deducciones fiscales en relación con los impuestos pagados en el extranjero, los Estados tienden de forma creciente a eximir del impuesto la renta extranjera en el Estado de residencia. No obstante, este enfoque tiene el efecto negativo involuntario de fomentar situaciones en las que la renta exenta o sujeta a un gravamen reducido entra en el mercado interior y, a continuación, circula —en muchos casos sin gravar— en la Unión, aprovechando los instrumentos disponibles en la legislación de la Unión. Para atajar estas prácticas, concluye, se utilizan habitualmente cláusulas de inversión (*switch-over*).

El razonamiento en relación con el mercado interior no se entiende muy bien, la verdad, salvo la idea política de que en definitiva las rentas de fuente extranjera deben entrar en la Unión sometidas a un nivel mínimo de imposición en el territorio en el que se generaron, lo que a su vez nos vuelve a recordar un hecho que ya hemos contado varias veces.

Con cláusulas de inversión, los incentivos fiscales del país de la inversión no podrán surtir efecto respecto de los inversores europeos. Esto podría representar un peligro para las inversiones europeas en países de oportunidad, en desarrollo, que acuden a los incentivos fiscales para atraer inversión exterior, y donde las empresas europeas tienen mercados por abrir que nuestra economía necesita. Recordamos como si fuera hoy lo que nos sucedió a finales del siglo XX con una inversión en Bangladesh. Tras haber constituido exitosamente en junio de 1997 la primera entidad de tenencia de valores extranjeros («ETVE») de nuestro derecho<sup>43</sup>, nos acercamos a la Dirección General de Tributos, pues en aquel tiempo el régimen de ETVE era rogado, para intentar constituir la siguiente. Se trataba de la tenencia del 100 % de las acciones de una sociedad de Bangladesh cuyo propósito iba a ser la construcción y explotación de una central de producción de energía eléctrica en ese país. Bangladesh era entonces uno de los países más pobres del planeta<sup>44</sup> y estaba

<sup>43</sup> De tenencia indirecta del 17,5 % de la entonces sociedad estatal belga de telecomunicaciones Belgacom, S.A, cuyo 49,99 % se privatizó en marzo de 1996.

<sup>44</sup> No obstante, de acuerdo con el Banco Mundial, desde 1990 el país ha logrado una tasa de crecimiento anual promedio del 5 %. Bangladesh ha vivido la expansión de su clase media y el desarrollo del sector terciario. En diciembre de 2005, cuatro años después de su informe sobre las economías emergentes del «BRICS» (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica), Goldman Sachs consideró a Bangladesh uno de los «Próximos once», junto con Egipto, Indonesia, Vietnam y otros siete países

intentando dotarse de infraestructuras industriales básicas atrayendo inversión exterior. A estos efectos, las sociedades dedicadas a la producción de energía eléctrica gozaban de exención plena en el impuesto sobre sociedades. Pues bien, no hubo forma de salvar el obstáculo de que «la entidad participada esté sujeta y no exenta a un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades», como decía el artículo 130.1.b) LIS entonces vigente.

La regulación de la cláusula de inversión de la propuesta de Directiva es la siguiente:

1. Los Estados miembros no eximirán de imposición la renta extranjera que haya percibido un contribuyente en concepto de distribución de beneficios de una entidad de un tercer país, o como producto de la enajenación de acciones que posea en una entidad de un tercer país, o como renta procedente de un establecimiento permanente situado en un tercer país, en caso de que la entidad o el establecimiento permanente estén sujetos en el país de residencia de la entidad o en el país en que esté situado el establecimiento permanente, a un impuesto sobre los beneficios a un tipo del impuesto sobre sociedades inferior al 40 % del tipo impositivo del impuesto sobre sociedades aplicable en el Estado miembro del contribuyente. Esta cláusula no será de aplicación cuando exista un convenio para evitar la doble imposición vigente entre el Estado miembro del contribuyente y el país de residencia de la entidad o en el que esté situado el establecimiento permanente
2. Los Estados miembros pueden excluir del ámbito de la cláusula las siguientes pérdidas:
  - a) las pérdidas incurridas por un establecimiento permanente del contribuyente situado en un país tercero;
  - b) las pérdidas derivadas de la transmisión de acciones o participaciones en una entidad residente en un país tercero.

Si el umbral mínimo de tipo de gravamen del impuesto sobre sociedades aplicable en residencia a la filial o al establecimiento permanente es el 40 % del tipo aplicable a la matriz, para las sociedades matrices españolas ese umbral será, en general, del 10 % (40 % de 25 %), lo cual está de nuevo en

línea con la cláusula de inversión que ya existe en nuestro Impuesto sobre Sociedades en los artículos 21 y 22 LIS, para filiales y establecimientos permanentes, respectivamente<sup>45</sup>.

#### 4 · Norma general contra las prácticas abusivas

La exposición de motivos de la propuesta de Directiva contiene una reflexión que debería ser de obligada lectura para cualquiera que tenga algo que ver con la aplicación de normas generales contra el abuso de derecho en el ámbito tributario.

Así, dice la propuesta de Directiva que «las normas generales contra las prácticas abusivas (NGCPA) se incluyen en los sistemas impositivos para hacer frente a las prácticas fiscales de este tipo que todavía no se han abordado a través de disposiciones específicas. Así pues, dichas normas generales tienen como función colmar las lagunas existentes y no deberían afectar a la aplicabilidad de las normas específicas de lucha contra el fraude. Dentro de la Unión, la aplicación de las NGCPA debe circunscribirse a los mecanismos «puramente artificiales» (falseados); dicho de otro modo, el contribuyente debe tener derecho a elegir la estructura más eficaz desde el punto de vista fiscal para sus operaciones comerciales<sup>46</sup>».

Dentro de este marco de mecanismos puramente artificiales, la propuesta de Directiva dispone lo siguiente:

1. Un Estado miembro ignorará los acuerdos o series de acuerdos que, teniendo como principal objetivo o como uno de sus principales objetivos la obtención de una ventaja fiscal en detrimento del objeto o la finalidad de las disposiciones tributarias aplicables, no sean auténticos a la luz de todos los hechos y circunstancias relevantes.

<sup>45</sup> «b) Adicionalmente, en el caso de participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, que la entidad participada haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa, con independencia de la aplicación de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción sobre aquellos» (art. 21.1 LIS).

«1. Estarán exentas las rentas positivas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente situado fuera del territorio español cuando el mismo haya estado sujeto y no exento a un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto con un tipo nominal de, al menos, un 10 por ciento, en los términos del apartado 1 del artículo anterior» (art. 22 LIS).

<sup>46</sup> «... the taxpayer should have the right to choose the most tax efficient structure for its commercial affairs».

(«The N-11: More Than an Acronym», Goldman Sachs study of N11 nations. Global Economics Paper No: 153. 28 de marzo de 2007).

2. Se considerará que un acuerdo o serie de acuerdos no son auténticos en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

La norma parece cercana a la cláusula de motivos económicos válidos del régimen fiscal especial de fusiones<sup>47</sup> (artículo 89.2 LIS<sup>48</sup>, tomada del artículo 11.1.a de la Directiva 90/434/CEE), y lejana de la norma general contra prácticas abusivas contenida en el artículo 15 de la Ley General Tributaria. Será interesante observar cómo se resuelve esta aparente lejanía, y a tal efecto no debe perderse de vista la conexión entre ambas normas desarrollada por nuestros tribunales, singularmente la Audiencia Nacional, según la cual<sup>49</sup>:

«... considera la Sala que, habida cuenta de que el concepto de fraude o evasión fiscal no se encuentra definido de forma expresa en la normativa tributaria, habrá que acudir a criterios interpretativos válidos, debiendo entender como tal, lo previsto en el art. 15 de la LGT 58/2003, que se refiere al «conflicto en la aplicación de la norma tributaria», supuesto que concurre cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias: a) que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido; b) que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios»<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> El nombre completo de dicho régimen especial es régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea.

<sup>48</sup> «2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal».

<sup>49</sup> Véanse, por ejemplo, las SAN de de 7 de mayo de 2007 (Sección 2.<sup>a</sup>), 5 de marzo de 2008 (Sección 4.<sup>a</sup>) y 26 de abril de 2010 (Sección 7.<sup>a</sup>).

<sup>50</sup> Apartado 4.2 del fundamento de derecho sexto de la SAN (Sección 4.<sup>a</sup>) de 5 de marzo de 2008, citando la SAN (Sección 2.<sup>a</sup>) de 7 de mayo de 2007.

En el mismo sentido, quizá una buena traducción a estos efectos de «acuerdo no auténtico» (*non-genuine arrangement*) podría ser la de *acuerdo artificioso*.

## 5 · Legislación relativa a las sociedades extranjeras controladas

En la estela de la Acción 3 de BEPS, la regulación contenida en materia de normas CFC por la propuesta de Directiva es, en esencia, la siguiente:

1. El Estado miembro de residencia de un contribuyente tratará a una entidad como sociedad extranjera controlada cuando se den las siguientes condiciones:
  - a) que el contribuyente, solo o conjuntamente con sus empresas asociadas, definidas de acuerdo con el sistema del impuesto sobre sociedades aplicable, posea una participación directa o indirecta de más del 50 % en los derechos de voto, o posea más del 50 % del capital o tenga derecho a percibir más del 50 % de los beneficios de dicha entidad; y
  - b) que, en virtud del régimen general aplicable en el país de residencia de la entidad, sus beneficios estén sujetos a un tipo impositivo efectivo<sup>51</sup> por el impuesto sobre sociedades inferior al 50 % del tipo impositivo efectivo del impuesto sobre sociedades que se habría aplicado en el Estado miembro del contribuyente.
2. Cuando una entidad sea considerada sociedad extranjera controlada, el Estado miembro del contribuyente incluirá en la base imponible:
  - a) las rentas no distribuidas por la entidad que deriven de las siguientes categorías:
    - (i) intereses y otras rentas derivadas de activos financieros;
    - (ii) regalías y otras rentas derivadas de la propiedad intelectual;
    - (iii) dividendos y rentas derivadas de la transmisión de participaciones;

<sup>51</sup> «... the 'effective' corporate tax rate of a controlled foreign company means the ratio of the actual corporate tax paid in the country of the controlled foreign company over the total taxable income in that country computed according to the rules of the controlling parent company.»

- (iv) rentas de seguros;
  - (v) rentas por servicios prestados al contribuyente o a sus empresas asociadas; y
- b) las rentas no distribuidas por la entidad que deriven de acuerdos artificiosos (*non-genuine*<sup>52</sup>) concluidos con el propósito esencial de conseguir una ventaja fiscal.
3. Los Estados miembros no incluirán estas rentas en la base imponible del contribuyente cuando la entidad resida en un Estado miembro o en un país parte del Espacio Económico Europeo. Esto no obstante, podrán incluir las rentas que deriven de acuerdos artificiosos.
  4. Los Estados miembros podrán optar por no tratar a una entidad como sociedad extranjera controlada si solo un tercio o menos de su rentas se derivan de las categorías de rentas antes listadas.
  5. Cuando se incluyan rentas de las antes listadas, el importe de la renta se calculará de acuerdo con las reglas del impuesto sobre sociedades del Estado miembro del contribuyente. Las pérdidas de la entidad no se incluirán en la base imponible del contribuyente, pero podrán ser compensadas en ejercicios fiscales futuros.
  6. Cuando se incluyan rentas que deriven de acuerdos artificiosos, el importe a incluir estará limitado a los importes generados a través de activos y riesgos vinculados a funciones ejercidas por personas dependientes del contribuyente.
  7. La renta a incluir será proporcional a la participación del contribuyente en la entidad.
  8. La será incluida en el ejercicio fiscal del contribuyente en el que termine el ejercicio fiscal de la entidad.
  9. Cuando la entidad distribuya beneficios al contribuyente, o el contribuyente transmita su participación en la entidad, las rentas previamente incluidas serán deducidas de la base imponible a los efectos de calcular el impuesto debido por los beneficios distribuidos o por la transmisión

52 «... an arrangement or a series thereof shall be regarded as non-genuine to the extent that the entity would not own the assets or would not have undertaken the risks which generate all, or part of, its income if it were not controlled by a company where the significant people functions, which are relevant to those assets and risks, are carried out and are instrumental in generating the controlled company's income.»

de la participación, a fin de asegurar que no existe doble imposición.

10. El Estado miembro del contribuyente permitirá la deducción del impuesto pagado por la entidad del impuesto sobre sociedades a pagar por el contribuyente.

En un momento anterior de estas líneas hemos comentado la Acción 3 de BEPS y la nueva regulación española de transparencia fiscal internacional, nuestras *CFC rules*, contenida en el artículo 100 LIS, comentarios a los que nos remitimos.

## 6 · Asimetrías híbridas

Tras subrayar en su exposición de motivos que las asimetrías híbridas se deben a diferencias en la calificación jurídica de pagos (derivados de instrumentos financieros) o de entidades que surgen en el contexto de la interacción entre los ordenamientos jurídicos de dos jurisdicciones, y que esas asimetrías tienen a menudo por efecto una doble deducción (es decir, la deducción en ambos Estados) o una deducción de la renta en un Estado sin su inclusión en la base imponible del otro, la regulación de las asimetrías híbridas que la propuesta de Directiva establece es muy sencilla, pues son solo dos reglas:

1. En la medida en que una asimetría híbrida<sup>53</sup> resulte en una doble deducción, el Estado miembro de residencia de la compañía matriz denegará la deducibilidad fiscal del pago.
2. En la medida en que una asimetría híbrida resulte en una deducción sin inclusión, el Estado miembro de residencia del pagador denegará la deducibilidad fiscal del pago.

Se trata como puede verse de los mismos escenarios de riesgo y de las mismas normas de resolución contemplados en el informe final de la Acción 2 de BEPS.

53 «*hybrid mismatch*' means a situation between a taxpayer in one Member State and an associated enterprise, as defined under the applicable corporate tax system, in another Member State where the following outcome is attributable to differences in the legal characterization of a financial instrument or entity:

- (a) a deduction of the same payment, expenses or losses occurs both in the Member State in which the payment has its source, the expenses are incurred or the losses are suffered and in another Member State ('double deduction'); or
- (b) there is a deduction of a payment in the Member State in which the payment has its source without a corresponding inclusion of the same payment in the other Member State ('deduction without inclusion').»

En fin, que el cuarto borrador de la propuesta de Directiva, cuyas líneas maestras hemos venido resumiendo, es ya un documento maduro y muy terminado, que es de esperar que en poco tiempo se convierta en norma. Para España sus efectos serán seguramente relativos, pues como hemos tenido ocasión de ver, y contrariamente a la creencia popular, las normas tributarias españolas no son en absoluto las más lentas en incorporar medidas y regulaciones internacionales dirigidas a combatir la

elusión fiscal. Otra cosa es, como dijimos al principio y ahora repetimos para terminar, que preferamos que los agentes públicos, tan pronto detecten incongruencias u obsolescencias normativas, promuevan con toda celeridad los cambios que sean precisos en las reglas del juego para que los intereses públicos no resulten insatisfechos, en lugar de venir años después con normas generales antiabuso, inevitablemente generadoras de una profunda inseguridad jurídica, convertidas en el bálsamo de Fierabrás.