



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA PLANIFICACIÓN FISCAL ABUSIVA
MEDIANTE SOCIEDADES
INSTRUMENTALES Y LA PROPUESTA DE
LA DIRECTIVA ATAD 3**

Autor: Carmen Santos Alcocer

5º E3

Derecho Tributario

Tutor: María Pilar Navau Martínez-Val

Madrid

Abril de 2024

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	7
1. PLANTEAMIENTO: LAS SOCIEDADES FANTASMA Y LA PLANIFICACIÓN FISCAL ABUSIVA	7
2. OBJETIVOS Y ANTECEDENTES DE HECHO	8
3. METODOLOGIA Y PLAN DE TRABAJO	10
II. ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA ATAD 3	11
1. EL PLAN BEPS DE LA OCDE	13
2. EL PAQUETE DE LA UNION EUROPEA DE LUCHA CONTRA LA ELUSIÓN FISCAL INTERNACIONAL: LA ATAD 1 Y LA ATAD 2	19
3. EL CONJUNTO DE DIRECTIVAS “DAC”	23
4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA SOBRE EL ABUSO DE DERECHO Y LA SUSTANCIA ECONÓMICA	27
5. LAS MEDIDAS ANTIABUSO EN EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO ESPAÑOL	29
6. PUBLICACIÓN DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA ATAD 3 Y SITUACIÓN ACTUAL	31
III. LOS INDICADORES DE SUSTANCIA MÍNIMA DE LAS EMPRESAS EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA ATAD 3	34
1. REVISIÓN DE LA ESTRUCTURA SOCIETARIA ACTUAL DE LA CONSULTANTE	34
2. APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE CRIBADO	36
IV. CONSECUENCIAS FISCALES PARA LAS EMPRESAS DE LA APLICACIÓN DE LA PROPUESTA DE ATAD 3	44

1.	REVISIÓN TEÓRICA DE LAS CONSECUENCIAS FISCALES	44
2.	APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS CONSECUENCIAS FISCALES	47
V.	POSIBLES EFECTOS DE LA APROBACION DE LA PROPUESTA DE ATAD 3 SOBRE LAS ESTRUCTURAS SOCIETARIAS TRANSFRONTERIZAS	56
1.	ALTERNATIVA 1. REPARTO DIRECTO DE DIVIDENDOS DE LA ENTIDAD ESPAÑOLA A LA ENTIDAD CANADIENSE	57
2.	ALTERNATIVA 2. CONSTITUCIÓN DE UNA ENTIDAD HOLDING CON INFRAESTRUCTURA MATERIAL MINIMA	61
VI.	CONCLUSIONES	63
1.	PRINCIPALES CUESTIONES CONTROVERTIDAS IDENTIFICADAS	63
2.	REFLEXIÓN CRÍTICA	65

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. <i>"Evolución del Plan de Acción BEPS"</i>	15
Figura 2. <i>"Identificación de las quince acciones del Plan de Acción BEPS"</i>	16
Figura 3. <i>"Aprobación del paquete de lucha contra la elusión fiscal"</i>	21
Figura 4. <i>"Composición de los presupuestos de los Estados miembros de la UE"</i>	32
Figura 5. <i>"Estructura corporativa de la Consultante"</i>	35
Figura 6. <i>"Alternativa 1 a la estructura corporativa de la Consultante"</i>	58

LISTADO DE ABREVIATURAS

ATAD 1: Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior

ATAD 2: Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países

ATAD 3: Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas para evitar el uso indebido de sociedades fantasma a efectos fiscales y se modifica la Directiva 2011/16/UE

BEPS: Proyecto de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios (en inglés, “Base Erosion and Profit Shifting”)

CAF: Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE

CDI: Convenios de Doble Imposición Internacional

CE: Comisión Europea

CESE: Comité Económico y Social Europeo

DAC: Directiva sobre Cooperación Administrativa (en inglés, “Directive on Administrative Cooperation”)

DIIT: Directiva relativa al intercambio de información tributaria

EEE: Espacio Económico Europeo

G20: Grupo de los 20

IRNR: Impuesto sobre la Renta de no Residentes

OCDE: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos

TEAC: Tribunal Económico Administrativo Central

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO: LAS SOCIEDADES FANTASMA Y LA PLANIFICACIÓN FISCAL ABUSIVA

Durante los últimos años, ha tenido lugar un proceso de globalización que implica la deslocalización de la actividad, fundamentalmente, en el caso de compañías con un elevado volumen de negocios que operan simultáneamente en distintos países. Esta deslocalización va de la mano de la planificación fiscal internacional de tal forma que el aprovechamiento de la falta de coordinación en la normativa fiscal de los distintos países se traduce en una considerable menor recaudación. Los diferentes Estados y la Unión Europea (“UE”) tienen un alto interés en combatir la elusión fiscal y así garantizar que todos contribuyan para sufragar los gastos públicos en función de su capacidad contributiva garantizándose un sistema tributario justo basado en los principios de generalidad, igualdad y solidaridad.

Con el fin de hacer frente a esta preocupación, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (“OCDE”) y la UE han ido adoptando numerosas medidas como la aprobación del Plan “BEPS” (en inglés, “Base Erosion and Profit Shifting”) y las Directivas ATAD, siendo la más reciente la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas para evitar el uso indebido de sociedades fantasma a efectos fiscales y se modifica la Directiva 2011/16/UE (en adelante, “**la Propuesta de Directiva**” o “**ATAD 3**”)¹ publicada por la Comisión Europea (“CE”) el 22 de diciembre de 2021, por la que se establecen normas para evitar la utilización indebida de lo que comúnmente se conoce como “*shell companies*” o sociedades “fantasma”, esto es, sociedades sin activos y sustancia que se utilizan indebidamente para obtener ventajas fiscales. Esta Propuesta de Directiva ha sido el último aviso para que las multinacionales que tengan integradas en su estructura corporativa sociedades sin activos y sustancia revisen su legalidad. Es relevante mencionar que, aunque inicialmente se fijó como año de entrada

¹ Directiva 2011/16/UE de la Comisión Europea, de 22 de diciembre de 2021. 565 final 2021/0434 (CNS) (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC056>; última consulta 13/10/2023).

en vigor el 2024, dificultades en las negociaciones han retrasado esta fecha al año siguiente. Aunque no se prevé por tanto que la Directiva entre en vigor antes del año 2025, algunas de las circunstancias que deben tenerse en cuenta para verificar si se cumplen los requisitos de sustancia se refieren a los dos años previos (esto es, 2023 y 2024). Por ello, es aconsejable que las multinacionales comiencen la revisión de sus estructuras de inversión en la medida en que alguna de las sociedades que las integren pueda calificarse como sociedad de riesgo.

El interés personal que ha motivado la elección como objeto de estudio “*La planificación fiscal abusiva mediante sociedades instrumentales y la propuesta de Directiva ATAD 3*” consiste, precisamente, en tratar de comprender, desde un punto de vista teórico y práctico, las consecuencias fiscales que conllevará la entrada en vigor de la Directiva para las sociedades con presencia en distintos países. Mi intención es enfocar mi carrera profesional al asesoramiento fiscal especializado en el análisis de estructuras societarias multinacionales y su adecuación a la legalidad. Por tanto, con este estudio persigo entender el concepto y la práctica de la planificación fiscal abusiva para luego, en el apartado “reflexión crítica”, poder plantear soluciones a un problema tan relevante en la actualidad como es el abuso de derecho.

2. OBJETIVOS Y ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante el presente Dictamen, se resolverán una serie de cuestiones que persiguen el análisis detallado del alcance y consecuencias de la Propuesta de Directiva y, para ello, se partirá de los antecedentes de hecho que se reproducen a continuación:

Comparece ante usted el Sr. Brown, industrial canadiense, residente en Vancouver (Canadá). El Sr. Brown es socio único de Brown Investments Ltd., empresa domiciliada a efectos fiscales en Vancouver.

Brown Investments Ltd. canaliza sus inversiones en Europa a través de la entidad PSP Europa S.A.R.L., residente en Luxemburgo, de la que posee el 100% de su capital social. PSP Europa S.A.R.L. posee, a su vez, el 100% del capital social de una entidad española, Global Pain SA, domiciliada en Madrid.

Global Pain S.A. tiene como objeto social la tenencia de participaciones en otras entidades. Su único activo lo constituyen acciones en Pharma Industria S.A., entidad cotizada en bolsa, las cuales representan un 5% del capital social de la citada sociedad cotizada.

Los dividendos que distribuye Pharma Industria S.A. a Global Pain S.A. representan el 100% de las rentas de esta última. Y esos mismos dividendos se transfieren después, por Global Pain SA, a la matriz luxemburguesa PSP Europa S.A.R.L. Por el pago de estos dividendos a PSP Europa, Global Pain S.A. no realiza ninguna retención en concepto de IRNR a la entidad de Luxemburgo, al entender que están exentos de IRNR en virtud de Real Decreto-Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

Ni Global Pain S.A. ni PSP Europa poseen instalaciones en Madrid ni Luxemburgo, y su gestión la realiza, desde Canadá, el Sr. Brown, que es administrador único y gerente de ambas empresas. Tampoco tienen personal contratado ni en régimen laboral ni en régimen de arrendamiento de servicios.

Ante la posible aprobación, por parte de la Unión Europea, de la propuesta de Directiva sobre el uso indebido de las sociedades fantasma (shell companies), el Sr. Brown se encuentra inquieto por la posibilidad de que las empresas puedan ser calificadas como “shell companies”.

Por su parte, las preguntas que se plantean y a las que se dará respuesta a lo largo del presente Dictamen son las siguientes:

- 1. ¿Podría Global Pain S.A. o/y PSP Europa S.A.R.L. entrar dentro del ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva?*
- 2. En caso de que la respuesta a 1) fuera positiva, ¿qué consecuencias fiscales tendría en relación con los dividendos que la española abona a PSP Europa? Concretamente, ¿podrían dejar de estar exentos los dividendos en el IRNR español?*

3. *¿Podría aconsejar al Sr. Brown algún cambio a realizar en su estructura societaria de inversiones para evitar litigios con la Administración tributaria, teniendo en cuenta la posible aprobación de la propuesta de Directiva contra el uso abusivo de sociedades fantasma?*

3. METODOLOGIA Y PLAN DE TRABAJO

En la elaboración del presente Dictamen se seguirá el proceso propio de la investigación académica mediante una doble metodología.

Por un lado, se usará una metodología de investigación mixta teórico-empírica de tal forma que se localizarán, seleccionarán y analizarán distintas fuentes documentales, entre otros, pronunciamientos jurisprudenciales, doctrinales, bases de datos y publicaciones, pero, igualmente, se realizará un estudio práctico de casos reales, así, se abordará el supuesto planteado en el Dictamen y otros similares extraídos de la jurisprudencia.

Igualmente, se empleará un método histórico-jurídico puesto que se analizarán los antecedentes relativos a la planificación fiscal abusiva y las medidas internacionales adoptadas en el pasado con el fin de contextualizar el objeto de estudio.

El presente Dictamen se estructura en cinco bloques estando cada uno de ellos dividido en apartados y subapartados. En el primer bloque se llevará a cabo un repaso de los principales antecedentes históricos relativos a la persecución de las prácticas abusivas de elusión fiscal por parte de la UE y, también, se abordará el proceso de aprobación y publicación de la Propuesta de Directiva. A continuación, en el segundo, tercer y cuarto bloque se seguirá el orden de las cuestiones planteadas para ir dando respuesta a las mismas. De esta forma, en el segundo bloque se estudiará los indicadores de sustancia mínima que establece la Propuesta de Directiva. A continuación, se analizarán las consecuencias fiscales que conllevaría la aplicación de la Propuesta de Directiva en cuestión y, por último, se propondrán cambios en la estructura societaria de la Sociedad Consultante con el fin de adaptar su organización a la legalidad. Tras el estudio de las cuestiones anteriores, a modo de cierre, se identificarán las principales conclusiones

alcanzadas y se realizará una reflexión crítica con el objetivo de aportar un mayor valor al estudio realizado.

Con el fin de preservar la intimidad de las personas físicas y jurídicas consultantes, se hará referencia a las mismas de la siguiente forma: i) Sr. Brown, el “Consultante”, ii) Brown Investments Ltd, la “Entidad Canadiense”, iii) PSP Europa S.A.R.L., la “Entidad Luxemburguesa”, iv) Global Pain S.A., la “Entidad Española” y v) Pharma Industria S.A., la “Entidad Española Cotizada”.

II. ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA ATAD 3

En el presente apartado se realiza un repaso de los principales antecedentes a la Propuesta de Directiva ATAD 3 con el fin de contextualizar el objeto de estudio.

Una de las principales preocupaciones de la UE durante los últimos años ha sido la lucha contra el fraude de ley y las conductas abusivas. Esta lucha tiene como finalidad la recuperación de los ingresos no pagados a las autoridades por parte, fundamentalmente, de multinacionales. De esta forma, se pretende garantizar la equidad fiscal entre los contribuyentes estableciendo medidas para identificar a aquellas entidades que llevan a cabo prácticas de planificación fiscal para imponerles sanciones y así evitar que no se beneficien de ventajas fiscales sobre los contribuyentes que sí que cumplen con la normativa.

Con carácter previo, resulta necesario aclarar, en el contexto de Derecho Tributario, la diferencia conceptual entre “fraude de ley” y “abuso de derecho”.

Así, el fraude de ley puede definirse como una o varias actuaciones que originan un resultado contrario a una norma jurídica y que se ha amparado en otra dictada con una finalidad distinta². Es decir, esta figura presupone la existencia de una norma que se trata de eludir a través de acciones artificiosas que permiten la aplicación de normas más

² Díez Picazo, L., *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I., 7ª edición Tecnos, 1995, página 82.

favorables. En concreto, el fraude de ley fiscal es una modalidad de fraude de ley cuyo objetivo es la reducción de la carga tributaria mediante contratos lícitos y efectivos (es decir, no simulados)³.

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (“LGT”)⁴ no regula expresamente el fraude de ley, pero aborda en su artículo 15 el “conflicto en la aplicación de la norma tributaria” también conocido como “cláusula antiabuso”. Esta cláusula amplía los supuestos de interpretación anómala de las normas fiscales y prescinde de la necesidad de que para su aplicación exista la finalidad de eludir el pago de impuestos. La diferencia fundamental entre la “elusión” y “evasión” fiscal es que la primera no supone una infracción de la ley considerándose, por tanto, un acto lícito mientras que la segunda sí que supone una vulneración directa de la normativa constituyendo así un acto ilícito. No obstante, la legitimidad formal de la elusión no garantiza la licitud del resultado. A diferencia de la elusión fiscal interna, en el caso de la elusión fiscal internacional lo que se usurpa no es una norma concreta del ordenamiento jurídico, sino al ordenamiento jurídico nacional como un “todo”⁵.

Las figuras anteriormente definidas tienen una naturaleza similar entre sí ya que ambas se caracterizan por revestir la operación de manera artificiosa o impropia buscando la aplicación de un tratamiento fiscal más beneficioso, pero no existe una identidad absoluta entre ellas. Como se ha mencionado la principal diferencia entre ambos conceptos reside en que, mientras el fraude de ley pone su acento en los elementos

³ Calvo Vérguez, J., *Cláusula antiabuso versus fraude de ley: ¿dos conceptos semejantes en la Ley General Tributaria?* Crónica Tributaria, número 123/2007, 2007, páginas 11-39 (disponible en https://www.economistas.es/Contenido/REAF/gestor/123_Calvo.pdf; última consulta 08/12/2023).

⁴ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186>; última consulta 09/11/2023).

⁵ Yáñez Villanueva, F., *Ponencia La Elusión Fiscal y los medios para combatirla en la XXIV. Jornadas Latinoamericana de Derecho Tributario. Edición Asociación Venezolana de Derecho Tributario e Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario. Memorias Isla Margarita Venezuela, 2008, página 286.*

subjetivos (esto es, el propósito de eludir impuestos), el abuso de derecho se define en términos objetivos⁶.

En definitiva, el fraude de ley y el abuso del derecho son algunas de las acciones que persiguen hacer la carga tributaria menos gravosa vulnerando el espíritu de la normativa fiscal, con operaciones artificiosas que, bajo el amparo de la autonomía de la voluntad, no persiguen otra finalidad distinta del disfrute de ventajas fiscales.

Otras de las figuras son la simulación, el negocio indirecto, etc.⁷ Como se ha mencionado anteriormente, la lucha contra el fraude de ley y las conductas abusivas resultan, especialmente trascendentes si se tiene en cuenta que los ingresos fiscales representan la mayor parte de los recursos públicos y son la principal fuente de financiación de las políticas de las Administraciones públicas⁸. Por tanto, el impago de impuestos se traduce en una reducción de los recursos para los presupuestos europeos y nacionales. En consecuencia, la lucha contra las prácticas abusivas de planificación fiscal es un objetivo compartido entre la UE y los Estados miembros.

1. EL PLAN BEPS DE LA OCDE

El presente apartado se dedica al estudio del Proyecto de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios (“**Proyecto BEPS**”) de la OCDE ya que es una de las principales medidas que se han implementado para hacer frente a las estrategias de planificación fiscal. El Proyecto BEPS asentó la base necesaria para que, años más tarde, el CE pudiese elaborar la ATAD 3. Así, para poder entender el alcance y contenido de la

⁶ Calvo Vérguez, J., *Cláusula antiabuso versus fraude de ley: ¿dos conceptos semejantes en la Ley General Tributaria?* Crónica Tributaria, número 123/2007, 2007, páginas 11-39 (disponible en https://www.economistas.es/Contenido/REAF/gestor/123_Calvo.pdf; última consulta 08/12/2023).

⁷ Amorós, N., *La elusión y la evasión Tributaria. Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*. Volumen 15, número 59, 2014.

⁸ Parlamento Europeo. *Políticas de la UE – En beneficio de los ciudadanos. Lucha contra el fraude fiscal. EPRS*. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2015 (disponible en: https://what-europe-does-for-me.eu/data/pdf/focus/focus03_es.pdf; última consulta 16/12/2023).

Propuesta de Directiva es necesario detenernos, con carácter previo, en el Proyecto BEPS por ser este uno de sus puntos de partida.

Tal y como se indica en el Informe de Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios⁹, el Proyecto BEPS nace con la vocación de ser un punto de inflexión en la historia de la cooperación internacional en materia de tributación tras haberse constatado el evidente fracaso de la lucha de la planificación fiscal con medidas nacionales o unilaterales. Así, la OCDE pretende diseñar una solución que cubra las deficiencias, lagunas e incoherencias de la regulación fiscal global suponiendo, por tanto, un rediseño de la fiscalidad internacional¹⁰.

La aprobación del Plan de Acción BEPS tuvo su origen en la solicitud del “grupo de los 20” (“G20”) del alcance de una solución para poner fin al aprovechamiento de las discrepancias e inconsistencias existentes entre los sistemas fiscales de las distintas naciones.

El siguiente gráfico muestra la sucesión de hechos históricos que culminaron en la aprobación del Proyecto BEPS:

⁹ OCDE. *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. OCDE Publishing, 2014, página 30 (disponible en: <https://www.oecd.org/tax/plan-de-accion-contra-la-erosion-de-la-base-imponible-y-el-traslado-de-beneficios-9789264207813-es.htm>; última consulta 19/01/2024).

¹⁰ Serrano Antón, F., *La influencia del plan de acción BEPS en la tributación española: impacto en la normativa, incremento de la litigiosidad y el papel de los tribunales*. Publicaciones CEF, 2015 (disponible en: <https://www.aedf-ifa.org/FicherosVisiblesWeb/Doctrinas/ArchivoDoctrina84.pdf>; última consulta 19/01/2024).

EVOLUCIÓN PLAN DE ACCIÓN BEPS

2013	2014	2015	2016	2017	2019	
Julio. Publicación del Plan de Acción BEPS: 15 acciones y plan de actuación plurianual.	Septiembre. Creación de un Grupo de Expertos sobre la Fiscalidad Digital.	Abril. Publicación de una Nota explicativa.	Octubre. Presentación del paquete final de las 15 Acciones del Plan de Acción BEPS.	Junio. Creación del Marco Inclusivo.	Junio. Firma del Instrumento Multilateral.	Mayo. Plan de Trabajo.

Figura 1: Evolución del Plan de Acción BEPS.

Fuente: Elaboración propia. Basado en el Informe de la OCDE “Cómo abordar los desafíos fiscales de la Economía Digital”¹¹.

Como se ha mencionado anteriormente, el Proyecto BEPS tiene su origen en la OCDE y el G20. Así, asumiendo los mandatos del G20, en febrero del año 2013 la OCDE publicó un documento en el que se incluían unas medidas concretas para luchar contra la planificación fiscal. Meses más tarde, concretamente, en julio de ese mismo año, la OCDE publicó un Plan de Acción BEPS¹² en el que ponía de manifiesto la necesidad de hacer frente a los casos de “doble no tributación” o “baja tributación” derivados de prácticas abusivas que disocian artificialmente el lugar de tributación de los beneficios del lugar de realización de las actividades que los generan¹³. En concreto, en este Plan de Acción BEPS se identificaban quince acciones y se describía un plan de actuación plurianual.

¹¹ OCDE. *Proyecto OCDE/G20 de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios. Cómo abordar los desafíos de la Economía Digital. Acción 1: Objetivo del 2014*. OCDE Publishing, 2014 (disponible en <https://www.oecd.org/ctp/Action-1-Digital-Economy-ESP-Preliminary-version.pdf>; última consulta 09/11/2023).

¹² OCDE. *Action plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OCDE Publishing, 2013 (disponible en <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>; última consulta 09/11/2023).

¹³ Colomer, L., “Avances en el proyecto BEPS de la OCDE”. Garrigues, 24 de abril de 2015 (disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/avances-en-el-proyecto-beps-de-la-ocde; última consulta 09/11/2023).

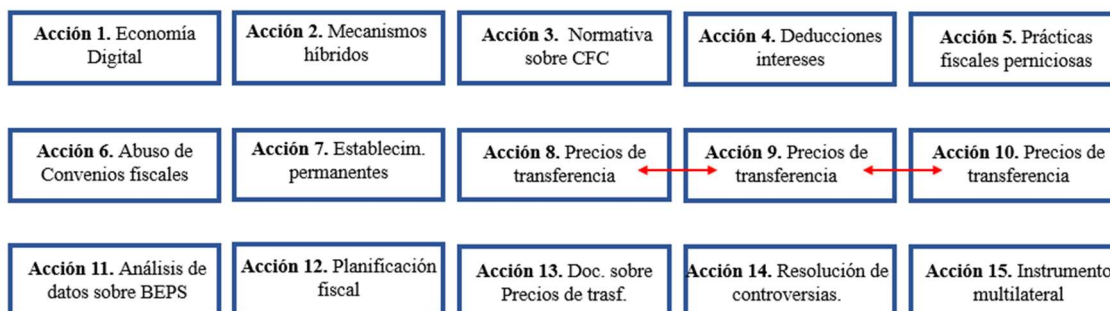


Figura 2: Identificación de las quince acciones del Plan de Acción BEPS.

Fuente: Elaboración propia. Basado en el Folleto de la OCDE “Marco Inclusivo sobre BEPS de la OCDE y el G20”¹⁴.

El Plan de Acción BEPS contó, desde el principio, con un fuerte apoyo y, gracias a ello, en septiembre de 2013, se creó el Grupo de Expertos sobre la Fiscalidad de la Economía Digital (“**Grupo de Expertos**”). Se trata de un órgano auxiliar del Comité de Asuntos Fiscales (“**CAF**”) en el que además de pertenecientes a la OCDE y al G20 participaban, en igualdad de condiciones, países asociados¹⁵. En abril de 2014, el Grupo de Expertos publicó una Nota explicativa¹⁶ en la que se repasaron los antecedentes históricos y los objetivos que el Plan de Acción BEPS había marcado para el año 2014, esto es: i) diseñar nuevos estándares internacionales para asegurar la coherencia entre las normativas fiscales de los distintos países (Acción 2), ii) impedir la utilización abusiva de los Convenios y garantizar que los resultados de los precios de transferencia guardan relación con la creación del valor (Acción 8) y iii) asegurar una mayor transparencia para

¹⁴ OCDE. *Marco Inclusivo sobre BEPS de la OCDE y el G20*. Quinta reunión del Marco Inclusivo en Lima, Perú, el 27 - 28 de junio de 2018 (disponible en <https://www.oecd.org/tax/beps/folleto-marco-inclusivo-sobre-beps.pdf>; última consulta 09/11/2023).

¹⁵ OCDE. *Proyecto OCDE/G20 de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios. Cómo abordar los desafíos de la Economía Digital. Acción 1: Objetivo del 2014*. OCDE Publishing, 2014 (disponible en <https://www.oecd.org/ctp/Action-1-Digital-Economy-ESP-Preliminary-version.pdf>; última consulta 09/11/2023).

¹⁶ OCDE. *Nota explicativa OCDE 2014, Proyecto OCDE/G20 de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios*. OCDE Publishing, 2014 (disponible en <https://www.oecd.org/ctp/beps-2014-deliverables-explanatory-statement-es.pdf>; última consulta 09/11/2023).

las administraciones tributarias, una consistencia en los requisitos exigidos y aprobar un modelo para el informe desglosado por países (Acción 13).

Además del cumplimiento de los anteriores objetivos marcados por el Plan de Acción BEPS, el Grupo de Expertos puso de manifiesto en su Nota explicativa que el CAF también había elaborado tres informes relativos a la Acción 1, 5 y 15.

El 5 de octubre de 2015, la OCDE y el G20 presentó el paquete final de las quince Acciones del Plan de Acción BEPS completándose, por tanto, el proyecto. Teniendo en cuenta que el objeto del presente estudio es el análisis de la planificación fiscal abusiva conviene detenerse en el Informe final de la Acción 12 titulado “*Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva*”¹⁷. En este Informe se señala que la falta de información sobre las estrategias de planificación fiscal agresiva es uno de los desafíos principales a los que se enfrentan las administraciones tributarias. Así, un acceso rápido a esa información permitiría a los Estados reaccionar de forma eficaz a los riesgos fiscales mediante evaluaciones de riesgo, modificaciones en la normativa o mecanismos de inspección.

El Informe diseña una guía para los países que no dispongan de normas de declaración obligatoria y deseen establecer un sistema que posibilite la obtención de información anticipada sobre estructuras de planificación tributaria potencialmente abusivas o agresivas y sus usuarios. Estas recomendaciones también se dirigen a aquellos países que sí cuenten con regímenes de declaración obligatoria, pero deseen mejorarlos. El objetivo es conseguir que las Administraciones de los distintos Estados pudiesen obtener información completa para poder actuar de forma ágil ya sea impidiendo la implementación de las estructuras, adaptando la normativa para cubrir los vacíos legales o cambiando la política fiscal. Para ello, la OCDE se basó en los regímenes existentes que

¹⁷ OCDE y G20. *Acción 12 – Informe final 2015. Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva*. Publicaciones OCDE, 2015 (disponible en <https://www.oecd.org/tax/beps/exigir-a-los-contribuyentes-que-revelen-sus-mecanismos-de-planificacion-fiscal-agresiva-accion-12-informe-final-2015-9789264267367-es.htm>; última consulta 13/12/2023).

habían demostrado ser más exitosos en el ataque de estructuras de planificación fiscal o en su desincentivación como es el caso, entre otros, de Reino Unido, Portugal, Irlanda, Canadá, Estados Unidos y Sudáfrica¹⁸.

En resumen, los principales resultados de la Acción 12 fueron los siguientes: i) publicación de recomendaciones para el diseño modular de normas de declaración obligatoria, ii) enfoque en estructuras de fiscalidad internacional y ampliación de la definición de “beneficio fiscal” para la captación de este tipo de operaciones y iii) preparación y publicación de modelos de intercambio de información sobre estructuras de planificación fiscal internacional entre Administraciones tributarias mejorados.

El marco que propone la OCDE y el G20 en el Informe final de la Acción 12 es flexible. Es decir, se trata de recomendaciones que deberán ser adaptadas por los países que las implementen teniéndose en cuenta sus necesidades, riesgos específicos y los costes para las Administraciones tributarias y las empresas. Además, estas recomendaciones no constituyen un estándar mínimo de obligado cumplimiento, sino que, por el contrario, los países tienen libertad para elegir si introducen o no estos regímenes de declaración obligatoria¹⁹.

Tras la publicación del paquete final, los líderes del G20 instaron a su implementación y solicitaron a la OCDE la apertura del Plan de Acción de tal forma que pudiesen participar países interesados que no perteneciesen al G20 ni OCDE. Con este fin, se creó el Marco Inclusivo sobre BEPS que culminó en la participación de más de 115 países conforme al siguiente reparto: i) los miembros de la OCDE representaron el

¹⁸ Jessica M., *Regímenes de revelación obligatoria de estructuras de planeación fiscal doméstica e internacional, antecedentes e impacto en Europa y América Latina*. *Revista Derecho & Sociedad*. Número 56, 2021 páginas 1-42 (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8024630.pdf>; última consulta 19/01/2024).

¹⁹ López Tello, J., *Los informes finales del Proyecto Beps y la Propuesta de Directiva contra la elusión fiscal*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2016, páginas 36-59 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5092/documento/art02.pdf?id=6753&forceDownload=true>; última consulta 13/12/2023).

31 por ciento, ii) los integrantes del G20 representaron el 7 por ciento y iii) el resto de las jurisdicciones conformaron el 62 por ciento, aproximadamente²⁰.

En 2017, tuvo lugar la celebración de una ceremonia de alto nivel para la firma del Instrumento Multilateral firmado inicialmente por 68 jurisdicciones (actualmente, por más de 98 como consecuencia de posteriores incorporaciones). Esta medida es especialmente relevante ya que favorece la aplicación eficaz de las medidas BEPS evitando una renegociación bilateral e individualizada de los convenios fiscales²¹.

Finalmente, en 2019, el Marco Inclusivo desarrolló un Plan de Trabajo²² en el que se fijó el objetivo de alcanzar un acuerdo en el año 2020. En concreto, este Plan de Trabajo contempló los siguientes pilares: i) revisión de las normas de “nexo y atribución de beneficios” mediante la búsqueda de alternativas para determinar la reasignación de derechos fiscales y ii) diseño de la normativa fiscal para garantizar que las empresas multinacionales queden sujetos a una tributación mínima.

2. EL PAQUETE DE LA UNION EUROPEA DE LUCHA CONTRA LA ELUSIÓN FISCAL INTERNACIONAL: LA ATAD 1 Y LA ATAD 2

Otra de las medidas más relevantes que ha adoptado la CE en los últimos años es la aprobación del paquete de lucha contra la elusión fiscal que recupera el Plan BEPS de la OCDE y lo traslada, de forma coordinada y armonizada, a los Estados miembros de la UE.

²⁰ OCDE. *Marco Inclusivo de BEPS. Una respuesta global a un problema global*. Publicaciones OCDE, 2018 (disponible en <https://www.oecd.org/tax/folleto-marco-inclusivo-de-beps.pdf>; última consulta 09/11/2023).

²¹ OCDE. *Marco Inclusivo sobre BEPS de la OCDE y el G20*. Quinta reunión del Marco Inclusivo en Lima, Perú, el 27 - 28 de junio de 2018 (disponible en <https://www.oecd.org/tax/beps/folleto-marco-inclusivo-sobre-beps.pdf>; última consulta 09/11/2023).

²² OCDE. *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*. OCDE Publishing, París, 2019 (disponible en <https://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>; última consulta 09/11/2023).

El 28 de enero de 2016 la CE presentó un paquete de lucha contra la elusión fiscal basado en las recomendaciones de 2015 de la OCDE con el objetivo de mitigar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios²³. Este paquete contiene los siguientes elementos:

- i) Comunicación sobre el paquete de lucha contra la elusión fiscal;
- ii) Directiva de lucha contra la elusión fiscal 2016/1164/CE²⁴ (“**ATAD 1**”);
- iii) Recomendación 2016/136/CE sobre la aplicación de medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales (“**Recomendación 2016/136/CE**”)²⁵;
- iv) Revisión de la Directiva sobre cooperación administrativa y;
- v) Comunicación sobre una estrategia exterior para una imposición efectiva

Con el fin de facilitar el seguimiento de la sucesión de los hechos históricos que culminaron en la aprobación del paquete de lucha contra la elusión fiscal, se recoge el siguiente gráfico:

²³ Consejo Europeo y Consejo de la Unión Europea. *Paquete de lucha contra la elusión fiscal. Políticas*, 2015 (disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/anti-tax-avoidance-package/>; última consulta 09/11/2023).

²⁴ Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. Diario Oficial de la Unión Europea. L193/1 (disponible en <https://www.boe.es/doue/2016/193/L00001-00014.pdf>; última consulta 09/11/2023).

²⁵ CE. *Recomendación de la CE 2016/136, de 28 de enero de 2016, sobre la aplicación de medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales* [notificada con el número C (2016) 271]. Diario Oficial de la Unión Europea. L25/67, 2016 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016H0136&from=EN>; última consulta 09/11/2023).

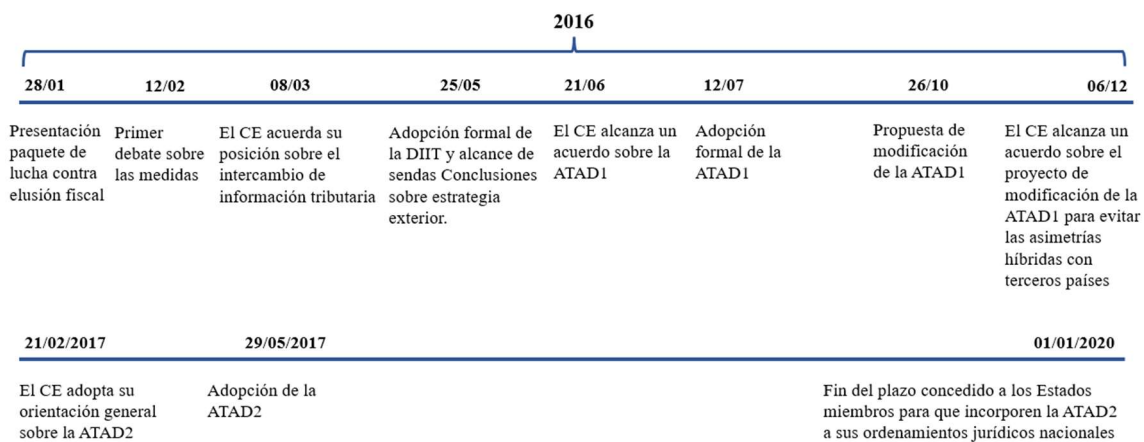


Figura 3: Aprobación del paquete de lucha contra la elusión fiscal.

Fuente: Elaboración propia. Basado en los datos recogidos en la página oficial del Consejo Europeo²⁶

Como puede observarse en el gráfico anterior, con fecha 12 de febrero de ese mismo año, se produjo una sesión del Consejo de Asuntos Económicos y Financieros en la que se debatió el paquete y se fijó un calendario de actuación. En concreto, se fijó como objetivo alcanzar un acuerdo político, como tarde, en el verano de 2016 sobre dos proyectos de Directivas: i) uno relativo a la revisión de la cooperación administrativa y ii) otro referente a la lucha contra la elusión fiscal.

En línea con lo anterior, en una sesión que tuvo lugar el 8 de marzo de 2016, se acordó el impulso de un proyecto de Directiva relativa al intercambio de información tributaria (“**DIIT**”) sobre de las actividades de empresas multinacionales con unos ingresos consolidados de más de 750 millones de euros. Así, las sociedades anteriores, tendrían obligación de comunicar información tributaria detallada país por país debiendo presentarse dicha comunicación ante las administraciones tributarias del Estado miembro en el que radique su domicilio fiscal. Este acuerdo se adoptó formalmente en la sesión celebrada con fecha 25 de mayo de 2016 siendo objeto de transposición por parte de los

²⁶ Consejo Europeo y Consejo de la Unión Europea. *Paquete de lucha contra la elusión fiscal. Políticas, 2015* (disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/anti-tax-avoidance-package/>; última consulta 09/11/2023).

Estados miembros a su Derecho interno. Igualmente, en la sesión del 25 de mayo de 2016, el CE alcanzó importantes conclusiones relativas a la comunicación de la CE sobre una estrategia exterior para la imposición y a la Recomendación de la CE sobre medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales.

Con fecha 21 de junio de 2016, el Consejo alcanzó un acuerdo sobre la ATAD 1 sin que ninguno de los Estados miembros formulase objeciones. Esta Directiva fue adoptada formalmente el 12 de junio. Sin embargo, el 26 de octubre, la CE presentó una propuesta para modificar la ATAD 1 mencionada anteriormente, en concreto, en lo relativo a los mecanismos híbridos asimétricos con países de fuera de la UE.

El CE acordó el texto de una propuesta de Directiva modificada de lucha contra la elusión fiscal (“**ATAD 2**”) el 21 de febrero de 2017, habiéndose introducido normas que permitían abordar las asimetrías híbridas entre la UE y terceros países. Es decir, las modificaciones introducidas pretendían evitar que multinacionales se aprovecharan de la falta de coordinación existente entre la legislación fiscal de los distintos países con el fin de reducir su deuda tributaria global. Con fecha 29 de mayo de 2017, el CE adoptó la versión definitiva de la ATAD 2 debiendo ser objeto de incorporación por parte de los Estados miembros a sus ordenamientos jurídicos nacionales antes del 1 de enero de 2020.

El paquete de lucha contra la elusión fiscal recoge normas que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. Así, la ATAD 1 establece la siguiente norma general:

“A efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de Impuesto sobre Sociedades, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la

*finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes.”*²⁷

Como consecuencia de la transposición de la ATAD 1 y ATAD 2, se modificaron algunos artículos de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (“**Ley del IS**”)²⁸, entre otros, el artículo 15 bis que aborda las asimetrías híbridas y el artículo 16 relativo a la limitación en la deducibilidad de gastos financieros. También tuvo que adaptarse la redacción otros artículos como la del artículo 18 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo (“**Ley del IRNR**”) por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (“**IRNR**”)²⁹.

Por su parte, en la Recomendación 2016/136/CE se afirma que los Convenios fiscales no pueden traducirse en una “no imposición” o en una reducción de impuestos mediante la elección de los acuerdos más favorables u otras estrategias abusivas. El fin que se persigue, por tanto, es evitar la anulación del efecto de los Convenios y el menoscabo de los ingresos fiscales. Así, se prevé que no se conceda ningún beneficio con arreglo al Convenio anterior en los casos en los que se pueda concluir razonablemente que no existía actividad económica auténtica y que la finalidad del beneficio era abusiva.

3. EL CONJUNTO DE DIRECTIVAS “DAC”

Al igual que el Proyecto BEPS, la ATAD 1 y la ATAD 2, el conjunto de Directivas sobre Cooperación Administrativa (en inglés, “Directive on Administrative Cooperation”, “**DAC**”) publicadas por el Consejo de la UE constituye también uno de los

²⁷ Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. Diario Oficial de la Unión Europea. L193/1, artículo 6, página 11 (disponible en <https://www.boe.es/doue/2016/193/L00001-00014.pdf>; última consulta 09/11/2023).

²⁸ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. BOE número 288, de 28 de noviembre de 2014 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-12328>; última consulta 02/03/2024).

²⁹ Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. BOE número 62, de 12 de marzo de 2004 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-4527>; última consulta 15/11/2023).

puntos de partida de la ATAD 3. Este conjunto está compuesto por siete Directivas que se fueron publicando de forma sucesiva en el tiempo y que abordan el intercambio de información tributaria entre los Estados miembros. Por su relevancia, a continuación, se explica el contenido de la “DAC1”, “DAC5” y “DAC6”.

En primer lugar, el Consejo de la UE publicó la Directiva 2011/16/UE, del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE³⁰ o “DAC1”. Esta Directiva fue objeto de transposición en el Derecho español a través del Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre³¹.

La DAC1 resulta de aplicación a todos los impuestos (tanto directos como indirectos) no cubiertos por el Derecho de la UE estando únicamente excluida su aplicación al Impuesto sobre el Valor Añadido, los aranceles y a los impuestos especiales sobre bebidas alcohólicas y el tabaco. Esta Directiva supuso un avance en el marco de intercambio de información entre los Estados miembros de la UE incorporando las siguientes modalidades:

- i. Por un lado, la DAC1 potencia el intercambio automático de información estando limitado, en un primer momento, a cinco categorías, esto es: i) renta del trabajo, ii) retribuciones de los miembros de consejo de administración, iii) seguros de vida, iv) pensiones y v) titularidad y rentas inmobiliarias. Los

³⁰ Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE. Diario Oficial de la Unión Europea. L64/1 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-80479>; última consulta 13/12/2023).

³¹ Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre, por el que se adaptan las normas de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, a la normativa comunitaria e internacional en materia de asistencia mutua, se establecen obligaciones de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero, y se modifica el reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, aprobado por Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre. BOE. Sección I. Página 81686 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-14452>; última consulta 13/12/2023).

Estados miembros debían intercambiar información de, por lo menos, una de las categorías anteriormente identificadas.

- ii. Además, esta Directiva reconoce la necesidad del intercambio espontáneo de información siendo obligatorio en los supuestos previstos expresamente.
- iii. Igualmente, prevé el intercambio de información previa petición de tal forma que la información intercambiada en el pasado podía ser objeto de utilización para fines distintos siempre y cuando se cuente con la autorización del Estado que la cedió.
- iv. Finalmente, la DAC1 incorpora la solicitud de retorno para que el Estado que cedió la información sepa si ha sido de útil.

Otro aspecto llamativo y novedoso de la DAC1 es que estableció unos plazos para el intercambio de información con el fin de asegurar que fuese eficaz. Por último, esta Directiva recoge el derecho de todo Estado a i) negarse a facilitar información en caso de ausencia de reciprocidad y ii) no suministrar información si no se han agotado las fuentes internas habituales. La DAC1 fue posteriormente modificada por las DAC2, DAC3, DAC4, DAC5 y DAC6³².

Cinco años más tarde, el Consejo de la UE publicó la Directiva 2016/881/UE del Consejo, de 25 de mayo de 2016, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad³³ o “DAC5”. Esta Directiva no ha sido objeto de transposición.

³² Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre, por el que se adaptan las normas de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, a la normativa comunitaria e internacional en materia de asistencia mutua, se establecen obligaciones de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero, y se modifica el reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, aprobado por Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre. BOE. Sección I. Página 81686 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-14452>; última consulta 13/12/2023).

³³ Directiva 2016/881/UE del Consejo, de 25 de mayo de 2016, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad. Diario

La principal novedad que incorpora la DAC5 es que permite que las autoridades fiscales accedan a la información relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales para permitir la identificación de los beneficiarios efectivos de las cuentas financieras. Esta modificación favorece el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la DAC1 por parte de las autoridades fiscales favoreciendo su lucha contra la evasión y el fraude fiscal.

Más tarde, el Consejo de la UE publicó la Directiva 2018/822/UE del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información³⁴ o “DAC6”. Esta Directiva fue objeto de transposición a través de la Ley 10/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria³⁵.

Las principales novedades que introdujo la DAC6 son las siguientes:

- i. La DAC6 recoge la obligación de que los intermediarios o contribuyentes informen a las autoridades fiscales sobre determinados mecanismos transfronterizos que podrían utilizarse para prácticas de planificación fiscal abusiva.

Oficial de la Unión Europea. L146/8 (disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2016-81017>; última consulta 13/12/2023).

³⁴ Directiva 2018/822/UE del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información. Diario Oficial de la Unión Europea. L139/1 (disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2018-80963>; última consulta 13/12/2023).

³⁵ Ley 10/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información. BOE. Sección I. Páginas 122-954 (disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-17265; última consulta 13/12/2023).

- ii. En línea con lo anterior, la Directiva recoge un listado de características y elementos que representan indicios de elusión o fraude fiscal.
- iii. Igualmente, se prevé la necesidad de que los Estados miembros elaboren un formulario normalizado con el fin de homogeneizar las comunicaciones.
- iv. Finalmente, se encomienda a los Estados miembros que a través de la normativa interna establezcan los plazos, los modelos de comunicación y el régimen sancionador aplicable en caso de incumplimiento.

En definitiva, como se ha expuesto anteriormente, el conjunto de Directivas “DAC” se tradujo en un importante avance en lo que respecta al intercambio de información tributaria entre los Estados miembros y, sin duda, sentó las bases para la Propuesta de Directiva objeto de estudio.

4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA SOBRE EL ABUSO DE DERECHO Y LA SUSTANCIA ECONÓMICA

La adecuada comprensión del contenido de la Propuesta de Directiva también exige el repaso de la jurisprudencia europea. Ha sido especialmente relevante la doctrina sobre el abuso del derecho en el ámbito comunitario materializada, fundamentalmente, en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”).

En el año 2019, el TJUE modificó su doctrina tradicional que se basaba en entender que existía abuso de derecho cuando se realizaban “montajes puramente artificiales, carentes de materialidad económica” (este criterio se plasmó, entre otros, en la Sentencia

del TJUE C-255/2022 conocida como el caso “Halifax”³⁶ y en la Sentencia del TJUE C-196/2004 conocida como el caso “Cadbury-Schweppes”³⁷).

El Tribunal se aleja, por primera vez, en cierta medida (aunque no totalmente) de la doctrina anterior en la Sentencia del TJUE C-116/2016³⁸ donde se postula la prohibición de las prácticas fiscales abusivas como un principio general “intrínseco” del Derecho de la UE. Este criterio se plasmó, posteriormente, en sendas resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central (“TEAC”) (entre otras, en las Resoluciones del TEAC 00185/2017³⁹ y 2188/2017⁴⁰). En los pronunciamientos anteriores se señala que el posible vacío legal sobre la lucha contra la evasión fiscal en los distintos Estados miembros no frustra la obligación de las autoridades nacionales de denegar el amparo de los derechos establecidos por las Directivas comunitarias. Es decir, el principio contrario

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Gran Sala, de 21 de febrero de 2006, C-255/2002. CISSFiscal (asunto Halifax) (disponible en <https://cissfiscal.laleynext.es/Content/DocumentoSmarteca.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAyMjIxNjZTK0stKs7Mz7MNy0xPzStJVSstTi2y9fOzMDY2MQ4J8IMrSCwuLreNDDH3MgoBANKUoDc9AAAAWKE>; última consulta 09/11/2023).

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Gran Sala, de 12 de septiembre de 2006, C-196/2004. CISSFiscal (asunto Cadbury Schweppes) (disponible en <https://cissfiscal.laleynext.es/Content/DocumentoSmarteca.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAyNjMzNLZUK0stKs7Mz7MNy0xPzStJVSstTi2y9fOzMDY2MQ4J8IMrSCwuLreNDDH3MgoBADufyNI9AAAAWKE>; última consulta 09/11/2023).

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Gran Sala, de 26 de febrero de 2019, C-116/2016 y C-117/16. CISSFiscal (asunto Skatteministeriet) (disponible en <https://cissfiscal.laleynext.es/Content/DocumentoSmarteca.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzNjS1MDdSK0stKs7Mz7MNy0xPzStJVSstTi2y9fOzMDY2MQ4J8IMrSCwuLreNDDH3MgoBAGiESHM9AAAAWKE>; última consulta 09/11/2023).

³⁹ Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, Sala Primera, de 8 de octubre de 2019, recurso número 185/2017. CISSFiscal (disponible en <https://cissfiscal.laleynext.es/Content/DocumentoSmarteca.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzsTQxNTRRK0stKs7Mz7MNy0xPzStJVSstTi2y9fOzMDY2MQ4J8IMrSCwuLreNDDH3MgoBAHb8vpc9AAAAWKE>; última consulta 09/11/2023).

⁴⁰ Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, Sala Primera, de 8 de octubre de 2019, recurso número 2188/2017. CISSFiscal (disponible en <https://cissfiscal.laleynext.es/Content/DocumentoSmarteca.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzMzE1MjFSK0stKs7Mz7MNy0xPzStJVSstTi2y9fOzMDY2MQ4J8IMrSCwuLreNDDH3MgoBAHVIHyg9AAAAWKE>; última consulta 09/11/2023).

al abuso de derecho es un principio comunitario que no requiere de soporte en la normativa nacional.

Asimismo, resultan especialmente interesantes los indicios que señala el TJUE al entender que inducen a la determinación de una conducta abusiva: i) La constitución de una entidad instrumental conductora de rentas que no tenga sustancia económica siendo uno de sus principales objetivos la obtención de una ventaja fiscal, ii) la existencia de un beneficio gravable muy reducido en la sociedad instrumental, siendo su única o principal actividad la recepción y transmisión de rentas, iii) la existencia de un entramado de flujos financieros intragrupo que tenga como consecuencia que las entidades instrumentales no puedan beneficiarse de las rentas o dividendos percibidos careciendo, por tanto, de la condición de beneficiario efectivo, y iii) los casos en los que las rentas escapen a toda tributación efectiva en el espacio comunitario ⁴¹.

En definitiva, se entiende que concurre una conducta abusiva cuando los operadores han realizado operaciones artificiales que carecen de justificación desde el punto de vista económico y comercial pero que implican una ventaja fiscal indebida.

5. LAS MEDIDAS ANTIABUSO EN EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO ESPAÑOL

Igualmente, debe tenerse en cuenta que, en la LGT, también se prevén herramientas para reaccionar frente a los casos de abuso fiscal (esto es, figura del conflicto en la aplicación de la norma tributaria y la simulación). Así, el artículo 15 de la LGT se regula el conflicto en la aplicación de la norma tributaria estableciéndose una cláusula general antiabuso que conduce a resultados análogos a los que se derivarían de la aplicación de lo previsto en la ATAD. Por tanto, algunos autores consideran que con el referido artículo

⁴¹TODO Convenios Fiscales Internacionales. *Parte 9 Medidas antiabuso en la normativa bilateral. Capítulo 5. La incidencia del Derecho y jurisprudencia comunitaria*. Edición Julio 2023. ISSN Electrónico: 2386-2939, 2023 (disponible en https://www.smarteca.es/my-reader/SMTD8218_20230724_0?fileName=content%2FDT0000326900_20210518.HTML&location=pi-8212&searchHighlight=shell%20companies&publicationDetailsItem=SystematicIndex; última consulta 15/11/2023).

15 de la LGT puede entenderse transpuesta la cláusula comunitaria a nuestro ordenamiento jurídico sin que sea necesaria una transposición expresa de la misma⁴².

Es importante destacar que las cláusulas antiabuso particulares se encuentran dispersas en todo el ordenamiento jurídico tributario español, entre otros, en la Ley del IS, Ley del IRNR y Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio⁴³.

Por otro lado, a nivel estatal también se ha destacado la importancia del intercambio de información. En la Resolución de 6 de febrero de 2023, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2023⁴⁴ se señala la relevancia de fomentar el intercambio de información sobre determinados mecanismos transfronterizos de planificación fiscal potencialmente agresiva, de acuerdo con la DAC 6.

Si se atiende a la jurisprudencia de los tribunales españoles también se aprecia la importancia que tiene la lucha contra la planificación fiscal. En este sentido se pronuncia la Sentencia 76/1990, de 26 de abril, del Tribunal Constitucional⁴⁵, en la cual se afirma

⁴² Cruz Barreiro Carril, M., *La cláusula general antiabuso en España. ¿Es necesaria una transposición expresa de la GAAR establecida en la ATAD al ordenamiento tributario español?* Studi Tributari Europei. ISSN 2036-3583, 2020 (disponible en: <https://ste.unibo.it/article/view/10831/11217>; última consulta 19/01/2024).

⁴³ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. BOE número 285, de 29 de noviembre de 2006 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-20764>; última consulta 02/03/2024).

⁴⁴ Ministerio de Hacienda y Función Pública. Resolución de 6 de febrero de 2023, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2023. BOE número 49, de 27 de febrero de 2023. Página 28969 (disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-5080; última consulta 19/01/2024).

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, número 76/1990, de 26 de abril de 1990. BOE número 129, de 30 de mayo de 1990 (disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1501>; última consulta 15/11/2023).

que la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución española impone a todos los poderes públicos, especialmente, al legislador y a los órganos de la Administración tributaria. En otras palabras, la lucha contra la planificación fiscal debe entenderse como una exigencia inherente a un sistema tributario justo como el que la Constitución española propugna en su artículo 31.1 y no como una opción del legislador y de la Administración.

Por último, también en el ámbito del Derecho nacional, en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2023⁴⁶ se invoca la jurisprudencia previa sentada por el TJUE y se afirma que corresponde a la Administración (y no al contribuyente) la carga de la prueba relativa al comportamiento abusivo⁴⁷.

6. PUBLICACIÓN DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA ATAD 3 Y SITUACIÓN ACTUAL

Con fecha 18 de mayo de 2021, la CE adoptó la “Comunicación sobre la Fiscalidad de las Empresas para el siglo XXI”⁴⁸. En la referida Comunicación se realiza un análisis del contexto fuertemente alterado como consecuencia de la pandemia que tuvo lugar en el momento de su publicación. Igualmente, la CE afirma que los conceptos fundamentales de residencia fiscal y fuente en los que está basado el sistema tributario internacional están obsoletos y, en consecuencia, frecuentemente las sociedades realizan actividades en

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, número 771/2023 de 8 de junio de 2023 (recurso número 6528/2021, asunto GLOBAL NORAY, S.L.). La Ley Digital (disponible en <https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDC3MLG0MLNOK0stKs7Mz7M1MjAyNjAzAAtkplW65CeHVBak2qY15hSnAgAuZtZuNQAAAA=WKE>; última consulta 22/12/2023).

⁴⁷ TODO Convenios Fiscales Internacionales. *Parte 9 Medidas antiabuso en la normativa bilateral. Capítulo 5. La incidencia del Derecho y jurisprudencia comunitaria*. Edición Julio 2023. ISSN Electrónico: 2386-2939, 2023 (disponible en https://www.smarteca.es/my-reader/SMTD8218_20230724_0?fileName=content%2FDT0000326900_20210518.HTML&location=pi-8212&searchHighlight=shell%20companies&publicationDetailsItem=SystematicIndex; última consulta 15/11/2023).

⁴⁸ Comunicación de la comisión al parlamento europeo y al consejo. La fiscalidad de las empresas para el siglo XXI. Bruselas, 18 de mayo de 2021. COM (2021) 251 final (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0251>; última consulta 15/11/2023).

un Estado sin tener presencia física en él. La CE explica que las conversaciones internacionales están avanzando hacia una solución global para actualizar el sistema internacional de imposición sobre sociedades y que la esencia de esas negociaciones determinará la reforma del sistema fiscal de la UE, con independencia de que se llegue o no a un acuerdo global específico.

A continuación, la CE identifica como prioridades fundamentales para lograr que en la UE se instaure un marco fiscal sólido, eficiente y justo, las siguientes: i) facilitar el crecimiento equitativo y sostenible y ii) garantizar una fiscalidad efectiva. Esta segunda prioridad se traduce en la necesidad de asegurar la recaudación efectiva de los ingresos tributarios garantizando así que las empresas compitan en pie de igualdad. Llama la atención que, tal y como se refleja en el gráfico que se recoge a continuación, el 50 por ciento de los ingresos que conforman los presupuestos de los Estados miembros de la UE deriven de los impuestos sobre el trabajo y, únicamente, el 7 por ciento del Impuesto sobre Sociedades.

Composición de los presupuestos de los Estados miembros de la UE

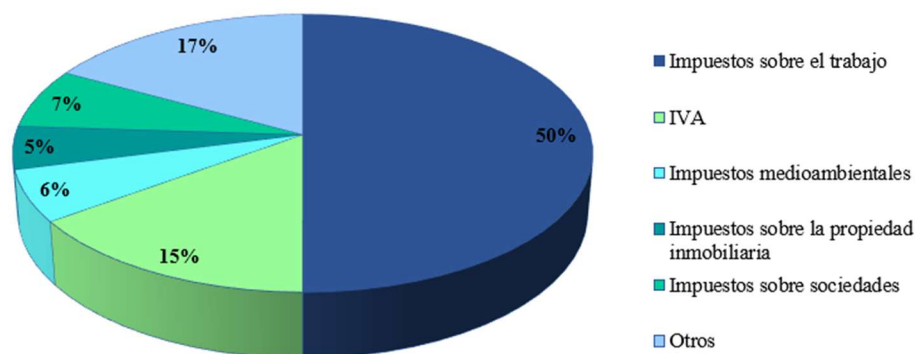


Figura 4: Composición de los presupuestos de los Estados miembros de la UE.

Fuente: Elaboración propia. Basado en los datos recogidos en la Comunicación sobre la Fiscalidad de las Empresas para el siglo XXI⁴⁹

⁴⁹ Comunicación de la comisión al parlamento europeo y al consejo. La fiscalidad de las empresas para el siglo XXI. Bruselas, 18 de mayo de 2021. COM (2021) 251 final (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0251>; última consulta 15/11/2023).

En línea con lo anterior, la CE destaca que las acciones de la UE relativas al Impuesto sobre Sociedades deben centrarse en el plano transfronterizo y establece un plan concreto de medidas referentes a la imposición sobre las sociedades en la UE adaptado a las próximas décadas. En concreto, en la Comunicación se prevé que la UE intensifique la lucha contra el uso abusivo de sociedades “fantasma” y establece la “obligación” de que se presentase una propuesta legislativa donde se estableciesen las normas de la UE para neutralizar el uso indebido de las empresas “fantasma” con fines fiscales antes del cuarto trimestre de 2021.

Así, cumpliendo el plazo establecido en la Comunicación anterior, el 22 de diciembre de 2021 la CE publicó la Propuesta de Directiva o ATAD 3, objeto del presente estudio. Esta Propuesta de Directiva pretende facilitar la detección del uso abusivo de sociedades instrumentales o “fantasma” con el fin de obtener una ventaja fiscal. En concreto, se propone un sistema de “filtros” para concluir si una sociedad tiene sustancia mínima a efectos fiscales o no. Si, tras haberse analizado, etapa por etapa, el caso concreto de una sociedad se concluye que es instrumental a efectos de la Propuesta de Directiva, se denegará la aplicación de las medidas que eliminen la doble imposición previstas en los artículos 4, 5 y 6 de la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (“**Directiva 2011/96/UE**”)⁵⁰ y el artículo 1 de la Directiva 2003/49/CE, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (“**Directiva 2003/49/CE**”)⁵¹.

⁵⁰ Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (refundición). Diario Oficial de la Unión Europea. L345/8 (disponible en <https://www.boe.es/doue/2011/345/L00008-00016.pdf>; última consulta 15/11/2023).

⁵¹ Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros. Diario Oficial de la Unión Europea. L157/49 (disponible en <https://www.boe.es/doue/2003/157/L00049-00054.pdf>; última consulta 15/11/2023).

En el apartado 5 “Otros elementos” de la mencionada Propuesta de Directiva se establecía que, una vez adoptada como Directiva, debía transponerse al Derecho nacional de los distintos Estados miembros a más tardar el 30 de junio de 2023 y entrar en vigor a partir del 1 de enero de 2024⁵². Sin embargo, las negociaciones entre los Estados miembros están siendo más complicadas de lo que se esperaba y, en consecuencia, la entrada en vigor se ha retrasado. Así, se espera que, como pronto, la ATAD 3 entre en vigor el 1 de enero del año 2025⁵³. En caso de que efectivamente la Directiva entre en vigor en esa fecha, deberá partirse de la información relativa a los ejercicios 2023 y 2024 ya que los indicadores de sustancia deben evaluarse teniendo en cuenta los datos correspondientes a los dos años anteriores.

III. LOS INDICADORES DE SUSTANCIA MÍNIMA DE LAS EMPRESAS EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA ATAD 3

1. REVISIÓN DE LA ESTRUCTURA SOCIETARIA ACTUAL DE LA CONSULTANTE

Una vez concluido el análisis histórico del marco normativo antiabuso internacional y de la UE, y el origen de la ATAD 3, a continuación, se procede a analizar el supuesto de hecho sometido a consulta que se recoge en los antecedentes de hecho del presente Dictamen.

Con carácter previo a la revisión del ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva, resulta necesario el entendimiento de la estructura societaria actual de la Consultante, que queda reflejado en el siguiente esquema:

⁵² Directiva 2011/16/UE de la Comisión Europea, de 22 de diciembre de 2011. 565 final 2021/0434 (CNS) (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC056>; última consulta 13/10/2023).

⁵³ Doran, J. y Sheridan, S., “Actualización sobre las iniciativas de impuestos directos de la UE”. KPMG, 11 de octubre de 2023 (disponible en: <https://kpmg.com/ie/en/home/insights/2023/10/budget-2024-tax/budget-2024-taxing-times/eu-direct-tax-initiatives.html>; última consulta 07/12/2023).

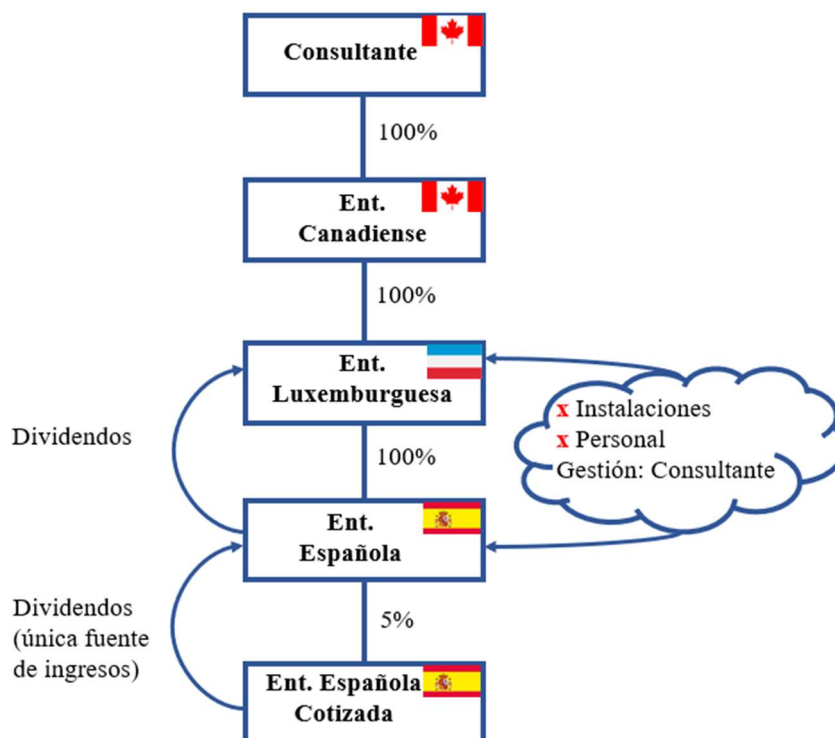


Figura 5: Estructura corporativa de la Consultante.

Fuente: Elaboración propia tomando como referencia los datos recogidos en el enunciado.

En la figura anterior se puede apreciar la estructura corporativa objeto de estudio. Si se atiende al flujo de rentas (esto es, de dividendos), el Consultante mantiene una estructura de inversión indirecta en la Entidad Española Cotizada mediante el escalonamiento de dos entidades: la Entidad Española y la Entidad Luxemburguesa, que podrían calificarse como sociedades “fantasma”. Con el fin de dar respuesta a la cuestión planteada, debemos hacer una revisión del ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva teniendo en cuenta las Enmiendas introducidas por parte del Parlamento Europeo⁵⁴.

⁵⁴ Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios. Parlamento Europeo. Enmiendas. *Proyecto de informe sobre la Propuesta de Directiva por la que se establecen normas para evitar el uso indebido de sociedades fantasma a efectos fiscales y se modifica la Directiva 2011/16/UE*. 2021/0434 (CNS) (disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0293_ES.html; última consulta el 28/12/2023).

La Propuesta de Directiva no contiene una definición específica del concepto de sociedad “fantasma”. Por el contrario, se recogen una serie de indicadores que singularizan, por un lado, las entidades que están obligadas a informar y, por otro, la sustancia mínima que debe tener una entidad para que no califique como sociedad “fantasma”. Estos indicadores operan de forma independiente y se combinan con excepciones específicas traduciéndose en un sistema complejo que, en opinión de la doctrina, inevitablemente generará inseguridad jurídica⁵⁵.

2. APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE CRIBADO

La Propuesta de Directiva establece la “prueba de sustancia” que pretende ayudar a los Estados miembros a detectar a las sociedades instrumentales. De acuerdo con las Enmiendas a la Propuesta de Directiva, esta “prueba de sustancia” o “prueba de cribado” deberán realizarla las empresas por sí mismas bajo la forma de autoevaluación y consta de siete etapas diferenciadas que se explican a continuación en relación con la Entidad Española y la Entidad Luxemburguesa descritas en el supuesto concreto planteado.

2.1. Empresas que deben presentar información

En esta primera etapa, las sociedades se dividen en dos grupos: las sociedades de riesgo por carecer de sustancia y ser utilizadas indebidamente a efectos fiscales, y las sociedades que se consideran de bajo riesgo. Para determinar si una sociedad entra dentro de uno u otro grupo debe comprobarse si concurren una serie de características conocidas comúnmente como de “cribado”. De esta forma, las sociedades de riesgo son aquellas que cumplen todos o muchos de los criterios, en otras palabras, son las que sí que pasan el “cribado” estando estas sociedades sujetas a una obligación de información. Estos

⁵⁵ Pistone P., Pinto Nogueira J. F., Turina A. y Lazarov, I., *Abuse, Shell Entities and Right of Establishment: A Plea for Refocusing Current Proposals and Achieving Deeper Coordination within the Internal Market*. World Tax Journal. IBFD, 2022 (disponible en: https://www.ibfd.org/sites/default/files/2023-04/free_article_april_2023_abuse_shell_entities_and_right_of_establishment_-ibfd.pdf; última consulta el 22/01/2024).

criterios orientativos se encuentran definidos en el artículo 6 de la Propuesta de Directiva⁵⁶.

A continuación, se procederá al análisis del cumplimiento de cada uno de los requisitos previstos en la Propuesta de Directiva con el fin de determinar si la Consultante podría calificar como una sociedad de riesgo:

- i. Un porcentaje superior al 75 por ciento de los ingresos obtenidos por la empresa en los dos periodos impositivos anteriores se corresponden con rentas pertinentes. Las Enmiendas a la Propuesta de Directiva⁵⁷ redujeron el porcentaje anterior fijándolo en un 65 por ciento. Este requisito se cumple en el caso de la Entidad Española ya que los dividendos (i.e. rentas pasivas) repartidos por la Entidad Española Cotizada constituyen su única fuente de ingresos. Igualmente, aunque no se precisa qué porcentaje de la renta de la Entidad Luxemburguesa representan los dividendos que recibe, en cadena, de la Entidad Española, se asume que también se cumpliría este requisito en su caso.
- ii. La sociedad ejerce una actividad transfronteriza porque o bien más del 60 por ciento del valor contable de los activos de la empresa han estado situados en el extranjero durante los dos últimos periodos impositivos o bien al menos el 60 por ciento de las rentas pertinentes de la sociedad se corresponden con transacciones transfronterizas. Las Enmiendas a la Propuesta de Directiva⁵⁸

⁵⁶ Directiva 2011/16/UE de la Comisión Europea, de 22 de diciembre de 2011. 565 final 2021/0434 (CNS) (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC056>; última consulta 13/10/2023).

⁵⁷ Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios. Parlamento Europeo. Enmiendas. *Proyecto de informe sobre la Propuesta de Directiva por la que se establecen normas para evitar el uso indebido de sociedades fantasma a efectos fiscales y se modifica la Directiva 2011/16/UE*. 2021/0434 (CNS) (disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0293_ES.html; última consulta el 28/12/2023).

⁵⁸ Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios. Parlamento Europeo. Enmiendas. *Proyecto de informe sobre la Propuesta de Directiva por la que se establecen normas para evitar el uso indebido de sociedades fantasma a efectos fiscales y se modifica la Directiva 2011/16/UE*. 2021/0434 (CNS) (disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0293_ES.html; última consulta el 28/12/2023).

redujeron los porcentajes anteriores fijándolos en un 55 por ciento. En línea con lo dispuesto anteriormente en el apartado i, este requisito también se cumpliría en el caso de la Entidad Española y la Entidad Luxemburguesa por la recepción de rentas pasivas.

- iii. Durante los dos últimos periodos impositivos, la empresa ha externalizado la administración y la toma de decisiones sobre funciones significativas. Este requisito se cumple tanto en el caso de la Entidad Española como en el de la Entidad Luxemburguesa ya que, tal y como se describe en los antecedentes de hecho, el administrador único y gerente de ambas empresas se realiza desde Canadá por el Consultante.

El artículo 6 de la Propuesta de Directiva recoge los siguientes supuestos de exención de la obligación de proporcionar información⁵⁹:

- i. Las sociedades con un valor negociable admitido a negociación o que coticen en un mercado regulado o sistema multilateral de negociación de acuerdo con la definición prevista en la Directiva 2014/65/UE del Parlamento y del Consejo⁶⁰. De acuerdo con la información facilitada, no resulta de aplicación esta exención ya que la Entidad Española y la Entidad Luxemburguesa no cumplen con los requisitos anteriores.
- ii. Las sociedades financieras reguladas. De acuerdo con la información facilitada, no resulta de aplicación esta exención al no tratarse de sociedades financieras reguladas.

⁵⁹ Directiva 2011/16/UE de la Comisión Europea, de 22 de diciembre de 2011, 565 final 2021/0434 (CNS) (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC056>; última consulta 13/10/2023).

⁶⁰ Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (DO L 173 de 12 de junio de 2014, página 349 (disponible en <https://www.boe.es/doue/2014/173/L00349-00496.pdf>; última consulta 15/11/2023).

- iii. Las sociedades cuya actividad principal consista en la posesión de acciones en empresas operativas en el mismo Estado miembro, siendo sus titulares reales residentes a efectos fiscales en el mismo Estado miembro. Aunque la Entidad Española tiene como objeto social la tenencia de participaciones en otra sociedad española, Entidad Española Cotizada, dado que el titular real es el Consultante residente en Canadá, no resultaría de aplicación esta exención. En el caso de la Entidad Luxemburguesa, de acuerdo con la información facilitada, tampoco puede concluirse que resulta de aplicación esta exención ya que no se especifica su actividad principal.
- iv. Las sociedades con actividades de cartera que sean residentes fiscalmente en el mismo Estado miembro que el accionista o accionistas de la sociedad o la entidad matriz última. De acuerdo con la información facilitada tampoco resultaría de aplicación esta exención ya que el accionista último es el Consultante residente en Canadá.
- v. Las sociedades con, por lo menos, 5 empleados contratados a jornada completa y que realicen exclusivamente las actividades que generen las rentas pertinentes. Tampoco resultaría de aplicación la presente exención, pues, de acuerdo con la información facilitada ninguna de las dos sociedades objeto de análisis en el presente apartado cuenta con personal contratado ni en régimen laboral ni en régimen de arrendamiento de servicios.

En definitiva, puesto que se cumplen los criterios previstos en la Propuesta de Directiva y no resulta de aplicación ninguna de las exenciones anteriores, tanto la Entidad Española y la Entidad Luxemburguesa deben calificarse como sociedades de riesgo por carecer de sustancia quedando, por tanto, sujetas a una obligación de información.

2.2. Presentación de la información

Como se ha concluido anteriormente, ambas empresas, la Entidad Española y la Entidad Luxemburguesa, pasarían la primera etapa al ser consideradas sociedades de riesgo y, por tanto, deberán informar sobre su sustancia mediante la correspondiente

declaración tributaria. El artículo 7 de la Propuesta de Directiva recoge los elementos específicos sobre los que las sociedades de riesgo deben de pronunciarse. Adicionalmente, las sociedades deberán aportar los documentos justificativos como anexos a la declaración tributaria.

Sobre la base de lo anterior, a continuación, se procede al análisis del cumplimiento de los indicadores de sustancia mínima recogidos en el artículo 7 de la Propuesta de Directiva⁶¹:

- i. En primer lugar, el artículo prevé que las sociedades deberán informar de si disponen de instalaciones propias en el Estado miembro o de instalaciones de uso exclusivo. En relación con este requisito es importante destacar que las Enmiendas a la Propuesta de Directiva⁶² precisan que, deberá tenerse en cuenta la prevalencia creciente del trabajo a distancia por el que empresas legítimas reducen sus instalaciones y optan por disponer de instalaciones compartidas. Por tanto, las Enmiendas a la Propuesta⁶³ incluyeron una mención a las instalaciones compartidas con entidades del mismo grupo. De acuerdo con la información facilitada, ninguna de las sociedades posee instalaciones en Madrid ni en Luxemburgo, además, no se indica que las entidades anteriores realicen actividades que justifiquen el teletrabajo.

⁶¹ Directiva 2011/16/UE de la Comisión Europea, de 22 de diciembre de 2011. 565 final 2021/0434 (CNS) (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC056>; última consulta 13/10/2023).

⁶² Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios. Parlamento Europeo. Enmiendas. *Proyecto de informe sobre la Propuesta de Directiva por la que se establecen normas para evitar el uso indebido de sociedades fantasma a efectos fiscales y se modifica la Directiva 2011/16/UE*. 2021/0434 (CNS) (disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0293_ES.html; última consulta el 28/12/2023).

⁶³ Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios. Parlamento Europeo. Enmiendas. *Proyecto de informe sobre la Propuesta de Directiva por la que se establecen normas para evitar el uso indebido de sociedades fantasma a efectos fiscales y se modifica la Directiva 2011/16/UE*. 2021/0434 (CNS) (disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0293_ES.html; última consulta el 28/12/2023).

- ii. Además, las sociedades deben comunicar si tienen alguna cuenta bancaria propia y activa en la UE. Las Enmiendas a la Propuesta añadieron la posibilidad de que las sociedades cuenten con una cuenta de dinero electrónico en la UE a través de la que reciban las pertinentes rentas. No se dispone de información al respecto para poder verificar si se cumple este requisito.
- iii. Las empresas deberán comunicar si la dirección reside en el Estado miembro (o a una distancia razonable) o si están cualificados y autorizados para tomar decisiones en relación con las actividades que generan las rentas. En relación con este punto, conviene precisar que el Consultante es el administrador único y gerente de ambas empresas teniendo su residencia en Canadá. Finalmente, las sociedades deberán informar de si la mayoría de los trabajadores residen en el Estado miembro (o a una distancia razonable). Conforme a la información facilitada, ninguna de las empresas tiene personal contratado ni en régimen laboral ni en régimen de arrendamiento de servicios.

De acuerdo con el análisis anterior, ni la Entidad Española ni la Entidad Luxemburguesa cumplirían con los indicadores previstos en el primer y tercer apartados.

2.3. Presunción de falta de sustancia mínima

La tercera etapa se basa en el análisis de la información comunicada por las sociedades. De conformidad con el artículo 8 de la Propuesta de Directiva⁶⁴, se presumirá que ambas empresas (la Entidad Española y la Entidad Luxemburguesa) no tienen sustancia mínima para el ejercicio fiscal por no cumplirse dos de los indicadores anteriores.

⁶⁴ Directiva 2011/16/UE de la Comisión Europea, de 22 de diciembre de 2011. 565 final 2021/0434 (CNS) (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC056>; última consulta 13/10/2023).

2.4. Posibilidad de refutación

Frente a la presunción alcanzada tras el análisis anterior, conforme al artículo 9 de la Propuesta de Directiva, las empresas tienen derecho a demostrar que no son sociedades “fantasma” utilizadas indebidamente con fines fiscales. Para ello, la Entidad Española y la Entidad Luxemburguesa deberían aportar pruebas concretas explicando los motivos comerciales, los recursos que utilizan para poder ejercer su actividad, la vinculación existente entre ellas y los Estados miembros (España y Luxemburgo, respectivamente) en los que afirman ser residentes a efectos fiscales, etc.

Esta información será evaluada por la correspondiente Administración tributaria del Estado de residencia fiscal (la Administración Tributaria Española en el caso de la Entidad Española y la Administración Tributaria Luxemburguesa en el caso de la Entidad Luxemburguesa).

De acuerdo con la información facilitada, parece que sería complicado demostrar que la Entidad Española y la Entidad Luxemburguesa poseen sustancia en los términos de la Propuesta de Directiva ya que carecen de recursos y no tienen una conexión clara con los Estados miembros de residencia fiscal.

2.5. Exención por falta de motivos fiscales

La Propuesta de Directiva prevé en su artículo 10⁶⁵ que determinadas sociedades que hayan superado el cribado y que no tengan una sustancia mínima puedan ser consideradas como sociedades que ejercen actividades legítimas. Para que una sociedad pueda acogerse a la exención, deberá aportar documentos que justifiquen las obligaciones tributarias de la estructura societaria mediante un procedimiento similar al previsto en la

⁶⁵ Directiva 2011/16/UE de la Comisión Europea, de 22 de diciembre de 2011. 565 final 2021/0434 (CNS) (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC056>; última consulta 13/10/2023).

Recomendación de la Comisión, de 6 de diciembre de 2012, sobre la planificación fiscal agresiva⁶⁶.

Nuevamente, conforme a la información facilitada, parece que a ninguna de las sociedades les resultaría de aplicación la exención anterior.

2.6. Consecuencias de la calificación como sociedad “fantasma”

La sexta y última fase se refiere a las consecuencias fiscales derivadas de la calificación como sociedades “fantasma” conforme a la Propuesta de Directiva. Estas consecuencias serán objeto de análisis en el Bloque 4 del presente Dictamen “ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS FISCALES DE LA APLICACIÓN DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA”.

En definitiva, la respuesta a la primera pregunta planteada, esto es, si podrían la Entidad Española y la Entidad Luxemburguesa entrar en el ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva, es la siguiente:

De acuerdo con el análisis realizado anteriormente y a los datos facilitados, la Entidad Española y la Entidad Luxemburguesa sí que entrarían dentro del ámbito de la Propuesta de Directiva pues, de acuerdo con la información facilitada, superarían el cribado y no podrían acogerse al derecho de refutación ni de exención.

En relación con todo lo anterior es importante tener en cuenta que, con fecha 6 de abril de 2022, el Comité Económico y Social Europeo (“CESE”) publicó una Opinión sobre la ATAD 3⁶⁷. Aunque, con carácter general, esta Opinión respalda el contenido de la Propuesta de Directiva, sí que señala algunos puntos a tener en cuenta, entre ellos, la

⁶⁶ CE. *Recomendación de la CE, de 6 de diciembre de 2012, sobre la planificación fiscal agresiva*. 2012/772/UE, L 338/41. Diario Oficial de la Unión Europea, 2012 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012H0772&from=LT>; última consulta 15/11/2023).

⁶⁷ CESE. *Opinion of the European Economic and Social Committee. Consejo de la UE*. Bruselas, 6 de abril de 2022. Número 8007/22. FISC 93. ECOFIN 316 (disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8007-2022-INIT/en/pdf>; última consulta 16/12/2023).

necesidad de que se incluya en los requisitos de sustancia la dimensión digital ya que en la Propuesta únicamente se tienen en consideración los activos tangibles.

IV. CONSECUENCIAS FISCALES PARA LAS EMPRESAS DE LA APLICACIÓN DE LA PROPUESTA DE ATAD 3

Dado que en el apartado anterior se ha concluido afirmando que la Entidad Española y la Entidad Luxemburguesa entrarían dentro del ámbito de la Propuesta de Directiva, procede analizar las consecuencias fiscales que implicaría su aplicación en relación con los dividendos que la Entidad Española abona a la Entidad Luxemburguesa.

En los artículos 11 y siguientes de la Propuesta de Directiva⁶⁸ se recoge el tratamiento fiscal de las empresas que no tienen una sustancia mínima a efectos fiscales. En definitiva, la principal consecuencia de la calificación como sociedades “fantasma” es la pérdida del derecho a i) obtener el correspondiente certificado de residencia y, en consecuencia, aplicar ii) los beneficios recogidos en los Convenios de Doble Imposición Internacional (“CDI”) y iii) en las Directivas de la UE.

1. REVISIÓN TEÓRICA DE LAS CONSECUENCIAS FISCALES

1.1. Pérdida del derecho a obtener el correspondiente certificado de residencia

De acuerdo con lo previsto en la Propuesta de Directiva, si una entidad pasa todos los filtros descritos anteriormente, calificará como sociedad “fantasma” o “entidad sin sustancia” y el Estado miembro donde la sociedad sea residente (en este caso, España y Luxemburgo) no le emitirá el correspondiente certificado de residencia.

Así, conforme al artículo 12 de la Propuesta de Directiva, el Estado miembro en el que resida la sociedad “fantasma” adoptará una de las siguientes medidas: i) denegará la expedición del certificado de residencia fiscal con efectos fuera del Estado miembro en

⁶⁸ Directiva 2011/16/UE de la Comisión Europea, de 22 de diciembre de 2011. 565 final 2021/0434 (CNS) (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC056>; última consulta 13/10/2023).

cuestión o ii) alternativamente, acordará expedir un certificado de residencia fiscal en el que se indique expresamente que a la entidad no le resultan de aplicación los beneficios derivados de los CDI ni de las Directivas de la UE.

Lo anterior afecta enormemente a las empresas ya que, para que puedan resultar de aplicación las ventajas fiscales derivadas de la aplicación de los CDI y las Directivas de la UE, es necesario disponer de un certificado de residencia en vigor. Esta obligación se recoge en el artículo 7 de la Orden EHA/3316/2010, de 17 de diciembre⁶⁹, según el cual, para poder beneficiarse de las ventajas fiscales que confieren los CDI, el contribuyente deberá aportar el correspondiente certificado de residencia fiscal expedido por la autoridad fiscal competente debiendo constar expresamente que es residente en el sentido definido en el CDI. Los certificados de residencia tienen un plazo de validez de un año desde la fecha de expedición.

Aplicando esta consecuencia al supuesto planteado, implicaría que las autoridades fiscales españolas (en el caso de la Entidad Española) y las autoridades fiscales luxemburguesas (en el caso de la Entidad Luxemburguesa) denegarían la expedición del certificado de residencia a las respectivas entidades.

1.2. Inaplicación de los beneficios recogidos en los Convenios de Doble Imposición Internacional y en las Directivas de la UE

Por otro lado, los Estados miembros distintos a aquel en el que la sociedad sea residente fiscal no permitirán la aplicación de los correspondientes acuerdos y convenios que prevean la supresión de la doble imposición internacional de la renta y/o capital.

⁶⁹ Orden EHA/3316/2010, de 17 de diciembre, por la que se aprueban los modelos de autoliquidación 210, 211 y 213 del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, que deben utilizarse para declarar las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente, la retención practicada en la adquisición de bienes inmuebles a no residentes sin establecimiento permanente y el gravamen especial sobre bienes inmuebles de entidades no residentes, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación y otras normas referentes a la tributación de no residentes. BOE. Sección I. Páginas 106-200. Número 311 (disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-19707>; última consulta 18/12/2023).

De esta forma, el artículo 11 de la Propuesta de Directiva⁷⁰ identifica tres consecuencias principales que se derivan de la aplicación de la misma en los Estados miembros en los que no reside la entidad “fantasma”.

En primer lugar, no resultarán de aplicación los artículos 4, 5 y 6 de la Directiva 2011/96/UE y el artículo 1 de la Directiva 2003/49/CE. Es decir, los Estados miembros de residencia de los accionistas gravarán las rentas conforme a su legislación nacional como si se hubieran devengado directamente a los accionistas.

En consecuencia, dejaría de resultar de aplicación la exención prevista en el artículo 14.1.h) de la Ley del IRNR. Así, conforme a la letra h) del artículo anterior, estarán exentos los beneficios distribuidos (i.e. dividendos) por las sociedades filiales residentes en territorio español (Entidad Española) a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la UE (Entidad Luxemburguesa), siempre y cuando, se cumplan los siguientes requisitos: i) ambas sociedades deben estar sujetas y no exentas a un impuesto similar al “Impuesto sobre Sociedades” que grave sus beneficios, ii) la distribución del beneficio no puede tener como causa la liquidación de la sociedad filial y iii) Ambas sociedades deben revestir alguna de las formas previstas en el Anexo de la Directiva 2011/96/UE.

La segunda consecuencia es que resultará de aplicación el régimen de transparencia fiscal de tal forma que los Estados miembros donde residan los accionistas de la entidad calificada como sociedad “fantasma” deberán gravar, conforme a su normativa interna, las rentas percibidas por la segunda mediante el impuesto personal de sus socios. Esta consecuencia resultará de aplicación independientemente de que existan o no CDI con los países de residencia del pagador de los ingresos. En línea con lo anterior, la Propuesta de Directiva también prevé la posibilidad de que los socios no sean residentes en un Estado miembro pero sí lo sea el pagador de los ingresos a la sociedad “fantasma”. En este caso,

⁷⁰ Directiva 2011/16/UE de la Comisión Europea, de 22 de diciembre de 2011. 565 final 2021/0434 (CNS) (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC056>; última consulta 13/10/2023).

el Estado miembro deberá aplicar una retención sobre ellos con arreglo a su normativa interna.

Finalmente, la tercera y última consecuencia que prevé la Propuesta de Directiva supone también la aplicación de un régimen de transparencia fiscal relativo a los impuestos que gravan la propiedad de los inmuebles que sean titularidad de la sociedad “fantasma” de tal forma que el Estado miembro donde se encuentren ubicados los gravará como si fuesen propiedad de los socios conforme a la normativa interna. Por otro lado, el Estado miembro donde residan los socios los gravará como si fuesen de su propiedad también conforme a la normativa interna.

2. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS CONSECUENCIAS FISCALES

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación, se analizan las consecuencias específicas que conllevaría la aplicación de la Propuesta de Directiva respecto a la Entidad Española y la Entidad Luxemburguesa.

1.1. Inaplicación de los beneficios fiscales poniendo el enfoque en la Entidad Española como sociedad “fantasma”

Como consecuencia de la aplicación de la Propuesta de Directiva⁷¹, el tratamiento fiscal de los dividendos que recibe la Entidad Española de la Entidad Española Cotizada y que reparte a la Entidad Luxemburguesa cambiará.

Así, con carácter previo a la aplicación de la Propuesta de Directiva el tratamiento fiscal era el siguiente:

- i. El reparto de dividendos por parte de la Entidad Española Cotizada a la Entidad Española se encuentra gravado conforme al Derecho interno español. De esta forma, el dividendo pasa a formar parte del resultado contable de la Entidad Española pero no tributará al tipo general del

⁷¹ Directiva 2011/16/UE de la Comisión Europea, de 22 de diciembre de 2011. 565 final 2021/0434 (CNS) (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC056>; última consulta 13/10/2023).

Impuesto sobre Sociedades (i.e. 25 por ciento) si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 21 de la LIS⁷². Conforme a la información facilitada, la Entidad Española posee el 5 por ciento de la Entidad Española Cotizada y, asumiendo que dicha participación se ha mantenido de forma ininterrumpida durante un año, resultaría de aplicación la exención del 95 por ciento. Por tanto, los dividendos recibidos de la Entidad Cotizada quedarían sujetos a un tipo efectivo del 1,25 por ciento.

- ii. Por otro lado, al reparto de dividendos por parte de la Entidad Española a la Entidad Luxemburguesa resulta de aplicación la exención prevista en el artículo 14 de la Ley del IRNR mencionado anteriormente. Conviene precisar que, la aplicación de esta exención exige que se aporte el correspondiente certificado de residencia en vigor.

Sin embargo, la calificación de la Entidad Española como sociedad “fantasma” conlleva una alteración en el tratamiento fiscal anterior. Como se ha mencionado, en este caso, todos los intervinientes directos residen en Estados miembros y, por tanto, entran en el ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva estando vinculadas a ella. En concreto, el pagador y la Entidad Española residen en España y su accionista es la Entidad Luxemburguesa que reside en Luxemburgo. El tratamiento fiscal aplicable como consecuencia de la

⁷² El artículo 21 de la Ley del IS establece lo siguiente:

“Estarán exentos los dividendos o participaciones en beneficios de entidades, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5 por ciento.

La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo. (...)

10. El importe de los dividendos (...), a los que resulte de aplicación la exención prevista en este artículo, se reducirá, a efectos de la aplicación de dicha exención, en un 5 por ciento en concepto de gastos de gestión referidos a dichas participaciones.”

calificación de la Entidad Española como sociedad “fantasma” sería el siguiente:

- i. Así, el pagador (i.e. Entidad Española Cotizada) aplicará la correspondiente retención conforme al Derecho español que prevé una retención general a un tipo impositivo del 19 por ciento, en la medida en que no pueda verificar si los socios de la Entidad Española (calificada como entidad “fantasma”) son residentes en la UE.
- ii. Por otro lado, España seguirá considerando a la Entidad Española como residente fiscal de tal forma que deberá cumplir las obligaciones fiscales de conformidad con el Derecho español mencionadas anteriormente. En caso de que se haya procedido a una previa retención, la Entidad Española podrá acreditarlo.
- iii. Finalmente, en Luxemburgo, que es el Estado en el que reside el socio, el pago del dividendo será gravado como ingreso de la Entidad Luxemburguesa pudiéndose aplicar la deducción del impuesto gravado en la fuente (i.e. España). Igualmente, se tendrá en cuenta y deducirá cualquier impuesto pagado por la sociedad “fantasma”.

1.2. Inaplicación de los beneficios fiscales poniendo el enfoque en la Entidad Luxemburguesa como sociedad “fantasma”

En este caso, la aplicación de la Propuesta de Directiva también implicará un cambio en el tratamiento fiscal de los dividendos que recibe la Entidad Luxemburguesa de la Entidad Española y que reparte a la Entidad Canadiense.

De esta forma, con carácter previo a la aplicación de la Propuesta de Directiva el tratamiento fiscal era el siguiente:

- i. Como se ha mencionado en el punto anterior, al reparto de dividendos por parte de la Entidad Española a la Entidad Luxemburguesa resulta de aplicación la exención prevista en el artículo 14 de la Ley del IRNR.

- ii. Por otro lado, al reparto de dividendos que realiza la Entidad Luxemburguesa a favor de la Entidad Canadiense resulta de aplicación el Convenio suscrito entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno del Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio⁷³. Conforme al artículo 10 del CDI anterior, los dividendos repartidos por una sociedad luxemburguesa a una sociedad canadiense no estarán sujetos a imposición en Luxemburgo si posee durante un periodo ininterrumpido de dos años anteriores a la fecha del pago de dividendos una participación directa de, al menos, el 25 por ciento de las acciones con derecho de voto de la sociedad. De acuerdo con la información facilitada, la Entidad Canadiense posee el 100 por ciento de las acciones con derecho de voto de la Entidad Luxemburguesa. Asumiendo que también se cumple el requisito de tenencia de acciones con derecho de voto, el reparto de dividendos no estaría sujeto a impuestos en Luxemburgo.

Tras la calificación de la Entidad Luxemburguesa como sociedad “fantasma” el tratamiento fiscal anterior se vería alterado. Como se ha mencionado, el pagador es la Entidad Española residente en España, la sociedad “fantasma” es la Entidad Luxemburguesa residente en Luxemburgo y, finalmente, el socio es la Entidad Canadiense residente en Canadá. Por tanto, solo la jurisdicción de origen (i.e. España) y de la sociedad “fantasma” (i.e. Luxemburgo) están vinculadas por la Directiva, mientras que la de los accionistas (i.e. Canadá) no lo está. El tratamiento fiscal aplicable como consecuencia de la calificación de la Entidad Española como sociedad “fantasma” sería el siguiente:

⁷³Instrumento de Ratificación del Convenio entre Canadá y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. Gobierno de Canadá. Tratados. E103320, CTS 2000 Número 22 (disponible en: <https://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=103320&Lang=eng>; última consulta 02/03/2024).

- i. Al igual que en el supuesto anterior, España, al ser el Estado miembro de residencia del pagador (i.e. la Entidad Española) someterá el pago del dividendo a retención de acuerdo con su Derecho interno. No obstante, dejará de resultar de aplicación la exención prevista en el artículo 14 de la Ley del IRNR al dividendo repartido por parte de la Entidad Española a la Entidad Luxemburguesa.
- ii. Por su parte, Luxemburgo, que es el Estado en el que reside la sociedad “fantasma” seguirá considerando a la Entidad Luxemburguesa como residente fiscal de tal forma que deberá cumplir las obligaciones fiscales de conformidad con el Derecho luxemburgués.
- iii. Por último, con respecto a los accionistas, aunque Canadá es una jurisdicción no vinculada por la Propuesta de Directiva, la ATAD 3, señala la posibilidad de que se le pida la aplicación de un convenio fiscal en vigor con el Estado miembro de origen (i.e. España) para aplicar una deducción. Es decir, debería acudir al Convenio suscrito entre España y Canadá para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, firmado en Ottawa el 23 de noviembre de 1976⁷⁴.

En definitiva, en caso de que, efectivamente, la Entidad Española y la Entidad Luxemburguesa calificasen como sociedades “fantasma” los respectivos Estados de residencia dejarían de emitir los correspondientes certificados de residencia y, como se ha mencionado anteriormente, los beneficios recogidos en los CDI y en las Directivas de la UE dejarían de resultar de aplicación.

⁷⁴ Instrumento de Ratificación, de 10 de abril de 1978 del Convenio entre España y Canadá para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, firmado en Ottawa el 23 de noviembre de 1976. BOE. Número 32. BOE-A-1981-2731 (disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-2731>; última consulta 18/12/2023).

1.3. Sanción

La Propuesta de Directiva establecía un régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales aprobadas al amparo de la misma precisando que debían ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. En concreto, se afirmaba que los Estados miembros debían velar por que dichas sanciones incluyesen una sanción pecuniaria administrativa de, al menos, el 5 por ciento del volumen de negocios de la empresa en el ejercicio fiscal en cuestión en los casos en los que no se cumpliera con la obligación de información o se realizase una declaración falsa.

No obstante, el porcentaje anterior fue objeto de modificación por parte de las Enmiendas a la Propuesta de Directiva⁷⁵ al entender que era excesivo. Así, conforme al Informe de Enmiendas los Estados deberán incluir una sanción pecuniaria administrativa de, al menos, el 2 por ciento de los ingresos de la empresa en el ejercicio en cuestión. Este porcentaje se elevará al 4 por ciento en caso de que empresa en cuestión realice una declaración falsa en la declaración tributaria. Además, se prevé que en caso de que la empresa tenga unos ingresos nulos o inferiores al umbral que fije el Estado miembro, la sanción se basará en los activos totales de la sociedad.

1.4. Jurisprudencia relacionada

Dado que aún no ha sido aprobada la Propuesta de Directiva, todavía no existen pronunciamientos doctrinales o jurisprudenciales en los que se aborde la calificación de entidades como sociedades “fantasma” a efectos de la ATAD 3 ni las consecuencias derivadas de tal calificación. No obstante, sí que hay pronunciamientos que abordan supuestos similares que resultan interesantes para el presente estudio.

⁷⁵ Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios. Parlamento Europeo. Enmiendas. *Proyecto de informe sobre la Propuesta de Directiva por la que se establecen normas para evitar el uso indebido de sociedades fantasma a efectos fiscales y se modifica la Directiva 2011/16/UE*. 2021/0434 (CNS) (disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0293_ES.html; última consulta el 28/12/2023).

- a. Sentencia de la Audiencia Nacional, 21 de mayo de 2021, Sala de lo Contencioso (recurso número 1000/2017)⁷⁶ que se remite a la Sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2017 (asunto C-6/16 – Derecho Francés)⁷⁷, Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (asuntos C-504/16 y C-613/16 – Derecho Alemán)⁷⁸ y la Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2019 (asuntos C-116/16 y C-117/16 – Derecho Danés)⁷⁹.

En esta sentencia se aborda un supuesto idéntico al objeto de estudio. Conforme a la redacción de los hechos, Global Noray S.L. (“**Global Noray**”) es una entidad residente en España que posee el 5 por ciento de la sociedad española cotizada Corporación Logística de Hidrocarburos S.A. (“**CLH**”). Los dividendos repartidos por CLH constituyen prácticamente el 100 por ciento de los ingresos de la entidad Global Noray. Por su parte, la entidad luxemburguesa PSP Eur Sarl es propietaria del 100 por ciento de Global Noray, esta sociedad a su vez es propiedad de la entidad luxemburguesa PSP Lux Sarl que pertenece a la sociedad canadiense PSP IB.

La cuestión discutida en la sentencia gira en torno a la tributación del dividendo repartido por parte de Global Noray a su matriz por importe de 7 millones de euros sin practicar retención a cuenta del IRNR. Así, la Inspección considera

⁷⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, número 1000/2017, de 21 de mayo de 2021, (recurso número 1000/2017, asunto GLOBAL NORAY, S.L.)

⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 7 de septiembre de 2017, C-6/16. InfoCuria (asunto Eqiom SAS) (disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194101&doclang=ES>; última consulta 19/12/2023).

⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 20 de diciembre de 2017, C-504/16 y C-613/16. InfoCuria (asunto Bundeszentralamt für Steuern) (disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-504/16&language=es>; última consulta 19/12/2023).

⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Gran Sala, de 26 de febrero de 2019, C-116/2016 y C-117/16. CISSFiscal (asunto Skatteministeriet) (disponible en <https://cissfiscal.laleynext.es/Content/DocumentoSmarteca.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzNjS1MDdSK0stKs7Mz7MNy0xPzStjVSstTi2y9fOzMDY2MQ4J8IMrSCwuLreNDDH3MgOBAGiESHM9AAAAWKE>; última consulta 09/11/2023).

que no resulta de aplicación la exención recogida en el artículo 14.1.h de la Ley de IRNR al entender que: i) las entidades anteriores no realizan una verdadera actividad económica en el sentido de organización por cuenta propia de medios humanos y/o materiales con la finalidad de intervenir en la producción de bienes y servicios y ii) no existen motivos económicos válidos sino fiscales que justifiquen la constitución de las sociedades europeas dependientes de la matriz canadiense.

La Audiencia Nacional se remite al artículo 13 de la Ley del IRNR que prevé la sujeción de los dividendos al IRNR y a las tres Sentencias del TJUE identificadas anteriormente.

La Audiencia Nacional explica que conforme al artículo 14.1.h) de la Ley del IRNR pueden darse tres supuestos y la concurrencia de uno de ellos justificaría la exención:

- i. El primer supuesto es que la matriz desarrolle efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad que realice la sociedad filial. La Audiencia Nacional afirma que en el supuesto planteado se ha demostrado que la filial española no realiza actividad económica alguna por lo que no se estaría en este supuesto.
- ii. El segundo supuesto es que la matriz tenga por objeto la gestión y dirección de la sociedad filial utilizando para ello los correspondientes medios materiales y personales. La Audiencia Nacional confirma que las entidades luxemburguesas no cuentan con activos fijos ni trabajadores por lo que tampoco procede la inclusión en este supuesto.
- iii. Finalmente, el tercer y último supuesto es que se demuestre la concurrencia de motivos económicos válidos. La Audiencia Nacional recuerda la inversión de la carga de la prueba en la demostración de la existencia de motivos económicos válidos y afirma que la actividad

probatoria desarrollada por parte de la Administración no es suficiente. Así, la Agencia Tributaria se limita prácticamente a establecer de facto una presunción de finalidad exclusivamente fiscal por el mero hecho de que la entidad matriz sea un fondo de pensiones con residencia en Canadá.

Por tanto, como consecuencia de la deficiente actividad probatoria de la inexistencia de motivos económicos válidos por parte de la Administración, la Audiencia Nacional estima el recurso a favor de Global Noray, pero sin condena en costas al entender que suscitan “dudas de derecho muy relevantes”.

- b. Sentencia del Tribunal Supremo, 8 de junio de 2023, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª (sentencia número 771/2023 y recurso número 6528/2021)⁸⁰.

La Sentencia analizada en el punto anterior fue recurrida en casación por la Administración General del Estado. El Tribunal Supremo vuelve a hacer un repaso de la doctrina del TJUE y centra el debate de la cuestión en confirmar que, a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo y del TJUE, la prueba del abuso recogido en el artículo 14.1.h) de la Ley del IRNR recae, en este caso, sobre la Administración Tributaria. Esta Sentencia fija el criterio interpretativo anterior y confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional.

- c. Sentencia de la Audiencia Nacional, 3 de junio de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso número 264/2012)⁸¹.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, número 771/2023 de 8 de junio de 2023 (recurso número 6528/2021, asunto GLOBAL NORAY, S.L.). La Ley Digital (disponible en <https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDC3MLG0MLNqK0stKs7Mz7M1MjAyNjAzAAtkpIW65CeHVBak2qY15hSnAgAuZtZuNQAAAA=WKE>; última consulta 22/12/2023).

⁸¹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de junio de 2015 (recurso número 264/2012), asunto ENBRIDGE CAPITAL APS). Normacef (disponible en:

En esta Sentencia también se aborda un supuesto muy similar al objeto de estudio. Se plantea si aplica la exención prevista en el artículo 14.1.h) de la Ley del IRNR⁸² a la distribución de dividendos por parte de una filial española a una entidad danesa, que posteriormente reparte a una sociedad canadiense.

La Audiencia Nacional explica que la cuestión a analizar es si puede concluirse que la entidad danesa realiza efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad económica que desarrolla la filial española, si tiene por objeto su dirección y gestión mediante la adecuada organización de medios personales y materiales o si existen motivos económicos válidos.

Según la información aportada por la entidad recurrente, los medios materiales con los que cuenta la entidad danesa consisten únicamente en un local cedido verbalmente por la sociedad subarrendataria del mismo. Adicionalmente, la entidad únicamente tenía una persona contratada y la gestión estaba centralizada en Canadá.

Por todo lo anterior, la Audiencia Nacional deniega la aplicación de la exención prevista en el artículo 14.1.h) de la Ley del IRNR.

V. POSIBLES EFECTOS DE LA APROBACION DE LA PROPUESTA DE ATAD 3 SOBRE LAS ESTRUCTURAS SOCIETARIAS TRANSFRONTERIZAS

Como se ha concluido, la estructura societaria actual de la Consultante plantea serias dudas acerca de su “encaje” en la Propuesta de Directiva. Así, la falta de medios materiales y personales de la Entidad Española y de la Entidad Luxemburguesa supone

https://www.normacef.es/BuscaResult/documento.aspx?id=NFJ059321&pal_buscadas=; última consulta 02/03/2024).

⁸² Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. BOE número 62, de 12 de marzo de 2004 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-4527>; última consulta 15/11/2023).

que en la práctica sea muy difícil demostrar que existen unos motivos económicos válidos que justifiquen su existencia. Por el contrario, la estructura actual sugiere que la constitución de las dos sociedades anteriores persigue obtener una ventaja fiscal al descolocar las rentas obtenidas por la Entidad Española Cotizada a Luxemburgo beneficiándose de las exenciones previstas en la UE y consiguiendo de esta forma la aplicación del CDI suscrito entre Luxemburgo y Canadá en lugar del CDI firmado entre España y Canadá por ser este último menos ventajoso.

En este apartado titulado “Posibles efectos de la aprobación de la propuesta de ATAD 3 sobre las estructuras societarias transfronterizas” se persigue plantear dos alternativas a la estructura societaria actual con el fin de evitar la posible calificación de algunas de las sociedades como “fantasma”.

Como se estudiará a continuación, la primera alternativa que se propone es la simplificación máxima de la estructura societaria de tal forma que se elimine la Entidad Española y la Entidad Luxemburguesa y se produzca un reparto directo de dividendos desde la Entidad Española a la Entidad Canadiense. En segundo lugar, se propone una estructura societaria basada en la constitución de entidades holding.

1. ALTERNATIVA 1. REPARTO DIRECTO DE DIVIDENDOS DE LA ENTIDAD ESPAÑOLA A LA ENTIDAD CANADIENSE

La primera alternativa a la estructura societaria que se propone es su simplificación. Así, dado que la Entidad Española y la Entidad Luxemburguesa son las que califican como sociedades “fantasma” de acuerdo con la Propuesta de Directiva se propone una estructura societaria prescindiendo de las mismas tal y como se muestra en el siguiente gráfico:

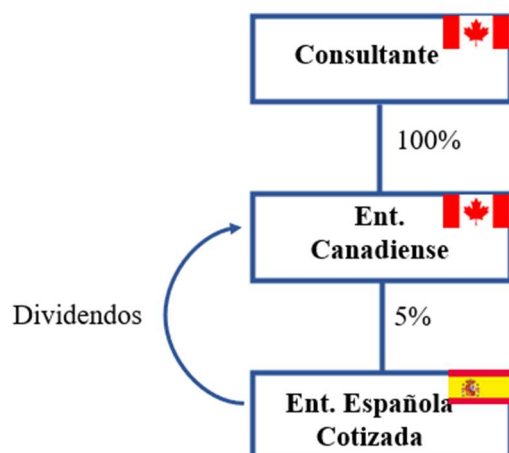


Figura 6: Alternativa 1 a la estructura corporativa de la Consultante.

Fuente: Elaboración propia tomando como referencia los datos recogidos en el enunciado.

La propuesta anterior se ha alcanzado tras hacer una revisión del objeto social de cada una de las entidades, sus medios personales y materiales, sus ingresos, etc. Dado que es difícilmente sostenible argumentar que la Entidad Española y la Entidad Luxemburguesa no han sido constituidas con fines estrictamente fiscales, se considera conveniente su eliminación en la estructura societaria.

Por tanto, conforme a esta nueva estructura, el Consultante seguiría ostentando una participación del 100 por ciento en la Entidad Canadiense que, a su vez, participaría en un 5 por ciento en la Entidad Española Cotizada. Esta última, repartiría el dividendo directamente (sin mediación de establecimiento permanente) a la Entidad Canadiense.

Si se adoptase la estructura societaria anterior, únicamente habría un flujo de dividendos repartidos desde una entidad con domicilio en España a una entidad con domicilio en Canadá. Para determinar la fiscalidad del dividendo anterior, debemos acudir al CDI suscrito entre España y Canadá⁸³. El artículo 10 del CDI regula el

⁸³ Instrumento de Ratificación del Convenio entre Canadá y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. Gobierno de Canadá. Tratados. E103320, CTS 2000 Número 22 (disponible en: <https://www.treaty-agreement.gc.ca/text-texte.aspx?id=103320&Lang=eng>; última consulta 02/03/2024).

tratamiento fiscal aplicable a los dividendos y afirma que los dividendos distribuidos por una sociedad residente de un Estado contratante (en este caso, la Entidad Española Cotizada) a un residente del otro Estado contratante (en este caso, la Entidad Canadiense) pueden someterse a imposición en este último Estado (es decir, Canadá).

No obstante lo anterior, el artículo también prevé que los dividendos puedan someterse a imposición en el Estado contratante en donde resida la sociedad que pague los dividendos (es decir, España) pero cuando la persona que perciba los dividendos sea el beneficiario efectivo, el impuesto exigido no podrá exceder del 15 por ciento del importe bruto de los dividendos.

En consecuencia, el citado artículo permite que los dividendos tributen en ambos Estados (Canadá y España), de conformidad con la normativa interna de cada Estado y estando limitada la tributación de estos en España al 15 por ciento de su importe bruto.

Por otro lado, los dividendos estarían sujetos a imposición en Canadá con arreglo a su normativa interna correspondiendo a Canadá (como país de residencia de la entidad que recibe los dividendos) eliminar la doble imposición que se pueda generar (artículo 23 del CDI).

En cuanto a la normativa interna, resulta de aplicación el artículo 13 de la Ley del IRNR según el cual se consideran rentas obtenidas en territorio español los dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de entidades residentes en España.

Por su parte, el artículo 14.1.h) de la Ley del IRNR prevé que estarán exentos los dividendos repartidos por parte de una entidad española a entidades que residan en la UE o en el Espacio Económico Europeo. Dado que, en este caso, el reparto de dividendos se realiza a favor de una entidad residente en Canadá, no resulta de aplicación la exención anterior.

La principal diferencia que existe en el tratamiento fiscal del dividendo en ambas estructuras societarias es la siguiente:

- i. En la estructura actual el dividendo que reparte la Entidad Española Cotizada a la Entidad Española estaría exento en un 95 por ciento conforme al artículo 21 de la LIS. A continuación, el dividendo que reparte la Entidad Española a la Entidad Luxemburguesa estaría exento de acuerdo con el artículo 14.1.h) de la Ley del IRNR por tratarse de un reparto entre Estados miembros de la UE. Finalmente, en relación con el dividendo que reparte la Entidad Luxemburguesa a la Entidad Canadiense podría valorarse la aplicación del artículo 10.2.a) o 10.3 del CDI suscrito entre Luxemburgo y Canadá.

Así, el artículo 10.3 del CDI prevé que los dividendos pagados por una sociedad residente de Luxemburgo no estarán sujetos a imposición en Luxemburgo si el beneficiario efectivo es una entidad residente en Canadá que haya tenido durante un periodo ininterrumpido de mínimo dos años una participación directa de, al menos, el 25 por ciento. El artículo anterior también exige que los dividendos estén exentos en Canadá, este requisito se cumpliría ya que una empresa una empresa no constituida en Canadá es considerada como residente en dicho país siempre y cuando su gestión central y control sean ejercidos en Canadá como es el caso. No obstante, el artículo 10.3 del CDI podría no resultar de aplicación ya que también exige que la sociedad luxemburguesa realice una actividad distinta a la de realizar inversiones y, de acuerdo con la información facilitada, la Entidad Luxemburguesa no cuenta con medios personales ni instalaciones.

En caso de entender que no resulta de aplicación la no sujeción prevista en el artículo 10.3 del CDI anterior, aplicaría el artículo 10.2.a) del CDI que establece un límite del 5 por ciento del importe bruto de los dividendos en caso de que el beneficiario efectivo sea una empresa que posee, al menos, el 10 por ciento del poder de voto en la empresa que reparte el dividendo. En este caso este requisito se cumple ya que la Entidad Canadiense posee el 100 por ciento de las participaciones.

- ii. Por su parte, en la estructura propuesta, únicamente se repartiría un dividendo por parte de la Entidad Española Cotizada a favor de la Entidad Canadiense al que le

resultaría de aplicación el artículo 10.2 del CDI suscrito entre España y Canadá que prevé que los dividendos puedan someterse a tributación en España a un tipo máximo del 15 por ciento del importe bruto de los dividendos.

En definitiva, el CDI suscrito entre España y Canadá prevé un límite impositivo del 15 por ciento en lugar del 5 por ciento que recoge el CDI firmado entre Luxemburgo y Canadá, de tal forma que, en caso de modificarse la estructura societaria conforme a esta alternativa, la tributación será un 10 por ciento superior.

Pese a que la nueva estructura societaria implicaría una mayor tributación, en todo caso, esta alternativa sería preferible a la aplicación del régimen previsto en la ATAD 3 (en caso de que, efectivamente, llegase a aprobarse). Como la Propuesta de Directiva elimina la aplicación de los beneficios fiscales de los CDI, las Directivas europeas y la exención prevista en el artículo 14.1.h) de la Ley del IRNR, la consecuencia de su aplicación sería la siguiente: i) por un lado, el reparto de dividendo a favor de la Entidad Española tributaría al tipo general del Impuesto sobre Sociedades español que asciende al 25%, ii) a continuación, el reparto de dividendo a favor de la Entidad Luxemburguesa tributaría al tipo impositivo del Impuesto sobre Sociedades previsto en la normativa luxemburguesa, y iii) finalmente, el reparto de dividendo a favor de la Entidad Canadiense también tributaría al tipo impositivo del Impuesto sobre Sociedades previsto en la normativa canadiense. En definitiva, la alternativa que se plantea en el presente apartado es mucho más eficiente fiscalmente que la aplicación de la ATAD 3.

2. ALTERNATIVA 2. CONSTITUCIÓN DE UNA ENTIDAD HOLDING CON INFRAESTRUCTURA MATERIAL MINIMA

La segunda alternativa a la estructura societaria que se planteará en el presente apartado es su adecuación a la Propuesta de Directiva.

Como se ha concluido en el apartado III “LOS INDICADORES DE SUSTANCIA MÍNIMA DE LAS EMPRESAS EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA ATAD 3”, la estructura societaria actual de la Consultante no superaría la prueba de cribado y, por tanto, calificaría como una sociedad “fantasma” o instrumental. Por ello, una vez

revisados los requisitos que prevé la Propuesta de Directiva para que se supere la prueba de sustancia, se propone la adecuación de la estructura societaria actual a la normativa mediante el refuerzo de los recursos personales y materiales de la Entidad Española y de la Entidad Luxemburguesa.

En primer lugar, se propone la contratación de una plantilla de trabajadores en cada una de las sociedades. Como se ha mencionado anteriormente, el artículo 6.2.e) de la Propuesta de Directiva excluye de la obligación de presentación de información a “*las empresas con al menos cinco empleados o miembros del personal equivalentes a jornada completa que realicen exclusivamente las actividades que generen las rentas pertinentes*”. Según la información facilitada, ninguna de las dos sociedades cuenta con personal contratado ni en régimen laboral ni en régimen de arrendamiento de servicios. Por tanto, la contratación de personal sería un elemento fundamental para superar la prueba de sustancia.

Por otro lado, en la actualidad, ninguna de las entidades dispone de instalaciones. Sin embargo, este es uno de los indicadores de sustancia mínima a efectos fiscales que recoge el artículo 7.1.a) de la Propuesta de Directiva. Aunque las Enmiendas a la Propuesta de Directiva⁸⁴ han flexibilizado este requisito, sería conveniente que las sociedades dispusiesen de las instalaciones necesarias para llevar a cabo su actividad.

Finalmente, se propone un cambio en la gestión de ambas entidades. Conforme a la información facilitada, la gestión de tanto la Entidad Española como la Entidad Luxemburguesa la realiza, desde Canadá, el Consultante. La externalización de la gestión es un criterio que la jurisprudencia nacional e internacional tiene muy presente a la hora de concluir si una entidad dispone o no de los suficientes medios materiales y personales

⁸⁴ Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios. Parlamento Europeo. Enmiendas. *Proyecto de informe sobre la Propuesta de Directiva por la que se establecen normas para evitar el uso indebido de sociedades fantasma a efectos fiscales y se modifica la Directiva 2011/16/UE*. 2021/0434 (CNS) (disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0293_ES.html; última consulta el 28/12/2023).

para poder llevar a cabo su actividad económica. Por ello, se considera conveniente centralizar la gestión de cada una de las entidades en sus respectivos territorios.

Por tanto, la nueva estructura societaria de la Entidad Española y de la Entidad Luxemburguesa se caracterizaría por la presencia de una plantilla mínima de cinco empleados, la disposición de instalaciones y la gestión centralizada en España y Luxemburgo, respectivamente. Con estas modificaciones, ambas sociedades superarían la prueba de sustancia definida en la Propuesta de Directiva y no tendrían la calificación de sociedades “fantasma”.

VI. CONCLUSIONES

A continuación, se identifican las principales conclusiones alcanzadas en relación con las implicaciones de la entrada en vigor de la Propuesta de Directiva:

1. PRINCIPALES CUESTIONES CONTROVERTIDAS IDENTIFICADAS

Una de las principales cuestiones controvertidas de la Propuesta de Directiva es que, como se ha mencionado anteriormente, no contiene una definición específica del concepto de sociedad “fantasma”. Se recogen una serie de indicadores que singularizan, por un lado, las entidades que están sujetas a la obligación de información y, por otro, la sustancia mínima que debe tener una entidad para que no califique como sociedad “fantasma”. Estos indicadores operan de forma independiente y se combinan con excepciones específicas traduciéndose en un sistema complejo que, en opinión de la doctrina, inevitablemente generará inseguridad jurídica⁸⁵.

Otro de los aspectos que más controversia ha generado la Propuesta de Directiva es que no queda claro si pretende abordar la existencia de las sociedades fantasma, su

⁸⁵ Pistone P., Pinto Nogueira J. F., Turina A. y Lazarov, I., *Abuse, Shell Entities and Right of Establishment: A Plea for Refocusing Current Proposals and Achieving Deeper Coordination within the Internal Market*. World Tax Journal. IBFD, 2022 (disponible en: https://www.ibfd.org/sites/default/files/2023-04/free_article_april_2023_abuse_shell_entities_and_right_of_establishment_ibfd.pdf; última consulta el 22/01/2024).

residencia fiscal, la coherencia entre sus actividades e ingresos o la simple constatación *prima facie* de supuestos de elusión fiscal. Como consecuencia de lo anterior, la Propuesta de Directiva dificulta que se trace una línea divisoria clara entre las sociedades fantasma y la libertad de establecimiento de la UE ya que combina varias cuestiones tributarias independientes como es el abuso, la residencia y la atribución de ingresos. Del texto de la Propuesta de Directiva se entiende que el objetivo perseguido es únicamente la lucha contra el abuso.

Adicionalmente, algunos autores han destacado que del texto de la Propuesta de Directiva no se entiende con claridad si la constitución de sociedades fantasma debe entenderse como elusión y/o evasión fiscal o como una práctica abusiva.

También la doctrina ha destacado que, aunque la ATAD 3 pretende crear un nuevo marco legislativo contra la elusión fiscal, realmente podría entenderse que más bien constituye una “ampliación” de la DAC basado en un fortalecimiento de las obligaciones de información⁸⁶. Lo anterior, podría llegar a implicar un solapamiento de obligaciones de información y una sobrecarga administrativa para las empresas transnacionales.

Finalmente, no parece fácil la implementación práctica de la Propuesta de Directiva ante la ausencia de normas específicas que regulen su interpretación y aplicación⁸⁷.

⁸⁶ Pistone P., Pinto Nogueira J. F., Turina A. y Lazarov, I., *Abuse, Shell Entities and Right of Establishment: A Plea for Refocusing Current Proposals and Achieving Deeper Coordination within the Internal Market*. World Tax Journal. IBFD, 2022 (disponible en: https://www.ibfd.org/sites/default/files/2023-04/free_article_april_2023_abuse_shell_entities_and_right_of_establishment_-ibfd.pdf; última consulta el 22/01/2024).

⁸⁷ Pistone P., Pinto Nogueira J. F., Turina A. y Lazarov, I., *Abuse, Shell Entities and Right of Establishment: A Plea for Refocusing Current Proposals and Achieving Deeper Coordination within the Internal Market*. World Tax Journal. IBFD, 2022 (disponible en: https://www.ibfd.org/sites/default/files/2023-04/free_article_april_2023_abuse_shell_entities_and_right_of_establishment_-ibfd.pdf; última consulta el 22/01/2024).

2. REFLEXIÓN CRÍTICA

Sin duda la constitución de sociedades instrumentales ha sido, desde hace años, una práctica muy habitual de las empresas multinacionales cuya finalidad es la deslocalización de rentas para obtener una ventaja fiscal.

Esta situación genera desigualdades entre entidades que, en último término, se traducen en una alteración de la libre competencia. Así, las empresas que, abusando de las normas fiscales internacionales, crean sociedades ficticias, afrontan gastos fiscales muy reducidos en comparación con las sociedades que actúan de forma legítima.

Esta circunstancia preocupa enormemente a los Estados y a las organizaciones internacionales porque, además de verse perjudicado el buen funcionamiento del mercado, también supone una menor recaudación de impuestos para hacer frente a los gastos públicos.

Aunque los Estados y las organizaciones internacionales llevan años intentando adoptar medidas eficaces que supongan la efectiva detección y control de las entidades instrumentales, lo cierto es que han sido insuficientes. Para poder poner un punto final a esta forma de planificación fiscal sería necesaria una coordinación absoluta de la normativa fiscal de todos los Estados. Lo anterior, solo podría conseguirse mediante la adaptación de los cuerpos normativos fiscales estatales y la aprobación de una regulación tributaria internacional. Esto es necesario ya que, realmente, la planificación fiscal y la constitución de sociedades instrumentales es consecuencia directa de la falta de coordinación de las normativas. Por ello, aunque prácticamente todos los países tengan incorporadas en sus legislaciones cláusulas antiabuso, estas no son efectivas si no hay una coordinación internacional.

La ATAD 3 se erige como solución a las prácticas de planificación fiscal abusiva mediante la constitución de sociedades instrumentales. Sin embargo, es importante reiterar que existen muchos puntos controvertidos en relación con la aplicación de la Propuesta de Directiva. Además de las cuestiones mencionadas en el punto anterior, en

mi opinión, también sería necesario analizar si, en la práctica, la entrada en vigor de la ATAD 3 vulneraría el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 5 del Tratado de la UE⁸⁸. Es decir, las consecuencias económicas negativas derivadas de la calificación como sociedad “fantasma” no podrían exceder del mínimo imprescindible para la consecución de los objetivos de la UE pues, de lo contrario, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la entrada en vigor de la Propuesta de Directiva podría tener un impacto negativo directo en la economía de la UE. La inseguridad jurídica que genera el proceso de calificación de las entidades como sociedades “fantasma” y las relevantes consecuencias de tal calificación podría desincentivar la inversión en Europa por parte de las multinacionales.

En definitiva, la Propuesta de Directiva implica un paso muy importante en la lucha contra la utilización de sociedades instrumentales, pero no debe perderse de vista que, pese a su contribución, aún queda un importante camino por recorrer siendo fundamental una mayor cooperación y coordinación internacional.

⁸⁸ Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010, C 83/15. Diario Oficial de la Unión Europea (disponible en <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>; última consulta 19/03/2024).

BIBLIOGRAFÍA

1. NORMATIVA

1.1. Nacional

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186>; última consulta 09/11/2023).

Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. BOE número 62, de 12 de marzo de 2004 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-4527>; última consulta 15/11/2023).

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. BOE número 285, de 29 de noviembre de 2006 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-20764>; última consulta 02/03/2024).

Orden EHA/3316/2010, de 17 de diciembre, por la que se aprueban los modelos de autoliquidación 210, 211 y 213 del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, que deben utilizarse para declarar las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente, la retención practicada en la adquisición de bienes inmuebles a no residentes sin establecimiento permanente y el gravamen especial sobre bienes inmuebles de entidades no residentes, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación y otras normas referentes a la tributación de no residentes. BOE. Sección I. Páginas 106-200. Número 311 (disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-19707>; última consulta 18/12/2023).

Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre, por el que se adaptan las normas de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, a la normativa

comunitaria e internacional en materia de asistencia mutua, se establecen obligaciones de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero, y se modifica el reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, aprobado por Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre. BOE. Sección I. Página 81686 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-14452>; última consulta 13/12/2023).

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. BOE número 288, de 28 de noviembre de 2014 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-12328>; última consulta 02/03/2024).

Ley 10/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información. BOE. Sección I. Páginas 122-954 (disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-17265; última consulta 13/12/2023).

1.2. Internacional

Instrumento de Ratificación, de 10 de abril de 1978 del Convenio entre España y Canadá para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, firmado en Ottawa el 23 de noviembre de 1976. BOE. Número 32. BOE-A-1981-2731 (disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-2731>; última consulta 18/12/2023).

Instrumento de Ratificación del Convenio entre Canadá y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. Gobierno de Canadá. Tratados. E103320, CTS 2000 Número 22 (disponible en: <https://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=103320&Lang=eng>; última consulta 02/03/2024).

Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros. Diario Oficial de la Unión Europea. L157/49 (disponible en <https://www.boe.es/doue/2003/157/L00049-00054.pdf>; última consulta 15/11/2023).

Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010, C 83/15. Diario Oficial de la Unión Europea (disponible en <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>; última consulta 19/03/2024).

Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE. Diario Oficial de la Unión Europea. L64/1 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-80479>; última consulta 13/12/2023).

Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (refundición). Diario Oficial de la Unión Europea. L345/8 (disponible en <https://www.boe.es/doue/2011/345/L00008-00016.pdf>; última consulta 15/11/2023).

Recomendación de la CE, de 6 de diciembre de 2012, sobre la planificación fiscal agresiva (2012/772/UE), L 338/41. Diario Oficial de la Unión Europea (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016H0136&from=EN>; última consulta 15/11/2023).

Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (DO L 173 de 12 de junio de 2014, página 349 (disponible en <https://www.boe.es/doue/2014/173/L00349-00496.pdf>; última consulta 15/11/2023).

Recomendación de la CE 2016/136, de 28 de enero de 2016, sobre la aplicación de medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales [notificada con el número C (2016) 271]. Diario Oficial de la Unión Europea. L25/67 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016H0136&from=EN>; última consulta 09/11/2023).

Directiva 2016/881/UE del Consejo, de 25 de mayo de 2016, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad. Diario Oficial de la Unión Europea. L146/8 (disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2016-81017>; última consulta 13/12/2023).

Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. Diario Oficial de la Unión Europea. L193/1 (disponible en <https://www.boe.es/doue/2016/193/L00001-00014.pdf>; última consulta 09/11/2023).

Directiva 2018/822/UE del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información. Diario Oficial de la Unión Europea. L139/1 (disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2018-80963>; última consulta 13/12/2023).

Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. *La fiscalidad de las empresas para el siglo XXI*. Bruselas, 18 de mayo de 2021. COM (2021) 251 final (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0251>; última consulta 15/11/2023).

Directiva 2011/16/UE de la Comisión Europea, de 22 de diciembre de 2011. 565 final 2021/0434 (CNS) (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC056>; última consulta 13/10/2023).

2. JURISPRUDENCIA

2.1. Nacional

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, número 1000/2017, de 21 de mayo de 2021, (recurso número 1000/2017, asunto GLOBAL NORAY, S.L.)

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de junio de 2015 (recurso número 264/2012), asunto ENBRIDGE CAPITAL APS). Normacef (disponible en: https://www.normacef.es/BuscaResult/documento.aspx?id=NFJ059321&pal_buscadas=; última consulta 02/03/2024).

Sentencia del Tribunal Constitucional, número 76/1990, de 26 de abril de 1990. BOE número 129, de 30 de mayo de 1990 (disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1501>; última consulta 15/11/2023).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, número 771/2023 de 8 de junio de 2023 (recurso número 6528/2021, asunto GLOBAL NORAY, S.L.). La Ley Digital (disponible en <https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbH1CjUwMDC3MLG0MLNqK0stKs7Mz7M1MjAyNjAzAAtkplW65CeHVBA k2qY15hSnAgAuZtZuNQAAAA==WKE>; última consulta 22/12/2023).

2.2. Internacional

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Gran Sala, de 21 de febrero de 2006, C-255/2002. CISSFiscal (asunto Halifax) (disponible en <https://cissfiscal.laleynext.es/Content/DocumentoSmarteca.aspx?params=H4sIAAAA AAEAMtMSbH1CjUwMDAyMjIxNjZTK0stKs7Mz7MNy0xPzStJVSstTi2y9fOzMDY>

[2MQ4J8IMrSCwuLreNDDH3MgoBANKUoDc9AAAAWKE](https://cissfiscal.laleynext.es/Content/DocumentoSmarteca.aspx?params=H4sIAAAAAA...); última consulta 09/11/2023).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Gran Sala, de 12 de septiembre de 2006, C-196/2004. CISSFiscal (asunto Cadbury Schweppes) (disponible en

[https://cissfiscal.laleynext.es/Content/DocumentoSmarteca.aspx?params=H4sIAAAAAA...AAEAMtMSbH1CjUwMDAyNjMzNLZUK0stKs7Mz7MNY0xPzStJVSstTi2y9fOzM...DY2MQ4J8IMrSCwuLreNDDH3MgoBADufyNI9AAAAWKE](https://cissfiscal.laleynext.es/Content/DocumentoSmarteca.aspx?params=H4sIAAAAAA...); última consulta 09/11/2023).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 7 de septiembre de 2017, C-6/16. InfoCuria (asunto Eqiom SAS) (disponible en [https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194101&doclang=E...S](https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194101&doclang=E...); última consulta 19/12/2023).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 20 de diciembre de 2017, C-504/16 y C-613/16. InfoCuria (asunto Bundeszentralamt für Steuern) (disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-504/16&language=es>; última consulta 19/12/2023).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Gran Sala, de 26 de febrero de 2019, C-116/2016 y C-117/16. CISSFiscal (asunto Skatteministeriet) (disponible en [### 3. DOCTRINA ADMINISTRATIVA](https://cissfiscal.laleynext.es/Content/DocumentoSmarteca.aspx?params=H4sIAAAAAA...AAEAMtMSbH1CjUwMDAzNjS1MDdSK0stKs7Mz7MNY0xPzStJVSstTi2y9fOzMD...Y2MQ4J8IMrSCwuLreNDDH3MgoBAGiESHM9AAAAWKE; última consulta 09/11/2023).</p></div><div data-bbox=)

Ministerio de Hacienda y Función Pública. Resolución de 6 de febrero de 2023, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de

2023. BOE número 49, de 27 de febrero de 2023. Página 28969 (disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-5080; última consulta 19/01/2024).

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, Sala Primera, de 8 de octubre de 2019, recurso número 185/2017. CISSFiscal (disponible en <https://cissfiscal.laleynext.es/Content/DocumentoSmarteca.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzsTQxNTRRK0stKs7Mz7MNY0xPzStJVSstTi2y9fOzMDY2MQ4J8IMrSCwuLreNDDH3MgoBAHb8vpc9AAAAWKE>; última consulta 09/11/2023).

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, Sala Primera, de 8 de octubre de 2019, recurso número 2188/2017. CISSFiscal (disponible en <https://cissfiscal.laleynext.es/Content/DocumentoSmarteca.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzMzE1MjFSK0stKs7Mz7MNY0xPzStJVSstTi2y9fOzMDY2MQ4J8IMrSCwuLreNDDH3MgoBAHVIHyg9AAAAWKE>; última consulta 09/11/2023).

4. INFORMES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

CESE. *Opinion of the European Economic and Social Committee. Consejo de la UE.* Bruselas, 6 de abril de 2022. Número 8007/22. FISC 93. ECOFIN 316 (disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8007-2022-INIT/en/pdf>; última consulta 16/12/2023).

Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios. Parlamento Europeo. Enmiendas. *Proyecto de informe sobre la Propuesta de Directiva por la que se establecen normas para evitar el uso indebido de sociedades fantasma a efectos fiscales y se modifica la Directiva 2011/16/UE.* 2021/0434 (CNS) (disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0293_ES.html; última consulta el 28/12/2023).

Consejo Europeo y Consejo de la Unión Europea. *Paquete de lucha contra la elusión fiscal. Políticas*, 2015 (disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/anti-tax-avoidance-package/>; última consulta 09/11/2023).

OCDE. *Action plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OCDE Publishing, 2013 (disponible en <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>; última consulta 09/11/2023).

OCDE. *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. OCDE Publishing, 2014, página 30 (disponible en: <https://www.oecd.org/tax/plan-de-accion-contra-la-erosion-de-la-base-imponible-y-el-traslado-de-beneficios-9789264207813-es.htm>; última consulta 19/01/2024).

OCDE. *Proyecto OCDE/G20 de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios. Cómo abordar los desafíos de la Economía Digital. Acción 1: Objetivo del 2014*. OCDE Publishing, 2014 (disponible en <https://www.oecd.org/ctp/Action-1-Digital-Economy-ESP-Preliminary-version.pdf>; última consulta 09/11/2023).

OCDE. *Nota explicativa OCDE 2014, Proyecto OCDE/G20 de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios*. OCDE Publishing, 2014 (disponible en <https://www.oecd.org/ctp/beps-2014-deliverables-explanatory-statement-es.pdf>; última consulta 09/11/2023).

OCDE. *Marco Inclusivo sobre BEPS de la OCDE y el G20*. Quinta reunión del Marco Inclusivo en Lima, Perú, el 27 - 28 de junio de 2018 (disponible en <https://www.oecd.org/tax/beps/folleto-marco-inclusivo-sobre-beps.pdf>; última consulta 09/11/2023).

OCDE. *Marco Inclusivo de BEPS. Una respuesta global a un problema global*. Publicaciones OCDE, 2018 (disponible en <https://www.oecd.org/tax/folleto-marco-inclusivo-de-beps.pdf>; última consulta 09/11/2023).

OCDE. *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*. OCDE Publishing, París, 2019 (disponible en <https://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>; última consulta 09/11/2023).

OCDE y G20. *Acción 12 – Informe final 2015. Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva*. Publicaciones OCDE, 2015 (disponible en <https://www.oecd.org/tax/beps/exigir-a-los-contribuyentes-que-revelen-sus-mecanismos-de-planificacion-fiscal-agresiva-accion-12-informe-final-2015-9789264267367-es.htm>; última consulta 13/12/2023).

Parlamento Europeo. *Políticas de la UE – En beneficio de los ciudadanos. Lucha contra el fraude fiscal*. EPRS. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2015 (disponible en: https://what-europe-does-for-me.eu/data/pdf/focus/focus03_es.pdf; última consulta 16/12/2023).

5. OBRAS DOCTRINALES

Amorós, N., *La elusión y la evasión Tributaria*. *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*. Volumen 15, número 59, 2014.

Borrego Santiago, M. & Rodríguez Fresno A.I., *Intercambio de información: especial consideración de los Tax Rulings*. Instituto de Estudios Financieros, 2021 (disponible en: https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/cf/27_03.pdf; última consulta 13/12/2023).

Calvo Vérguez, J., *Cláusula antiabuso versus fraude de ley: ¿dos conceptos semejantes en la Ley General Tributaria?* *Crónica Tributaria*, número 123/2007, 2007, páginas 11-39 (disponible en https://www.economistas.es/Contenido/REAF/gestor/123_Calvo.pdf; última consulta 08/12/2023).

Cruz Barreiro Carril, M., *La cláusula general antiabuso en España. ¿Es necesaria una transposición expresa de la GAAR establecida en la ATAD al ordenamiento tributario*

español? *Studi Tributari Europei*. ISSN 2036-3583, 2020 (disponible en: <https://ste.unibo.it/article/view/10831/11217>; última consulta 19/01/2024).

Díez Picazo, L., *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I., 7ª edición Tecnos, 1995, página 82.

Jessica M., *Regímenes de revelación obligatoria de estructuras de planeación fiscal doméstica e internacional, antecedentes e impacto en Europa y América Latina*. *Revista Derecho & Sociedad*. Número 56, 2021 páginas 1-42 (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8024630.pdf>; última consulta 19/01/2024).

López Tello, J., *Los informes finales del Proyecto Beps y la Propuesta de Directiva contra la elusión fiscal*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2016, páginas 36-59 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5092/documento/art02.pdf?id=6753&forceDownload=true>; última consulta 13/12/2023).

Pistone P., Pinto Nogueira J. F., Turina A. y Lazarov, I., *Abuse, Shell Entities and Right of Establishment: A Plea for Refocusing Current Proposals and Achieving Deeper Coordination within the Internal Market*. *World Tax Journal*. IBFD, 2022 (disponible en: https://www.ibfd.org/sites/default/files/2023-04/free_article_april_2023_abuse_shell_entities_and_right_of_establishment_ibfd.pdf; última consulta el 22/01/2024).

Serrano Antón, F., *La influencia del plan de acción BEPS en la tributación española: impacto en la normativa, incremento de la litigiosidad y el papel de los tribunales*. Publicaciones CEF, 2015 (disponible en: <https://www.aedf-ifa.org/FicherosVisiblesWeb/Doctrinas/ArchivoDoctrina84.pdf>; última consulta 19/01/2024).

TODO Convenios Fiscales Internacionales. *Parte 9 Medidas antiabuso en la normativa bilateral. Capítulo 5. La incidencia del Derecho y jurisprudencia comunitaria*. Edición Julio 2023. ISSN Electrónico: 2386-2939, 2023 (disponible en <https://www.smarteca.es/my->

reader/SMTD8218_20230724_0?fileName=content%2FDT0000326900_20210518.HTML&location=pi-8212&searchHighlight=shell%20companies&publicationDetailsItem=SystematicIndex; última consulta 15/11/2023).

Yáñez Villanueva, F., *Ponencia La Elusión Fiscal y los medios para combatirla en la XXIV. Jornadas Latinoamericana de Derecho Tributario*. Edición Asociación Venezolana de Derecho Tributario e Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario. Memorias Isla Margarita Venezuela, 2008, página 286.

6. RECURSOS DE INTERNET

Colomer, L., “Avances en el proyecto BEPS de la OCDE”. Garrigues, 24 de abril de 2015 (disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/avances-en-el-proyecto-beps-de-la-ocde; última consulta 09/11/2023).

Doran, J. y Sheridan, S., “Actualización sobre las iniciativas de impuestos directos de la UE”. KPMG, 11 de octubre de 2023 (disponible en: <https://kpmg.com/ie/en/home/insights/2023/10/budget-2024-tax/budget-2024-taxing-times/eu-direct-tax-initiatives.html>; última consulta 07/12/2023).