



FACULTAD DE DERECHO

LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA Y LA CLÁUSULA GENERAL ANTIABUSO.

Autor: Marta Medina-Bocos Pijoan

5º E-3 B

Derecho Tributario

Tutor: Blanca Ruiz González-Mateo

Madrid

Abril, 2017

RESUMEN

En el presente trabajo se trata de definir el concepto de planificación fiscal y realizar una delimitación entre la que se considera lícita y la que se considera agresiva. Asimismo, busca analizar aquellas estrategias que se han usado de manera recurrente por parte de los contribuyentes y que pueden ser susceptibles de calificarse como agresivas en determinadas circunstancias.

Frente a ello, los países y distintos organismos internacionales como la OCDE han tratado de adoptar medidas para luchar contra esas prácticas abusivas y asegurar que los ingresos sean gravados donde se lleven a cabo las actividades económicas y se genere valor. Este trabajo expone brevemente las medidas adoptadas tanto a nivel interno español como a nivel comunitario e internacional. Más concretamente, se centra en la cláusula general antiabuso propuesta en cada uno de los niveles, exponiendo sus notas básicas, los problemas que suscita su redacción y la jurisprudencia relacionada y de la que trae causa.

PALABRAS CLAVE

Fiscalidad internacional, planificación fiscal agresiva, cláusula general antiabuso.

SUMMARY

The purpose of this paper is to define the concept of tax planning and to make a delimitation of what is considered as aggressive tax planning. It also seeks to analyze those schemes that have been used by taxpayers and which may be classified as aggressive when certain circumstances are met.

As a result, countries and international organizations such as the OECD are striving to take measures to stop abuses and ensure that profits are taxed where economic activities take place and value is created. This paper briefly outlines the measures taken both at the Spanish internal level and at the European and international level. More specifically, it focuses on the general anti-abuse rule proposed at each level, stating its basic notes, the problems relating to the wording of the rule, and the related jurisprudence.

KEY WORDS

International taxation, aggressive tax planning, general anti-abuse rule.

CONTENIDO

Abreviaturas.....	iii
1. Introducción	1
1.1. Justificación	1
1.2. Objetivos.....	1
2. Planificación fiscal	2
2.1. Planificación fiscal legítima vs. agresiva.....	2
2.2. Estrategias de planificación fiscal.....	7
2.2.1. Treaty shopping	7
2.2.2. Subcapitalización.....	9
2.2.3. Sociedades holding.....	11
2.2.4. Traslado de residencia	12
2.2.5. Operaciones intragrupo.....	15
2.2.6. Estructuras de pérdidas	17
2.2.7. Instrumentos y estructuras híbridas	19
2.3. Regulación y medidas anti-abuso	21
2.3.1. Nivel internacional	21
2.3.2. Nivel europeo	30
2.3.3. Nivel nacional.....	39
3. Conclusiones	43
4. Bibliografía.....	45
4.1. Legislación.....	45
4.2. Jurisprudencia	46
4.3. Obras doctrinales	48

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CDI	Convenio para evitar la doble imposición
CE	Constitución Española
EP	Establecimiento Permanente
IRPF	Impuesto sobre la renta de las personas físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
LOB	Cláusula de limitación de beneficios.
MCOUDE	Modelo de Convenio de la OCDE
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
PPT	<i>Principal Purpose Test</i>
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actual TJUE)
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación

La elección de este tema responde a la creciente preocupación que causa la erosión de las bases imponibles, resultado de estrategias de planificación fiscal agresivas llevadas a cabo por los contribuyentes.

Asimismo, la globalización y el cambio de paradigma empresarial han hecho que dicha planificación tenga una extensión internacional lo que incrementa la dificultad para que los Estados puedan luchar contra ella y, por tanto, reducir dicha erosión y el traslado de beneficios de una jurisdicción fiscal a otra.

Es un tema de actualidad que ha provocado la atención de numerosos organismos internacionales como la OCDE y un esfuerzo coordinado de diferentes países para establecer medidas antiabusivas, bien en las leyes internas que regulan los distintos impuestos o bien en los tratados en materia tributaria. Se busca que estas medidas permitan un alineamiento entre el lugar de creación de valor con el lugar de tributación y eviten la exención o baja imposición que provocan dichas conductas.

Entre estas medidas destaca la conveniencia de incluir una cláusula general antiabuso que permita abarcar conductas abusivas no previstas en cláusulas específicas. No obstante, la redacción de dicha cláusula no es tarea fácil en tanto en cuanto es necesario encontrar un equilibrio entre la seguridad jurídica y la justicia tributaria. Por tanto, es interesante ver la redacción que recomiendan distintos organismos y los problemas surgen de la misma.

1.2. Objetivos

Los objetivos del presente trabajo son el desarrollo del concepto de planificación fiscal, diferenciando entre aquella que se considera lícita y la que las autoridades denominan “agresiva” y el desarrollo de las normas antiabuso adoptadas tanto a nivel nacional como a nivel internacional y comunitario. Particularmente, será foco de atención la cláusula general antiabuso que se propone en los distintos niveles, la jurisprudencia de la que trae causa, sus elementos característicos y las críticas que pudieran suscitar sus distintas redacciones.

2. PLANIFICACIÓN FISCAL

2.1. Planificación fiscal legítima vs. agresiva

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una definición legal para el concepto de planificación fiscal, es más, no hay ninguna norma que recoja esta expresión de manera explícita. No obstante, esta expresión sí que es recogida por la jurisprudencia en numerosas sentencias¹. Su origen se puede situar en la expresión anglosajona de *tax planning* y consiste en la utilización de diferentes estrategias (mercantiles, contables, financieras, tributarias...) con el fin de minimizar o diferir la carga tributaria. Se trata de una actividad premeditada, sistemática y previa con el objetivo de optimizar la carga tributaria de las operaciones realizadas.

Actualmente, es esencial hablar de planificación fiscal a nivel internacional. Esto se debe a la existencia de un entorno cada vez más globalizado e interconectado. Con la globalización ha habido un cambio de paradigma en el entorno empresarial (incremento de actividades transfronterizas, creación de estructuras matriciales, traslado de la producción a lugares de bajo coste, el desarrollo de Internet con la consecuente separación del lugar donde se presta el servicio al lugar donde se localizan los clientes...) que ha multiplicado los flujos de rentas internacionales y la competitividad entre los distintos operadores del mercado. Esto ha dado lugar a la necesidad de llevar a cabo una planificación fiscal internacional, a la optimización fiscal con el objetivo de ser eficiente.

Entrando más en detalle, se puede acudir a la definición de planificación fiscal a nivel internacional dada por PRIETO JANO que establece que “puede entenderse como la reflexión y cálculo de antemano de la forma de optimizar la utilización de la normativa reguladora de los impuestos con que se gravan las operaciones que se llevan a cabo en el exterior de un país, con el afán de que la carga fiscal sea la menor posible; pero eso sí, dentro de la legalidad”².

Este autor hace hincapié en que dicha planificación está dentro de la legalidad. Se puede asimilar el concepto de legalidad al hecho de realizar dichas operaciones dentro de

¹ Véase Sentencia del TS de 9 de febrero de 2015, rec. 3971/2013 y Sentencia del TSJ Galicia de 22 de diciembre de 2014, rec. 15663/2013.

² PRIETO JANO, M^a J. "La planificación fiscal internacional y en el ámbito de la Unión Europea. La elusión fiscal"., *Revista de Estudios Europeos*, 2015, 11, pp. 121-134

la letra y el espíritu de la norma tributaria. La OCDE establece que “cumplir con el espíritu de la ley significa entender y respetar la intención del legislador”³.

Dicho de otra forma, cuando se habla de planificación fiscal internacional se está ante la intervención de dos o más jurisdicciones fiscales en la que se trata de elegir la opción fiscal más ventajosa de forma que la carga tributaria sea la mínima dentro de las alternativas legales posibles. Refleja el derecho de los contribuyentes a realizar sus negocios de la forma que les resulte económicamente más favorable, incluyendo desde el punto de vista tributario, sin hacer un uso abusivo o fraudulento de las normas.

No obstante, no siempre es fácil diferenciar una planificación fiscal lícita y ajustada a Derecho de un abuso de derecho. Así lo establece el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de septiembre de 2012:

“Como ha puesto de relieve la doctrina actual más autorizada, en muchas ocasiones, las posibilidades de actuación (planificación fiscal) tienen origen en ciertas lagunas legales, que son aprovechadas de forma sibilina por el contribuyente "eludiendo" o "reduciendo" considerablemente la carga tributaria. Estas operaciones ciertamente complejas de "ingeniería fiscal" que aprovechan el "resquicio" que deja la Ley presentan contornos ciertamente confusos por la dificultad de distinguir en la práctica entre negocios jurídicos "válidos", a través de las que se conocen comúnmente como "economías de opción", de otro tipo de negocios jurídicos que podríamos llamar "anómalos", o con abuso de derecho (tax avoidance empleando la terminología anglosajona)”⁴.

De este fragmento se puede destacar también la identificación de la planificación fiscal lícita con la economía de opción. Esta última puede ser expresa, cuando el legislador de forma explícita ofrece dos fórmulas jurídicas igualmente válidas; o tácita, cuando por vías diferentes por tener distinto tratamiento tributario, pero adecuadas técnicamente, se logra el mismo resultado económico. En este último supuesto se habla de incoherencia legal atribuible al legislador y que permite al contribuyente elegir la

³ OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OCDE Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>

⁴ Sentencia del TS de 20 de septiembre de 2012, rec. 6231/2009, fundamento jurídico sexto.

opción que implique una menor carga tributaria⁵. En su evolución, a la economía de opción se ha añadido un requisito adicional: la necesidad de que exista un motivo económico válido. En numerosas sentencias se repite el argumento dado por el Tribunal en la Sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2008 que insiste que "una práctica abusiva puede ser definida como las transacciones llevadas a cabo por razones puramente fiscales, cuando no trascienda de la citada operación ningún motivo económico válido, exceptuando el mero aprovechamiento fiscal"⁶. La planificación fiscal, en principio, es una herramienta de gestión empresarial y, por tanto, un instrumento legítimo para la administración de la actividad.

Como se ha dicho previamente, la globalización y el incremento de flujo de rentas y de competitividad entre los países ha dado lugar a la necesidad de hablar de planificación fiscal a nivel internacional. Asimismo, ha provocado el surgimiento de diferentes situaciones expuestas a continuación.

Por un lado, la posibilidad de que se produzcan supuestos de doble imposición, es decir, "la existencia de un supuesto gravable que determina el nacimiento de diversas obligaciones tributarias por el mismo, o análogo concepto, y por el mismo periodo"⁷ bien siendo la misma persona la que resulta gravada dos veces (doble imposición jurídica) bien siendo la misma renta la que resulta gravada más de una vez en el mismo periodo aunque en manos de diferentes personas (doble imposición económica). Para evitarlo y que no afecte al comercio se han suscrito convenios de doble imposición, que distribuyen la potestad tributaria entre los estados. Hablar de planificación fiscal a nivel internacional está íntimamente relacionado con la existencia de estos CDIs que suelen eliminar o reducir la tributación que soporta el no residente en el Estado donde se originan los rendimientos (Estado de la fuente). Muchos CDIs siguen el MCOCDE, como el caso de España que todos los convenios que ha suscrito se configuran y tienen su fundamento en los diferentes MCOCDE de 1963, 1977, 1992 y en las modificaciones posteriores.

⁵ VALLEJO CHAMORRO, J.M. Y GUTIERREZ LOUSA, M., "Planificación fiscal internacional", Corral Guadaño, I. (coord.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, 1179-1202.

⁶ Véase Sentencia del TS Sala 3º de 24 de febrero de 2016; Sentencias de la AN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 de octubre de 2013, de 22 de enero de 2014, de 23 de octubre de 2014, de 21 de enero de 2015 y de 25 de febrero de 2015.

⁷ RUBIO GUERRERO, J.J., "Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional", Corral Guadaño, I. (coord.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, 47-74

Importante también son los comentarios que se hacen al MCOUDE que son utilizados como guía para la interpretación. No obstante, no todos los CDI celebrados por un Estado son iguales.

Por otro lado, por la interacción entre los distintos países y la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, se produce también una influencia recíproca de los distintos sistemas fiscales, y las medidas que adoptan unos estados se ven condicionadas por las adoptadas en el resto de países. Esta competencia fiscal puede ser sana cuando los países cooperan entre sí removiendo los obstáculos para el desarrollo de las actividades económicas y llevando a cabo un proceso de eliminación de ineficiencias y aumento de la neutralidad de los sistemas fiscales. Pero también puede ser perjudicial, cuando los países utilizan su sistema fiscal como ventaja competitiva para atraer capitales ofreciendo reducidas tasas de gravamen y opacidad informativa.⁸ Dicha diferencia es importante en tanto en cuanto a mayor competencia perjudicial, mayor posibilidad de que los contribuyentes aprovechen dichas diferencias y lleven a cabo lo que se conoce como “planificaciones fiscales agresivas”.

Ciertamente, ha sido objeto de creciente preocupación por la comunidad internacional y en concreto por la OCDE, la realización de planificaciones fiscales “agresivas”. Se trata de una planificación fiscal formalmente legal pero que produce efectos indeseados, de una reducción de la tributación global de determinadas empresas mediante la utilización de discordancias entre sistemas tributarios y de estructuras jurídicas que cumplen aparentemente con la ley. La Comisión Europea establece que “la planificación fiscal agresiva consiste en aprovechar los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria”⁹ y distingue entre las deducciones dobles y la doble no imposición. Asimismo, establece que se consideran artificiales “cuando no tienen carácter comercial”.

Del mismo modo, el término ha sido objeto de discusión por parte de la doctrina. Así, SANZ CLAVIJO establece que los documentos internacionales que definen el concepto lo hacen con términos “no perfectamente determinados”. Además, defiende que

⁸ VALLEJO CHAMORRO. J.M. Y GUTIERREZ LOUSA, M., 2016, cit. pág. 4.

⁹ Recomendación de la Comisión, de 6 de diciembre de 2012, sobre la planificación fiscal agresiva. Diario Oficial de la Unión Europea 338/2012, de 12 de diciembre de 2012

es difícil determinar la extensión del concepto y si se trata solo de operaciones abusivas o bien si abarca también aquellas no fraudulentas pero que aprovechan las inconsistencias de uno o varios ordenamientos provocando unos efectos ni queridos ni esperados por el ordenamiento jurídico. Finalmente, concluye que deben incluirse ambas y determina la conveniencia de revelar todas esas operaciones para que se pudiera llevar a cabo una primera reacción en la que se determinaría si son aceptables o no y se tomen las medidas contra estas últimas.¹⁰ Así, NOCETE CORREA defiende que la OCDE en sus trabajos no da suficiente información como para realizar una diferenciación clara y precisa entre las operaciones de planificación fiscal que resultan admisibles de aquellas que son consideradas “agresivas”. Este autor, además, establece que la OCDE lejos de establecer una definición explícita, se limita a concretar dos supuestos (“posición fiscal formalmente sostenible pero que tiene consecuencias ni previstas ni queridas por la ley respecto a los ingresos fiscales” y “posición fiscal favorable para el contribuyente sin declarar abiertamente que existe incertidumbre sobre si aspectos importantes de la declaración fiscal son conformes con la Ley”¹¹) que suscitan gran preocupación a la administración tributaria y que con carácter ejemplificativo pueden calificarse como agresivas¹².

La planificación fiscal agresiva tiene como resultado una disminución importante de los ingresos fiscales y pone en riesgo el principio de justicia del sistema tributario¹³. Dicha erosión de las bases impositivas hace necesario que los Estados incrementen los impuestos lo que provoca desigualdades entre aquellos contribuyentes que, por su tamaño, pueden llevar a cabo estrategias fiscales que reduzcan su carga tributaria, de aquellos que no cuentan con los medios necesarios.

Además del principio de justicia tributaria, es importante tener en cuenta su equilibrio con el principio de libertad de empresa reconocido en la Constitución

¹⁰ SANZ CLAVIJO, A. “La obligación de revelar mecanismos de planificación fiscal agresiva: su posible configuración atendiendo al plan BEPS y a la experiencia de otros estados.” *Quincena Fiscal*, 2015, 20, 117-139

¹¹ OCDE: *La relación cooperativa: Un marco de referencia: De la relación cooperativa al cumplimiento cooperativo*, Ediciones OCDE, París, 2013, pág. 55. citado por Nocete Correa, F. J. (2016).

¹² NOCETE CORREA, F. J. “¿Es posible una planificación fiscal lícita y socialmente responsable en la UE? Acerca del concepto europeo de planificación fiscal agresiva.” *Quincena fiscal*, 2016, 5, pp. 113-149.

¹³ MARTÍN LÓPEZ, J. “Planificación fiscal agresiva y normas antiabuso en el derecho de la Unión Europea: análisis de las últimas tendencias” *Quincena fiscal*. 2015, Vol. 8, pp. 41-91

Española¹⁴ y las libertades comunitarias (libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales)¹⁵.

2.2. Estrategias de planificación fiscal

2.2.1. Treaty shopping

Es una conducta que implica la utilización abusiva de un CDI. El objetivo es reducir la tributación en la fuente buscando la aplicación del convenio que autoriza al Estado de la fuente el menor gravamen posible y que en principio no sería aplicable. No obstante, se realizan una serie de operaciones para acceder a su ámbito de aplicación.¹⁶ Por tanto, consiste en la búsqueda del convenio más beneficioso.

Como establece el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su sentencia de 16 de abril de 2001:

“la utilización incorrecta o abusiva de un convenio entre dos Estados se realiza generalmente por residentes de un tercer Estado que crean una entidad jurídica en uno de los dos países firmantes del tratado con la finalidad de acceder a las reducciones de impuestos derivados del convenio, a las que no habrían tenido derecho de actuar directamente. Estos son los fraudes y abusos a que se refieren los comentarios al Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE (...). El punto 9 de los comentarios al Convenio pone ejemplos de los abusos a los que alude: "Tal sería el caso, por ejemplo, de una persona (residente o no en un Estado contratante) que actuase a través de una entidad jurídica creada en un Estado, principalmente, para conseguir las reducciones de impuestos previstas en los convenios concluidos por este Estado y a las cuales esta persona directamente no habría tenido derecho". Esto es el treaty shopping. Las "construcciones jurídicas para aprovechar las ventajas fiscales" a que se

¹⁴ Art. 38 CE: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

¹⁵ Título IV TFUE

¹⁶ VEGA BORREGO, F.A. “Artículo 1. Ámbito de aplicación personal”. Ruiz García. J.R. y Calderón Carrero. J.M. (coord.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*. Fundación Barrié. Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 2004, 90-132

*refieren los comentarios al Modelo son las conduit companies y las stepping stone conduits”.*¹⁷

Partiendo del supuesto en el que una empresa es residente en un Estado R y percibe rentas en un estado de la fuente F donde se gravan fuertemente las rentas obtenidas por no residentes salvo que medie un CDI. Si entre R y F no hay ningún convenio se puede desarrollar una estrategia de *treaty shopping* usando una *conduit company*. Las *conduit companies* son sociedades conductoras o intermediarias que se crean y serán residentes en el Estado Y con el que el Estado de la fuente ha celebrado el convenio que se quiere utilizar¹⁸. Los rendimientos obtenidos por la sociedad instrumental gozan de un régimen privilegiado en el estado Y donde no se sujetan a tributación bien porque no es sujeto de tributación o bien porque las rentas están exentas. Asimismo, estos rendimientos no suelen permanecer en esta sociedad intermedia, sino que se distribuirán hacia el Estado R (mediante la aplicación de normas internas del estado Y o de un CDI) o bien se acumularán en un territorio de baja tributación (sociedad base)¹⁹. Por tanto, se debe buscar la concurrencia de dos circunstancias: la primera es que los rendimientos tributen mínimamente o no lo hagan, y la segunda es que no estén sujetos a imposición cuando se transfieran a un tercer Estado (en el ejemplo, que se distribuyan hacia el Estado R).

Cuando las rentas obtenidas por la sociedad instrumental no están exentas en Y, se realiza una estrategia que recibe el nombre de *stepping stone conduit* por la que se evita que las rentas se sujeten efectivamente a tributación compensando los ingresos de dicha sociedad con los gastos facturados por entidades residentes en terceros Estados de forma que la base gravable de la sociedad instrumental se erosiona y el rendimiento generado en F fluye vía gasto al tercer estado.²⁰

¹⁷ Sentencia del TSJ de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 abril 2001, rec. 1479/1998. Fundamento de derecho octavo.

¹⁸ VEGA BORREGO, F.A. *Las medidas contra el Treaty shopping. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición*. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003

¹⁹ PACHÓN LUNA, A. “El *Treaty Shopping* como fenómeno de elusión fiscal internacional en los convenios de doble imposición suscritos por Colombia”, *Derecho Fiscal*, 2009, 101-130

²⁰ VEGA BORREGO, F.A., “Las medidas antiabuso en los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional”, Corral Guadaño, I. (coord.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, 1443-1475.

El *treaty shopping* puede utilizarse simultáneamente al *rule shopping*. Este último consiste en conseguir que la renta obtenida en el Estado de la fuente se califique según la categoría de renta del CDI que soporta un menor gravamen por lo que el objetivo es reducir la tributación en el estado de la fuente. Es decir, buscar el convenio más conveniente firmado por el estado de la fuente y a la vez que la renta recibida perciba la calificación más favorable. Un ejemplo de este tipo de conducta sería aprovecharse del diferente tratamiento que sufren los dividendos (generalmente se grava tanto por el Estado de residencia como por el Estado de la fuente, con ciertos límites en este último) y las ganancias de capital (tributan en el Estado de residencia del transmitente) y enajenar las participaciones patrimoniales por un importe que incluye el valor de los dividendos y da derecho a su cobro. Así se consigue que se tribute exclusivamente en el Estado de residencia del beneficiario de la renta.

2.2.2. Subcapitalización

En los casos de grupos internacionales, no es inusual que la matriz transfiera fondos a una sociedad filial residente en otro Estado, en concepto de financiación. Dicha transmisión de fondos puede hacerse de dos formas: a través de una ampliación de capital o mediante un préstamo. En el primer caso, los retornos tendrían forma de dividendos y no serían deducibles para la filial mientras que, en el segundo, los retornos son intereses y, por tanto, gastos deducibles²¹. Asimismo, en este último supuesto, para la matriz que sería el prestamista, existe una ventaja incuestionable y es la reducción del importe de la retención en el país de la fuente si media CDI o, incluso, la exención si reside en la UE. Por tanto, se puede obtener una mayor ventaja mediante la financiación del grupo acudiendo a recursos ajenos y puede dar lugar a la traslación de bases imponibles a la soberanía fiscal donde resida el prestamista, es especial si reside en un territorio de baja tributación.

En determinados casos, se puede hablar de una maniobra elusiva si se está encubriendo una auténtica aportación de capital con una financiación con fondos ajenos que permite reducir o minimizar la carga fiscal del grupo. Esta capitalización encubierta puede presentarse bajo la forma de financiación híbrida (utilizando un instrumento financiero que se presenta como préstamo e incluye cláusulas por las que el inversor

²¹ PALOMERO ÁLVAREZ-CANO, R. (2012) “Las medidas antiabuso en la fiscalidad internacional”. *Cuadernos de Formación*, vol. 15, pp. 125-138

comparte el riesgo) o bajo la forma de capitalización débil o subcapitalización (la proporción de recursos propios y ajenos procedentes de sociedades pertenecientes al grupo no es la que se considera normal en situación de libre concurrencia)²².

Los Estados han introducido en sus ordenamientos normas de subcapitalización. Estas normas establecen una proporción de recursos ajenos y propios y cuando se supera, los retornos se calificarán como dividendos. De esta forma, no se podrán considerar gastos deducibles para la filial que es la pagadora. Suele incluir la posibilidad de deducirse todos los gastos por intereses si la sociedad demuestra que podría suscribir con terceros los préstamos en condiciones equivalentes.

Las normas de subcapitalización actúan como *safe harbour* ya que actúa como el límite hasta el cual el legislador acepta financiación con recursos ajenos del propio accionista, aunque sea indirectamente²³.

En España, la LIS establece determinadas normas para impedir o limitar la deducibilidad de los gastos financieros. Por un lado, en el artículo 15.1.h) LIS²⁴ en la que se condiciona la deducibilidad de los gastos financieros derivados de deudas con entidades de grupo a la existencia de motivos económicos válidos que justifiquen la existencia de dicha deuda. Por otro lado, el artículo 16 LIS establece una limitación en la deducibilidad de gastos financieros netos en el período en el que se devenguen ya que cuando aquellos superen el millón de euros, se limita la deducción al 30% del beneficio operativo del ejercicio.

En algunas ocasiones han chocado con los principios europeos como la libertad de establecimiento y así lo ha declarado el TJCE. Es ejemplificativo en este sentido, la

²² GUTIÉRREZ LOUSA, M., “Las medidas antiabuso en la normativa doméstica: la subcapitalización”, Corral Guadaño, I. (coord.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, 1405-1437.

²³ DELGADO PACHECO, A. “Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional”. *Nuevas tendencias en economía y fiscalidad internacional*. Núm. 825, 2005.

²⁴ “No tendrán la consideración de gastos financieros deducibles: (...) h) Los gastos financieros devengados en el período impositivo, derivados de deudas con entidades del grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el contribuyente acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones.”

sentencias del TJCE sobre el “Caso Lankhorst-Hohorst”²⁵, en el cual una matriz de grupo domiciliada en Holanda concedió a una filial alemana un préstamo cuya función era de aumento de capital con una cláusula por la que se compartía el riesgo de forma que la prestamista renunciaba al reembolso si los acreedores demandaban a la prestataria. La Administración Tributaria alemana, en base a su norma de subcapitalización, consideró los intereses pagados eran en realidad una distribución de dividendos encubierta. La sociedad alemana recurrió la liquidación y el órgano jurisdiccional elevó una cuestión al TJCE preguntando sobre la compatibilidad de dicha norma con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. El tribunal declara la norma de subcapitalización aplicada en Alemania contraria al Principio de libertad de establecimiento en el ámbito de la UE cuando se aplica a casos de endeudamiento entre sociedades residentes en Alemania y no residentes ya que establecía un trato diferente en función de si la matriz tenía su domicilio en Alemania o no.

Otras sentencia que valora la compatibilidad de las normas nacionales de subcapitalización con el Derecho Comunitario y sus libertades es el caso “*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*”²⁶ en relación a la legislación de Reino Unido.

Algunos Estados Miembros han tenido que eliminar determinadas medidas como la de subcapitalización alemana que podían tildarse de discriminatorias²⁷ al establecer un trato diferente en función de si la entidad era residente o no.

2.2.3. Sociedades holding

En primer lugar, es conveniente definir qué se entiende por sociedad *holding*. Es una sociedad cuya principal actividad es la tenencia y gestión de participaciones de otras entidades. Son supuestos en que hay una estabilidad en la propiedad de la participación ya que se busca el control y la capacidad de influencia en la gestión de la participada. Una *holding* puede ser meramente tenedora de participaciones o puede, además, realizar otras actividades. Suelen prestar servicios de gestión o de carácter financiero para el grupo y sus beneficios provienen de dividendos y ganancias de capital procedentes de los beneficios de las participadas o de la transmisión de las participaciones. Además, suelen percibir otro tipo de rentas como intereses, cánones y las derivadas de prestación de

²⁵ Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-324/00

²⁶ Sentencia del TJCE de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04.

²⁷ LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., “Servicios financieros y financiación de grupos de empresas en la planificación fiscal internacional” *Revista Quincena Fiscal*, 2010, núm. 18 pp. 45-63

servicios sin olvidar que pueden percibir todo tipo de rentas si son plenamente operativas. Muchas *holdings* tienen participaciones en entidades residentes en otros países y la generalidad de los países que forman parte de la OCDE han optado por un sistema de exención de dividendos y plusvalías de fuente extranjera. Este sistema se ha reforzado con la suscripción de convenios de doble imposición para evitar que esta medida de exención para atraer entidades *holding* se vea neutralizada por la tributación en el estado de la fuente (retención de los dividendos en el momento de su distribución)²⁸.

Las sociedades *holdings* dieron lugar a problemas en este ámbito ya que se produjeron abusos para aprovechar régimen especial del que eran objeto. Se constituían entidades cuyo principal objetivo era beneficiarse de las normas, principalmente de Derecho de la UE, que permitían la exención de determinadas rentas, pero también la deducción de los gastos o pérdidas asociadas a ellas. Se constituían, por tanto, entidades que no tenían en ese Estado de residencia una verdadera sustancia económica y, por ende, se podía considerar que su único propósito era la elusión fiscal y cuyo resultado era la erosión de la base imponible de algunos Estados.

Como resumen, se puede decir que las sociedades sin sustancia económica, como las mencionadas, suelen ser identificadas con conductas cuya finalidad exclusiva es evitar la aplicación de las normas tributarias de un determinado estado de forma artificial, eludiendo la aplicación del gravamen correspondiente²⁹.

2.2.4. Traslado de residencia

Prácticamente todos los países miembros de la OCDE sujetan a tributación a sus residentes por su renta mundial. Es decir, utilizan el criterio de residencia en lugar del de nacionalidad para someter a tributación por la renta mundial independientemente de donde se obtengan los ingresos.

El primer problema que se puede encontrar, es el diferente concepto que tiene cada país para considerar a una persona física o jurídica residente. En España, por ejemplo, el

²⁸ DELGADO PACHECO, A. Y VIÑUALES SANABRIA, L.M. “El régimen fiscal de las entidades de tenencia de valores en el extranjero”, Corral Guadaño, I. (coord.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, 1205-1248.

²⁹ NOCETE CORREA, F. J., 2016, cit. pág. 6

concepto de residencia para los sujetos pasivos del IS viene definido en el artículo 8 LIS³⁰. Esta asimetría puede originar que una persona sea considerada residente en dos países o en ninguno.

En el primer supuesto, una compañía puede sacar partido al hecho de ser residente en dos países distintos como puede ser la duplicación de los beneficios fiscales. Un ejemplo sería que las empresas con doble residencia, a través de préstamos o por otras medios, incurran en pérdidas y mediante los regímenes de consolidación, compensen los ingresos de esos países, reduciendo así su carga fiscal efectiva. Además, teniendo dos residencias se tiene acceso a numerosos tratados que pueden conllevar ventajas fiscales. No obstante, los CDI suelen tener una cláusula como la que se expone a continuación que establece criterios para dirimir el conflicto cuando se considera residente de acuerdo a la legislación de los dos Estados:

“1. A los efectos de este Convenio la expresión “residente de un Estado contratante” significa toda persona que en virtud de la legislación de este Estado esté sujeta a imposición en él por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga. Sin embargo, esta expresión no incluye a las personas que estén sujetas a imposición en este Estado exclusivamente por la renta que obtengan procedente de fuentes situadas en el citado Estado, o por el patrimonio que posean en el mismo.

2. Cuando en virtud de las disposiciones del apartado 1 una persona física sea residente de ambos Estados contratantes, su situación se resolverá de la siguiente manera:

a) Esta persona será considerada residente del Estado donde tenga una vivienda

permanente a su disposición; si tuviera una vivienda permanente a su disposición en ambos Estados, se considerará residente del Estado en el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas (centro de intereses vitales).

³⁰ “1. Se considerarán residentes en territorio español las entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos: a) Que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas. b) Que tengan su domicilio social en territorio español. c) Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español”.

b) Si no pudiera determinarse el Estado en el que dicha persona tiene el centro de sus intereses vitales, o si no tuviera una vivienda permanente a su disposición en ninguno de los Estados, se considerará residente del Estado contratante donde viva habitualmente.

c) Si viviera habitualmente en ambos Estados o no lo hiciera en ninguno de ellos, se considerará residente del Estado del que sea nacional.

d) Si fuera nacional de ambos Estados o no lo fuera de ninguno de ellos, las autoridades competentes de los dos Estados contratantes resolverán el caso de común acuerdo.”

El segundo supuesto también puede dar lugar a ventajas fiscales. Una sociedad puede no ser considerada residente en ninguno de los Estados de forma que ningún país le esté gravando por su renta mundial, como es el caso de Apple³¹, que se expondrá más detalladamente en el apartado 2.2.7.

Asimismo, las compañías pueden manipular la residencia, es decir, elegir ser residentes en aquellos territorios que tienen un régimen fiscal más favorable a pesar de que no posean una razón o vínculo económico con dicho territorio.

Se pueden destacar dos problemas principales a los que se enfrentan los países como resultado de la posibilidad de manipulación de la residencia. El primero es que compañías que llevan a cabo una actividad económica importante en su territorio sean gravados como no residentes. El segundo, se produce si sociedades trasladan su residencia, bien sea por motivos económicos o bien que subyazcan también motivos fiscales, ya que dejan de poder gravar a esa sociedad por su renta mundial. Ante esta última situación, se han llevado a cabo mecanismos por los que los Estados puedan gravar aquellos ingresos que se han generado en el país del que se van a trasladar de manera anticipada. En España, por ejemplo, se produce el devengo anticipado del IS cuando una sociedad traslada su residencia fuera de la UE gravándose las plusvalías latentes (salvo que los elementos patrimoniales queden afectado a un EP situado en el territorio español)³².

³¹ JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D.J. “Evaluando BEPS: ¿es necesario un cambio de paradigma en la fiscalidad internacional? *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, 2016, núm. 15, p. 81-90.

³² Art. 19 LIS: “1. *Se integrará en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado y el valor*

En el caso en que las compañías elijan su residencia en función del régimen fiscal del territorio en el que se quiere instalar, la primera opción para reducir la carga fiscal eligiendo el país de residencia es la de establecer la sociedad en lo que se conoce como paraíso fiscal³³. No obstante, esta opción ha sido ampliamente confrontada por parte de los distintos países y organismos internacionales, de forma que se han adoptado numerosas medidas legales. Además, el hecho de tener una sociedad en un paraíso fiscal levanta sospechas sobre la falta de legalidad y se encuentran dificultades en obtener financiación. También puede hacer un uso abusivo mediante la adquisición de la condición de residente fiscal de forma artificial en lugares de tributación ventajosa (menor carga tributaria por establecer, por ejemplo, exenciones superiores), no necesariamente paraísos fiscales, y tributar en el resto de países como no residentes.

La segunda opción, que no incluye establecer la residencia en un lugar de tributación ventajosa, sino que mantienen la residencia en un lugar de tributación alta pero llevan a cabo mecanismos de forma que su tributación efectiva sobre los ingresos recibidos sea baja. Un ejemplo de ello es establecer filiales en países donde tengan regímenes de exención sobre los ingresos de los no residentes. En este último caso, estaríamos ante operaciones intragrupo desarrolladas en el siguiente apartado.

2.2.5. Operaciones intragrupo

Los grupos de empresas han sido objeto de especial atención. El concepto de grupo de empresa viene definido en el artículo 42 del Código de Comercio³⁴. Asimismo, habrá

fiscal de los elementos patrimoniales que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera de éste, excepto que dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español de la mencionada entidad.”

³³ Concepto definido en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 36/2006 de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal (BOE de 30 de noviembre de 2006).

³⁴ Artículo 42 Código de Comercio: “*Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:*

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no*

que tener en cuenta el concepto de vinculación, que en el ámbito fiscal es más amplio y está regulado en el artículo 18.2 LIS³⁵.

En primer lugar, un punto esencial en el ámbito de los grupos de empresa son los precios de transferencia. Su regulación ha sido objeto de constante atención por parte de los países y los miembros de organizaciones internacionales como la OCDE y es una cuestión fundamental en la fiscalidad internacional. Este tema es muy amplio y excede el objeto del presente trabajo por lo que se darán breves pinceladas del mismo. Los precios de transferencia son los precios acordados entre empresas vinculadas y se pueden definir como “los precios fijados en las transacciones internacionales entre personas o entidades vinculadas fiscalmente”³⁶, es decir, “son los precios a los que una empresa transmite bienes materiales y activos intangibles, o presta servicios a empresas asociadas”³⁷. Entre empresas de un mismo grupo es usual que se den ventas o cesiones de activos tangibles e

dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.”

³⁵ “1. Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor de mercado. Se entenderá por valor de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia.

2. Se considerarán personas o entidades vinculadas las siguientes:

a) Una entidad y sus socios o partícipes.

b) Una entidad y sus consejeros o administradores, salvo en lo correspondiente a la retribución por el ejercicio de sus funciones.

c) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores.

d) Dos entidades que pertenezcan a un grupo.

e) Una entidad y los consejeros o administradores de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.

f) Una entidad y otra entidad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o de los fondos propios.

g) Dos entidades en las cuales los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o los fondos propios.

h) Una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.

En los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación de los socios o partícipes con la entidad, la participación deberá ser igual o superior al 25 por ciento. La mención a los administradores incluirá a los de derecho y a los de hecho.

Existe grupo cuando una entidad ostente o pueda ostentar el control de otra u otras según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio”

³⁶ HERNÁNDEZ VÁZQUEZ, O. y JUSTO ALONSO, A. “Precios de transferencia”. *Cuadernos de Formación*, vol. 15, 2012.

³⁷ PÉREZ RODILLA, G. “El régimen fiscal de los precios de transferencia (I): Introducción. Análisis de comparabilidad. Principio de libre competencia”, Corral Guadaño, I. (coord.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, pp. 835-861.

intangibles, préstamos o servicios de asistencia. El problema es que las empresas relacionadas pueden acordar precios que no serían los precios que se fijarían en condiciones normales de mercado entre partes independientes. Mediante esta manipulación de los precios, se puede dar el traslado de bases de una parte vinculada a otra y a una errónea determinación de los ingresos y gastos que afectan a los beneficios y, por tanto, a la tributación de las sociedades involucradas.

Numerosos países han llevado a cabo medidas para analizar las operaciones intragrupo y que se valoren según el *arms length principle* o principio de libre competencia. Se busca que las operaciones entre sociedades vinculadas reciban el mismo tratamiento fiscal que entre personas independientes. En España, el artículo 18 LIS se encarga de regular las operaciones vinculadas y se establece que estas se valorarán por su valor de mercado.

Otra área de preocupación y que puede dar lugar a la erosión de bases imponibles y traslado de beneficios es la ubicación de propiedad intelectual o activos intangibles ya que se ha demostrado que la mayoría de los activos intangibles se concentran en el balance de las filiales localizadas en países de baja tributación³⁸. Las estructuras de planificación fiscal basadas en activos intangibles, los grupos se aprovechan de el tratamiento favorable del que se beneficia los beneficios procedentes de propiedad intelectual en un país (ej. *Patent box*) mientras que el otro país permite la deducción de los *royalties* pagados y no práctica ninguna retención fiscal a los *royalties* pagados al exterior.

2.2.6. Estructuras de pérdidas

Como establece el Informe Final de la Acción 12, las estructuras que pueden llevarse a cabo son muy diferentes pero el objetivo es captar estructuras de creación de pérdidas, generalmente diseñadas para generar pérdidas a todos o a alguno de los participantes de forma que puedan utilizarlas para disminuir su base imponible o para que den lugar a una devolución de impuestos³⁹.

³⁸ HILLING, A; BUNDGAARD, J. "Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators, Final Report". *Taxation Papers*, 2016, núm. 2015: 61.

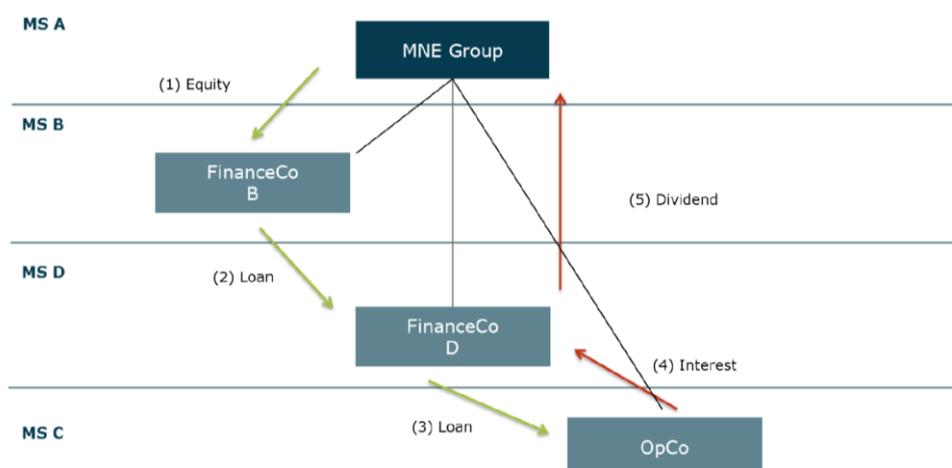
³⁹ OCDE (2016), Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva, Acción 12 - Informe final 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264267367-es>

Dicho de otro modo, estas estructuras se basan principalmente en erosionar las bases imponibles incurriendo en gastos excesivos (pagos financieros como intereses, derivados, garantías...) que sean deducibles o que estén vinculados a rentas exentas⁴⁰.

El Informe Final sobre la Acción 4, que trata la deducción de intereses y otros pagos financieros, reconoce tres escenarios como principal fuente de riesgos en esta área⁴¹:

- Grupos colocando altos niveles de deuda de terceros en países de alta imposición.
- Grupos utilizando préstamos intragrupo para generar una deducción de intereses mayor que la que correspondería con terceras partes independientes.
- Grupos usando financiación de terceros o intragrupo para financiar la generación de ingresos exentos de impuestos.

Un ejemplo de lo que la Comisión Europea considera una estructura de planificación fiscal agresiva y que entra en la categoría de deuda y de precios de transferencia:



Fuente: *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators*

La estructura de esta estrategia es la siguiente:

- (1) FinanceCo B se establece en el país B (MS B) como filial al 100% controlada por la Multinacional (MNE Group – establecida en el país A) y financiada al 100 % con recursos propios (*equity*).

⁴⁰ MARTÍN JIMÉNEZ, A. “El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (“BEPS”): ¿el final, el principio del final o el final del principio?”. *Quincena Fiscal*, núm. 1, 2014.

⁴¹ OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>

- (2) FinanceCo D se establece en el país D (MS D) como filial al 100% controlada por la Multinacional y pide un préstamo de FinanceCo B. Este préstamo es libre de intereses. No obstante, debido a las normas sobre precios de transferencia del país D, FinanceCo D puede reclamar una deducción fiscal por el interés hipotético que debería haber pagado si las condiciones de los tipos de interés del préstamo hubiesen estado en condiciones de plena competencia. Por el contrario, el país B no efectúa ningún ajuste correspondiente de la renta imponible de FinanceCo B en el país B. Esto puede deberse a la ausencia de regulación sobre precios de transferencia o a otras razones.
- (3) FinanceCo D presta el préstamo a una compañía miembro existente del grupo, OpCo, en el país C. El préstamo es con intereses y en condiciones de plena competencia.
- (4) OpCo paga intereses a FinanceCo D y reclama una deducción de impuestos local en el país C por los intereses. FinanceCo D a su vez incluye los intereses en su base imponible en el país D, pero los ingresos son total o parcialmente compensados por la deducción de intereses considerados en virtud del párrafo 2 anterior.
- (5) FinanceCo D utiliza los fondos recibidos como intereses de OpCo para pagar un dividendo a la Multinacional.

Esta estructura tiene por objeto obtener desgravaciones fiscales por los costes de financiación internos (creados artificialmente) que no reflejan ningún coste de financiación exterior. Esto se logra por medio de un préstamo libre de intereses que da lugar a una deducción fiscal por intereses hipotéticos pero que no va a recuperarse al no dar lugar a ingresos gravables. Por otro lado, es conveniente puntualizar que, en esta estructura, en relación a los dividendos, también se podría obtener una ventaja si el país A tiene un régimen de exención muy generoso por los dividendos recibidos mientras que el país D no lleva a cabo retenciones sobre los dividendos pagados.

2.2.7. Instrumentos y estructuras híbridas

Los instrumentos híbridos son aquellos que tienen características de deuda y de capital o entidades que son transparentes en unas jurisdicciones y en otras no⁴².

⁴² MARTÍN JIMÉNEZ, A., 2014, cit. pág. 18.

Un ejemplo de instrumentos híbridos son los Juros brasileños que son una figura jurídica no existente en el ordenamiento jurídico español y de la que se discute su naturaleza jurídica en orden a denegar o no la aplicación del 21 LIS sobre exención para participación en beneficios. La discusión se centra en su consideración como dividendos o como intereses, a lo que el Tribunal Supremo ha respondido que deben considerarse dividendos en tanto en cuanto no remuneran cantidades en préstamo, no se calcula sobre el principal pendiente de crédito, proceden de la existencia de beneficios de la filial brasileña y se tiene derecho a su percepción por ser socio y tener una participación en el capital social. Es cierto que son deducibles fiscalmente según la legislación brasileña pero sólo si se cumplen determinadas condiciones no presentes cuando se habla de deducción de intereses⁴³. Por tanto, cabe la aplicación del art. 21 LIS.

Las normas “*check-the-box*” estadounidenses mediante las cuales las sociedades constituidas conforme a ordenamientos extranjeros podrán elegir entre ser contribuyentes o que lo sean sus socios (mediante la atribución de rentas)⁴⁴ son un claro ejemplo de la posibilidad de obtener ventajas mediante estructuras híbridas. Estas normas conceden una ventaja competitiva a las empresas de EEUU y a las multinacionales tecnológicas con estructuras irlandesas ya que las sociedades elegirán entre una opción u otra en función de las ventajas que cada una le aporte, pudiendo buscar asimetrías en su reconocimiento en las diferentes jurisdicciones de forma que las rentas no tributen o tributen menos. Este es el caso de Apple, previamente mencionado, que se aprovecha de las diferencias en los criterios de atribución de residencia fiscal entre EEUU (criterio de constitución) e Irlanda (criterio de la sede de dirección efectiva) y en los dos países se considera como no residente de forma que en ningún país tributa por su renta mundial. Otro problema que ocasionan estas normas es que restan eficacia práctica a las normas de transparencia fiscal estadounidense (que tratan de evitar que las sociedades difieran su gravamen en EEUU mediante la utilización de entidades no residentes en relación con las rentas obtenidas en el extranjero)⁴⁵.

⁴³ Sentencia del TS, de 16 de marzo de 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. núm. 1130/2014

⁴⁴ JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L’HOTELLERIE-FALLOIS, D.J., 2016, cit. pág. 14.

⁴⁵ JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L’HOTELLERIE-FALLOIS, D.J., 2016, cit. pág. 14.

Para mayor comprensión de lo que se pueden considerar estructuras de planificación fiscal agresiva, se pueden encontrar siete ejemplos de estructuras que la Comisión Europea ha calificado como agresivas en su informe “*Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators, Final Report*”⁴⁶.

Como se puede observar, todas estas estructuras están muy relacionadas y muchas veces se llevan a cabo conjuntamente. Además, resulta complicado realizar una división por categorías cuando se habla de estructuras de planificación fiscal al ser muchas de ellas muy sofisticadas que combinan diferentes mecanismos. El Informe Final de la Acción 12 habla de más de 400 estructuras recogidas en el directorio ATP, la base de datos de estructuras de planificación fiscal que mantienen algunos países de la OCDE y del G20⁴⁷.

Para luchar contra estas estrategias de planificación fiscal, los distintos organismos internacionales y nacionales han adoptado medidas regulatorias que se expondrán en el siguiente apartado.

2.3. Regulación y medidas anti-abuso

El ordenamiento jurídico tributario tiene el objetivo de encontrar el equilibrio entre el deber de contribuir de acuerdo con la capacidad económica (art. 31 CE) y los principios de legalidad y de seguridad jurídica (art. 9 CE). Tal y como se ha visto a lo largo del trabajo, la evolución económica y la mayor interconexión entre los distintos países ha propiciado el desarrollo de determinadas estructuras que erosionan la base imponible y separan el lugar de generación de los beneficios con el lugar de tributación. Por ello, se han ido desarrollando diferentes medidas para luchar contra esta erosión y traslado de beneficios en diferentes niveles. Por el impacto que tienen, hay que destacar tres niveles: internacional, europeo y nivel interno español.

2.3.1. Nivel internacional

Se puede decir que no existe un ordenamiento fiscal internacional ya que los impuestos son creación de los legisladores nacionales. Sin embargo, se puede hacer referencia a un Derecho tributario internacional que se encarga de establecer un marco

⁴⁶ HILLING, A; BUNDGAARD, J., 2016, cit. pág. 17.

⁴⁷ OCDE (2016), cit. pág. 18.

para aquellas relaciones jurídico-tributarias que surgen de la interacción de los diferentes ordenamientos tributarios de los distintos Estados.⁴⁸

La principal fuente de derecho tributario a nivel internacional son los CDI que tiene naturaleza jurídica de tratado internacional. Además, y a efectos del presente trabajo, es importante destacar el Plan de Acción contra la erosión de la Base Imponible y el traslado de beneficios (Plan BEPS, por sus siglas en inglés «Base Erosion and Profit Shifting»).

Por un lado, y como se ha dicho previamente, los convenios fiscales internacionales para evitar la doble imposición reparten la soberanía fiscal entre los Estados parte y pretenden promover el movimiento de capitales y el intercambio de bienes y servicios, evitando la doble imposición internacional. Asimismo, es conveniente destacar las medidas anti-abuso que han sido necesarias adoptar para evitar que los contribuyentes utilicen este tipo de convenios de forma abusiva para dar lugar a la doble no imposición o exención, como se ha señalado previamente.

La OCDE es uno de los organismos internacionales que mayor esfuerzo realiza para aumentar la cooperación entre los distintos Estados y luchar contra la evasión fiscal. Para ello, ha publicado un MCOCDE para facilitar la negociación y la firma de estos CDI y sus Comentarios, que constituyen *soft law* en esta materia y permiten una interpretación y aplicación coherente por parte de los Estados⁴⁹.

Por otro lado, el Plan BEPS también desarrollado por la OCDE, que responde a la necesidad de acercar el pago de impuestos al lugar donde se ha generado el valor real. Algunos autores califican dicho plan como el mayor cambio en las reglas fiscales internacionales ya que es consecuencia del mandato del G20 y de la OCDE de examinar los fundamentos de las reglas de fiscalidad internacional. Esto se debe a que las normas fiscales estaban pensadas para economías tradicionalmente manufactureras y, ahora, con la globalización y la revolución tecnológica se ha evolucionado hacia una economía digital que favorece un traslado de beneficios desde los países desarrollados a los países

⁴⁸ COLLADO YURRITA, M.A. “Las fuentes del derecho tributario internacional”, Corral Guadaño, I. (coord.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, 79-108.

⁴⁹ GARCÍA PRATS, F.A. (2009). “Los modelos de convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición”. *Crónica Tributaria*, 2009, núm. 133, pp. 101-123.

de baja tributación⁵⁰. Este Plan expuso 15 Acciones consideradas *soft law* (las acciones 5, 6, 13 y 14 se califican como estándares mínimos que los Estado Miembros de la OCDE deben implementar; la 2 y la 4 tienen la categoría de “enfoques comunes” y finalmente, la 3,7, 8, 9 y 12 son lo que denominan “mejores prácticas”)⁵¹ posteriormente desarrolladas en informes publicados en octubre de 2015 en los se proponen medidas para evitar la planificación fiscal agresiva y prácticas fiscales perjudiciales. Los objetivos del Plan BEPS son la alineación de la tributación con el lugar donde se genera el valor, el ajuste del IS al nuevo entorno tanto económico como social, la eliminación de la doble no imposición o de la reducción de la tributación que obtienen las sociedades aprovechando las diferencias entre los distintos sistemas fiscales y el desarrollo de medidas coordinadas precisamente para evitar acciones unilaterales por parte de los países que produzcan doble imposición u otro tipo de conflictos⁵².

Según PALOMERO ÁLVAREZ-CLARO, las medidas antielusión propuestas por la OCDE pueden clasificarse en tres grupos: las dirigidas a evitar la utilización abusiva del convenio a través de sociedades instrumentales (cláusula de beneficiario efectivo, cláusula de transparencia, cláusula de tránsito, cláusula de limitación de beneficios, cláusula de motivación fiscal), las dirigidas a excluir del ámbito de aplicación del convenio a entidades que tributan en régimen privilegiado (cláusula de exclusión por identificación, cláusula de exclusión *off-shore*, cláusula de exclusión por tipos de renta, cláusula de sujeción y cláusula por introducción de regímenes fiscales privilegiados) y las dirigidas a sociedades interpuestas (cláusula de sociedades de inmuebles y cláusula de artistas y deportistas)⁵³. A continuación, se va a exponer una breve referencia a ellas:

- Cláusula de beneficiario efectivo: busca impedir la utilización ilegítima de un convenio permitiendo solo su aplicación a quien sea el perceptor real de los rendimientos.

⁵⁰ YAKIMOVSKY, G. “BEPS: el mayor cambio en las reglas fiscales internacionales en una generación”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2015, núm. 913, p. 9

⁵¹ CARBAJO VASCO, D. “Reflexiones, ciertamente escépticas, acerca del post-BEPS”. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, 2016, núm. 15, pp. 29-38.

⁵² MARTÍN JIMÉNEZ, A., 2014, cit. pág. 18.

⁵³ PALOMERO ÁLVAREZ-CLARO, R., 2012, cit. pág. 9.

- Cláusula de transparencia: busca impedir que sociedades cuya propiedad, directa o indirecta, la ostenten personas no residentes, disfruten de los beneficios del convenio⁵⁴.
- Cláusula de tránsito: busca negar la aplicación del convenio a entidades que destinen una parte sustancial de sus rentas a cumplir obligaciones contraídas con socios o personas o entidades no residentes en el país de su domicilio.
- Cláusula de limitación de beneficios: esta cláusula establece que no solo es necesario ser residente en un Estado signatario sino que hay que reunir una serie de requisitos para que se puedan obtener los beneficios previstos en el CDI⁵⁵.
- Cláusula de motivación fiscal: se pretende negar los beneficios establecidos en el convenio sobre la limitación de la tributación en el estado de la fuente, si el principal motivo que ha llevado a la realización de la operación es precisamente la obtención de dicho beneficio.
- Cláusula de exclusión por identificación, se trata de excluir del convenio los sujetos que la cláusula incluye.
- Cláusula de exclusión *off-shore*: negar los beneficios a sociedades que, de otra forma, tendrían derecho a la aplicación del convenio pero que poseen un régimen tributario muy beneficioso por el hecho de estar poseídas por no residentes. Se puede entender que tendrán un régimen más beneficioso si el importe que grava la renta de esa sociedad es sustancialmente más bajo que el importe que correspondería si los poseedores fueran residentes ⁵⁶.
- Cláusula de exclusión por tipos de renta: se trata de excluir de la aplicación del convenio y por tanto negar sus beneficios respecto a una renta sujeta a un régimen fiscal privilegiado.
- Cláusula de artistas y deportistas: busca gravar las rentas, que estos profesionales obtienen en las actividades ejercidas en tal calidad pero que son atribuidas a terceras personas, en el lugar donde las actividades son ejercidas.

No obstante, este trabajo se va a centrar principalmente en la cláusula anti-abuso general. Se establece la conveniencia de una norma general anti-abuso ya que las

⁵⁴ MAROTO SÁEZ, A. “Medidas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional”. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, 2005, núm. 22, pp. 3-27.

⁵⁵ DELGADO PACHECO, A. “Algunas consideraciones sobre la norma general antielusión propuesta en la Acción 6 del Plan BEPS”. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, 2016, núm. 15, pp. 49-57.

⁵⁶ PALOMERO ÁLVAREZ-CLARO, R., 2012, cit. pág. 9.

estructuras de planificación fiscal son cada vez más complejas y normalmente los Estados no tienen tiempo suficiente para reaccionar estableciendo medidas específicas⁵⁷.

En particular, la Acción 6 habla de una cláusula general antiabuso que evite que se aplique el CDI de forma contraria a su finalidad. En el Informe Final sobre la Acción 6⁵⁸ se establece una redacción recomendada:

*“No obstante las restantes disposiciones de este Convenio, no se concederá un beneficio en virtud de este Convenio respecto de un elemento de renta o patrimonio si resulta razonable concluir, a la vista de todos los hechos y circunstancias pertinentes, que la obtención de ese beneficio era uno de los propósitos principales de cualquier acuerdo u operación que tuviera como resultado, directa o indirectamente, la obtención de ese beneficio, a menos que se determine que la concesión de dicho beneficio en tales circunstancias sería conforme con el objeto y finalidad de las disposiciones en cuestión del presente Convenio.”*⁵⁹

Dicha cláusula se basa en la que se conoce como PPT (por sus siglas en inglés, *Principal Purpose Test*) cuyos orígenes se pueden encontrar en la jurisprudencia norteamericana del siglo XX⁶⁰. Hubo un tiempo en que la introducción de este tipo de cláusulas encontró ciertas dificultades para su aplicación en el ámbito de los CDI ya que se entendía que podía constituir una vulneración del *pacta sunt servanda*⁶¹.

Dicha cláusula requiere la concurrencia de dos elementos⁶²:

- El elemento subjetivo: que el propósito principal de la operación sea la obtención del beneficio.
- El elemento objetivo: que la concesión del beneficio no sea conforme al objeto y finalidad de las disposiciones.

⁵⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal, COM(2012) 722 final de 6 de diciembre de 2012.

⁵⁸ OCDE (2016), *Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales, Acción 6 – Informe final 2015*, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264257085-es>

⁵⁹ OCDE (2016), *ídem*.

⁶⁰ DELGADO PACHECO, A., 2016, cit. pág. 24.

⁶¹ VEGA BORREGO, F.A. 2016, cit. pág. 9.

⁶² BÁEZ MORENO, A. “La cláusula del propósito principal (*Principal Purpose Test*)” *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 404, noviembre de 2016, pp. 5-52.

La principal crítica que reciben este tipo de cláusulas es la inseguridad jurídica que generan⁶³ por su grado de indeterminación. Esta inseguridad ha de ser razonable y debe ser aplicada con cautela en los supuestos en los que el abuso de derecho es patente⁶⁴.

Hay quien afirma también que se deja la aplicación de la cláusula a la constatación de un elemento subjetivo (la motivación del contribuyente) que depende, a su vez, de otro más subjetivo (que razonable pensar que efectivamente ha estado motivado por la obtención del beneficio)⁶⁵.

BÁEZ MORENO se centra en la crítica a esta cláusula exponiendo los problemas tanto teóricos como prácticos que supone y que se exponen a continuación:

El primer problema lo localiza en el hecho de que la aplicación de la PPT dependa de un requisito subjetivo provoca que, dos operaciones objetivamente iguales que demuestran una misma capacidad económica, pueden ser gravadas de forma diferente. Esto entra en conflicto con la configuración de las normas fiscales ya que dichas normas establecen una consecuencia jurídica a la realización del hecho imponible que refleja la capacidad contributiva que se quiere gravar. Este autor defiende que llevado al extremo, se podría hablar de que “una cláusula general antiabuso construida sobre la base de un presupuesto de hecho de carácter subjetivo podría resultar contraria a los principios constitucionales de igualdad y capacidad económica” en tanto en cuanto existe el deber de contribuir de acuerdo con la capacidad económica y dos contribuyentes que demuestran la misma capacidad económica son gravados de forma distinta por el hecho de que la Administración sólo ha sido capaz de demostrar la intención de obtener el beneficio fiscal de uno de ellos.

Asimismo, el hecho de que la consideración como abusivos dependa de un test subjetivo lleva consigo la privación de beneficios a negocios que tienen efectos jurídicos o económicos importantes que van más allá del ahorro fiscal. Incluso defiende que el

⁶³ MARTÍN JIMÉNEZ, A., 2014, cit. pág. 18.

⁶⁴ VEGA BORREGO, F.A. 2016, cit. pág. 9.

⁶⁵ VAN'T HEK, K, GARCÍA, J Y MOUSSALI, D. *Comentarios al reporte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en su documento Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Accion 6: prevenir el conceder beneficios de tratados en circunstancias inapropiadas*. México: Mancera, S.C, 2014

hecho de que los contribuyentes hagan referencia, en sus documentos internos, a las ventajas fiscales que puedan derivar de las operaciones realizadas, puede ser utilizado por la Administración para defender que su propósito era la obtención del beneficio y, por tanto, denegárselo.

BÁEZ MORENO también hace referencia al problema que supone que se haya redactado de forma que la obtención del beneficio sea “uno de los propósitos principales”, lo que implica que la Administración podrá seguir aplicando la cláusula aunque el contribuyente logre demostrar que las operaciones realizadas tienen una finalidad no fiscal. Además, tal y como comenta el autor, muchas operaciones no se llevarían a cabo si no existiera convenio que otorgara ciertos beneficios y, por tanto, la obtención de este beneficio ciertamente constituye un motivo para realizarlas. O reflejado en el ejemplo que el autor expone, si partimos del tenor literal de la disposición, el hecho de que se barajen tres países con características políticas y económicas similares para construir una planta de producción, de forma que se reduzcan los costes, y que el criterio decisorio sea la existencia de un CDI con uno de esos países, podría justificar la denegación del beneficio ya que la decisión de invertir en ese país se debe fundamentalmente a la existencia del CDI. No obstante, eso no tiene mucho sentido ya que existen motivos económicos para llevar a cabo la operación. La OCDE entiende que en este supuesto lo relevante es la razón de la inversión y no la razón por la que se elige un país u otro.

La OCDE a este respecto establece que:

“No se considerará que un propósito es principal si es posible concluir, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes, que la obtención de dicho beneficio ni fue uno de los motivos fundamentales ni serviría para justificar la operación o el acuerdo que ha dado lugar, por sí solo/a o en conjunción con otros/as, al beneficio. En particular, cuando un acuerdo esté indisolublemente ligado a una actividad comercial central, y su forma no haya sido concebida teniendo en mente la obtención de un beneficio, es poco probable que pueda entenderse que su propósito principal era la obtención de ese beneficio. Cuando, sin embargo, se celebre un acuerdo con el propósito de obtener beneficios similares en virtud de una serie de convenios, no debería entenderse que este hecho impide considerar que la obtención de un beneficio

en virtud de un convenio era uno de los propósitos principales de dicho acuerdo.”⁶⁶

BÁEZ MORENO critica que “se diseña una norma muy estricta para después diluir sus rigores mediante los comentarios” lo que genera inseguridad jurídica. Si bien es cierto que muchas Administraciones atribuyen una importancia esencial a los comentarios al MCOUDE, esta puede disminuir ya que al final lo que tienen que aplicar es la disposición y buscarán favorecer sus intereses de recaudación. Además, el caso expuesto es muy simple y claro pero la realidad económica es diferente y mucho más compleja, y puede dar lugar a grandes problemas interpretativos.

No obstante, hay autores⁶⁷ para los que el elemento subjetivo no supone realmente un problema puesto que la intención del sujeto se inferirá de las circunstancias objetivas de los actos realizados y así se establece en el Informe Final de la Acción 6 que establece que:

*“Para averiguar si uno de los propósitos principales de una persona es la obtención los beneficios del Convenio a través de un acuerdo u operación, resulta esencial llevar a cabo un análisis objetivo de las metas y objetivos de todas las personas involucradas (o que hayan participado) en poner en marcha dicho acuerdo u operación. (...) No es necesario encontrar pruebas concluyentes sobre la intención de la persona involucrada en el acuerdo u operación, pero debe ser posible concluir, tras un análisis objetivo de los hechos y circunstancias pertinentes, que uno de los propósitos principales del acuerdo u operación era la obtención de los beneficios del convenio.”*⁶⁸

En relación al segundo elemento, que sea conforme a la finalidad de la disposición, hay primero que distinguir si se está haciendo referencia a la finalidad de la norma eludida o captada o a la finalidad general del CDI. BÁEZ MORENO empieza exponiendo su crítica desde el primer supuesto, es decir, si se entiende que es la finalidad de la disposición concreta (lo que es ya doctrina asentada en este ámbito). Para ello, resalta la dificultad de su aplicación utilizando los fenómenos de *treaty shopping* y *rule shopping*

⁶⁶ OCDE (2016), cit. pág.28. Apartado 13 de los comentarios.

⁶⁷ LANG, ZIMMER, KREVER (citados por BÁEZ MORENO)

⁶⁸ OCDE (2016), op. cit. pág. 25.

(dos estrategias fiscales que tradicionalmente han dado lugar a múltiples problemas). Así, el principal problema al intentar aplicar este elemento objetivo de la cláusula PPT contra el *rule shopping* es que la finalidad de las reglas distributivas de competencia, consecuencia de la negociación circunstancial entre las partes, no es clara.

Por otro lado, el autor también analiza la situación si se optase por entender que se refiere a la finalidad general del CDI (con respecto a esta, el Informe Final establece que su propósito es evitar la doble imposición, pero sin crear oportunidades de doble no imposición o imposición a tipo reducido mediante la evasión o la elusión fiscal) y determina que esta opción implicaría forzar la propia dicción literal de la cláusula, llevaría a un resultado contradictorio y circular y se corre el riesgo de deducir automáticamente que la operación es abusiva una vez se comprueba el elemento subjetivo.

DELGADO PACHECO (citando a GARCÍA PRATS) señala que el problema de la PPT propuesta es que se centra en los resultados y no en la artificiosidad de la operación y defiende que “la cuestión radica no en saber cuál es el motivo del conjunto de las operaciones sino en determinar si tales operaciones se han llevado a cabo por un camino que en algún punto responde a una pura razón fiscal”⁶⁹

Por último, BÁEZ MORENO critica la falta de asimetría entre la carga e intensidad de la prueba de los dos elementos. Por un lado, el elemento subjetivo lo debe probar la Administración y basta con que sea razonable llegar a esa conclusión, mientras que, por el otro, probar el elemento objetivo es responsabilidad del contribuyente y debe establecer que es conforme totalmente con el objeto de la norma. No obstante, a esta última cuestión el autor le resta importancia ya que “respecto de ambos la prueba de su concurrencia o no difícilmente podrá pasar de una conclusión razonable conforme a todos los hechos y circunstancias”. Si le da más importancia a la carga de la prueba, criticando el hecho de tener que probar el elemento objetivo (objeto y finalidad de las disposiciones) en tanto en cuanto, y según la teoría general del derecho, sólo las cuestiones de hecho deben ser probadas y debe corresponder a la Administración determinar si la operación es conforme o no.

⁶⁹ DELGADO PACHECO, A., 2016, cit. pág. 24.

En relación a la carga e intensidad de la prueba, se puede decir también que se está estableciendo una presunción de culpabilidad ya que establece que no se concederá el beneficio “a menos que” se determine que su concesión es acorde al objeto y finalidad.

Se intenta facilitar la aplicación de esta cláusula y para ello, el Informe final de la Acción 14 señala que en caso de desacuerdo entre la autoridad y el contribuyente en relación al cumplimiento de la cláusula PPT, podrán acudir al procedimiento de acuerdo amistoso si cumplen con los requisitos procedimentales establecidos en el Modelo de la OCDE⁷⁰.

La consecuencia jurídica es la no aplicación del CDI en relación con las rentas afectadas por esa transacción. No obstante, lo que sería más adecuado es la aplicación de los beneficios que tendrían lugar como si no se hubiese realizado dicha operación abusiva, de forma que se grave la operación y se aplique el CDI de acuerdo con la transacción económica realmente realizada. En el apartado 16 de los comentarios se establece que serán los Estados los que determinen cual es la consecuencia jurídica más oportuna⁷¹.

2.3.2. Nivel europeo

A nivel europeo, hay que destacar el reciente Paquete Anti-Elusión Fiscal elaborado por la Comisión el 28 de enero de 2016 y que ha dado lugar a:

- 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. Esta directiva incluye:
 - o una cláusula general antiabuso
 - o una cláusula de *switch-over*, por la que los Estados Miembros gravarán los ingresos que reciban los sujetos pasivos en concepto de dividendos o venta de participaciones de una filial situada en un tercer estado o que procedan de beneficios de un EP siempre que la filial o el EP estén sujetos en ese tercer país a un tipo impositivo inferior al 40% del tipo que sería de aplicación en el Estado Miembro. Por tanto, se gravarán los ingresos de

⁷⁰ DÍAZ, S y DE CUBAS, T. “La Acción 6 del Plan BEPS y la Recomendación de la Comisión sobre abuso de convenios fiscales”. *Nota técnica, EY Abogados. 2016.*

⁷¹ DELGADO PACHECO, A., 2016, cit. pág. 24.

origen extranjero pero se permitirá deducir el importe pagado en el tercer Estado.

- Reglas de limitación de la deducibilidad de intereses, para evitar que se paguen intereses excesivos con el objetivo de que se reduzca la deuda tributaria global.
- Reglas sobre imposición de salida, con el objeto de gravar las plusvalías creadas en un territorio (incluso las que no se hayan producido en el momento de salida) cuando el contribuyente traslade activos o su residencia fiscal fuera de la jurisdicción fiscal de un Estado. Puede generar doble imposición si el Estado en el que adquiere la residencia pretende gravar también esas rentas. El Informe Final de la Acción 6, establece que una forma de solucionar dicho problema sería acudir a un procedimiento amistoso. En España se ha introducido en el art. 19 LIS y obliga a integrar en la base imponible de la entidad que se va, no solo el resultado contable ajustado fiscalmente sino la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de sus elementos patrimoniales salvo que permanezcan en España afectos a un establecimiento permanente, tal y como se ha expuesto *at supra*.
- Un régimen de Transparencia Fiscal Internacional
- Un marco de neutralización de instrumentos y entidades híbridas.
- Directiva (UE) 2016/881 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 fiscal (siguiendo la Acción 13 del Plan BEPS).
- Recomendación de la Comisión Europea 2016/136, de 28 de enero de 2016, sobre la aplicación de medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales. Esta recomendación trata la introducción de cláusula general anti-abuso en los convenios fiscales propuesta en la Acción 6 y las medidas relacionadas con el establecimiento permanente de la Acción 7 del Plan BEPS.
- Comunicación sobre Estrategia Exterior para una imposición efectiva de 28 de enero de 2016⁷².

⁷² CALDERÓN CARRERO, J.M., “La dimensión Europea del Proyecto BEPS: primeros acuerdos del ECOFIN, la aprobación del mecanismo de intercambio automático de “tax rulings”, y el Paquete Anti-Elusión Fiscal 2016” *Revista Quincena Fiscal*, 2016 núm. 6, pp. 119-154.

Asimismo, hay que destacar las directivas de carácter fiscal de la UE en lo que se refiere a:

- Pago de intereses y cánones: Directiva 2003/49/CE cuyo artículo 5 permite, por un lado, la aplicación de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a impedir abusos y fraudes y, por otro, la denegación de la aplicación de la directiva a las transacciones que tengan como uno de sus móviles principales el fraude, la evasión o el abuso fiscal.
- Reestructuraciones empresariales (fusiones, escisiones totales y parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones y traslado de domicilio de una SE o una SCE)⁷³: Directiva 2009/133/CE, cuyo artículo 15 permite que un Estado deniegue la aplicación de la Directiva o los beneficios en ella contemplados cuando uno de los principales objetivos de la operación sea el fraude o la evasión fiscal que se presumirá cuando no haya un motivo económico válido. Precisamente sobre esta norma se pronuncia el TJUE⁷⁴ en los asuntos “Leur-Bloem”⁷⁵, “Kofoed”⁷⁶, “Zwijnenburg”⁷⁷ y “Foggia”⁷⁸.
- Matrices-filiales: Directiva 2011/96/UE modificada por la Directiva 2015/121 precisamente para que la directiva no sea objeto de prácticas abusivas estableciendo una cláusula antiabuso de carácter general por la que se determina que no se acordarán los beneficios de la directiva “a un arreglo o una serie de arreglos falseados, vistos todos los hechos y circunstancias pertinentes, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la presente Directiva” entendiéndose dichos arreglos como aquellos que no hayan respondido a una razón comercial válida que refleje la realidad económica. La necesidad de esta cláusula general cuando ya existía una cláusula de reenvío a las normas antiabuso internas responde a la necesidad de dar una solución más

⁷³ Las sociedades (SE) constituidas al amparo de lo dispuesto en el Reglamento (CE) no 2157/2001 y en la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, y las sociedades cooperativas (SCE) constituidas al amparo de lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 1435/2003 y en la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores

⁷⁴ MARTÍN LÓPEZ, J. 2015, cit. pág. 6.

⁷⁵ Sentencia del TJUE de 17 de julio de 1997 (Asunto C-28/95)

⁷⁶ Sentencia del TJUE de 5 de julio de 2007 (asunto C-321/05).

⁷⁷ Sentencia del TJUE de 20 de mayo de 2010 (asunto C-352/08).

⁷⁸ Sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 2011 (asunto C-126/10).

coordinada y efectiva a los problemas de dimensión transnacional de forma que se pueda garantizar mayor seguridad jurídica⁷⁹.

Todas ellas, permiten a los Estados miembros aplicar mecanismos de salvaguardia contra las prácticas abusivas.

A nivel europeo también se hace referencia a una norma general antiabuso que trata de establecer un estándar comunitario y se invita a los Estados Miembros a introducir en su legislación interna la siguiente cláusula:

«Es preciso ignorar todo mecanismo artificial o serie de mecanismos artificiales introducidos con el objetivo fundamental de evadir impuestos y que conducen a una ventaja impositiva. Las autoridades nacionales deben tratar estos mecanismos a efectos fiscales en referencia a su realidad económica»⁸⁰.

Como se puede observar en su redacción, hay dos elementos esenciales: la artificiosidad y la finalidad elusiva.

El primero de ellos, ha sido recurrente en las sentencias de TJUE que hablan, en el ámbito de la fiscalidad directa, de “montaje puramente artificial”. La Comisión establece una serie de situaciones que los Estados deberán considerar para calificar un mecanismo como artificial:

“a) la caracterización jurídica de las diferentes fases de las que consta un mecanismo es incompatible con la naturaleza jurídica del mecanismo en su conjunto; b) el mecanismo o la serie de mecanismos se ejecutan de una manera que no sería la normal atendiendo a un comportamiento comercial razonable; c) el mecanismo o la serie de mecanismos incluyen elementos que tienen por efecto compensarse o anularse entre sí; d) las operaciones concluidas son de naturaleza circular; e) el mecanismo o la serie de mecanismos dan lugar a un importante beneficio fiscal, aunque esto no se refleja en los riesgos empresariales asumidos por el contribuyente ni en sus flujos de caja; f) el

⁷⁹ MARTÍN LÓPEZ, J., 2015, cit. pág. 6.

⁸⁰ Recomendación de la Comisión, de 6 de diciembre de 2012, cit. pág. 6.

beneficio esperado antes de impuestos es insignificante en comparación con el importe de la ventaja fiscal prevista”⁸¹.

En relación al segundo elemento, la finalidad elusiva, se hace referencia a “objetivo fundamental de evadir” lo que, *a sensu contrario*, implica que puede existir también una motivación fiscal y no entender que existe abuso de derecho. No obstante, dicha motivación fiscal no debe ser la prioritaria, sino que deben existir motivos de naturaleza económica o comercial que priman. El problema de este punto es la ponderación de los motivos y la inseguridad jurídica que genera.

Por otro lado, es importante destacar como la Comisión hace especial referencia al elemento subjetivo determinando que: “el objetivo de un mecanismo o serie de mecanismos es evitar la imposición cuando, independientemente de cualquier intención subjetiva del contribuyente, es incompatible con el objeto, el espíritu y la finalidad de las disposiciones fiscales que serían normalmente aplicables”. Esta objetivación permite, en cierta medida, eliminar la inseguridad jurídica que añade la existencia de un elemento subjetivo en el supuesto de hecho. La crítica tradicional de utilizar un criterio subjetivo descansa en la dificultad que supone la prueba de una intención⁸². No obstante, se cae en la problemática descrita previamente a nivel internacional, aunque bien es cierto que probablemente sea más sencillo encontrar cuál es la finalidad de la norma en tanto en cuanto ya no se habla de normas que distribuyen la potestad tributaria sin un motivo más allá del consenso entre las partes firmantes.

Además, la constatación de la ventaja impositiva se lleva a cabo mediante la comparación del impuesto adeudado teniendo en cuenta los mecanismos utilizados y el que hubiese tenido que pagar en ausencia de estos. Para ello, la Comisión recomienda considerar “a) un importe no está incluido en la base imponible; b) el contribuyente se beneficia de una deducción; c) se registra una pérdida a efectos fiscales; d) no se adeuda ninguna retención en origen; e) se compensa el impuesto extranjero”

⁸¹ Recomendación de la Comisión, de 6 de diciembre de 2012, cit. pág. 6

⁸² BÁEZ MORENO, A. 2016, cit. pág. 25.

Por último, la consecuencia jurídica es que las autoridades tributarias tendrán en cuenta la realidad económica y se someterá al contribuyente a la imposición que corresponda a esta, exigiéndole en su caso, los pagos correspondientes.

El TJUE tiene también un papel importante en cuanto a la lucha contra el abuso y la evasión fiscal a nivel europeo y constituye un antecedente de la cláusula propuesta. En las decisiones del TJUE subyace el principio de prohibición de abuso del derecho en materia tributaria mediante la utilización fraudulenta del ordenamiento europeo y se puede diferenciar las sentencias en materia de fiscalidad directa e indirecta.

En el ámbito de la imposición directa no armonizada, (principalmente el IRPF e IS, salvo en este último caso aquellas materias incluidas en Directivas como los intereses y cánones), se hace referencia al concepto de montaje puramente artificial. Concretamente, y para ilustrar este concepto, es conveniente acudir a la jurisprudencia del TJCE que enjuicia la validez de las normas antiabuso nacionales que restringen las libertades europeas. Muchas de las sentencias hacen referencia a la libertad de establecimiento, que implican, en palabras del mismo tribunal, “la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen, y de que se beneficie de ello”⁸³ En este sentido, como sentencias de importante calado hay que destacar:

La sentencia “Lankhorst-Hohorst”, previamente mencionada y que versa sobre una norma de subcapitalización alemana que vulneraba la libertad de establecimiento al establecer una diferencia de trato tributario entre filiales residentes basada en si el domicilio de la matriz se encontraba o no en Alemania. El TJCE determinó que no existía justificación para dicha diferencia ya que su objeto no era el de luchar contra el abuso fiscal al excluir de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales que se llevaban a cabo con la finalidad de reducir la obligación tributaria alemana⁸⁴. Jurisprudencia reiterada afirma que la disminución de ingresos fiscales no es una justificación suficiente

⁸³ Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, apartado 53

⁸⁴ MARTÍN LÓPEZ, J. 2015, cit. pág. 6.

para obstaculizar libertades fundamentales ya que no constituye una razón imperiosa de interés general⁸⁵.

El caso Cadbury Schweppes⁸⁶ donde se enjuicia la validez de la norma británica sobre transparencia fiscal internacional que restringe la libertad de establecimiento. Dicha restricción tiene que estar suficientemente justificada ya que la norma enjuiciada sí que vulnera la libertad de establecimiento al dar un trato fiscal diferente en función del nivel de tributación al que las filiales establecidas en el extranjero estaban sometidas. Para que esté justificada es necesario que responda a una necesidad de interés general y su finalidad sea luchar contra la elusión fiscal mediante medidas que tengan como objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo propósito sea la elusión de la normativa tributaria nacional⁸⁷. Los montajes puramente artificiales deben tener un elemento subjetivo consistente en la voluntad de obtener una ventaja fiscal, que debe resultar de elementos objetivos y, además, debe haber una ausencia de verdadera sustancia económica⁸⁸. No obstante, hay algunos autores que establecen que dicho elemento subjetivo debería ser un indicio y que la aplicación de una medida antiabuso solo puede llevarse a cabo cuando se constate la existencia de elementos objetivos y verificables por terceros basados precisamente en la existencia de una sustancia económica real⁸⁹. Es decir, cabe la presencia de un elemento subjetivo consistente en la voluntad de obtener una ventaja fiscal que es contraria a la finalidad de la norma, siempre y cuando sea constatable a través de elementos objetivos ya que el hecho de que se base en un elemento subjetivo conlleva una inseguridad jurídica que debe evitarse. En este sentido, la sentencia Siat⁹⁰ establece que, para cumplir con los requisitos de la seguridad jurídica, las normas jurídicas deben ser “claras, precisas y previsibles en cuanto a sus efectos, en particular cuando puedan entrañar consecuencias desfavorables para los individuos”⁹¹ y el TJUE ha

⁸⁵ Véanse Sentencias del TJUE de 16 de julio de 1998, asunto C-264/1996; de 6 de junio de 2000, Verkooijen, asunto C-35/1998; de 7 de septiembre de 2004, Manninen, asunto C-319/2002; y de 6 de marzo de 2007, asunto C-292/2004.

⁸⁶ Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04

⁸⁷ Véanse las Sentencias de TJUE 16 de julio de 1998, ICI, C-264/96, apartado 26; de 12 de diciembre de 2002, Lakhors-Hohorst, C-324/00, Rec. p. I-11779, apartado 37; de 11 de marzo de 2004, De Lasteyrie du Saillant, C-9/02, apartado 50; de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer, C-446/03, apartado 57.

⁸⁸ MARTÍN LÓPEZ, J. 2015, op. cit. pág. 6.

⁸⁹ CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. citado por MARTÍN LÓPEZ, J., 2015, cit. pág. 6.

⁹⁰ Sentencia del TJUE de 5 de julio de 2012, asunto C-318/10.

⁹¹ Véanse las Sentencias de TJUE 7 de junio de 2005, VEMW y otros, C-17/03, apartado 80, y de 16 febrero de 2012, Costa y Cifone, C-72/10, apartado 74.

utilizado la falta de precisión de la norma antielusión para excluir su aplicación (igual que en la Sentencia de 3 de octubre de 2013, caso *Itelcar*)⁹².

Por tanto, para poder ser beneficiario de ventajas fiscales de ese Estado, debe existir “implantación real que tenga por objeto la realización de actividades económicas efectivas en el Estado miembro de acogida”⁹³ y así se establece en numerosas sentencias⁹⁴.

Lo que el TJCE sí admite es la existencia de normas antiabuso domésticas que impliquen una restricción a las libertades europeas si lo que hacen es excluir de una ventaja fiscal los montajes artificiosos, carentes de realidad económica, que pretendan eludir la ley fiscal⁹⁵. Al final se trata de hacer un test de finalidad y proporcionalidad de la norma nacional que restrinja libertades, y sólo considerarlas válidas cuando excluyan los montajes puramente artificiales de aquellos sujetos que no lleven a cabo una sustancia económica real y efectiva o que las operaciones tengan una justificación comercial y que no adopten las medidas estrictamente necesarias para alcanzar el objetivo y no vayan más allá.

La doctrina del Tribunal Europeo en materia de abuso se puede resumir en la facultad de un Estado Miembro en tomar las medidas necesarias para evitar el abuso de derecho de tal forma que los contribuyentes no invoquen de forma abusiva el Derecho Comunitario para evitar la aplicación de la legislación nacional. Dichas normas tienen que aplicarse de manera no discriminatoria, estar justificadas por razones de interés general y ser adecuadas y proporcionadas (no vayan más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo). Además, para que se pueda hablar de uso abusivo de la libertad concedida por el Derecho Comunitario no basta con la intención de beneficiarse de una legislación tributaria más favorable, sino que son conductas abusivas aquellas que llevan a cabo montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con la finalidad de eludir

⁹² DELGADO PACHECO, A., 2016, cit. pág. 24.

⁹³ Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, apartado 66

⁹⁴ Véanse las Sentencias de 25 de julio de 1991, *Factortame* y otros, C-221/89, apartado 20; de 4 de octubre de 1991, *Comisión/Reino Unido*, C-246/89, apartado 2.1.

⁹⁵ Sentencia del TJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03.

el impuesto y sólo las medidas que tengan como objeto específico luchar contra ellas, serán las que puedan restringir las libertades comunitarias⁹⁶.

Por otro lado, entre las sentencias en materia de fiscalidad indirecta que hacen referencia a práctica abusiva, hay que destacar asunto “Halifax”⁹⁷ que define como práctica abusiva aquella que cumple formalmente con lo establecido en la ley pero se obtiene una ventaja fiscal en contra de la finalidad de la norma (test de interpretación finalista) y que dicha finalidad de obtener una ventaja fiscal debe constarse en base a unos elementos objetivos. Asimismo, habla de la naturaleza artificial de una operación cuando se justifique únicamente por la obtención de ventajas fiscales. Distinguimos por tanto dos elementos: uno objetivo consistente en la actuación formalmente correcta pero contraria al espíritu de la norma, y otro subjetivo que es la finalidad esencial de obtener una ventaja fiscal. Como se puede observar, estos dos elementos son los que están presentes en la norma general antiabuso propuesta por la OCDE.

Otras sentencias que hay que destacar en materia de imposición indirecta son el asunto “Part Service”⁹⁸ y el “Amplisientifica y Amplifin”⁹⁹. Es en esta última sentencia donde se introduce el término “montaje puramente artificial” como carente de realidad económica característico de las sentencias en materia de imposición directa.

MARTÍN LÓPEZ, defiende que “aun cuando la esencia o fondo [de la doctrina del TJUE] sea el mismo—la oposición frontal al abuso de derecho—, no lo es su forma o articulación, lo que termina generando una considerable inseguridad jurídica”. No obstante, establece que en todos los test antiabuso que lleva a cabo el tribunal, este es consistente en cuanto a la alusión a distintos rasgos comunes: naturaleza artificial del negocio jurídico, obtención de una ventaja fiscal y contravención del espíritu de la norma a pesar del cumplimiento formal de la misma. Mientras que es inconsistente en cuanto a el presupuesto que utiliza para constatar dicha artificiosidad¹⁰⁰.

⁹⁶ SOLER ROCH, M^a T (citado por MARTÍN LÓPEZ, J., 2015, cit. pág.6)

⁹⁷ Sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02.

⁹⁸ Sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2008, asunto C-425/06.

⁹⁹ Sentencia del TJUE de 22 de mayo de 2008, asunto C-162/07.

¹⁰⁰ MARTÍN LÓPEZ, J., 2015, cit. pág. 6.

2.3.3. Nivel nacional

En cuanto al abuso de derecho de nuestro ordenamiento tributario la STS de 20 de septiembre de 2012 diferencia dos tipos: el conflicto en la aplicación de la norma regulado en el artículo 15 LGT¹⁰¹ (sustituye al fraude de ley en materia tributaria) por un lado y la simulación por otro.

La primera figura, el conflicto en la aplicación de la norma, se caracteriza porque no hay una vulneración directa de la directa de ninguna norma, sino que se elude la realización del hecho imponible mediante una conducta artificiosa con apariencia de legalidad. Dicho de otro modo, se llevan a cabo unos hechos que aprovechan una norma de cobertura (un medio jurídico más favorable) que está pensado para un fin distinto, pero con el que consiguen un resultado económico análogo y disminuyen la carga fiscal. Sin embargo, tal y como establece la sentencia citada, “produce un resultado contrario a otra u otras o al orden jurídico en su conjunto” y “tiene sus límites con la planificación fiscal lícita”. El Tribunal Supremo ha declarado fraude conductas cuyo motivo principal era fiscal.

La segunda figura es la simulación y se caracteriza por el engaño que llevan a cabo las partes, que infringen directamente una norma tributaria ya que quieren un fin distinto de la causa típica del negocio que realizan.

La sentencia mencionada habla de evasión para los casos de simulación y elusión para los casos de fraude de ley y establece que “[e]n la elusión fiscal no se infringe la ley tributaria, sino que se soslaya su aplicación; en la evasión fiscal se vulnera directamente, normalmente mediante ocultación, dicha opción; y en la economía de opción se elige lícitamente entre diversas alternativas jurídicas en función de su menor carga fiscal.”

Como se puede observar, el conflicto en la aplicación de la norma es la norma general antiabuso recogida en nuestro ordenamiento jurídico:

Artículo 15. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

¹⁰¹ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. (BOE de 18 de diciembre de 2003).

1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias:

a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley.

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora.

En ella, está presente la nota de artificiosidad, pero como concepto jurídico indeterminado lo que conlleva cierta inseguridad jurídica para el contribuyente.

Asimismo, el artículo 15 LGT hace referencia a los efectos, estableciendo que aquellos actos o negocios que no tengan otros efectos más allá del ahorro fiscal y de los propios del negocio o acto usual, serán considerados abusivos. A diferencia de la PPT recomendada por la OCDE, no deja espacio a la intención subjetiva del sujeto sino que se centra en los efectos que produce.

Dicha cláusula antiabuso no opera solo a nivel interno, sino que se puede denegar el beneficio de un convenio acudiendo a la declaración de fraude conforme al art. 15 LGT. Como establece el TS en su sentencia de 9 de febrero de 2015¹⁰²:

“la aplicación de un Convenio para evitar la doble imposición no puede amparar operaciones que a la postre conduzcan a la "desimposición", salvo que los Estados signatarios así lo hayan acordado de forma expresa; lo

¹⁰² Sentencia del TS de 9 de febrero de 2015, rec. núm. 3971/2013.

contrario sería admitir que los Convenios pudieran constituirse en instrumento para legitimar comportamientos elusivos o para anular las facultades que el ordenamiento reconoce a la Administración tributaria en pos de una correcta tributación, como ocurre con las posibilidades de recalificación o la institución del fraude de ley. Dicho de otra forma, la aplicación y la interpretación de los Tratados internacionales no pueden desplazar sin más la eficacia de los principios básicos de la tributación, recogidos en el artículo 31 de la Constitución española. Por tanto, que la Administración acudiera a la declaración de fraude de ley, conforme al artículo 24 de la Ley General Tributaria de 1963 [actual art. 15LGT], de ningún modo puede ser tachado per se como una actuación contraria a Derecho.”

También se han llevado a cabo reformas en la LIS para luchar contra el fraude fiscal. En primer lugar, sobre la deducibilidad de los gastos destacar el art 15.j)¹⁰³. introduce restricciones a dicha deducibilidad en relación con la financiación híbrida ya que determina que no serán deducibles determinados gastos consecuencia de operación con partes vinculadas; y, como se ha mencionado anteriormente, el art. 15.h) introduce restricciones para la deducción en operaciones de adquisición apalancada (financiadas con deuda con entidades del grupo) de participaciones al exigir la concurrencia de motivos económicos válidos En segundo lugar, el artículo 18 adopta una serie de precauciones para asegurar que los resultados de los precios de transferencia estén alineados con la creación de valor, principalmente mediante la valoración de las operaciones vinculadas a valor de mercado y la obligación de documentación de dichas operaciones. Por último, en el artículo 21 LIS se establece que no se aplicará la exención para evitar la doble imposición de dividendos e ingresos procedentes de la transmisión de valores representativos de fondos propios cuando su distribución genere un gasto fiscalmente deducible¹⁰⁴.

¹⁰³ “No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles: (...) j) Los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento.”

¹⁰⁴ “No se aplicará la exención prevista en este apartado, respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora”

Asimismo, hay que destacar el régimen de transparencia fiscal previsto en el ordenamiento jurídico español para evitar la deslocalización de capitales por motivos fiscales. El objetivo es impedir que las personas físicas y jurídicas difieran el pago de impuestos o no integren determinadas rentas en sus bases imponibles mediante la interposición de una sociedad instrumental. Para ello, se establece que las rentas pasivas (las que no derivan de actividades empresariales) obtenidas por sociedades residentes en Estados no miembros de la UE de privilegiada tributación (el gravamen satisfecho por las rentas en ese territorio es inferior al 75% del gravamen que habría resultado de aplicar el IS), se imputen directamente a sus socios residente como si los hubiesen obtenido sin mediación de dicha sociedad. No obstante, si la sociedad instrumental es residente en un Estado miembro pero el contribuyente no acredite que la constitución responde a motivos económicos válidos y realiza actividades económicas, será también de aplicación el régimen de transparencia fiscal si cumple con los demás requisitos. La participación en dicha sociedad tiene que ser igual o superior al 50% del capital, los fondos propios, los resultados o los derechos de voto de modo que se establezca un control por sí solo o junto con entidades vinculadas o, en caso de personas físicas, también con personas sujetas por obligación personal de contribuir unidas por vínculos de parentesco.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Lefebvre, F. (2016). Memento práctico fiscal 2016. Ediciones Francis Lefebvre, SA.

3. CONCLUSIONES

Como se ha podido observar a lo largo del trabajo, la planificación fiscal agresiva es algo que preocupa a muchos países y se han llevado a cabo numerosas medidas tanto a nivel nacional como internacional para afrontarla.

El primer problema que se encuentra en relación a este tema es la difícil delimitación del concepto en sí y de la falta de una definición clara que permita proporcionar cierta seguridad.

Existen, en la actualidad, numerosas estrategias de planificación fiscal agresiva que, sin infringir de forma directa una norma, conllevan resultados indeseados como la falta de alineación entre el lugar de tributación y el lugar de generación de valor y la menor recaudación tributaria que lleva a los países a tener que incrementar los tipos de gravamen ocasionando un perjuicio a los pequeños empresarios que no pueden realizar una planificación fiscal.

El segundo problema es la dimensión que pueden alcanzar dichos problemas en tanto en cuanto no se limitan al ámbito nacional, sino que la globalización ha permitido y facilitado la realización de planificaciones fiscales a nivel internacional lo que dificulta su identificación y control.

Para luchar contra esas prácticas, se han llevado a cabo numerosas medidas. Por un lado, se han adoptado medidas específicas que luchan contra determinadas estrategias que han sido recurrentemente usadas. Por otro, se ha visto la necesidad de adoptar una norma de carácter general que abarcara aquellas conductas de planificación fiscal que utilizaran de forma abusiva el derecho tributario pero que los Estados no han podido crear medidas específicas. Esto es necesario por la cantidad de estrategias que pueden llevarse a cabo y la complejidad que alcanzan, lo que hace imposible poder anticiparse o crear medidas específicas para cada una de las opciones posibles.

Cuando se llega a este punto, lo difícil es establecer una cláusula lo suficientemente amplia para abarcar todos los comportamientos abusivos, pero sin llegar a crear una gran

inseguridad jurídica que ponga en riesgo la libre circulación de bienes, servicios y capitales y suponga un cortapisas al mercado.

Se ha propuesto una redacción recomendada tanto a nivel internacional (por la OCDE), para incluir en los CDIs, como una a nivel comunitario (por la Comisión Europea) que cada país incorporará a su ordenamiento interno. Asimismo, España contiene en su ordenamiento jurídico una norma general antiabuso en materia tributaria.

En primer lugar, la propuesta por la OCDE está basada en la existencia de dos elementos, uno subjetivo (que el propósito principal sea la obtención de un beneficio fiscal) y otro objetivo (la concesión de dicho beneficio no sea conforme al objeto y finalidad de las disposiciones). La cláusula ha suscitado numerosas críticas por parte de la doctrina ya que genera gran inseguridad jurídica, tanto a la hora de introducir un elemento subjetivo en el presupuesto de hecho como por la poca determinación de los conceptos empleados. Si bien es cierto que ha realizado puntualizaciones en los Informes Finales de las distintas acciones BEPS y en los comentarios del MCOCDE, esto no disipa el riesgo que puede suponer su aplicación sobre todo en operaciones de ingeniería fiscal tan complicadas como las existentes en la realidad. Bajo mi punto de vista, la redacción dada por la OCDE es inadecuada ya que el tenor literal de la cláusula permite a la Administración tributaria un amplio margen para concluir *razonablemente* que la motivación fiscal era *una de las principales*, con la consiguiente inseguridad para el contribuyente. El problema, en mi opinión, se encuentra en la utilización de la palabra “razonable” y el hecho de hablar de uno de los principales motivos sin tener en cuenta los efectos económicos relevantes que pueden surgir de la operación. No creo que el hecho de que la obtención de un beneficio fiscal sea también uno de los objetivos justifique denegar directamente su aplicación, siempre que se puede hablar de razones económicas predominantes. Y, aunque esta idea subyace en los comentarios de la OCDE, debe establecerse en el propio articulado, de forma inequívoca. Asimismo, se debería hacer una referencia expresa a la artificiosidad de las operaciones.

En segundo lugar, a nivel comunitario, la cláusula está basada en la existencia de dos elementos, la artificiosidad y la finalidad elusiva. Dicha cláusula ha recogido la jurisprudencia del TJUE en esta materia y, desde mi punto de vista, es mucho más acertada que la propuesta por la OCDE. Asimismo, se han incluido cláusulas en las

distintas directivas para favorecer la lucha contra el abuso de derecho mediante la planificación fiscal.

Por último, a nivel nacional, la cláusula antiabuso general prevista en nuestro ordenamiento elimina el elemento subjetivo y habla únicamente de la artificiosidad de las operaciones y los efectos producidos estas. Considero, por tanto, que la cláusula establecida a nivel interno español tiene una redacción mucho más adecuada que la establecida a nivel internacional ya que reduce notablemente la inseguridad jurídica para el contribuyente.

Con todo, sea la redacción más o menos acertada se puede decir que bajo las tres cláusulas subyace la idea de la necesidad de que exista un motivo económico válido y no se lleven a cabo operaciones artificiales para obtener beneficios fiscales.

4. BIBLIOGRAFÍA

4.1. Legislación

Constitución Española (BOE de 29 de diciembre de 1978)

Directiva (UE) 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 157/49, de 26 de junio de 2003)

Directiva (UE) 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (Diario Oficial de la Unión Europea 310/34, de 25 de noviembre de 2009)

Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 de enero de 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (Diario Oficial de la Unión Europea 21/1, de 28 de enero de 2015)

Directiva (UE) 2016/881 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 interior (Diario Oficial de la Unión Europea 146/8, de 3 de junio de 2016)

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 (Diario Oficial de la Unión Europea 193/1, de 19 de julio de 2016)

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. (BOE de 18 de diciembre de 2003).

Ley 36/2006 de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal (BOE de 30 de noviembre de 2006).

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE de 28 de noviembre de 2014).

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE de 16 de octubre de 1885).

Recomendación de la Comisión, de 6 de diciembre de 2012, sobre la planificación fiscal agresiva (Diario Oficial de la Unión Europea 338/2012, de 12 de diciembre de 2012)

Recomendación de la Comisión Europea 2016/136, de 28 de enero de 2016, sobre la aplicación de medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales (Diario Oficial de la Unión Europea 25/67, de 2 de febrero de 2016)

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea 326/47, de 26 de octubre de 2012)

4.2. Jurisprudencia

Sentencia del TJCE de 25 de julio de 1991 (asunto C-221/89).

Sentencia del TJCE de 4 de octubre de 1991 (asunto C-246/89).

Sentencia del TJCE de 17 de julio de 1997 (asunto C-28/95).

Sentencia del TJCE de 16 de julio de 1998 (asunto C-264/1996).

Sentencia del TJCE de 6 de junio de 2000 (asunto C-35/1998).

Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002 (asunto C-324/00).

Sentencia del TJCE de 11 de marzo de 2004 (asunto C-9/02).

Sentencia del TJCE de 7 de septiembre de 2004 (asunto C-319/2002).

Sentencia del TJCE de 7 de junio de 2005 (asunto C-17/03).

Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 2005 (asunto C-446/03).

Sentencia del TJCE de 21 de febrero de 2006 (asunto C-255/02).

Sentencia del TJCE de 12 de septiembre de 2006 (asunto C-196/04).

Sentencia del TJCE de 6 de marzo de 2007 (asunto C-292/2004).

Sentencia del TJCE de 13 de marzo de 2007 (asunto C-524/04).

Sentencia del TJCE de 5 de julio de 2007 (asunto C-321/05).

Sentencia del TJCE de 21 de febrero de 2008 (asunto C-425/06).

Sentencia del TJCE de 22 de mayo de 2008 (asunto C-162/07).

Sentencia del TJUE de 20 de mayo de 2010 (asunto C-352/08).

Sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 2011 (asunto C-126/10).

Sentencia del TJUE de 5 de julio de 2012 (asunto C-318/10).

Sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª, de 16 de octubre de 2013, rec. 1082/2011.

Sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª, de 22 de enero de 2014, rec. 1043/2011.

Sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª, de 23 de octubre de 2014, rec. 62/2012.

Sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª, de 21 de enero de 2015, rec. 345/2013.

Sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª, de 25 de febrero de 2015, rec. 341/2013.

Sentencia del TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de septiembre de 2012, rec. 6231/2009.

Sentencia del TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 9 de febrero de 2015, rec. 3971/2013.

Sentencia del TS, Sala 3ª, sección 2ª, de 24 de febrero de 2016, rec. 4134/2014

Sentencia del TS, Sala 3, de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de marzo de 2016, rec. núm. 1130/2014.

Sentencia del TSJ de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 abril 2001, rec. 1479/1998.

Sentencia del TSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª, de 22 de diciembre de 2014, rec. 15663/2013

4.3. Obras doctrinales

Báez Moreno, A. “La cláusula del propósito principal (*Principal Purpose Test*)” *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 404, noviembre de 2016, pp. 5-52.

Calderón Carrero, J.M. “La dimensión Europea del Proyecto BEPS: primeros acuerdos del ECOFIN, la aprobación del mecanismo de intercambio automático de “tax rulings”, y el Paquete Anti-Elusión Fiscal 2016” *Revista Quincena Fiscal*, 2016, núm. 6, pp. 119-154.

Carbajo Vasco, D. “Reflexiones, ciertamente escépticas, acerca del post-BEPS”. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, 2016, núm. 15, pp. 29-38.

Collado Yurrita, M.A. “Las fuentes del derecho tributario internacional”, Corral Guadaño, I. (coord.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, pp. 79-108.

Delgado Pacheco, A. “Algunas consideraciones sobre la norma general antielusión propuesta en la Acción 6 del Plan BEPS”. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, 2016, núm. 15, pp. 49-57.

Delgado Pacheco, A. “Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional”. *Nuevas tendencias en economía y fiscalidad internacional*. 2005, núm. 825.

Delgado Pacheco, A. Y Viñuales Sanabria, L.M. “El régimen fiscal de las entidades de tenencia de valores en el extranjero”, Corral Guadaño, I. (coord.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, 1205-1248

Díaz, S y De Cubas, T. “La Acción 6 del Plan BEPS y la Recomendación de la Comisión sobre abuso de convenios fiscales”. *Nota técnica, EY Abogados*. 2016

- García Prats, F.A. “Los modelos de convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición”. *Crónica Tributaria*, 2009, núm. 133, pp. 101-123
- Gutiérrez Lousa, M., “Las medidas antiabuso en la normativa doméstica: la subcapitalización”, Corral Guadaño, I. (coord.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, 1405-1437.
- Hernández Vázquez, O. y Justo Alonso, A. “Precios de transferencia”. *Cuadernos de Formación*, 2012, vol. 15.
- Hilling, A y Bundgaard, J. “Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators, Final Report”. *Taxation Papers*, 2016, núm. 2015: 61
- Jiménez-Valladolid De L’hotellerie-Fallois, D.J. “Evaluando BEPS: ¿es necesario un cambio de paradigma en la fiscalidad internacional? *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, 2016, núm. 15, p. 81-90.
- Lampreave Márquez, P., “Servicios financieros y financiación de grupos de empresas en la planificación fiscal internacional” *Revista Quincena Fiscal*, 2010, núm. 18 pp. 45-63
- Lefebvre, F. Memento práctico fiscal 2016. Ediciones Francis Lefebvre, SA.
- Maroto Sáez, A. “Medidas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional”. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, 2005, núm. 22, pp. 3-27.
- Martín Jiménez, A. “El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (“BEPS”): ¿el final, el principio del final o el final del principio?”. *Quincena Fiscal*, 2014, núm. 1.
- Martín López, J. “Planificación fiscal agresiva y normas antiabuso en el derecho de la Unión Europea: análisis de las últimas tendencias” *Quincena fiscal*. 2015, Vol. 8, pp. 41-91
- Nocete Correa, F. J. "¿Es posible una planificación fiscal lícita y socialmente responsable en la UE? Acerca del concepto europeo de planificación fiscal agresiva." *Quincena fiscal*, 2016, 5, pp. 113-149.
- OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OCDE Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>
- OCDE (2016), Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva, Acción 12 - Informe final 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre

la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, Éditions OCDE, Paris.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264267367-es>

OCDE (2016), *Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales, Acción 6 – Informe final 2015*, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, Éditions OCDE, Paris.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264257085-es>

OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>

Pachón Luna, A. “El *Treaty Shopping* como fenómeno de elusión fiscal internacional en los convenios de doble imposición suscritos por Colombia”, *Derecho Fiscal*, 2009, 101-130

Palomero Álvarez-Claro, R. “Las medidas antiabuso en la fiscalidad internacional”. *Cuadernos de Formación*, 2012, vol. 15, pp. 125-138.

Pérez Rodilla, G. “El régimen fiscal de los precios de transferencia (I): Introducción. Análisis de comparabilidad. Principio de libre competencia”, Corral Guadaño, I. (coord.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, pp. 835-861.

Prieto Jano, M^a J. “La planificación fiscal internacional y en el ámbito de la Unión Europea. La elusión fiscal”, *Revista de Estudios Europeos*, 2015, 11, pp. 121-134

Rubio Guerrero, J.J., “Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional”, Corral Guadaño, I. (coord.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, 47-74

Sanz Clavijo, A. “La obligación de revelar mecanismos de planificación fiscal agresiva: su posible configuración atendiendo al plan BEPS y a la experiencia de otros estados.” *Quincena Fiscal*, 2015, 20, 117-139

Vallejo Chamorro. J.M. Y Gutierrez Lousa, M., “Planificación fiscal internacional”, Corral Guadaño, I. (coord.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, 1179-1202

Van't Hek, K, García, J Y Moussali, D. *Comentarios al reporte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en su documento Base Erosion and*

Profit Shifting (BEPS) Accion 6: prevenir el conceder beneficios de tratados en circunstancias inapropiadas. México: Mancera, S.C, 2014

Vega Borrego, F.A. “Las medidas antiabuso en los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional”, Corral Guadaño, I. (coord.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, 1443-1475.

Vega Borrego, F.A. “Artículo 1. Ámbito de aplicación personal”. Ruiz García. J.R. y Calderón Carrero. J.M. (coord.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España.* Fundación Barrié. Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 2004, 90-132

Vega Borrego, F.A. *Las medidas contra el Treaty shopping. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición.* Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003

Yakimovsky, G., “BEPS: el mayor cambio en las reglas fiscales internacionales en una generación”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2015, núm. 913, p. 9