



FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS DEL PROYECTO BEPS:

Normativa sobre CFC y protección ante la planificación
fiscal agresiva.

Autor: José María Moreno Galarraga

4ºE-1-BL

Derecho Fiscal

Tutor: Pablo Andrés Hernández González-Barreda

RESUMEN

En el presente trabajo se trata de analizar el concepto de planificación fiscal agresiva desde la perspectiva del Proyecto BEPS de la OCDE de Erosión de Bases imponibles y Traslado de Beneficios, comparándolo con conceptos propios del ámbito fiscal como elusión, evasión fiscal o norma general antiabuso. Además, se realiza una comparación con la concepción de dichos conceptos en el ámbito europeo y en el ámbito español.

Analizados dichos términos generales, el trabajo pasará a comparar las recomendaciones sobre la normativa sobre Sociedades Extranjeras Controladas expuestas por la OCDE con el derecho comunitario y la Directiva 2016/1164 de la Unión Europea, tratando de discernir si se viola alguna de las libertades fundamentales del derecho comunitario.

PALABRAS CLAVE

Fiscalidad internacional, planificación fiscal agresiva, sociedad extranjera controlada, libertad de establecimiento.

ABSTRACT

In the present paper we would try to analyze the concept of aggressive tax planning from the perspective of the OECD BEPS Project of Base Erosion and Profit Shifting, comparing it with tax concepts such as avoidance, tax evasion or the concept of general anti-abuse rule. In addition, a comparison is made with the conception of these concepts in Europe and in Spain.

Analyzed these general terms, the paper will compare the recommendations on the regulations on Controlled Foreign Companies regimes exposed by the OECD with the community law and Directive 2016/1164 of the European Union, trying to discern if any of the fundamental freedoms of the European Union are violated.

KEYWORDS

International taxation, aggressive tax planning, controlled foreign company, freedom of establishment.

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	5
1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA.....	9
2.1. Aproximación al concepto.....	9
<i>2.1.1. La planificación fiscal lícita e ilícita.....</i>	<i>9</i>
<i>2.1.2. Causas de la aparición del concepto.....</i>	<i>10</i>
<i>2.1.2.1. Asimetrías entre sistemas tributarios.....</i>	<i>11</i>
<i>2.1.2.2. Falta de transparencia e información.....</i>	<i>12</i>
<i>2.1.3. Concepto de la planificación fiscal agresiva en BEPS y opinión de la doctrina.....</i>	<i>13</i>
<i>2.1.4. Delimitación de la elusión y la evasión fiscal.....</i>	<i>15</i>
2.2. Aproximación al concepto desde la perspectiva de la Unión Europea.....	16
<i>2.2.1. Tratamiento de la planificación fiscal agresiva anterior a la Directiva 2016/1164.....</i>	<i>17</i>
<i>2.2.1.1. La jurisprudencia del TJUE: concepto de abuso en relación con el Mercado interior.....</i>	<i>17</i>
<i>2.2.1.2. El concepto de norma general anti-abuso.....</i>	<i>18</i>
<i>2.2.2. El concepto de planificación fiscal agresiva en la Directiva 2016/1164.....</i>	<i>20</i>
2.3. Breve mención sobre la jurisprudencia española con respecto a la planificación fiscal agresiva.....	21
2.4. Formas de combatir la planificación fiscal agresiva.....	23
2.5. Conclusiones.....	24

3. LA NORMATIVA CFC (“CONTROLLED FOREIGN COMPANIES”) Y DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL	26
3.1. Introducción	26
<i>3.1.1. Origen histórico de la normativa sobre CFC</i>	27
3.2. Análisis de la Acción 3 del plan BEPS y su comparación con la ATAD ...28	
<i>3.2.1. Tipo de entidad y control ejercido sobre la misma</i>	30
<i>3.2.2. Tipos de rentas a imputar y tests para identificar las mismas</i>	32
<i>3.2.3. Otras consideraciones a tener en cuenta en la comparación entre la Acción 3 y la ATAD.</i>	35
3.3 Análisis de la comparación entre la ATAD y la Acción 3 con el derecho comunitario: ¿se pueden llegar a violar alguno de los derechos fundamentales de la Unión Europea?	36
<i>3.3.1. La problemática de las recomendaciones del proyecto BEPS y el derecho comunitario.</i>	36
<i>3.3.2. ¿Respeto la ATAD lo expuesto por el TJUE?</i>	38
3.4 Normativa española y análisis a la luz de BEPS y la Directiva	39
<i>3.4.1. Consideraciones en cuanto al tipo de entidad controlada extranjera y el control de la misma ejercido por la sociedad matriz</i>	40
<i>3.4.2. Tipos de rentas a imputar</i>	43
<i>3.4.2.1. Renta total de la CFC como imputable</i>	43
<i>3.4.2.2. Rentas a imputar por naturaleza</i>	44
3.5 Conclusión	45
FUENTES DE INVESTIGACIÓN	47

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ATAD	Anti Tax Avoidance Directive, Directiva 1164/2016 del Consejo de la Unión Europea, 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.
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting, Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios
CFC	Controlled Foreign Companies
EEUU	Estados Unidos
UE	Unión Europea
IS	Impuesto de Sociedades
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIS	Ley del Impuesto de Sociedades
OCDE	Organización para la cooperación y el desarrollo económico
PFA	Planificación fiscal agresiva
TFI	Transparencia Fiscal Internacional
TFUE	Tratado Fundacional de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
SEC	Sociedad Extranjera Controlada.

1. INTRODUCCIÓN.

La aparición de nuevos conceptos en el ámbito fiscal como la planificación fiscal agresiva en los últimos años y el uso de los mismos por organismos internacionales como la OCDE o la UE es uno de los indicios más claros de que el panorama fiscal internacional está sufriendo profundos cambios en el mundo actual.

La globalización ha conseguido que el mundo empresarial se internacionalice y que las grandes empresas basen su negocio en diferentes países, formando complejas estructuras societarias en las cuales es complicado conocer realmente la tributación de las mismas en los diferentes estados y las estrategias fiscales que dichas multinacionales utilizan para obtener un beneficio fiscal. Es un hecho a percibir por cualquier persona que la globalización provoca que dichas multinacionales busquen la forma de ser competitivas con respecto a las demás empresas. Esa búsqueda de competitividad está muy presente en las diferentes estrategias que dichas empresas utilizan para obtener el mayor beneficio posible de su actividad. En concreto, y después de la crisis económica que comenzó en 2008, es patente la preocupación de las mismas en cuanto a ahorrar la mayor cantidad de capital posible en todos los ámbitos en los que está presente. En este contexto es donde surgen las actuaciones que confieren el ahorro de capital en el ámbito fiscal.

El hecho de que los sistemas fiscales tradicionales¹ de cada Estado estén centrados en su propio ámbito nacional y sin tomar en consideración el carácter transnacional de dichas empresas actuales ha propiciado un contraste² en el paradigma fiscal en el cual resulta muy sencillo³ para cualquier entidad establecer una sociedad en un lugar donde la tributación sea mínima y donde poder trasladar los beneficios de toda la entidad para obtener un gran beneficio fiscal.

En este contexto es donde surgen todas aquellas normas implementadas a lo largo de los últimos años para conseguir crear un Derecho fiscal internacional eficiente y que se corresponda con el panorama actual. Así, una de las medidas más importantes que ha

¹ Uno de los problemas fundamentales de estos sistemas es el análisis *a posteriori* del cumplimiento de la obligación tributaria que supone un inconveniente cuando la obligación a tributar es tan compleja como la de dichas estructuras societarias. Calderón Carrero, J.M., Quintas Seara, A., “Una aproximación al concepto de “planificación fiscal agresiva” utilizado en los trabajos de la OCDE”, *CEF Revista de Contabilidad y Tributación*, 394, 2016, p. 48.

² Sanz Gadea, E.: “La Directiva Antiabuso (I)”, *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, n. 403, 2016, p. 47.

³ Lago Montero, J. M., “Planificación fiscal agresiva, BEPS y litigiosidad”, *Ars Iuris Salmanticensis*, v. 3, 2015, p. 57.

presentado la OCDE es el Plan BEPS (*“Base Erosion and Profit Shifting”*, que se traduce como “Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios”), mediante el cual se pretende luchar⁴ contra dichas prácticas empresariales abusivas con 15 acciones diferentes que se sitúan como recomendaciones a seguir para los estados miembros. Es aquí donde se especifica que dicha lucha debe estar enfocada a todas aquellas actuaciones de los contribuyentes que entren dentro de la denominada “planificación fiscal agresiva”.

Nuestro estudio quedará dividido en dos grandes partes. Por un lado, el reciente desarrollo del concepto de planificación fiscal agresiva, que ha cobrado un papel muy relevante, aunque sin clara definición, hace que sea necesario el análisis de la definición del mismo. Dicha definición nos ayudará a comprender contra qué actuaciones se pretende luchar en el ámbito fiscal internacional. Además, su cercanía con otros conceptos como la elusión fiscal o la evasión fiscal supone un análisis de los mismos para clarificar lo que se puede considerar como PFA. Además, nos concierne especialmente la interpretación de dicho concepto en el ámbito europeo, ya que con la llegada de la Directiva Anti-Abuso se deben aclarar ciertos detalles sobre si el establecimiento de una norma anti-abuso general afecta al concepto de PFA como tal y si esto es compatible con lo expuesto por la OCDE. Así, compararemos la Directiva y el proyecto BEPS para observar si existen diferencias entre ambos a este respecto y las formas que proponen de evitar las conductas que se engloban en la PFA. Además, observaremos los resultados de seguir dichas recomendaciones en el ámbito español ya que, por cercanía, son los que más nos interesan.

Establecer la delimitación de la planificación fiscal agresiva nos permitirá entender el régimen normativo sobre sociedades extranjeras controladas, una de las medidas propuestas para la lucha contra las actuaciones que engloban la PFA. El hecho de que las empresas tiendan cada vez más a su internacionalización supone la creación de estructuras societarias con filiales en diferentes países que dependen de una sociedad matriz. Esto crea complejos entramados empresariales difíciles de controlar en cuanto a tributación se refiere. Así pues, gran cantidad de empresas sitúan sus filiales en Estados con un tipo impositivo más bajo con el objetivo de pagar menos impuestos, dando lugar a una erosión de la base imponible en la sociedad matriz y un traslado de beneficios a la filial extranjera que no tiene una verdadera actividad económica. El proyecto BEPS plasma su preocupación por este tipo de planificación fiscal agresiva en su Acción 3. El problema

⁴ OCDE, Nota explicativa, Proyecto OCDE/G20 de Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios, OCDE, 2015, p. 5.

surge cuando tanto la acción 3 como la ATAD pueden contravenir algunos de los objetivos del TJUE en la lucha contra la PFA. Además, y en relación con la PFA, la normativa sobre CFC nos permite discernir qué tipo de actuaciones que se llevan a cabo para la obtención de un ahorro fiscal pueden ser consideradas ilícitas dentro del marco internacional.

2. PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA.

2.1. Aproximación al concepto.

2.1.1. La planificación fiscal lícita e ilícita.

La planificación fiscal lícita o “economía de opción”⁵ puede ser definida como aquellas acciones permitidas y contempladas por el ordenamiento tributario en las que el contribuyente busca un ahorro fiscal mediante la elección entre diferentes opciones de tributación para un mismo supuesto⁶. Por tanto, la planificación fiscal lícita es algo legítimo y permitido por el ordenamiento y que es utilizado por los contribuyentes para optimizar la factura fiscal en el momento de tributar. El problema surge cuando dicha planificación abusa del ordenamiento y de sus normas y se aprovecha de ciertas incongruencias en el mismo para obtener un beneficio fiscal que no está contemplado en el ordenamiento y que produce efectos indeseados por la norma tributaria. Esta es la que se denomina comúnmente como planificación fiscal ilícita, aquellas prácticas que buscan un ahorro fiscal que van en contra del espíritu o finalidad de la norma⁷. Así, un gran número de multinacionales⁸ actuales utilizan su complejidad societaria como ventaja para ocultar dichas prácticas o para obtener un ahorro fiscal ilícito que supone un menoscabo para los gobiernos de los diferentes estados donde se producen los beneficios de esas empresas pero no se tributan debido al traslado de los mismos a otras jurisdicciones. Es en este contexto donde surge el concepto de “planificación fiscal agresiva”, el cual se sitúa a caballo entre los dos anteriores. Se puede dar una aproximación al concepto del

⁵ Parte de la doctrina utiliza estos dos conceptos como sinónimos. Marín Benítez, G., *¿Es lícita la planificación fiscal? Sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario*, Thomson Reuters, Madrid, 2013, p. 41.

⁶ Lucas Durán, M., “La planificación fiscal y sus límites: cuestiones sustantivas y procedimentales de las cláusulas generales anti elusivas previstas en la LGT”, en Merino Jara, I. (coord.), Manzano Silva, M. (coord.), Aguas Alcalde, E. (coord.), *Procedimientos tributarios: aspectos prácticos*, Bosch Editor, Madrid, 2014, p.p. 38-39.

⁷ Calderón Carrero, J.M., Quintas Seara, A., ob. Cit., p. 50.

⁸ La OCDE estima que “la pérdida recaudatoria en el impuesto sobre sociedades estaría entre un 4 y un 10% de la recaudación global por este impuesto, es decir, de 100 a 240 mil millones de dólares anuales”. OCDE, Nota explicativa, ob. Cit., p. 5.

mismo estableciendo que es aquella planificación que cumple la ley pero utiliza ciertos defectos intencionadamente⁹.

Dichas prácticas, en teoría legítimas, son las que han hecho despertar el estado de alarma en el ámbito fiscal internacional, ya que sería difícil sancionar las mismas si realmente no se está incumpliendo ninguna norma. Es, por ello, que creemos necesario el análisis de este concepto y las prácticas que entrarían dentro del mismo, ya que nos permitirá conocer realmente su significado y alcance. Sin embargo, dicho análisis no está exento de problemas, ya que supone un conflicto entre sancionar ciertas acciones que son moralmente erróneas y el principio de seguridad jurídica que rige a cualquier estado democrático. Cabe destacar que, además de la globalización, la crisis económica¹⁰ ha creado una situación de demonización hacia las grandes empresas, en la que la opinión pública ha criticado a las mismas por poseer medios y mecanismos muy sencillos para poder pagar menos impuestos, siendo los contribuyentes menores los que carguen con la mayor carga tributaria¹¹. Esta culpabilización hacia las grandes empresas¹² podría provocar un menoscabo de la seguridad jurídica de los contribuyentes y es, cuanto menos, cuestionable, que esto ayude a crear un mejor clima fiscal internacional, ya que debemos recordar que el objetivo de cualquier empresa es el de obtener el mayor beneficio posible dentro de la legalidad¹³.

2.1.2. Causas de aparición del concepto y de las prácticas aparejadas al mismo.

Como hemos establecido, una de las formas de aproximarnos al concepto de PFA es estableciendo qué tipo de situaciones se han dado en los ya mencionados sistemas fiscales

⁹ Marín Benítez, G., “El concepto de planificación fiscal agresiva en BEPS: una visión comparada con los conceptos de abuso de Derecho de la Unión y Derecho español” en Almodí Cid, J.M. (coord.), *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*, Aranzadi, Madrid, 2017, p. 86.

¹⁰ Sanz Gadea, E., ob. Cit., p. 45.

¹¹ Lago Montero, J. M., ob. Cit., p. 57.

¹² López Tello, J., “Los informes finales del proyecto BEPS y la propuesta de Directiva contra la elusión fiscal”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 43, 2016, p. 37.

¹³ Autores como Marín Benítez dividen al arbitraje fiscal entre arbitraje fiscal normal, puro e internacional, siendo este último el que se basa en incongruencias entre sistemas diferentes. Marín Benítez, G., “El concepto de planificación fiscal agresiva en BEPS: una visión comparada con los conceptos de abuso de Derecho de la Unión y Derecho español”, ob. Cit., p. 89.

“tradicionales” que han provocado la aparición de las actuaciones que engloba la planificación fiscal agresiva.

2.1.2.1. Asimetrías entre sistemas tributarios.

Así, se sitúa a la descoordinación¹⁴ entre dichos sistemas como principal causa de que las grandes empresas obtengan fácilmente un beneficio fiscal mediante el traslado de beneficios a otras jurisdicciones. Dicha descoordinación entre los sistemas se basa en el tratamiento diferente de ciertos supuestos de hecho que permiten a las empresas ingeniárselas para poder aplicar dichos supuestos de hecho recogidos en el sistema con menor tributación a sus actividades y, así, obtener el mayor ahorro fiscal posible.

Debido a dicha disparidad entre los diferentes ordenamientos, surgen ciertos conceptos como puede ser el arbitraje fiscal¹⁵. El arbitraje fiscal permite a las empresas optar por la opción más conveniente en una obligación tributaria¹⁶ entre varias jurisdicciones diferentes, aun cuando una se adapte mejor al supuesto de hecho concreto que la otra, pero se opte por esta última al suponer un mayor beneficio.

Estas diferencias mencionadas pueden producirse muchas veces por la competencia fiscal perniciosa entre jurisdicciones¹⁷. Los estados, con la intención de atraer la inversión de sociedades extranjeras, establecen ciertas ventajas o beneficios a aquellas empresas que sitúen su domicilio fiscal en dicho estado. Esto puede llegar a provocar un desajuste entre aquellos países con tipos impositivos más altos y aquellos con unos tipos más bajos, vaciando a los primeros de sociedades y empresas que tributen en los mismos y trasladando los beneficios de dichas sociedades y empresas a los países con los tipos impositivos más bajos, erosionando la base imponible¹⁸.

2.1.2.2. Falta de transparencia e información.

¹⁴ Sanz Gadea, E., ob. Cit., p. 44.

¹⁵ Se puede definir al arbitraje fiscal como el “Intento por obtener una ventaja a partir de la fijación de precios o de las situaciones de las tasas de interés que resultan de la existencia de impuestos”. Navarro, V., Arbitraje Fiscal, *leyderecho.org* (Disponible en <http://leyderecho.org/arbitraje-fiscal/> ; última consulta 03/04/2018).

¹⁶ Calderón Carrero, J.M., Quintas Seara, A., ob. Cit., p. 47.

¹⁷ Marulanda Otálvaro, H., *Propuestas de instrumentos jurídicos alternativos contra la competencia fiscal perniciosa entre estados*, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 2015, p. 27.

¹⁸ En cualquier caso, existe un tipo de competitividad fiscal permisible, como es el llevado a cabo por Irlanda, que se basa en regímenes más favorables dentro de la legalidad y que se utilizan ya que en otro caso todas las empresas se situarían en mercados más grandes como Francia o Alemania.

La competencia fiscal más común y contra la que la OCDE y la UE hacen especial hincapié es la que surge de los paraísos fiscales¹⁹. Los paraísos fiscales son estados que pueden ser definidos como Estados opacos de información en los que la obligación tributaria es mínima o nula en comparación con las demás jurisdicciones, otorgando una especial ventaja a aquellos contribuyentes no residentes de dicho paraíso²⁰. Por ello, la existencia de estos paraísos fiscales (de los cuales hablaremos más adelante en el apartado de normativa sobre CFC) provoca que sea sencillo para las multinacionales eludirse de sus obligaciones tributarias en su país de residencia al desconocer dicho país de residencia de su actividad en el paraíso fiscal. La falta de transparencia²¹ propia de los paraísos fiscales produce para la autoridad tributaria del país de residencia una gran dificultad en el momento de tratar de descubrir y discernir las estrategias fiscales de dichas empresas, provocando una sencillez excesiva para estas en eludirse de sus obligaciones tributarias de forma ilegítima.

Dicha falta de transparencia es una de las razones principales que establece la OCDE en su nota explicativa sobre el proyecto BEPS²². Por tanto, la PFA puede estar basada en la falta de información entre los sistemas tributarios que permite romper con el nexo entre la actividad realizada y los beneficios obtenidos y tributados en el estado extranjero²³.

Con todo ello, podemos concluir que la mayoría de las causas expuestas proceden de la descoordinación de los sistemas tributarios, dando pie a un panorama sencillo para las empresas en cuanto a obtener un beneficio fiscal. Sin embargo, cabe destacar que dicho beneficio fiscal no siempre es ilegítimo, y el hecho de que este gran cambio en la fiscalidad internacional (influenciado por la opinión pública) podría afectar de una forma perjudicial a todas aquellas empresas que tratan de conseguir dicho beneficio de una forma legítima (o que se consideraba legítima antes de la aparición del concepto de PFA)

¹⁹ Más propiamente denominados “tax havens”. inTernaTional MoneTary Fund, Issues in International Taxation and the Role of the IMF, Washington, 28 de junio de 2013, pág. 125, citado en Calderón Carrero, J.M., Quintas Seara, A., ob. Cit., p. 75.

²⁰ Prieto Jano, M. J., *La planificación fiscal internacional y en el ámbito de la Unión Europea. La elusión fiscal*, Dpto. de Economía Aplicada, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Valladolid, 1995, p. 125.

²¹ Ogea Ruiz, R., “La legislación española y los paraísos fiscales”, en Serrano Antón, F.: *Fiscalidad Internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005, citado en Lago Montero, J. M., ob. Cit., p. 58.

²² la falta de transparencia se combate, en parte, mediante la normativa CFC que estudiaremos en el siguiente apartado.

²³ Sanz Gadea, E., ob. Cit., p. 44.

y que, con las nuevas medidas, sufren una inseguridad jurídica por la cual deben asumir un menor riesgo fiscal para separarse de esa zona incierta que conforman las acciones de la PFA, pudiendo ser esto un ataque directo al principio de libertad de establecimiento y de competencia, ambos ampliamente reconocidos en el ámbito internacional.

2.1.3. Concepto de la planificación fiscal agresiva en BEPS y opinión de la doctrina.

Una vez cotejadas las posibles causas de la PFA conviene realizar un análisis del concepto en sí, ya que puede parecer que la PFA puede coincidir y solaparse en ciertos aspectos con el fraude o la elusión fiscal. Por ello, es necesario clarificar, además de sus causas, lo que se entiende como planificación fiscal agresiva.

La OCDE ha prestado atención a este concepto en los últimos años, aunque no existe una definición del mismo como tal²⁴. Además, la única definición que podríamos sacar del proyecto BEPS sería la de aquellas actuaciones que provocan la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Por ello, es necesario acudir a la doctrina para observar la aproximación que esta propone y que ayudará a clarificar el concepto.

Así, autores como Quintas Seara y Calderón Carrero²⁵ o Durán²⁶ proponen una definición de PFA que se basa en el menoscabo del “espíritu o finalidad” de la norma, evitando la ilegalidad de las actuaciones mediante la conformidad formal con la ley. Es decir, son las empresas las que interpretan la norma tributaria y la aplican de tal forma que cumplen con lo expuesto en ella pero producen un ahorro fiscal no contemplado por el legislador en el momento de la formación de dicha norma. Así pues, la base de las actuaciones que entrarían dentro de la PFA es una interpretación poco frecuente o inusual realizada por las empresas que se sale de lo considerado por el legislador en el momento de la formulación de la norma. Bajo nuestro juicio, el hecho de sancionar una práctica que

²⁴ Marín Benítez, G., ob. Cit., p. 90. La autora nombra una serie de documentos promulgados por la OCDE en la que se encuentra el concepto de PFA pero donde, según dicha autora, no hay una definición exacta. Si bien es cierto que en los mismos se habla de PFA, la OCDE no establece elementos definitorios del mismo, limitándose a formular técnicas y medidas para evitar las actuaciones que se consideran como PFA. Además, el concepto aparece en los planes de acción del proyecto BEPS pero no en los documentos finales.

²⁵ Calderón Carrero, J.M., Quintas Seara, A., ob. Cit., p. 52. Cabe destacar que dichos autores establecen dicha definición general como acepción que se ha dado a dicho concepto en el ámbito internacional.

²⁶ Lucas Durán, M., ob. Cit., p. 50. Dicho autor establece a la PFA dentro de lo que se considera en el ordenamiento español como fraude fiscal.

realmente no viola de una forma directa la ley tributaria puede provocar un esfuerzo desmedido por parte de los contribuyentes al tener que averiguar qué intención tiene el legislador en una norma en concreto. Esto, sumado al hecho de que el proyecto BEPS da una definición escueta de la PFA y se dedica únicamente a limitarla mediante las recomendaciones para combatirla, da una impresión de inexactitud en la concepción del término²⁷, algo que para ciertos autores²⁸ puede ser intencionado ya que podría provocar un alejamiento de este tipo de prácticas que se sitúan en una “zona gris” donde no se viola una norma de forma directa, sino que se viola la finalidad de la misma. Una vez más, el problema básico de la poca concreción del concepto es la falta de seguridad jurídica que puede provocar.

Además, la doctrina plantea la cuestión de si se debe considerar a la PFA como una nueva categoría jurídica. Existe cierto consenso en el hecho de que la PFA no debería considerarse como una nueva categoría jurídica a caballo entre la economía de opción y la elusión fiscal. Así, autores como Sanz Gadea²⁹ establecen que, acuñar a la PFA como término jurídico, podría provocar un importante desorden en la aplicación de la norma tributaria, al basarse las prácticas propias de la PFA en el incumplimiento de la finalidad de la ley. Por ello, se establece a la PFA como un concepto político³⁰, que se utiliza por organismos como la OCDE para provocar una reacción, no solo en aquellos contribuyentes que se sitúan en la “zona gris” antes mencionada, sino también en las

²⁷ Autores como González de Frutos establecen que el ordenamiento de Estados Unidos sí que posee ciertos elementos definitorios de lo que se denomina “Tax Shelter”, cuya traducción literal sería “refugio fiscal” pero que el mismo autor traduce más correctamente como “asesoría agresiva”. Entre dichos elementos incluye: una transacción que produce diferencias entre el beneficio fiscal y el beneficio contable; una minuta abultada por los asesores o una participación en el “artificio” por parte de contribuyentes no vinculados al inversor. *The Problem of Corporate Tax Shelters. Discussion, analysis and legislative proposals.* (“*Department of the Treasury, 1999, pág. 8.*”) Dicho término tiene relación con la PFA, ya que se establecen como tax shelters aquellas transacciones artificiosas que tienen como objetivo conseguir un beneficio fiscal poco frecuente o inusual para una obligación tributaria concreta. González de Frutos, U., “La expansión y control de Tax Shelters en los Estados Unidos”, *Crónica Tributaria*, 122, 2007, p. 94.

²⁸ Marín Benítez, G., ob. Cit., p. 87. La autora expone una necesidad de cambio por parte de las empresas en la concepción de su fiscalidad que, a nuestro juicio, supone un cambio en la intención de los contribuyentes a la hora de establecer una estrategia fiscal, dejando de lado su propósito de obtener el mayor beneficio fiscal posible y adaptándose a las nuevas fronteras de lo que se considera como legítimo e ilegítimo.

²⁹ Sanz Gadea, E., ob. Cit., p. 54-55. El propio autor establece más adelante que como mucho podría considerarse a la PFA como una “pseudocategoría” que entraría dentro de la elusión fiscal pero que no entraría en el ámbito de aplicación de las normas fiscales. *Ibid*, p. 56.

³⁰ Calderón Carrero, J. M., Quintas Seara, A., ob. Cit., p. 52.

administraciones tributarias y los diferentes estados para que estos cambien y modifiquen las leyes tributarias para adaptarse a dichas prácticas “moralmente” ilícitas³¹.

A nuestro entender, la moralidad de la sociedad del momento no debería influir tanto a la hora de regular el ámbito fiscal internacional ya que, aunque uno de los objetivos primarios del Derecho siempre ha sido el de estar al servicio de la sociedad del momento, existen ocasiones en las que la opinión mayoritaria se basa en juicios de valor poco fundados y que distorsionan la realidad jurídica de tal forma que son los propios legisladores y expertos los que intentan complacer a dicha mayoría mediante la sanción de prácticas legales pero moralmente cuestionables. Sin embargo, será el Parlamento el que decida hasta qué punto el ordenamiento tributario estará influenciado por dicha moralidad.

En cualquier caso, cabe recordar que el concepto de PFA pertenece a lo que se denomina como “soft law³²”, ya que las recomendaciones de la OCDE no son, como tal, obligatorias para los estados. Dicho “soft law” necesitará leyes y normas auténticas para su verdadera inclusión en el ordenamiento jurídico³³.

Por ello, resulta necesario acudir a lo que se denomina como “hard law” para conocer la aplicación de la PFA en el ordenamiento jurídico. Así, acudiremos, a continuación, a analizar la consideración de este concepto en la Unión Europea y en el ordenamiento español, así como su relación con los conceptos de elusión y fraude fiscal.

2.1.4. Delimitación de la elusión y la evasión fiscal.

La diferencia entre fraude o evasión y elusión fiscal es una discusión constante entre los autores, ya que dicha diferencia depende del contexto en el que se utilicen dichos conceptos y de la acepción que se le dé a los mismos. Esto, unido a la aparición de la PFA hace necesario la comparación de dichos conceptos para poder discernir a que se refiere la Unión Europea al hablar sobre elusión o abuso fiscal y poder delimitar el concepto de PFA de una forma más eficaz.

³¹ Cabe destacar que autores como Almudí Cid utilizan la relación entre la justicia y la capacidad económica para definir a la PFA. Marín Benítez, G., ob. Cit., p. 106-117.

³² Panayi, C. H., “Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?”, Intertax, vol. 43, núm. 10, 2015, citado en Sanz Gómez, ob. Cit., p. 256

³³ Calderón Carrero, J. M., Quintas Seara, A., ob. Cit., p. 52. ;

Sería conveniente establecer una definición general y aceptada por gran parte de la doctrina de estos dos conceptos. Así, se puede definir al fraude o abuso fiscal como la transgresión directa de la literalidad de la norma tributaria³⁴, evitando el presupuesto de hecho de la norma correspondiente y reduciendo o anulando el pago del tributo correspondiente a la actividad realizada por el contribuyente. Por ello, el abuso fiscal son todas aquellas acciones llevadas a cabo por los contribuyentes que constituyen una clara violación del ordenamiento y que se consideran ilegales e ilegítimas. En cambio, la elusión fiscal³⁵ podría ser definida como el ahorro fiscal ilegítimo que se obtiene mediante la utilización de mecanismos o instrumentos poco frecuentes e inusuales para ese supuesto de hecho en concreto³⁶, “violando” la finalidad de la norma tributaria, pero no su literalidad.

Como ya hemos establecido, la PFA se sitúa paralelamente a estos conceptos debido a su carácter político. Por tanto, podríamos decir que las prácticas de PFA pueden incluir a las del abuso fiscal y a las de elusión fiscal.

2.2 Aproximación al concepto desde la perspectiva de la Unión Europea.

El tratamiento de los conceptos de PFA, elusión y evasión fiscal en la Unión Europea difiere en ciertos aspectos de las definiciones doctrinales. Dichos términos se estipulan en base a la intención de la UE de promover el mercado interior³⁷, siendo una tarea complicada armonizar dichos conceptos al poseer cada Estado miembro su propio sistema fiscal.

³⁴ Lampreave Márquez, P., “Las doctrinas judiciales norteamericanas de anti-abuso fiscal (con especial consideración a la reciente codificación de la doctrina sobre los acuerdos artificiales en la Unión Europea”, *Quincena Fiscal*, 21, 2011, p. 90.

³⁵ Cabe destacar que autores como Prieto Jano define a la elusión fiscal como aquellas prácticas que utilizan dichas prácticas inusuales pero que no siempre serán ilegítimas, dependiendo este hecho del tipo de mecanismos o prácticas utilizados. Prieto Jano, M. J., ob. Cit., p. 124.

³⁶ Palao Taboada, C.: “La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal, *Lex Nova*, 2009, citado en Lampreave Márquez, P., ob. Cit., p. 91.

³⁷ Sanz Gómez, R., ob. Cit., p. 251.

2.2.1. Tratamiento de la planificación fiscal agresiva anterior a la Directiva 2016/1164.

Cabe diferenciar, en primer lugar, la diferente concepción de los términos antes y después de la Directiva 2016/1164, ya que esta supone un cambio en dicha concepción y una aplicación al ámbito de la UE de los términos generales del proyecto BEPS.

2.2.1.1. La jurisprudencia del TJUE: concepto de abuso en relación con el Mercado interior.

Encontramos, en la jurisprudencia del TJUE, un primer acercamiento a todos estos conceptos desde la perspectiva de promover el Mercado interior en la UE. Así, destaca la sentencia Halifax del TJUE³⁸, en la cual Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd y County Wide Property Investments Ltd trataron de obtener una ventaja fiscal mediante una deducción del IVA que les correspondía. En esta Sentencia el TJUE estableció que aquellas operaciones que tenían como única finalidad obtener una ventaja fiscal pero que se sitúen dentro de los criterios objetivos de la norma correspondiente³⁹ podían ser aceptadas siempre que no se basaran prácticas abusivas. Es decir, una práctica abusiva será aquella que tiene como propósito esencial la de obtener una ventaja fiscal y que, además, es contraria a la finalidad de la norma en cuestión⁴⁰.

Así pues, podemos observar que en materia de ámbitos armonizados en la UE en cuestiones fiscales (como el IVA), corresponde a los estados limitar el fraude en materia del IVA siempre que dichos límites no afecten a la neutralidad del impuesto⁴¹ y estén justificados por el interés de los propios estados, y que dichas limitaciones se interpreten de forma estricta⁴².

En ámbitos no armonizados, destaca la relación entre la limitación del derecho de libre establecimiento de la UE⁴³ mediante cláusulas nacionales anti-elusión específicas. En la

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) C-255/02, de 21 de febrero de 2006,

³⁹ Ibid, apartado 72.

⁴⁰ Ibid, apartado 74, apartado 81. Se menciona en dicho apartado el apartado 58 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) C-110/99, de 14 de diciembre de 2000.

⁴¹ Ibid, conclusión, pp. 11616-11617.

⁴² Sanz Gómez, ob. Cit., p. 254.

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia C-264/96, caso Imperial Chemical Industries, de 16 de julio de 1998, apartado 21.

sentencia Imperial Chemical Industries, el TJUE declaró que aquellas normas de un Estado miembro que limitaran algún derecho reconocido como fundamental en la UE debían estar justificadas por razones de interés general. Autores como Sanz Gómez establecen que el término sobre “montajes puramente artificiales” aparece por primera vez en dicha sentencia⁴⁴.

En la sentencia de Cadbury Schweppes⁴⁵, el TJUE declaró que no se pueden gravar los beneficios de una SEC a la sociedad matriz en el estado de residencia de esta por el simple hecho de que el pago en el otro estado sea menor, siempre que dicha sociedad filial posea una actividad económica real y no sea un montaje artificial para obtener un beneficio fiscal. Así pues, podemos observar que en esta sentencia el TJUE establece dicho concepto presentado en Imperial Chemical Industries, especificando que se considerará como abuso fiscal el uso de estructuras artificiales sin una actividad económica real más allá de la de obtener un beneficio fiscal⁴⁶. Una vez más, el TJUE establece que para que un Estado pueda imponer medidas anti-elusión específicas, se necesita un menoscabo al interés del estado mediante la prevención del abuso fiscal.

Por tanto, para el TJUE el abuso fiscal puede definirse mediante dos elementos: por un lado, el detrimento a la finalidad de la norma fiscal y, por otro, la utilización de medios artificiales cuya única finalidad es la obtención de una ventaja fiscal⁴⁷ y la inexistencia de sustancia económica.

2.2.1.2 El concepto de norma general anti-abuso.

Consideramos que es necesario, además, analizar aquellas recomendaciones propias de la UE que se refieren a este tipo de prácticas. Así, destacan la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de mayo de 2013, sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal

⁴⁴ Sanz Gómez, ob. Cit., p. 254. Dicha mención se encuentra en el apartado 26 de la sentencia anteriormente citada.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) C-196/04, de 12 de septiembre de 2006.

⁴⁶ Ibid, p. 8054. Cabe destacar que este caso se refiere a la aplicación del abuso fiscal a las sociedades extranjeras controladas que analizaremos en la segunda parte del presente trabajo.

⁴⁷ Sanz Gómez, ob. Cit., p. 255.

y los paraísos fiscales⁴⁸, y la Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 sobre la planificación fiscal agresiva⁴⁹.

En la Recomendación de la Comisión de 2012, se establece una definición general de PFA, que expone que serán todas aquellas actividades enfocadas a la transmisión de beneficios a territorios con un menor tipo impositivo mediante mecanismos que son contrarios al espíritu de la ley⁵⁰. Esta definición se ve completada con una GAAR (cláusula general anti-abuso) en la cual se explica que “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”⁵¹. Así, es clara la influencia que tiene el TJUE en referencia a aquellas prácticas consideradas como abusivas en el ordenamiento, tanto por el rechazo a los mecanismos “puramente artificiales” como por el detrimento del objetivo o “espíritu” de la ley tributaria.

No es hasta la Resolución de 2013 donde se establece una diferencia más o menos clara de los tres conceptos de evasión, elusión y PFA. Así, en dicha resolución, se considera al fraude o evasión fiscal como la no-realización de las responsabilidades fiscales, a la elusión como aquellas prácticas que son legales pero ilegítimas al utilizar mecanismos poco frecuentes para obtener un beneficio fiscal y a la PFA como el aprovechamiento de las diferencias en el tratamiento de un hecho imponible en dos estados⁵².

Por tanto, juntando lo expuesto por el Parlamento, la Comisión y el TJUE, y relacionando los conceptos de abuso del TJUE y de norma general anti-abuso, la PFA puede quedar limitada a aquellas actividades que suponen la utilización de mecanismos artificiales y que se aprovechan de oportunidades de arbitraje fiscal.

A nuestro parecer, la diferencia que se realiza en la Resolución entre elusión y PFA no es necesaria, ya que ambos están estrechamente relacionados y, como ya hemos expuesto, la PFA debería considerarse como un término político y no como una nueva categoría jurídica. En cualquier caso, mediante la jurisprudencia del TJUE podemos observar que la delimitación de estos conceptos se centra en la lucha contra el abuso fiscal que surge

⁴⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de mayo de 2013, sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales (2013/2060(INI)) (2016/C 055/07).

⁴⁹ Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 sobre la planificación fiscal agresiva (2012/772/UE).

⁵⁰ *Ibid*, apartado 2.

⁵¹ *Ibid*, artículo 4.

⁵² Resolución del Parlamento Europeo, apartado D, p. 55.

del menoscabo de la finalidad de la norma y de la utilización de mecanismos artificiales carentes de actividad económica real.

2.2.2. El concepto de planificación fiscal agresiva en la Directiva 2016/1164.

La importancia de la Directiva radica en el hecho de ser el documento que transforma las recomendaciones del proyecto BEPS en “hard law”, es decir, en una serie de normas que deberán ser transpuestas por los Estados miembros a sus sistemas tributarios antes del 1 de enero de 2019. Además, es en la Directiva ATAD donde encontraremos las conclusiones a lo expuesto por el TJUE, la Comisión y el Parlamento en relación con la elusión fiscal y el abuso fiscal. Cabe destacar, antes de comenzar con el análisis, que el término “planificación fiscal agresiva” no es utilizado en toda la Directiva, sustituyendo al mismo por “planificación fiscal abusiva”⁵³. Bajo nuestro juicio, la no-utilización de dicho concepto puede deberse a la intención de la Directiva de situar al mismo en el ámbito político y no en el fiscal y normativo y, así, poder clarificar que dicho concepto no constituye una nueva categoría jurídica como tal.

Lo que nos interesa para la delimitación del concepto de elusión y evasión fiscal es el artículo 6 de la Directiva, la “cláusula general antiabuso” o GAAR, ya que supone la recogida en un mismo documento de los conceptos desarrollados anteriormente en la UE. De esta forma, la intención de la Directiva es unificar, de cierta forma, el concepto de norma general anti-abuso en los Estados, sancionando las mismas prácticas en los mismos. Obviamente, este objetivo es cuanto menos tedioso debido a la disparidad de regímenes fiscales en ámbitos no armonizados que existen en los diferentes Estados miembros. Por ello, la cláusula anti-abuso del artículo 6 puede considerarse como un “catch-all mechanism”⁵⁴ que será utilizada para llegar a todas aquellas prácticas que no quedan cubiertas por las cláusulas específicas de los Estados miembros. Esto no significa que se anule la validez de una cláusula general anti-abuso previa de un Estado miembro, sino que dicha cláusula se deberá adaptar al artículo 6 y a la jurisprudencia del TJUE para no ser excesivamente restrictiva⁵⁵. Cabe preguntarnos, en ese caso, qué interpretación

⁵³ Directiva 2016/1164, ob. Cit., párrafo 3 de la introducción.

⁵⁴ Calderón Carrero, J. M., Martín Jiménez, A., ob. Cit., p. 30.

⁵⁵ Ibid, pp. 30-31.

debería dar el TJUE en un caso concreto en el cual se deba utilizar una norma general anti-abuso de un Estado⁵⁶.

En la cláusula de la Directiva se hace patente, una vez más, la lucha contra estructuras artificiales que posean como objetivo la obtención de una ventaja fiscal y que carezcan de una realidad económica válida. El concepto de “actividad económica válida” y de “estructura artificial” se usarán acordes con lo expuesto por el TJUE⁵⁷.

Por tanto, y para concluir, la UE basa el análisis del concepto de PFA en su lucha contra el abuso fiscal, con un especial hincapié en la armonización del mismo en todos los Estados miembros y que se base en dos elementos: la utilización de mecanismos infrecuentes e inusuales para obtener una ventaja fiscal y que dichos mecanismos no posean una realidad económica válida. En nuestra opinión, la UE ha querido englobar todas aquellas aptitudes de las empresas que pueden considerarse en la zona gris en la que se mueve la PFA como abuso fiscal, pudiendo acudir a la GAAR de la directiva siempre que se sospeche de la ilegitimidad de ciertas prácticas pero no se establezca una norma específica para combatir las mismas. A nuestro juicio, esto podría suponer un ataque a las libertades individuales y, una vez más, a la seguridad jurídica debido a la falta de especificación. En cualquier caso, serán los estados los que se encarguen de legislar al respecto y la jurisprudencia del TJUE la que se deba pronunciar en este sentido.

2.3. Breve mención sobre la jurisprudencia española con respecto a la planificación fiscal agresiva.

Realizaremos una breve mención al concepto de planificación fiscal en el ámbito de la jurisdicción nacional y la influencia del proyecto BEPS en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Hay que comenzar explicando que en la normativa española el concepto de una

⁵⁶ Autores como Calderón Carrero han expuesto que esto supondría una excesiva litigación al tener que enfocar el sistema fiscal de un Estado concreto al entendimiento del TJUE para que este pudiera comprenderlo e interpretarlo. Ibid, p. 34.

⁵⁷ En un principio, parece que la Directiva no viola lo expuesto por el TJUE ni ninguno de los principios fundamentales de la UE. Sin embargo, parte de la doctrina opina que la discrecionalidad del legislador puede haber sido excesiva y que dicho problema no ha sido resuelto. Sanz Gómez, R., ob. Cit., p. 258.

planificación fiscal ilícita se engloba en lo que se considera fraude de ley⁵⁸. Sin embargo, cabe destacar que en el caso de tratarse de una actividad fraudulenta en el ámbito fiscal, la jurisprudencia ha optado por considerar mucho más importante el hecho de utilizar engaños o estructuras falseadas que el hecho de que el obligado tributario tenga la intención de defraudar⁵⁹.

Además, el Tribunal Supremo ha ahondado en el hecho de condenar dichas estructuras falseadas⁶⁰ que buscan una ventaja fiscal ilícita como fraude de ley y, por tanto, como una práctica ilegal⁶¹. Cabe destacar la precocidad de la jurisprudencia española en este ámbito, condenando este tipo de prácticas mucho antes de que saliera a la luz el proyecto BEPS o la Directiva. Esto no significa que las recomendaciones y sugerencias de uno y otro no hayan influido en el ordenamiento español, ya que en sentencias recientes se utilizan dichas recomendaciones como base para condenar este tipo de prácticas abusivas que buscan un beneficio fiscal⁶².

Cabe destacar que el Tribunal Supremo aclaró en una de sus sentencias⁶³ que este tipo de actuaciones suponen complejos mecanismos que se deben analizar en profundidad y caso por caso, observando las circunstancias en cada uno de los casos. Esto supondría una gran carga administrativa que podría ser poco factible en un futuro ya que supondría un análisis demasiado amplio de cada caso.

A modo de mención, cabe destacar que el proyecto BEPS y las diferentes actuaciones de la OCDE, así como la Directiva, han influido directamente a la definición del Impuesto de Sociedades en el Derecho Tributario⁶⁴. Igualmente, cabe destacar que parte de la doctrina cree necesaria la reforma del mismo con respecto a la GAAR del artículo 6 de la

⁵⁸ A este respecto, artículo 34 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (BOE de 31 de diciembre de 1963), así como en el artículo 15 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre de 2003).

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 7214/2003, de 11 de julio de 2003.

⁶⁰ En otro caso de dicho Tribunal se aclara que la utilización de medios legales poco convencionales, que tienen otros fines y que están menos gravados supone también un indicio de fraude de ley y, por consiguiente, de abuso fiscal. Sentencia del Tribunal Supremo 5385/2005, de 20 de septiembre de 2005.

⁶¹ El Tribunal dictó que “el propósito exclusivo que ha animado al sujeto pasivo en el presente caso ha sido conseguir un beneficio fiscal, que no se habría producido de no efectuar la rocambolesca y meditada forma de conseguir una disminución patrimonial que no se genera, sino a través de la conjunción de dos normas”. Sentencia del Tribunal Supremo 3713/2006, de 28 de junio de 2006.

⁶² A este respecto, sentencia del Tribunal Supremo 5549/2016, de 22 de diciembre de 2016; sentencia del Tribunal Supremo 488/2015m de 9 de febrero de 2015. En ambas, el tribunal menciona en su argumentación algunas de las acciones del BEPS como apoyo a su condena de la artificiosidad como característica de la planificación fiscal abusiva.

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo 1108/2016 de 20 de mayo de 2016.

⁶⁴ Serrano Antón, F., “La influencia del plan de acción BEPS en la tributación española: impacto en la normativa, incremento de la litigiosidad y el papel de los tribunales”, *RCyT. CEF*, n. 391, 2015, p. 80.

Directiva, al establecerse esta como una GAAR específica para el IS⁶⁵. A nuestro juicio, esta medida provocaría mayor confusión en el contribuyente, el cual debe conocer qué prácticas serán legales según el ordenamiento jurídico español. En nuestra opinión, la mejor opción sería desarrollar el concepto de abuso expuesto por la Directiva mediante la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se ha venido haciendo con el concepto de PFA en los últimos tiempos.

Por tanto, podemos notar cierta influencia en el Tribunal Supremo por parte del concepto de planificación fiscal agresiva que surge del proyecto BEPS y del derecho comunitario, utilizando ciertos argumentos de ambos como apoyo de algunas de sus decisiones.

2.4. Formas de evitar la planificación fiscal agresiva.

Como ya hemos analizado, parte del acercamiento al concepto de planificación fiscal agresiva se basa en la exposición de mecanismos que ayudan a evitarla. Así, el proyecto BEPS establece 15 medidas al respecto y la Directiva (aunque se refiere al concepto de planificación fiscal abusiva y no agresiva) 9 artículos para la lucha contra el abuso fiscal⁶⁶.

En cuanto a las acciones que conllevan la actuación concreta contra las prácticas de PFA, podemos destacar:

- La acción 3: Refuerzo de la normativa sobre CFC.
- La acción 4: Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros.
- La acción 5: Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia.
- La acción 12: exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva.

⁶⁵ Calderón Carrero, J. M., Martín Jiménez, A., ob. Cit., pp. 35-36. Los autores recomiendan una inclusión expresa de la cláusula de la Directiva para adaptar el concepto de abuso de la UE en el IS al ordenamiento español.

⁶⁶ Aunque hayamos considerado que la Directiva es la transformación de las acciones de la OCDE en “hard law”, hay que destacar que la misma da un paso más allá y establece medidas no contempladas por el proyecto BEPS como es la cláusula general anti abuso del artículo 6 o el impuesto de salida del artículo 5.

Sobre la última acción mencionada, la acción 12, cabe decir que el hecho de que sean los contribuyentes los que deban colaborar con la Administración “ex ante” puede suponer una ventaja para aquellos que sí que decidan colaborar. El hecho de que sea necesario que los contribuyentes sean los que desglosen sus propios mecanismos puede suponer una prueba más de que la sancionabilidad de este tipo de prácticas puede ser influenciada por la subjetividad de la Administración tributaria, al no concretar estas medidas generales, pudiendo afectar al principio de seguridad jurídica.

En cuanto a las medidas contra el abuso fiscal de la Directiva, esta es coincidente con el proyecto BEPS excepto en las dos medidas ya expuestas. Cabe destacar, sobre la GAAR, un posible problema de litigiosidad⁶⁷ al resultar muy complejo probar que una sociedad ha sido constituida para defraudar a la Administración, al ser este tipo de estructuras muy típicas de grandes empresas que poseen los medios suficientes para poder justificarse. Cabe destacar, por último, que parte de la doctrina considera a la GAAR como una medida que persigue la unificación de la base imponible del IS de los Estados miembros, siendo esta Directiva un paso más hacia ese objetivo⁶⁸.

Por tanto, las medidas contra la PFA y el abuso fiscal expuestas en BEPS y en la Directiva suponen necesaria una transposición de las mismas a las jurisdicciones nacionales, dejando en duda la eficacia de las mismas en el caso de la GAAR y de la acción 12, pudiendo ser estas dos medidas la prueba de la falta de objetividad y precisión de las mismas.

2.5. Conclusión.

Hemos desarrollado en este apartado lo que se considera como planificación fiscal agresiva y la importancia de dicho concepto en la lucha contra la elusión fiscal. Como hemos podido observar, la evolución de este concepto responde a una necesidad social de sancionar y condenar a aquellas grandes empresas que utilizan sus extensos recursos para

⁶⁷ Lago Montero, j. M., ob. Cit., p. 61.

⁶⁸ Calderón Carrero, J. M., Martín Jiménez, A., ob. Cit., p. 8.

la obtención de un beneficio en su fiscalidad mediante mecanismos inusuales y no accesibles a la mayoría de contribuyentes.

El contexto del concepto se basa en la opinión pública, situando al mismo en el ámbito político y no en el ámbito jurídico como nuevo concepto normativo. Hemos apreciado ciertas diferencias entre la consideración del mismo en la OCDE, en la UE y en el TJUE, centrándose este último en la promoción de un Mercado interior que respete los derechos fundamentales del derecho comunitario. Precisamente, uno de los derechos fundamentales que puede verse afectado por la delimitación del concepto es el de seguridad jurídica, que alude a una sociedad estructurada y equilibrada en la que las normas jurídicas se respetan debido al conocimiento de lo que está bien y lo que no según la ley. La importancia de la seguridad jurídica radica en el hecho de que los contribuyentes deben conocer qué es legítimo y qué no lo es, y qué actuaciones entran dentro de lo permitido por el ordenamiento. El hecho de incluir términos generales y difusos cuya interpretación se basa en motivos morales y éticos, como es el caso de la PFA, influenciada por la opinión pública y la crisis económica, sugiere una falta de certeza en las consecuencias de los actos de los contribuyentes. Sin embargo, es cierto que el esfuerzo que supone armonizar conceptos fiscales en el ámbito internacional es muy grande y, por ello, consideramos a la Directiva y al BEPS como pasos intermedios que están encaminados a futuras reformas más específicas en el ámbito fiscal internacional. Cabe preguntarnos, por último, si realmente era necesaria el desarrollo de un concepto político como el de PFA que da la sensación de invadir el territorio de conceptos que sí son jurídicos como el de elusión fiscal y fraude fiscal. El cambio al que el ámbito fiscal internacional quiere llegar podría haber surgido mediante la inclusión, dentro de los conceptos ya establecidos, de las prácticas propias de la PFA.

3. LA NORMATIVA CFC (“CONTROLLED FOREIGN COMPANIES”) Y DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL.

3.1 Introducción.

La normativa sobre CFC o SEC (“Sociedades Extranjeras Controladas”) es aquella que trata sobre estructuras societarias que dependen de una sociedad matriz o un grupo de sociedades principal y que se sitúan fuera de la jurisdicción en la que dicha sociedad principal tiene su residencia fiscal⁶⁹.

Lo que buscan los contribuyentes con este tipo de estructuras es un diferimiento o una reducción en el tributo, de tal manera que los beneficios se trasladen a un ente con personalidad jurídica propia, la CFC, para poder tributar los beneficios mediante el régimen aplicado a esta en el país en el que reside. Podríamos decir que el régimen de TFI cierra la puerta a aquellas estructuras societarias irreales e infrecuentes propias de una planificación fiscal agresiva que tienen como objetivo el ahorro fiscal ilegítimo.

Conociendo el problema, podemos presuponer que para luchar contra el mismo es necesario un análisis de la estructura que conforman esta amalgama de sociedades y la intención y la actividad que las mismas desarrollan.

3.1.1. Origen histórico de la normativa sobre CFC.

Consideramos importante recordar, primeramente, los dos tipos de sistemas tributarios⁷⁰ que los estados utilizan con relación a la tributación de los contribuyentes cuya residencia fiscal se sitúa en dicho estado: por un lado, el sistema territorial⁷¹ no grava aquellos beneficios conseguidos por sus contribuyentes en el extranjero; por otro lado, el sistema de renta mundial⁷², grava todos aquellos beneficios conseguidos por el contribuyente

⁶⁹ Almodí Cid, J.M., “el régimen anti elusivo de transparencia fiscal internacional”, en Serrano Antón, F., *Fiscalidad internacional*, CEF, Madrid, 2015, pp. 1060-1061.

⁷⁰ Almodí Cid, J. M., *El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005, p. 31.

⁷¹ Este sistema es común en países de Centroamérica como Panamá o Paraguay.

⁷² Dicho sistema es común entre los países con un sistema fiscal más desarrollado como es el caso de Estados Unidos. Zanet, E. V., Ruchelman, S. C., traducción propia, “A new tax regime for CFCs: who is GILTI?”, *Journal of Taxation and Regulation of Financial Institutions*, vol. 31, n. 3, 2018, p. 17.

independientemente de donde se haya conseguido. Esta diferencia puede hacernos pensar que el régimen de TFI es propio únicamente de los sistemas de renta mundial, ya que la normativa de CFC se basa en gravar aquellos beneficios “obtenidos” por una CFC en otro Estado, es decir, la constitución de otra sociedad en otra jurisdicción limita la aplicación del régimen de renta mundial. Sin embargo, ningún Estado utiliza un sistema puramente territorial o mundial, sino que se utiliza una mezcla de ambos para conseguir una mayor eficacia fiscal. Es, por ello, que el régimen de TFI puede ser establecido en la mayoría de jurisdicciones. Además, el hecho de que las sociedades mercantiles posean personalidad jurídica propia e independiente de sus socios hace que las diferencias entre ambos sistemas sean mínimas con respecto a la TFI⁷³.

El origen de este tipo de normas proviene de Estado Unidos, donde en 1962 se promulgó una ley al respecto, lo que se denomina como “Subpart F⁷⁴” en la cual el legislador americano quería evitar el desplazamiento de rentas y activos a territorios con menor tributación. Dicho sistema ha sido acogido por más de 30 jurisdicciones a lo largo del tiempo y supone el precedente más claro a este tipo de normas⁷⁵.

La importancia que se le ha dado en los últimos tiempos a la lucha contra la elusión fiscal internacional (como ya hemos expuesto) ha propiciado el surgimiento de este tipo de medidas como propias del combate contra la planificación fiscal agresiva. Son muchos los problemas que pueden llegar a surgir de estas normas, ya que las diferencias entre los Estados que poseen un régimen de TFI y los que no lo poseen son muy importantes ya que suponen una desventaja para los primeros en cuanto a competencia fiscal al ser más estrictos con sus contribuyentes a la hora de establecer una CFC.

Así, el proyecto BEPS en su Acción 3⁷⁶, y la Directiva ATAD, en sus artículos 7 y 8⁷⁷, han incluido una serie de pautas y recomendaciones con respecto a la regulación de este tipo de normas. El proyecto BEPS surge debido a que la compleja planificación fiscal

⁷³ Almudí Cid, J. M., *El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*, ob. Cit., p. 32.

⁷⁴ Zanet, E. V., Ruchelman, S. C., ob. Cit., p. 18.

⁷⁵ Almudí Cid, J.M., “El establecimiento de normas de transparencia fiscal internacional más eficaces frente a la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios (Acción 3)” en Ferreras Gutiérrez, J. A.(coord.) y Hernández González-Barreda, P. A. (coord.), ob. Cit., p. 298. Cabe destacar que tanto el sistema de TFI de EEUU como el de algunos de los Estados que adoptaron la “subpart F” han ido evolucionando a lo largo de los años.

⁷⁶ OCDE, “Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces, Acción 3 – Informe final 2015, *Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*, OCDE, Paris, 2016.

⁷⁷ Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016.

agresiva de las multinacionales ha conseguido evitar las normas sobre CFC “clásicas”⁷⁸, ya que las mismas se basan en la identificación de ciertas características de las CFC que son evitadas. Bajo nuestro juicio, y como veremos a continuación, tanto la Directiva como el proyecto BEPS han intentado con dudoso éxito unificar el régimen de TFI de los Estados que ya poseían uno y motivar a los Estados que no lo poseían a tenerlo como medida anti-elusión, pudiendo provocar aún más diferencias entre los diferentes sistemas fiscales⁷⁹. Además, en el ámbito comunitario, dichas medidas podrían atacar a algunos de los derechos fundamentales de la UE al suponer un menoscabo en la libertad de establecimiento de los contribuyentes y en el principio de proporcionalidad y de no discriminación.

3.2 Análisis de la Acción 3 del plan BEPS y su comparación con la ATAD.

Analizaremos lo expuesto tanto en el plan BEPS como en la ATAD, observando sus diferencias y similitudes y comparándolas con la jurisprudencia del TJUE para observar si dichas recomendaciones y medidas respetan el derecho comunitario.

Cabe recordar que la acción 3 del plan BEPS es parte del “soft law”, ya que suponen un compendio de recomendaciones no vinculantes, al contrario de la ATAD, la cual está encaminada a que los Estados miembros adopten las medidas expuestas en la misma con respecto a la TFI.

La inclusión de las medidas contra las CFC en el plan BEPS ha supuesto una revolución en el panorama fiscal internacional ya que la mayoría de estados de la OCDE deberán establecer un régimen de este tipo por primera vez y las que ya poseían uno deberán modificarlos para estar acorde con lo expuesto en el proyecto y conseguir uno de los objetivos de esta acción, esto es, impedir la elusión fiscal sin una carga administrativa excesiva y de cumplimiento indebida⁸⁰. Además de este objetivo, destaca el efecto disuasorio⁸¹ de estas normas que es común a lo largo de las acciones del BEPS y que es una de las razones principales de la lucha contra la PFA, como ya hemos expuesto en el anterior apartado. Una vez más, el proyecto se compone de una serie de recomendaciones

⁷⁸ López Tello, J., ob. Cit., p. 40.

⁷⁹ Calderón Carrero, J. M., Martín Jiménez, A., ob. Cit., p. 37.

⁸⁰ OCDE, “Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces, Acción 3 – Informe final 2015, ob. Cit., p. 16.

⁸¹ Ibid, p. 16.

muy generales que pueden generar inseguridad jurídica y más diferencias entre los regímenes tributarios que similitudes, siendo esto contrario a la intención teóricamente unificadora de la OCDE⁸².

En cuanto a la ATAD, la inclusión de la normativa CFC en la misma puede deberse al hecho de querer transformar las recomendaciones de la OCDE en “hard law”. Además, algunos autores opinan que Reino Unido ejerció cierta presión en el momento de la formulación de la Directiva para incluir las normas de TFI⁸³ ya que dicho país posee un régimen de este tipo bastante desarrollado y eso podía suponer una desventaja competitiva de cara a los demás estados, pudiendo provocar una huida de sus contribuyentes a sistemas fiscales con un sistema más laxo.

Sin embargo, el hecho de que la Directiva establezca en sus artículos 7 y 8 este tipo de normativa mediante un sistema de mínimos a legislar por los Estados miembros puede suponer el mismo efecto no querido del proyecto BEPS: una mayor disparidad entre los regímenes de los diferentes EM. Este problema, sumado a la posible problemática que surge del choque entre la normativa de CFC y los derechos fundamentales del derecho comunitario hace necesario el análisis de ambos documentos y su comparación con la jurisprudencia del TJUE.

3.2.1 Tipo de entidad y control ejercido sobre la misma.

Acercándonos a la normativa de CFC clásica propia de la segunda mitad del siglo XX, debemos conocer qué tipo de contribuyentes se pueden considerar como CFC y qué tipo de control debe ejercer la sociedad matriz sobre los mismos.

Así, en el proyecto BEPS se establece que el tipo de entidades que se pueden considerar como CFC son aquellas que susciten un riesgo de elusión fiscal⁸⁴, incluyendo principalmente sociedades, entidades transparentes y establecimientos permanentes. En cuanto a los mecanismos híbridos, aunque en un principio no deberían incluirse en la

⁸² De hecho, se puso en debate el hecho de incluir este apartado al ser algo que está presente en una minoría de Estados. Almudí Cid, J.M., “El establecimiento de normas de transparencia fiscal internacional más eficaces frente a la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios (Acción 3)” en Ferreras Gutiérrez, J. A.(coord.) y Hernández González-Barreda, P. A. (coord.), ob. Cit., p. 298.

⁸³ Cedelle, A., “The EU Anti-Tax Avoidance Directive: A UK Perspective”, *BTR*, n. 4, 2016, p. 503, citado en Calderón Carrero, J. M., Martín Jiménez, A., ob. Cit., p. 37.

⁸⁴ OCDE, “Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces, Acción 3 – Informe final 2015, ob. Cit., p. 24.

normativa CFC ya que se supone que las rentas de los mismos ya resultan gravadas regularmente al ser entidades donde los socios son claramente representados, si estos suscitan un riesgo de elusión fiscal deberían ser incluidos.

Así, observamos que al situar en el proyecto BEPS conceptos tan amplios como el de “sociedad” sin definirlos realmente, la OCDE tiene como intención una flexibilidad que ve su función en el hecho de que los diferentes estados puedan considerar como CFC diferentes entidades. Así, como ejemplo, Estados Unidos incluye lo que se denomina como “trust” entre las entidades propias de las CFC⁸⁵, y países como Finlandia⁸⁶ incluyen a las fundaciones sin ánimo de lucro⁸⁷. Apreciando las diferentes acepciones que tiene una CFC por los países, la flexibilidad del proyecto BEPS permite la diferenciación de los regímenes que puede llegar a crear una desigualdad en el sistema de TFI al no existir un consenso real en la aplicación de este tipo de normas, yendo en contra, una vez más, del objetivo de unificar este tipo de normas. Las empresas podrían establecer un tipo de estructura societaria u otra en los diferentes sistemas para evadir la aplicación de la normativa CFC.

En cuanto a la Directiva, en el apartado 1 del artículo 7 se definen a las CFC como “sociedades o establecimientos permanentes”. A nuestro juicio, esto se debe a que las CFC están enfocadas a estructuras societarias con personalidad jurídica propia e independiente a la de sus socios, queriendo evitar que se grave algo que se supone gravado regularmente a la persona física.

En cuanto al control que se debe ejercer sobre este tipo de entidades, el proyecto BEPS cree necesario un test de control económico y otro de control jurídico. En el test económico, una sociedad controlará a otra si obtiene más del 50 por ciento de los beneficios de la misma o si posee el 50 por ciento del capital propio de la sociedad extranjera; y en el test jurídico, por el cual si una sociedad o accionista posee más del 50 por ciento de los derechos de voto también estará controlándola. Podemos observar que la Directiva, en este caso, ofrece los mismos test con el mismo porcentaje⁸⁸ y, al igual que en el proyecto BEPS, dichos tests se establecen como un mínimo de recomendación, por lo que los Estados podrán aplicar en su jurisdicción un umbral más bajo de control,

⁸⁵ Zanet, E. V., Ruchelman, S. C., ob. Cit., p. 25.

⁸⁶ Koerver Schmidt, P., traducción propia, “Taxation of Controlled Foreign Companies in Context of the OECD/G20 Project on Base Erosion and Profit Shifting as well as the EU Proposal for the Anti-Tax Avoidance Directive – An Interim Nordic Assessment”, *Nordic Tax J.*, De Gruyter Open, 2016, p. 7.

⁸⁷ En el sistema español, por ejemplo, se excluyen las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil. Artículo 7 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre del Impuesto de Sociedades.

⁸⁸ Artículo 7, apartado primero, de la Directiva 1164/2016.

aplicando un régimen más estricto y considerando como control un porcentaje más pequeño. Una vez más, podemos ver presente el carácter subsidiario⁸⁹ de las recomendaciones de la ATAD, por las cuales se deja a elección de los estados miembros el hecho de establecer regímenes con umbrales más bajos de control y, por tanto, más restrictivos. El problema es que debido a dicha flexibilidad, las diferencias de control pueden hacer que las grandes empresas se establezcan en aquellos países donde el control sea únicamente de un 50 por ciento y no de un umbral menor. Como ejemplo, Suecia posee un umbral del 25 por ciento de control para que se pueda considerar a una entidad societaria como una CFC⁹⁰. El problema de la subsidiariedad de la Directiva que es la que permite que los Estados miembros puedan imponer mínimos de control más bajos es que el Estado que ponga un mínimo menor, en este caso Suecia, poseerá una desventaja competitiva frente al resto ya que ciertas empresas que se sitúen entre ese 25 y el 50 de los demás estados preferirán otros lugares para establecerse y, así, evitar la normativa CFC⁹¹.

Además, el proyecto BEPS propone un test “de facto”⁹² como complementario al jurídico y al económico que supone una cláusula de cierre a aquellos contribuyentes que consigan evitar dichos test. Este test se basa en la influencia de la posible sociedad matriz pudiera hacer en las decisiones del día a día de la posible CFC⁹³. A nuestro entender, un análisis del contexto de la CFC en profundidad podría parecer una medida con una excesiva carga litigiosa para la autoridad tributaria y que podría poner en duda la eficacia de la misma. De hecho, la Directiva no menciona en ningún momento este tipo de control, ya que contravendría con el principio de eficacia propio de la Unión Europea⁹⁴. En cambio, establece como test complementario uno basado en la comparación entre el impuesto

⁸⁹ El principio de subsidiariedad en la UE se define en el artículo 5, apartado 3 del TUE, como el principio por el cual “en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”, del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht (BOE 13 de enero de 1994).

⁹⁰ Koerver Schmidt, P., ob. Cit., p. 8.

⁹¹ Cabe destacar que la acción 3 expone que también sería posible ejercer el control sobre una CFC mediante un grupo de diferentes sociedades o accionistas que tengan una relación específica y actúen conjuntamente. A este respecto, la Directiva concurre en este hecho ya que cuando habla de aquellas empresas que ejerzan el control nombra específicamente “sociedades o grupo de sociedades asociadas” Artículo 7 de la Directiva 1164/2016, ob. cit., p. 11.

⁹² OCDE, ob. Cit., p. 26-27.

⁹³ El proyecto también establece un último test secundario basado en la consolidación contable de la CFC. Ibid, p. 27.

⁹⁴ Artículo 4, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht (BOE 13 de enero de 1994).

pagado en el extranjero por la sociedad susceptible de ser una CFC y lo que debería haber pagado si residiera en el Estado de la sociedad matriz⁹⁵. Esto supone un test mucho más objetivo en este aspecto, ya que se basaría simplemente en la comparación entre el impuesto a pagar en el Estado de la sociedad matriz y el impuesto análogo a este en el Estado extranjero⁹⁶. Aunque en un principio pueda parecer una carga administrativa para la autoridad tributaria al tener que analizar el impuesto que sería el equivalente en otro país, la Directiva pone solución a esto diciendo que los Estados podrán establecer listas de Estados⁹⁷ a considerar como blancos, grises o negros, según la tributación que estos tengan sobre las sociedades de este tipo⁹⁸.

3.2.2. Tipos de rentas a imputar y tests para identificar las mismas.

Analizaremos en este apartado los diferentes métodos que la OCDE y la Directiva proponen para la identificación de las rentas que pueden ser imputables en el caso de que exista una CFC. Así, ambos documentos expresan dos test principales que pueden ser utilizados para dicho objetivo: el test por categorías y el test por sustancia⁹⁹.

Así, en el test por categorías¹⁰⁰, el análisis se basa en ciertos tipos de renta que son susceptibles de ser imputados a la sociedad matriz y que supuestamente provienen de la CFC. Ambos documentos analizan una serie de rentas que pueden tener indicios de tener que ser corregidas por la normativa de TFI al producirse el traslado de las mismas de la sociedad matriz a la CFC, falseando los resultados de esta última y obteniendo, así, un beneficio fiscal al ser tributadas en el Estado de la CFC. Así, estas rentas se caracterizan por ser rentas fácilmente transferibles, y son: los dividendos, intereses, rentas de seguros, rentas que provienen de algún tipo de activo propio de la propiedad intelectual y las rentas por ventas y servicios. El problema en este caso surge del segundo apartado del artículo 8 de la ATAD, en la que se especifica que en este tipo de test quedarán excluidas aquellas CFC que consigan demostrar que poseen una actividad económica de importancia en el

⁹⁵ Artículo 7, apartado 1, b), de la Directiva 1164/2016, ob. cit., p. 11.

⁹⁶ Se establece un umbral del 50 por ciento pero se permite a los Estados establecer umbrales mayores, como el de España o el de Reino Unido, que se sitúan en un 75 por ciento. Podemos volver a observar, sin embargo, los problemas de disparidad que esto supone.

⁹⁷ Ibid, p. 2.

⁹⁸ A este respecto, los paraísos fiscales ocuparían la lista negra de jurisdicciones a tener en cuenta.

⁹⁹ Cabe destacar que el proyecto BEPS incluye otro test no mencionado por la ATAD: el test por beneficios excesivos. P. 53-54

¹⁰⁰ En ATAD, artículo 8 de la Directiva, primer apartado, p. 11; en la Acción 3, ob. Cit., p. 48.

Estado en el que residen y que dicha excepción podrá no aplicarse a aquellos países que se sitúen fuera del acuerdo EEE. Esto supone una gran diferenciación entre terceros estados ya que las ventajas que surgen de establecerse en otro Estado miembro influyen a los contribuyentes a la hora de decidir donde situar sus empresas. Si bien es cierto que esta medida puede ser fruto de la intención de promover el mercado interior de la UE y que es opcional el hecho de aplicarla únicamente a los Estados de la UE (La Directiva especifica en este apartado que “los Estados miembros podrán decidir...”), puede llegar a suponer un deterioro en el principio de no discriminación de la UE y en el principio de libre establecimiento¹⁰¹, al situarse los terceros estados en desigualdad de condiciones frente a los Estados miembros. Por tanto, en la balanza que surge entre promover el mercado interior y la libertad de establecimiento de los contribuyentes, a nuestro juicio, pesa mucho más los derechos fundamentales del derecho comunitario y podría llegar a considerarse esta diferenciación como una violación de los mismos¹⁰².

En cuanto al test de sustancia¹⁰³, dicho análisis consiste en determinar si la actividad de la CFC ha sido independiente de la sociedad matriz y si la podría haber llevado a cabo por sí misma sin la relación con la principal. La sustancia se refiere a todos aquellos factores que influyen en la actividad desarrollada por una sociedad, como son los empleados, el establecimiento donde se sitúe, los riesgos que ha asumido y, en general, la capacidad de la misma para desarrollar su actividad. Según la acción, las CFC que se analicen mediante este sistema deberán cumplir un umbral mínimo de independencia con respecto a la matriz. Así, si la CFC ha desarrollado una actividad económica propia que supone unos beneficios mediante la utilización de su capital y de sus empleados y no una actividad irreal y falseada sin ningún tipo de relevancia en el Estado en el que se encuentra, será excluida de la aplicación de la normativa de TFI. La autoridad tributaria deberá analizar si ha asumido los riesgos propios de una empresa de su envergadura y en el ámbito de su actividad y no mayores o menores por la influencia de la matriz y también si los beneficios obtenidos son reales y se muestran concordantes con lo que se podría

¹⁰¹ Artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 12 de junio de 1985 (BOE núm. 83, de 30 de marzo de 2010).

¹⁰² Sin embargo, cabe destacar que dicha diferenciación con respecto a la realidad económica fue aplicada en muchos estados miembros antes de la ATAD a raíz del caso Cadbury Schweppes que será analizado a continuación. Koerver Schmidt, P., traducción propia, “Are the Danish CFC Rules in Conflict with the Freedom of Establishment? - An Analysis of the Danish CFC Regime for Companies in Light of ECJ Case Law”, *IBFD European Taxation*, 2014, p. 3.

¹⁰³ En ATAD, artículo 8 de la Directiva, segundo apartado, p. 11; en la Acción 3, ob. Cit., p. 49 - 51.

esperar de este tipo de sociedad y no mayores debido al traslado de beneficios de la sociedad matriz a la CFC para conseguir un ahorro fiscal. Este test supondrá que los diferentes Estados deban establecer ciertos umbrales para definir cuándo es una empresa realmente independiente. Como ejemplo, cabe destacar que este tipo de test es propio de Reino Unido. El mayor inconveniente que puede suponer este test es la carga administrativa que conlleva a la autoridad tributaria analizar una compleja estructura societaria, así como el hecho de poseer este test cierto grado de subjetividad, dejando a los Estados que regulen qué podría considerarse como una independencia válida de la CFC. Sin embargo, y una vez más, esto se debe al principio de subsidiariedad que rige en este ámbito fiscal¹⁰⁴. Cabe preguntarnos, por último, hasta qué punto es necesario este otro test teniendo el de los tipos de rentas, ya que un test de sustancia puede llegar a solaparse con la GAAR propia del artículo 6 de la Directiva.

3.2.3 Otras consideraciones a tener en cuenta en la comparación entre la Acción 3 y la ATAD.

Terminaremos el análisis haciendo una breve mención a otros aspectos mencionados también en el informe de la OCDE y en la ATAD.

Así, uno de estos aspectos comunes entre ambos es el establecimiento de una regla de mínimos para la aplicación de la normativa CFC. La existencia de dichos mínimos se debe al innecesario análisis que supondría aquellas situaciones en las que solo sería imputable al contribuyente una mínima parte de la renta obtenida por la CFC. Así pues, dicho mínimo ayudará a reducir la carga administrativa de la autoridad fiscal a la hora de analizar las rentas imputables de una CFC. BEPS establece unas recomendaciones muy generales en este aspecto, ya que no menciona ningún mínimo específico, dejando libertad a los Estados para que sitúen el mismo. La Directiva, a este respecto, es más específica¹⁰⁵ al establecer dicho mínimo diciendo que se podrán excluir del ámbito de

¹⁰⁴ Incluir dicho test en la Directiva es parte de una de las recomendaciones del proyecto BEPS para aplicar la normativa de las CFC en la UE. Sin embargo, la ATAD en este caso también podría estar violando los derechos fundamentales de la UE, y es lo que analizaremos en el siguiente apartado.

¹⁰⁵ Muñoz, M., Calderón, J. M., Palacín, R., Reyero, R., *La Agenda Fiscal Europea en la encrucijada de la era post-BEPS*, EY Abogados, 2016, p. 5.

aplicación del régimen de TFI aquellas CFC que solo posean un tercio o menos de las rentas imputables mediante el análisis del tipo de rentas.

En cuanto a la atribución de rentas de la Acción 3, la cual explica a quién, cómo y cuándo atribuir las rentas susceptibles de imputación de las CFC, la OCDE se limita a exponer en líneas generales las opciones que tienen los Estados en este aspecto, dejando a juicio de los mismo este tipo de detalles que deberán ser plasmados en la legislación propia de dichos sistemas.

Por último, haremos una breve mención a la inclusión que hace la acción 3 a la prevención de la doble imposición dentro de la normativa de TFI, algo en lo cual la Directiva no se pronuncia del todo, dejando una vez más a los Estados miembros que decidan como aplicar los métodos de prevención expuestos por la OCDE. De hecho, parte de la doctrina¹⁰⁶ opina que este hecho podría dar lugar a problemas de doble y triple imposición al solaparse las normativas sobre CFC de los diferentes Estados.

3.3. Análisis de la comparación entre la ATAD y la Acción 3 con el derecho comunitario: ¿se pueden llegar a violar alguno de los derechos fundamentales de la Unión Europea?

3.3.1. La problemática de las recomendaciones del proyecto BEPS y el derecho comunitario.

Comenzaremos la comparación con las recomendaciones¹⁰⁷ que el proyecto BEPS realizó para la imposición de la normativa CFC en el ámbito comunitario. Además, responderemos a la pregunta de si dichas recomendaciones han sido finalmente aceptadas en la ATAD.

Así, la primera recomendación que puede suscitar problemas es la que dice que se deberían aplicar las normas sobre CFC al ámbito doméstico. La OCDE basa dicho razonamiento en parte de la sentencia del caso Cadbury Schweppes¹⁰⁸ en la que se explica

¹⁰⁶ Calderón Carrero, J. M., Martín Jiménez, A., ob. Cit., p. 43.

¹⁰⁷ OCDE, Acción 3, ob. Cit., p. 17-19.

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) C-196/04, de 12 de septiembre de 2006.

que el trato diferenciado de filiales residentes y no residentes puede provocar una violación al principio de no discriminación y a la libertad de establecimiento.

El caso Cadbury Schweppes del TJUE permitió definir qué tipo de medidas podían establecer los estados en materia de CFC. Así, el caso trata sobre la normativa de Reino Unido sobre CFC, en la cual se explica que una sociedad matriz tributará por los dividendos distribuidos por sus filiales no residentes en Reino Unido pero no por aquellos que procedan de una filial que sí que sea residente en Reino Unido¹⁰⁹. Así, Cadbury Shweppes estableció filiales en Irlanda cuyos objetivos eran los de formar un beneficio fiscal. La pregunta que nos concierne es la que realizó la autoridad tributaria de Reino Unido al TJUE, en la cual se cuestiona si su régimen de CFC viola las libertades fundamentales del derecho comunitario¹¹⁰ y si Cadbury Schweppes ha producido un abuso de los mismos¹¹¹.

Así, el TJUE establece que para poder restringir la libertad de establecimiento mediante la normativa CFC debe haber una causa imperiosa de interés general¹¹² y que el hecho de que una filial tribute en un nivel menor en otro estado miembro que en el de la matriz no es razón de interés general¹¹³. El TJUE establece que la única razón por la cual podría restringirse esta actividad sería para combatir sociedades “puramente artificiales” sin realidad económica y que se constituyen con el único objetivo de obtener una ventaja fiscal¹¹⁴. Por tanto, de este caso podemos concluir que para el TJUE las únicas normas válidas de las CFC serán aquellas que combatan a este tipo de mecanismos.

Expuesto lo anterior, cabe destacar que se habla de una posible discriminación hacia aquellas empresas que se sitúan fuera de Reino Unido y es, por esta discriminación, por lo que la acción 3 recomienda aplicar el régimen de CFC a las empresas domésticas. A nuestro juicio, esto podría causar más problemas que soluciones. El objetivo de la normativa CFC es evitar el traslado de beneficios a otros estados con un nivel de tributación más bajo y una filial doméstica en el estado de la sociedad matriz ya está sujeta al nivel de tributación de dicho Estado. Por tanto, querer aplicar la normativa CFC en el ámbito doméstico supondría una falta de coherencia en el mismo. Como ejemplo, el único país que siguió esta línea de interpretación después del caso Cadbury fue

¹⁰⁹ Ibid, párrafo 4.

¹¹⁰ Ibid, párrafo 24.

¹¹¹ Ibid, párrafo 23.

¹¹² Ibid, párrafo 47.

¹¹³ Ibid, párrafo 49.

¹¹⁴ Ibid, párrafos 55 y 65.

Dinamarca, la cual modificó su régimen para poder aplicarlo al ámbito doméstico¹¹⁵. La propia doctrina de Dinamarca advierte que aun aplicando la normativa CFC al ámbito doméstico existen ciertas diferencias en la consideración de una filial residente y una filial no residente. Por tanto, advierten que no sería recomendable que otros estados siguieran esta misma línea ya que puede perjudicar el principio de proporcionalidad, debido a que se estaría imponiendo una mayor base imponible de la debida¹¹⁶.

La segunda recomendación que nos concierne es la que habla sobre aplicar el régimen de CFC también a mecanismos “en parte artificiales”¹¹⁷. El proyecto se basa en la sentencia del caso Thin Caps¹¹⁸ para explicar que en el mismo el propio TJUE dio pie a admitir este tipo de estructuras “en parte artificiosas”¹¹⁹.

El caso Thin Caps no trata sobre CFC, pero ayudó a delimitar el concepto de abuso fiscal en la UE y qué medidas podían restringir los derechos fundamentales de la UE en base a la lucha contra dicho abuso fiscal. Este caso trata sobre la normativa británica de subcapitalización de intereses abonados a una sociedad no residente. Lo que nos interesa sobre la misma es la concepción que utiliza sobre mecanismos puramente artificiales. La acción 3 utiliza el párrafo 81 de la sentencia para explicar que el TJUE también puede admitir mecanismos parcialmente artificiales. Debemos disentir en este aspecto, ya que si bien es cierto que menciona que los mecanismos artificiales pueden ser “en parte” puramente artificiales, en la misma sentencia en el apartado 92 y en la conclusión no se hace mención a ese aspecto. En cambio, se establece que en el caso de que exista un mecanismo puramente artificial este podrá estar justificado por motivos comerciales que el contribuyente puede demostrar¹²⁰. Por tanto, esta recomendación supondría un cambio en la jurisprudencia del TJUE e iría en contra del concepto “puro” de mecanismo artificial, creando una posible inseguridad jurídica que surge de la subjetividad de considerar a un mecanismo como parcialmente artificial.

¹¹⁵ Koerver Schmidt, P., traducción propia, “Are the Danish CFC Rules in Conflict with the Freedom of Establishment? - An Analysis of the Danish CFC Regime for Companies in Light of ECJ Case Law”, ob. Cit., p. 3.

¹¹⁶ Ibid, p. 9.

¹¹⁷ OCDE, Acción 3, p. 18.

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), C-524-04, Caso Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, de 13 de marzo de 2007.

¹¹⁹ Ibid, párrafo 81.

¹²⁰ Ibid, párrafo 92.

Estas dos recomendaciones son las que han suscitado mayores problemas en su comparación con el derecho comunitario. En cuanto a la recomendación sobre establecer un análisis de sustancia, este es incluido en la ATAD y analizaremos su compatibilidad con el derecho comunitario a continuación. Por último, la recomendación sobre establecer un reparto equilibrado de la potestad tributaria trata sobre utilizar dicho reparto equilibrado como justificación para aplicar las CFC no solo a mecanismos puramente artificiales. Como ya hemos expuesto, la artificialidad de dichos mecanismos es la base, junto con la intención de obtener un beneficio fiscal, de la jurisprudencia del TJUE en materia de lucha contra la elusión fiscal. Es, por ello, que, bajo nuestro juicio, justificar la aplicación de las CFC a mecanismos que no sean puramente artificiales supondría un problema práctico al ir en contra de la doctrina del TJUE.

3.3.2. ¿Respeto la ATAD lo expuesto por el TJUE?

A modo de recapitulación, analizaremos en qué puntos la ATAD puede suponer un ataque a las libertades fundamentales del derecho comunitario. Debemos tener en cuenta, igualmente, que la ATAD especifica que son los Estados los que tendrán que legislar sobre la normativa CFC debido al principio de subsidiariedad y que deberán hacerlo conforme al derecho comunitario.

Como ya hemos expuesto, uno de los objetivos de la ATAD es el hecho de unificar los regímenes sobre TFI de los diferentes estados para una mayor eficacia en la lucha contra este tipo de prácticas. El hecho de establecer conceptos tan ambiguos como el de sociedad o establecer una excesiva carga administrativa en la identificación de las CFC y su control puede ir en contra de este hecho.

En cuanto a los diferentes test para la imputación de la renta, cabe destacar la inclusión del test de sustancia como la acción 3 recomendó, destacando el hecho de que no se menciona en ningún momento aplicar la normativa de CFC a las sociedades domésticas. De hecho, se realiza una diferenciación entre las sociedades que se sitúan dentro de la UE y las que se sitúan fuera. Ya hemos dicho que esto puede llegar a suponer un problema con el principio de no discriminación y la libertad de establecimiento, y habrá que esperar a que el TJUE se pronuncie al respecto para clarificar si está permitido. En nuestra opinión, el hecho de que se admita o no depende en gran parte de lo que legislen los

estados al respecto, ya que si bien se deben seguir las pautas de la ATAD, hay que seguirlas cumpliendo también los requisitos del derecho comunitario. Dichos requisitos se basan en establecer estas normas en contra de mecanismos puramente artificiales, algo que no se nombra en la Directiva con excepción al segundo apartado sobre el test por categorías. En nuestra opinión, esto no significa que ya no sea necesario dicha artificiosidad en los demás casos, ya que en ese se especifica la misma para crear una diferenciación entre terceros estados y estados miembros, por lo que en las demás situaciones seguirá siendo necesario atender a la jurisprudencia del TJUE para cumplir con el derecho comunitario. Podría decirse que el hecho de no incluir la artificiosidad como requisito específico puede dar pie a que los Estados miembros violen la libertad de establecimiento¹²¹, pero es por ello por lo que se debe tener en cuenta lo expuesto en el caso Cadbury, en el cual se dice que se admitirá la normativa CFC siempre que esta luche contra mecanismos puramente artificiales sin una actividad económica real. De hecho, no nombrarlo puede dar pie a considerar la recomendación de la acción 3 sobre estructuras parcialmente artificiosas como válida, algo que, bajo nuestro juicio, supondría ir en contra del TJUE de forma directa en el caso de que algún estado incluya también este tipo de estructuras.

Por tanto, habrá que esperar para ver cómo legislan los Estados con respecto a las CFC y qué dirá el TJUE al respecto de dichas nuevas normas.

3.4 Normativa española y análisis a la luz de BEPS y la Directiva.

Por último, utilizaremos el análisis realizado en la normativa de transparencia fiscal internacional para comprobar cómo se han implementado las medidas propuestas por ambos informes en nuestra jurisdicción y existe algún tipo de incongruencia o excepción en el sistema español.

Cabe destacar que España posee una normativa sobre CFC bastante prematura, mostrando una preocupación muy temprana sobre la actuación de este tipo de estructuras societarias.

¹²¹ Benítez Régil, P., traducción propia, “BEPS Actions 2,3 and 4 and the Fundamental Freedoms: Is There a Way Out?”, *European Taxation*, vol. 56, n. 6, 2016, p. 235.

Así, las primeras normas sobre TFI se introdujeron en España con la Ley 42/94¹²². Dichas normas no tuvieron una gran aplicación en la práctica debido al carácter primitivo de las mismas. No fue hasta la reforma tributaria de 2014 cuando se realiza una verdadera legislación al respecto de las CFC en el artículo 100 de la Ley 27/2014, del Impuesto de Sociedades¹²³ y en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF).

Siguiendo la línea general expuesta por la Comisión Europea y la OCDE, analizaremos únicamente la reforma relativa al Impuesto de Sociedades, ya que son este tipo de contribuyentes los que cobran más importancia en la normativa sobre CFC y los que son más recurrentes en la utilización de estos mecanismos contra la normativa. Es la propia LIS la que reconoce que, en la reforma de 2014, ha sido influenciada por lo expuesto en informes de la OCDE relativos a la transparencia fiscal internacional¹²⁴.

3.4.1. Consideraciones en cuanto al tipo de entidad controlada extranjera y el control de la misma ejercido por la sociedad matriz.

El apartado 1 del artículo 100 de la LIS¹²⁵ establece lo siguiente:

“Los contribuyentes imputarán en su base imponible las rentas positivas a que se refieren los apartados 2 o 3 de este artículo cuando se cumplan las circunstancias siguientes:

a) Que por sí solas o conjuntamente con personas o entidades vinculadas en el sentido del artículo 18 de esta Ley tengan una participación igual o superior al 50 por ciento en el capital, los fondos propios, los resultados o los derechos de voto de la entidad no residente en territorio español, en la fecha del cierre del ejercicio social de esta última.

¹²² Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE 31 de diciembre de 1994).

¹²³ Artículo 100 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades (BOE 28 de noviembre de 2014).

¹²⁴ Ibid, preámbulo, p. 9.

¹²⁵ Ibid, p. 89.

El importe de la renta positiva a imputar se determinará en proporción a la participación en los resultados y, en su defecto, en proporción a la participación en el capital, los fondos propios o los derechos de voto.

b) Que el importe satisfecho por la entidad no residente en territorio español, imputable a alguna de las clases de rentas previstas en el apartado 2 o 3 de este artículo por razón de gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto, sea inferior al 75 por ciento del que hubiera correspondido de acuerdo con las normas de aquel”.

Para identificar las entidades extranjeras controladas, la normativa española nos ofrece el análisis del artículo 100 de la LIS a este respecto, en el cual se nombra a las CFC como “entidad no residente en territorio español”, lo cual nos lleva a preguntarnos qué sentido quiere darse al término “entidad”. Basándonos en lo expuesto en este artículo, cabe pensar que cuando en el apartado 1 se habla de un control en los fondos propios, el capital, los resultados o los derechos de voto por parte del contribuyente residente, se está refiriendo a las sociedades de capital, ya que el hecho de presuponer que se pueda ejercer un control económico o jurídico sobre una entidad da pie a identificar a la misma como sociedad. Cabe destacar, además, que, en cuanto al concepto de sociedad en el régimen español, este se establece en el artículo 7 de la LIS¹²⁶, especificando qué tipo de entidades están sujetas al Impuesto de Sociedades. Cabe mencionar como diferencia con respecto a otros estados de la UE que la legislación nacional rechaza la calificación de sociedad a aquellas sociedades civiles sin objeto mercantil, siendo estas, por ende, excluidas de la aplicación de la normativa sobre CFC.

En cuanto al control de dichas entidades, este podrá ser ejercido, además de por otras estructuras societarias, por grupos de personas vinculadas y que ofrezcan una actuación conjunta. Una vez más, la LIS es concordante con lo expuesto por BEPS y la ATAD, ya que incluyen entre aquellas entidades que pueden ejercer el control a grupos de accionistas vinculados conforme al artículo 18 de la LIS.

Dicho control podrá ser económico (control del capital, de los fondos propios o los resultados) o jurídico (control de los derechos de voto), descartando en este caso la posibilidad de un test de control “de facto”, basado en la influencia de la entidad residente en la no residente en sus operaciones. Esto concuerda con la ATAD, que también descarta

¹²⁶ Ibid, p. 15.

dicha recomendación realizada por la Acción 3 y que, como ya hemos analizado, puede deberse a que supondría una excesiva carga administrativa para la autoridad tributaria analizar dicha influencia.

Por otro lado, se establece como segunda condición que el impuesto pagado en el país extranjero por la actividad de la CFC suponga menos de un 75 por ciento que habría sido pagado en España. Esto supone una especificación a la medida propuesta por la ATAD en cuanto a la diferencia entre lo pagado y lo que se habría pagado, situando el umbral en un 75 por ciento para poder evitar que la CFC se sitúe en un país donde consiga un gran ahorro fiscal en comparación con lo que habría tenido que pagar si hubiera sido una entidad residente. Supone una medida muy restrictiva que aporta una mayor protección contra este tipo de prácticas, pero también da lugar a que se requiera un gran esfuerzo por parte de la autoridad tributaria a la hora de analizar cuánto se habría pagado en cada caso, teniendo que acudir al impuesto análogo al de sociedades en el Estado extranjero. España es uno de los países donde se ejerce un umbral mayor que el expuesto por ATAD y que conlleva una desventaja en su competitividad fiscal con respecto a los demás estados.

Cabe destacar que la normativa española, cuando la CFC se sitúa en un paraíso fiscal, presupone *iuris tantum*¹²⁷ que se cumple que lo tributado por la misma en dicho paraíso es menor al 75 por ciento de lo que se habría tributado en España. Así, España cumple con lo dicho por la ATAD sobre establecer listas “blancas, grises y negras” de Estados según el régimen fiscal de los mismos, proponiendo una lista de paraísos fiscales¹²⁸ que conformarían aquellos países “negros” al tener un tipo impositivo muy bajo. Por tanto, en estos casos, el contribuyente debería demostrar que la CFC en el paraíso fiscal no es simplemente una estructura creada para evadir el impuesto nacional.

¹²⁷ Ruiz Gallud, S., “Normativa española sobre sociedades extranjeras controladas y los criterios de la OCDE”, en Chico de la Cámara, P., *Temas de actualidad en materia de tributación internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2017, p. 38.

¹²⁸ Esta lista se encuentra en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de medidas fiscales urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991. Dicha lista la conforman 48 países diferentes.

3.4.2. Tipos de rentas a imputar.

3.4.2.1. Renta total de la CFC como imputable.

La LIS incorpora todas aquellas rentas de la CFC cuando esta carezca de una sustancia y actividad económica. Así, en el apartado 2 señala lo siguiente¹²⁹:

“Los contribuyentes imputarán la renta total obtenida por la entidad no residente en territorio español, cuando esta no disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales para su realización, incluso si las operaciones tienen carácter recurrente.

Se entenderá por renta total el importe de la base imponible que resulte de aplicar los criterios y principios establecidos en esta Ley y en las restantes disposiciones relativas a este Impuesto para la determinación de aquella.

Este apartado no resultará de aplicación cuando el contribuyente acredite que las referidas operaciones se realizan con los medios materiales y personales existentes en una entidad no residente en territorio español perteneciente al mismo grupo, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, o bien que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos”.

Este apartado es coherente con lo establecido por el TJUE en el caso Cadbury Schweppes, ya que habla sobre una CFC “artificial” y carente de actividad económica. Así pues, la LIS basa la imputación de estas rentas en la carencia de medios materiales (capital propio, establecimientos) y personales (asunción de riesgos) para desarrollar una actividad económica válida. Por tanto, el régimen español basa este sistema de identificación de las rentas imputables a las CFC a la carencia de actividad económica real. Estos conceptos indeterminados supondrán una mayor carga administrativa para la autoridad tributaria al tener que pararse, caso por caso, a valorar la actividad económica de una CFC y si es suficiente para no ser considerada como una creación artificial con el objetivo de obtener una ventaja fiscal. Además, no se menciona el hecho de aplicar el

¹²⁹ Artículo 100 de la LIS, ob. cit., p. 90.

régimen de CFC a sociedades residentes en España ni el hecho de aplicarlo a sociedades parcialmente artificiales.

3.4.2.2. Rentas a imputar por naturaleza.

En el caso de que se cumplan las condiciones para aplicar la normativa de TFI pero no se puedan imputar las rentas mediante el apartado anterior para imputar la totalidad de la renta de la CFC, se exponen en la LIS una lista de las rentas a imputar. Así, dichas rentas son¹³⁰: (i) rentas inmobiliarias; (ii) rentas de capital; (iii) rentas de activos intangibles y (iv) rentas financieras y de prestación de servicios.

Además, se establece una regla de mínimos que excluye imputaciones de escasa importancia normativa. Así, si la suma de las rentas que se han nombrado de una sociedad extranjera controlada es inferior al 15 por ciento de la renta total obtenida por dicha sociedad, no será necesario aplicar el régimen de TFI. Cabe destacar que tanto la ATAD establece un mínimo mayor que el español (un tercio de la renta total), dejando en evidencia que el régimen español se caracteriza por ser más estricto a la hora de imputar las rentas de las CFC para obtener una mayor protección contra estas, siendo concordante con la flexibilidad que da la ATAD para legislar medidas más restrictivas en los Estados miembros que las expuestas por la Directiva. Cabe preguntarnos si el hecho de establecer un mínimo menor viola el principio de proporcionalidad al imputar a una CFC por un porcentaje muy bajo de este tipo de rentas.

Por tanto, la normativa sobre TFI en España respeta en este sentido lo expuesto en la ATAD y en el proyecto BEPS, adaptando las directrices de uno y las recomendaciones del otro al Sistema fiscal español y con pocas discrepancias con los mismos. Cabe destacar, para concluir, que no solo adopta dichas directrices y recomendaciones, sino que además establece una normativa aún más restrictiva con respecto a estos dos documentos, suponiendo este hecho una mayor protección frente a las CFC, sobretodo contra aquellas CFC que se sitúen en lo que considera el ordenamiento como paraíso

¹³⁰ Ibid, p. 90-91.

fiscal. En cuanto a su compatibilidad con el derecho comunitario, cumple con la exigencia de imputar a aquellas estructuras societarias que se basen en mecanismos puramente artificiales sin una realidad económica auténtica.

3.5. Conclusión.

Como hemos visto, el régimen de TFI no es algo del todo novedoso pero, al igual que el concepto de PFA, ha cobrado suma importancia en los últimos años debido a que entidades interestatales como la OCDE o la UE se han interesado en combatir el abuso fiscal mediante la utilización de este tipo de normas. La problemática mayor que surge de las mismas es lo hermética que resulta la jurisprudencia del TJUE con respecto a este tipo de normas. El hecho de limitar la actuación de las mismas a entidades puramente artificiales demuestra, en nuestra opinión, una falta de eficacia de las normas de CFC y muestra necesario un cambio hacia una posición más flexible en la actitud del Tribunal. El panorama fiscal internacional se encuentra en una época de continuos cambios debido a la globalización de la sociedad y a los resquicios de la crisis económica, y esto provoca que se deban tener en consideración estos factores a la hora de valorar si realmente se violan los derechos fundamentales de la UE como pueden ser la libertad de establecimiento y el principio de no discriminación. Esto, unido a la poca claridad con la que se definen este tipo de normas en la Directiva y en la Acción 3 del proyecto BEPS provoca cierta incertidumbre de cara a cómo legislarán los Estados de la UE al respecto. Si bien es cierto que la Directiva posee un carácter subsidiario por el cual los Estados miembros deberán adaptar lo expuesto en la misma a su legislación nacional, el hecho de intentar abarcar todas las situaciones posibles en el ámbito de la TFI con conceptos tan amplios como el de “sociedad” convierte a este tipo de normas en una especie de “GAAR” que puede incluso superponerse a la propia GAAR expuesta en la Directiva (en la cual sí se menciona la condición de que exista una estructura puramente artificial). Es cuestionable la utilidad de la inclusión de la normativa de las CFC en la Directiva más allá de intentar unificar este tipo de normas en todos los Estados. De hecho, como ya hemos visto, proponer una serie de mínimos de protección que los Estados pueden superar para establecer regímenes más estrictos puede afectar a dicha idea de unificación y al

principio de proporcionalidad propio del derecho comunitario. Sin embargo, a nuestro juicio, la Directiva es un posible paso intermedio hacia un régimen de lucha contra la evasión y la elusión fiscal más unificado en el cual las diferentes autoridades tributarias se comuniquen y colaboren entre sí para una mayor eficacia en dicha lucha.

Los Estados deberán ser precavidos a la hora de incluir la normativa sobre CFC en su legislación ya que deberán tener en cuenta el concepto de elusión y evasión de la UE, así como las consideraciones del TJUE sobre mecanismos artificiales. A modo de ejemplo, y para concluir, el régimen español posee actualmente un régimen sobre CFC acorde con lo expuesto por el TJUE y los cambios a realizar en el sistema fiscal español con respecto a la TFI serán mínimos. Por tanto, la normativa CFC se presenta como un conjunto de normas que tratan de luchar contra el traslado de beneficios a otros Estados con menor tributación y deberemos esperar a 2019 para ver cómo se desarrollan este tipo de normas en la UE con las consideraciones expuestas en la Directiva y en la jurisprudencia del TJUE.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

Libros.

- Almudí Cid, J. M., *El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005.
- Ferreras Gutiérrez, J. A.(coord.), Hernández González-Barreda, P. A. (coord.), Almudí Cid, J. M. (coord.), *El plan de acción sobre erosión de bases imponibles y traslado de beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*, Aranzadi, Madrid, 2017.
- Marín Benítez, G., *¿Es lícita la planificación fiscal? Sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario*, Thomson Reuters, Madrid, 2013.

Artículos.

- Almudí Cid, J.M., “el régimen anti elusivo de transparencia fiscal internacional”, en Serrano Antón, F., *Fiscalidad internacional*, CEF, Madrid, 2015, pp. 1037-1120.
- Benítez Régil, P., traducción propia, “BEPS Actions 2,3 and 4 and the Fundamental Freedoms: Is There a Way Out?”, *European Taxation*, vol. 56, n. 6, 2016, pp. 230-244.
- Calderón Carrero, J.M., Quintas Seara, A., “Una aproximación al concepto de “planificación fiscal agresiva” utilizado en los trabajos de la OCDE”, *CEF Revista de Contabilidad y Tributación*, 394, 2016, pp. 41-92.
- González de Frutos, U., “La expansión y control de Tax Shelters en los Estados Unidos”, *Crónica Tributaria*, 122, 2007, pp. 89-119.
- Koerver Schmidt, P., traducción propia, “Are the Danish CFC Rules in Conflict with the Freedom of Establishment? - An Analysis of the Danish CFC Regime for Companies in Light of ECJ Case Law”, *IBFD European Taxation*, 2014, pp. 3-9.
- Koerver Schmidt, P., traducción propia, “Taxation of Controlled Foreign Companies in Context of the OECD/G20 Project on Base Erosion and Profit Shifting as well as the EU Proposal for the Anti-Tax Avoidance Directive – An Interim Nordic Assessment”, *Nordic Tax J.*, De Gruyter Open, 2016, pp. 3-26.

- Lago Montero, J. M., “Planificación fiscal agresiva, BEPS y litigiosidad”, *Ars Iuris Salmanticensis*, v. 3, 2015, pp. 55-73.
- Lampreave Márquez, P., “Las doctrinas judiciales norteamericanas de anti-abuso fiscal (con especial consideración a la reciente codificación de la doctrina sobre los acuerdos artificiales en la Unión Europea)”, *Quincena Fiscal*, 21, 2011, pp. 87-133.
- López Tello, J., “Los informes finales del proyecto BEPS y la propuesta de Directiva contra la elusión fiscal”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 43, 2016, pp. 36-59.
- Lucas Durán, M., “La planificación fiscal y sus límites: cuestiones sustantivas y procedimentales de las cláusulas generales anti elusivas previstas en la LGT”, en Merino Jara, I. (coord.), Manzano Silva, M. (coord.), Aguas Alcalde, E. (coord.), *Procedimientos tributarios: aspectos prácticos*, Bosch Editor, Madrid, 2014, pp. 35-64.
- Marulanda Otálvaro, H., *Propuestas de instrumentos jurídicos alternativos contra la competencia fiscal perniciosa entre estados*, Universidad de Castilla-La Mancha, Tesis, Toledo, 2015.
- Muñoz, M., Calderón, J. M., Palacín, R., Reyero, R., *La Agenda Fiscal Europea en la encrucijada de la era post-BEPS*, EY Abogados, 2016, pp. 1-12.
- Prieto Jano, M. J., *La planificación fiscal internacional y en el ámbito de la Unión Europea. La elusión fiscal*, Dpto. de Economía Aplicada, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Valladolid, 1995, pp. 121-134.
- Ruiz Gallud, S., “Normativa española sobre sociedades extranjeras controladas y los criterios de la OCDE”, en Chico de la Cámara, P., *Temas de actualidad en materia de tributación internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2017, pp. 31-45.
- Sanz Gadea, E.: “La Directiva Antiabuso (I)”, *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, n. 403, 2016, pp. 39-82.
- Serrano Antón, F., “La influencia del plan de acción BEPS en la tributación española: impacto en la normativa, incremento de la litigiosidad y el papel de los tribunales”, *RCyT. CEF*, n. 391, 2015, pp. 77-110.
- Zanet, E. V., Ruchelman, S. C., traducción propia, “A new tax regime for CFCs: who is GILTI?”, *Journal of Taxation and Regulation of Financial Institutions*, vol. 31, n. 3, 2018, pp. 17-28.

Referencias de internet.

- Navarro, V., Arbitraje Fiscal, *leyderecho.org* (Disponible en <http://leyderecho.org/arbitraje-fiscal/> ; última consulta 03/04/2018).

Sentencias.

- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) C-264/96, de 16 de julio de 1998.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) C-110/99, de 14 de diciembre de 2000.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) C-255/02, de 21 de febrero de 2006,
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) C-196/04, de 12 de septiembre de 2006.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), C-524-04, de 13 de marzo de 2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo 7214/2003, de 11 de julio de 2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo 5385/2005, de 20 de septiembre de 2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3713/2006, de 28 de junio de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo 488/2015 de 9 de febrero de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1108/2016 de 20 de mayo de 2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo 5549/2016, de 22 de diciembre de 2016.

Legislación.

- Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (BOE 31 de diciembre de 1963),
- Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht (BOE 13 de enero de 1994).
- Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE 31 de diciembre de 1994).
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE 18 de diciembre de 2003).
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 12 de junio de 1985 (BOE 30 de marzo de 2010).

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

Documentación de la OCDE y la Unión Europea.

- Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 sobre la planificación fiscal agresiva (2012/772/UE).
- Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016.
- OCDE, “Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces, Acción 3 – Informe final, 2015.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de mayo de 2013, sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales (2013/2060(INI)) (2016/C 055/07).
- OCDE, *Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*, OCDE, Paris, 2016.
- OCDE, Nota explicativa, Proyecto OCDE/G20 de Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios, OCDE, 2015.