

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2016 / 2017



**LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL EN UN
ENTORNO POST-BEPS**

INTERNATIONAL TAX PLANNING IN A POST-BEPS CONTEXT

Realizado por el alumno D. Jorge Suárez Sánchez

Tutelado por el Profesor D. Antonio Vaquera García

*«La elusión de impuestos es la única actividad intelectual que continúa
produciendo alguna recompensa».*

John M. Keynes (1883-1946)

RESUMEN

La planificación fiscal internacional se viene desarrollando desde hace décadas en un contexto de globalización con las empresas multinacionales como protagonistas. En 2008, la crisis económica mundial determinó que se iniciara un mediático debate sobre la moralidad y dudosa legalidad de algunas prácticas fiscales.

El sistema fiscal internacional, sostenido sobre unos pilares que se remontan a 1923, se muestra ineficaz para la nueva realidad económica internacional. Los principios tradicionales de sujeción fiscal y los tratados bilaterales ya no son capaces de adaptarse a los rápidos cambios de la revolución tecnológica.

Ante la presión social y con el fin hacer frente a la drástica reducción de ingresos públicos, los gobiernos de la OCDE y del G20 iniciaron los trabajos que acabarían alumbrando el Proyecto BEPS, una iniciativa de cooperación internacional sin precedentes llamado a remover los cimientos del Derecho fiscal internacional. Dos años después de que se publicara disponemos de los primeros datos relevantes de su implementación que nos permiten valorar si se están cumpliendo las expectativas iniciales.

Finalmente, ofrecemos un análisis de los esquemas básicos de planificación fiscal internacional observados en la realidad empresarial, así como un recorrido a través de los instrumentos de relevancia BEPS más utilizados para llevarla a cabo.

Palabras clave: Planificación fiscal internacional, elusión fiscal, fiscalidad internacional, BEPS, *soft Law*, convenios de doble imposición, impuesto de sociedades, mecanismos híbridos, precios de transferencia.

ABSTRACT

International tax planning has been developing for decades in a context of globalization with multinational enterprises as key actors. In 2008, the global economic crisis led to a public's opinion debate about the morality and dubious legality of some tax practices.

The international tax system, sustained on pillars established in 1923, is ineffective for the new international economic reality. The traditional principles of tax liability and the bilateral treaties are not any more able to handle the rapid changes of the technological revolution.

In the face of social pressure and in order to deal with the drastic reduction of fiscal revenues, OECD governments began the works that would end up enlightening the BEPS Project, an unprecedented international cooperation initiative to remove the foundations of international tax law. Two years after its publication we have the first relevant data of its implementation that allow us to assess if the initial expectations are being accomplished.

Finally, we offer an analysis of the basic schemes of international fiscal planning observed in the business reality, as well as a route through the most relevant BEPS instruments used to that end.

Keywords: International tax planning, tax avoidance, international taxation, BEPS, soft Law, double tax treaties, corporative tax, hybrid mismatches, transfer pricing.

ÍNDICE

OBJETIVOS DEL TRABAJO	8
METODOLOGÍA	9
INTRODUCCIÓN	11
1. PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL: CONSIDERACIONES GENERALES	12
1.1. Aclaraciones terminológicas previas	12
1.2. Aproximación conceptual	14
1.3. Factores de desarrollo	16
1.4. Objetivos de la planificación fiscal internacional	20
1.5. Dimensiones ético-jurídicas	22
2. EL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL	31
2.1. Evolución histórica	31
2.2. Fundamentos del Derecho fiscal internacional	33
2.2.1 Justificación de la tributación de las rentas empresariales.....	34
2.2.2 La doble imposición jurídica internacional	36
2.2.3. Los tratados internacionales en materia fiscal	38
2.2.4. Puntos de conexión	40
2.2.5. Métodos para eliminar la doble imposición	42
2.2.6. Medidas antiabuso en los CDI	43

2.2.7. Medidas antielusivas en los ordenamientos internos	44
2.3. Tendencias recientes de la fiscalidad internacional	44
3. PROYECTO BEPS	48
3.1. Desarrollo del Proyecto BEPS	48
3.1.1. Informe “Addressing Base Erosion and Profit Shifting”	49
3.1.2. Plan de Acción BEPS	51
3.1.3. Paquete de medidas final	52
3.2. Naturaleza jurídica de las medidas	54
3.3. Implementación del Proyecto BEPS	59
3.4. Futuro Post-BEPS	61
4. ESQUEMAS E INSTRUMENTOS DE RELEVANCIA BEPS	64
4.1. Esquema básico de planificación fiscal internacional	64
4.2. Aspectos objeto de planificación	66
4.3. Principales instrumentos y mecanismos tras BEPS	72
4.3.1. Regímenes fiscales preferenciales	72
4.3.2. Deducciones de intereses y otros pagos financieros	75
4.3.3. Mecanismos híbridos	76
4.3.4. Precios de transferencia	78
CONCLUSIONES	82
BIBLIOGRAFÍA	85

Abreviaturas

AATT: Administraciones tributarias.

BEPS: Erosión de la base imponible y traslado de beneficios (*Base Erosion and Profit Shifting*).

CDI: Convenios para evitar la Doble Imposición.

CFC: Normas sobre transparencia fiscal internacional (*Controlled Foreign Companies rules*).

GAAR: Reglas generales antielusión (General Anti-Abuse Rules).

IDE: Inversión Directa en el Extranjero.

IS: Impuesto de Sociedades.

IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido.

LIS: Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

LGT: Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

MNE: empresa multinacional (*Multinational Enterprise*).

MCOCDE: Modelo de Convenio de la OCDE.

MCONU: Modelo de Convenio de la ONU.

MLI: *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* o Instrumento Multilateral.

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

PFI: Planificación fiscal internacional.

PFA: Planificación Fiscal Agresiva.

TFI: Transparencia Fiscal Internacional.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

UE: Unión Europea.

OBJETIVOS DEL TRABAJO

La finalidad del presente trabajo es ofrecer una síntesis de los aspectos más relevantes que comporta la planificación fiscal internacional de empresas multinacionales. El tema elegido viene motivado por su importancia internacional, su interés jurídico y su actualidad tras el acaecimiento de la crisis económica y el encendido debate público que la siguió. Este último fenómeno nos lleva a un segundo objetivo de nuestro estudio consistente en explicar el nuevo entorno de la fiscalidad internacional marcado por el Proyecto BEPS, una iniciativa de la OCDE llamada a alterar profundamente el Derecho Fiscal Internacional. Ambas cuestiones fusionadas dan nombre al trabajo y constituyen nuestra misión principal: *entender la planificación fiscal internacional de empresas multinacionales en un contexto posterior al Proyecto BEPS*. Para su cumplimiento, lo hemos plasmado en cuatro ideas que se corresponden con una serie de objetivos secundarios: distinguir la planificación fiscal internacional de otras figuras a partir de sus dimensiones éticas y jurídicas; entender los fundamentos tradicionales del sistema fiscal internacional; analizar la importancia, naturaleza jurídica y resultados del Proyecto BEPS; y realizar una aproximación a los esquemas e instrumentos de planificación más relevantes en la realidad empresarial.

No pretendemos realizar un estudio exhaustivo de todas las formas de planificación fiscal, ya que el constante cambio al que se ven sometidas lo haría rápidamente inservible. Tampoco una tesis sobre un tema de gran complejidad cuyos detalles técnicos hasta hace bien poco no trascendían de los despachos profesionales o de los comités de expertos de los foros internacionales. En definitiva, nuestra intención es que este trabajo sirva, como lo ha hecho con nosotros, para ofrecer las respuestas esenciales sobre una materia que los límites temporales del Grado en Derecho raramente permiten abordar.

METODOLOGÍA

El presente trabajo ha sido producto de una revisión bibliográfica de las principales referencias doctrinales e informes institucionales sobre la materia objeto de estudio a través de un proceso con cuatro etapas principales.

Una primera fase de esta investigación consistió en la *elección y delimitación del tema* en base a criterios de relevancia, actualidad, motivación personal y de acuerdo con la orientación del tutor. En segundo lugar, se diseñó de un *índice provisional*, una estructura de ideas principales que si bien ha sufrido modificaciones, guarda la esencia original. Una tercera etapa se basó en la labor fundamental de documentación jurídica y búsqueda bibliográfica cuyo resultado fue un *repertorio bibliográfico inicial* que contenía más de veinte referencias, gran parte de las cuales integran la bibliografía final. Estos tres elementos –tema elegido, índice provisional y repertorio bibliográfica– constituyen la propuesta general de trabajo presentada al tutor y en la que se fundamenta la posterior *redacción*.

La tarea documental se desarrolló mediante la selección de palabras clave; la búsqueda de referencias en una lista de fuentes constituida por los principales directorios académicos (Dialnet, Google Académico, SSNR y Biblioteca universitaria) y por instituciones relacionadas con el objeto de estudio (OCDE, Instituto de Estudios Fiscales UE y ONU); y la elección y compilación por grupos temáticos de los documentos más actuales y relevantes –algunos se han publicado apenas dos meses antes del depósito de este trabajo–. La literatura final empleada (más de 60 entradas bibliográficas) contiene ciertas características que no deben pasar inadvertidas, a saber:

a) Elevado uso de literatura en inglés: durante nuestra investigación nos percatamos de que la planificación fiscal internacional, y en general la fiscalidad internacional, tiene un mayor desarrollo en habla inglesa, no en vano, idioma extraoficial del comercio mundial. Este factor depende en gran medida de que el mayor productor de Derecho fiscal internacional es la OCDE –a su vez, nuestra principal fuente de bibliografía–, un organismo internacional cuyos documentos originales se publican en esta lengua y no todos están traducidos.

b) Escasez de normativa nacional y de referencias jurisprudenciales: una de las decisiones que tomamos al iniciar este trabajo, en aras de delimitar el tema y adaptarlo a

los límites que presenta, fue adoptar un enfoque eminentemente internacional. Esto explica que si hemos hecho uso de normativa española ha sido con el fin de aportar los ejemplos más cercanos y conocidos, pero en ningún caso constituye el objeto central de nuestro estudio. Por lo que respecta a la jurisprudencia, y teniendo en cuenta este enfoque, se trata de una disciplina dominada por el *soft Law*, un Derecho que se caracteriza por la ausencia de sanciones tradicionales y la inexistencia de un órgano judicial que cuide de su cumplimiento. Por tanto, la jurisprudencia a nivel internacional es escasa, por no decir inexistente, dejando a salvo alguna resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

c) Uso de documentos con un enfoque económico-empresarial: La planificación fiscal internacional, en especial la desarrollada por empresas multinacionales –objeto de nuestro estudio–, es una materia directamente relacionada con el mundo empresarial. Por ello hemos juzgado inevitable recurrir a fuentes de las ciencias económicas para definir conceptos y contextualizar ideas, si bien hemos tenido el cuidado de limitar al máximo su utilización.

La estructura final del trabajo se sustenta en cuatro pilares, ordenados del más genérico al más particular y cercano a la realidad empresarial. De esta forma, el texto sigue un recorrido que comienza con una serie de consideraciones generales que nos ayudan a entender mejor la planificación fiscal internacional y el debate alrededor de esta; continúa analizando los fundamentos tradicionales del sistema fiscal internacional y sus problemas; después aborda las soluciones que el Proyecto BEPS aporta; y, finalmente, acaba descendiendo a cómo todo lo anterior se plasma a nivel empresarial.

INTRODUCCIÓN

Los aspectos fiscales de las relaciones comerciales transfronterizas son una cuestión de gran complejidad que muchos incluso calificarían de tediosa y que extrañamente interesaba más allá de sus directos implicados. Sin embargo, en los últimos años han adquirido gran importancia y constituye uno de los ámbitos más fructíferos del Derecho tributario. En especial, el estallido de la crisis económica en 2008 catapultó hasta los detalles más técnicos de la fiscalidad internacional desde los confines de los foros de expertos, despachos profesionales y seminarios académicos, a los medios de comunicación calando en la opinión pública occidental. Entonces inició un debate en el que se cuestionaban prácticas fiscales de algunas multinacionales, acompañado de una intensa presión social.

Los gobiernos occidentales, liderados por la OCDE, dieron respuesta a las exigencias planteadas con el Proyecto BEPS, siglas en inglés de la erosión de bases imponibles y traslado de beneficios, que resumen las prácticas de planificación fiscal consideradas abusivas o agresivas. Se trata de una iniciativa sin precedentes que prometió reformar un sistema fiscal internacional con casi cien años de historia y que todavía no podemos asegurar si lo conseguirá.

Nuestro trabajo, con intención de poner a disposición del lector los elementos esenciales que permitan entender la planificación fiscal internacional en el contexto actual, se estructura en cuatro partes. En primer lugar realizamos una serie de consideraciones generales que nos aproximan al concepto de planificación fiscal internacional desde diversas perspectivas, teniendo especial cuidado de diferenciarlo de otras figuras afines para evitar algunos errores que habitualmente se cometen. Cerramos esta parte plasmando los componentes principales del debate público arriba mencionado como preludio a la parte central del estudio. En segundo lugar, hacemos un recorrido que entendemos ineludible por los pilares históricos sobre los que se sostiene el sistema fiscal internacional, desde sus orígenes en 1923 hasta las tendencias inmediatamente anteriores a la actual situación. En la tercera parte entramos de lleno en el análisis del Proyecto BEPS, que a pesar de haber transcurrido dos años desde su publicación continúa siendo de absoluta actualidad. Por último, dotados de las herramientas necesarias, estudiamos la PFI desde una perspectiva empresarial enfocada en los principales esquemas que se observan en la realidad y en los instrumentos BEPS más relevantes.

1. PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL: CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. Aclaraciones terminológicas previas

Sin aspirar a dedicar demasiado tiempo y espacio a definir los contornos, siempre borrosos, de la planificación fiscal, creemos necesario, no obstante, comenzar realizando unas breves notas aclaratorias sobre conceptos relacionados y a menudo confusos para facilitar el subsiguiente estudio.

Existen muchos términos utilizados en los textos legales y fiscales, así como en los medios de comunicación, para referirse a las diferentes formas que los contribuyentes utilizan con la finalidad de hacer las cargas tributarias menos gravosas. Habiendo tenido esta cuestión un histórico mayor desarrollo en los países de cultura anglosajona, es necesario recurrir a menudo a la terminología propia de estos, donde se refieren a ella como *tax avoidance*, *tax planning* o *tax management* en contraposición a *tax evasion*, *tax shelter* o *tax aggressiveness*, que son aquellas prácticas tipificadas como dudosas o incluso contrarias a la norma y frecuentemente cimentadas en transacciones simuladas o sin fondo económico real¹. El uso de anglicismos será una constante durante el trabajo y serán aclarados conforme vayan apareciendo.

En castellano la delimitación es también compleja y no existe una definición estandarizada para cada concepto. Dentro de las prácticas de planificación fiscal debemos precisar y distinguir una serie de conceptos relacionados como son la evasión fiscal, que es ilegal; la elusión de impuestos, que en principio no lo es, pero incluye a su vez supuestos de usos fraudulentos del negocio jurídico que tienen en común los mismos efectos: reducir la carga fiscal –desde el punto de vista del sujeto pasivo– y lograr menos ingresos recaudados por el Estado².

Existe cierto consenso en afirmar que en la elusión fiscal (*tax avoidance*) no se realiza el hecho imponible; y en la evasión (*tax evasion*) sí se efectúa el hecho imponible, provocando el nacimiento la obligación tributaria, pero dicha realización o su verdadera dimensión económica se oculta al fisco³. Sin embargo, esta clasificación,

¹ Vid. MONTERREY MAYORAL, J. y SÁNCHEZ SEGURA, A.: “Planificación fiscal y gobierno

² Vid. PICÓN GONZALES, J. L.: “*Los paraísos fiscales como herramienta de planificación tributaria*”. Tesis doctoral. Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho mercantil, Sevilla, 2 de mayo de 2016.

³ PÉREZ DE AYALA, J.L. y GONZÁLEZ GARCÍA, E.: “*Curso de Derecho Tributario*”, España: EDERSA, 1991, p. 331. También se ha afirmado que la elusión «es no entrar en la relación tributaria. La

aunque nos parece acertada, no nos ayuda a la distinción más interesante entre prácticas lícitas e ilícitas. La *elusión fiscal*⁴, como concepto genérico, abarcaría tanto la simple no realización del presupuesto establecido por la norma, como la realización de algún supuesto encajable dentro de las economías de opción que la ley dispone, o incluso el abuso de la norma jurídica a través de la manipulación del supuesto de hecho a fin de evitar el nacimiento de la obligación tributaria o provocando el nacimiento de otra que suponga un menor desembolso⁵. Tradicionalmente los autores⁶ ponían la nota divisoria en la licitud de los medios empleados y, aunque tengan connotaciones distintas, tomaban los términos de elusión y planificación fiscal como análogos en contraste con los de evasión o fraude fiscal. En este sentido, aquella «figura que supone toda omisión o infracción de una ley en la que se puede probar que el sujeto ha actuado con el deseo deliberado de evitar el impuesto» se calificará como fraude o evasión fiscal; mientras que la elusión o planificación fiscal consistiría en «un esquema legal de evitación o reducción del impuesto, una economía de opción, mediante la no realización del hecho imponible en un determinado lugar o un determinado momento de tiempo», siendo estas prácticas perfectamente legítimas y lícitas⁷. Sin embargo, en los últimos años se vienen utilizando conceptos jurídicos indeterminados, como los calificativos “abusivo” o “agresivo”, en sustitución de “legal” e “ilegal”. Este cambio de visión responde a la necesidad de los Estados en el contexto BEPS de poner el foco en el cumplimiento del espíritu de la ley, en vez de la su letra.

Ante la complejidad de establecer una línea divisoria definida entre las conductas planificadoras y para facilitar el análisis, trataremos de usar los términos *evasión* y *fraude* para referirnos a aquellas innegablemente ilícitas, y *elusión* o *planificación fiscal* para aquellas otras, que si bien pueden ser dudosas, en principio responden a la literalidad de la ley fiscal. No obstante, estos conceptos serán objeto de un mayor desarrollo más adelante.

evasión es salirse de ella», AMORÓS, N.: “La elusión y la evasión tributaria”. *Revista de derecho financiero y hacienda pública*, 1965, 59, p. 584, ver igualmente pp. 597 y ss. .

⁴ El *Diccionario de la Lengua Española* define a la acción de *eludir* como «evitar con astucia una dificultad o una obligación». Esta definición no queda alejada de lo que en el lenguaje jurídico tributario se acepta como *elusión*, una conducta que se realiza con el fin de evitar total o parcialmente la carga fiscal de las actividades económicas, realizadas por los sujetos pasivos.

⁵ Vid. HERRERO MADARIAGA, J.: “*El fraude de ley. como elusión ilícita de los tributos*”, pp. 322 y 323, citado por OCHOA LEÓN, M.: “Elusión o evasión fiscal”. *Revista Iberoamericana de Contaduría, Economía y Administración* [en línea]. 2014, enero-junio, 3 (5), pp. 3 y 4. Obsérvese que el último caso responde a figuras de abuso de derecho, de fraude de ley o de negocio simulado, perfectamente ilícitos.

⁶ Vid. PRIETO JANO, M. J.: “La planificación fiscal internacional y en el ámbito de la Unión Europea. La elusión fiscal”, *Revista de Estudios Europeos*, septiembre-diciembre 1995, n. 11, p. 124.

⁷ *Ibidem*.

1.2. Aproximación conceptual

Partiendo de una definición genérica y simple de la planificación fiscal, entendiendo esta como conjunto de estrategias para reducir la carga tributaria a través de medios que la literalidad de la ley permite, abordaremos el concepto desde distintas perspectivas.

Avancemos aquí que nuestro trabajo se circunscribe a una categoría concreta de planificación fiscal con características subjetivas y espaciales bien definidas, que permiten distinguirla de otras clases de prácticas planificadoras. Así, desde un punto de vista subjetivo cabría diferenciar entre la *planificación fiscal desarrollada por personas físicas o individual*, que es aquella llevada a cabo por los individuos respecto de su patrimonio personal y afectada por los impuestos que gravan el consumo, la renta y el patrimonio⁸; y la *planificación fiscal de las personas jurídicas*, en concreto la planificación fiscal empresarial, referida a la que desarrollan las sociedades mercantiles para minimizar sus costes fiscales, esencialmente respecto a los derivados de impuestos que gravan el beneficio empresarial, y maximizar así sus ganancias, como parte esencial de su planificación económica y financiera.

Por otro lado, desde una perspectiva espacial debe distinguirse entre la *planificación fiscal interna o nacional*, que es la que tiene lugar dentro de una única jurisdicción fiscal y su marco normativo, siendo por tanto mucho más limitadas las opciones; y la *planificación fiscal internacional*, que se da «dentro del campo de las transacciones y operaciones de toda índole que tengan carácter transfronterizo»⁹, entrando en juego dos o más jurisdicciones y la aplicación de varias legislaciones fiscales, lo cual multiplica las posibilidades de forma paralela a su complejidad.

Tras realizar esta clasificación, podemos afirmar que el objeto de nuestro trabajo se limita a la *planificación fiscal internacional de empresas multinacionales*¹⁰, excluyendo por lo tanto la llevada a cabo individualmente por personas físicas respecto de sus patrimonios personales y la empleada por empresas cuya actividad se circunscribe al territorio de una única jurisdicción. Asimismo, si bien esta planificación recae sobre

⁸ Un ejemplo típico de planificación fiscal individual respecto al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en España es la posibilidad de deducirse hasta 8000 euros anuales de la base imponible por aportaciones a Planes de Pensiones, contenida en los arts. 51 y 52 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

⁹ CARMONA FERNÁNDEZ, N.: “Medidas antiabuso en los convenios de doble imposición”. En: F. SERRANO ANTÓN, dir. *Fiscalidad internacional*. 6ª edición. Madrid: Centro de Estudios Fiscales, 2015, Tomo 2, p. 1159.

¹⁰ En adelante nos referiremos como planificación fiscal internacional o PFI a la desarrollada exclusivamente por empresas multinacionales.

todo tipo tributos, tales como impuestos aduaneros, sobre el consumo o, incluso medioambientales¹¹, aquí nos centraremos en el impuesto sobre los beneficios empresariales¹² por ser el principal objeto de la PFI y por su mayor relevancia y actualidad en el contexto BEPS.

Este tipo de planificación se ha definido como «el sometimiento de un cierto hecho, acto o negocio a un plan que tiene en cuenta su trascendencia en ordenamientos de dos o más estados», sosteniendo que «surge cuando existen diferentes alternativas igualmente legales para el tratamiento de un supuesto de hecho»¹³. La anterior definición identifica la planificación fiscal con el concepto de ‘economía de opción’, que hace referencia a la aplicación de la autonomía de la voluntad del contribuyente para elegir entre varias conductas fiscales igualmente lícitas, tanto desde la literalidad como el sentido de la ley. Al tratarse de un concepto difuso y con múltiples derivaciones, entendemos necesario ofrecer nuestra propia definición de la PFI, la cual mantendremos a lo largo del trabajo, como: la elección, de entre las alternativas que las distintas jurisdicciones y sus legislaciones ofrecen, de la vía de acción fiscalmente más eficiente que permita minimizar la carga tributaria¹⁴.

Por último, ya adelantamos anteriormente que es frecuente últimamente apellidar ciertas prácticas de planificación fiscal con los adjetivos “abusiva” o “agresiva”, y en especial desde el inicio del Proyecto BEPS. Sin querer entrar ahora en consideraciones éticas y jurídicas –dedicamos el último punto de este epígrafe a esta cuestión–, algunos organismos internacionales dedicados a esta cuestión se han esforzado en ofrecer alguna definición al respecto. Así, la *planificación fiscal agresiva* o PFA –*Aggressive Tax*

¹¹ En España se corresponden respectivamente con el *Impuesto sobre la renta de Aduanas* (Reglamento (CEE) 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario) y el *Impuesto sobre el Valor Añadido* (Ley 37/1992, de 28 de diciembre, y Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre), mientras que los impuestos medioambientales son de titularidad autonómica.

¹² En España es el *Impuesto sobre Sociedades*, regulado por la LIS. Se trata de un «tributo de carácter directo y naturaleza personal que grava la renta de las sociedades y demás entidades jurídicas», Agencia Española de Administración Tributaria: *Cuestiones básicas del impuesto de sociedades* [en línea] [fecha de consulta: 18 de agosto de 2017]. Disponible en: <http://www.agenciatributaria.es>. También nos referiremos a este impuesto con otros términos habitualmente utilizados en la literatura como *impuesto corporativo*, *impuesto sobre las rentas empresariales* o *impuesto sobre los beneficios empresariales*.

¹³ BOOTELLO, V., PALACIOS, J. y PASTERIZA, S.: “Introducción a la planificación fiscal internacional”. En: F. SERRANO ANTÓN, dir. *Fiscalidad internacional*. 6ª edición. Madrid: Centro de Estudios fiscales, 2015, Tomo 2, p. 1648.

¹⁴ Observamos como a pesar de que las definiciones sobre la planificación fiscal son múltiples, se repiten elementos comunes en los textos de diversos autores desde distintas perspectivas. Nuestra definición surge como agregación e integración de partes más elementales (componentes principales: la licitud, al menos literal, de los medios empleados; el objetivo de reducción de la carga tributaria; y la existencia de dos o más jurisdicciones).

Planning (ATP por sus siglas en inglés)– consiste, según la “European Commission Recommendation on Aggressive Tax Planning”, en:

taking advantage of the technicalities of a tax system or of mismatches between two or more tax systems for the purpose of reducing tax liability. It may result in double deductions (e.g. the same cost is deducted both in the state of source and residence) and double non-taxation (e.g. income which is not taxed in the source state is exempt in the state of residence)¹⁵

Se trata, en cualquier caso, de un concepto jurídico indeterminado no exento de debate y que depende en gran medida de la sensibilidad del momento político. Además, subrayar que se encuentra directamente relacionado con BEPS, una síntesis de fórmulas modernas de elusión fiscal internacional consistentes en la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios (*Base Erosion and Profit Shifting*) que resultan en una no imposición o en una menor tributación de la querida por el legislador¹⁶.

1.3. Factores de desarrollo de la planificación fiscal internacional

El aumento de la relevancia de la fiscalidad internacional en el ámbito de la gestión empresarial, consecuencia directa del simultáneo desarrollo del comercio mundial y la internacionalización masiva de las empresas, no se entiende sin conocer antes el entorno en el que se desarrolla la planificación fiscal y su principal actor: la globalización y la empresa multinacional, respectivamente. A este propósito dedicamos el presente epígrafe, con ánimo de ayudar a comprender mejor este fenómeno.

La globalización

La PFI se ha desarrollado especialmente en los últimos años dentro de un entorno concreto denominado como *globalización*. Se trata de un proceso que, fruto de la liberalización económica, ha beneficiado a los mercados nacionales apoyando el crecimiento económico, creando puestos de trabajo, fomentando la innovación y

¹⁵ Comisión Europea: *Recommendation on aggressive tax planning*, C(2012) 8806, Bruselas, 6 de diciembre de 2012, citado en “Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators - Final Report”. *Taxation papers*. 2015, nº 61, p. 15 y 16. La traducción al español de esta cita podría ser la siguiente: «aprovecharse de los tecnicismos [también se suele hablar de lagunas –*loopholes*–] o de las discordancias entre dos o más sistemas fiscales [jurisdicciones] con el propósito de reducir la carga fiscal. Puede resultar en dobles deducciones (...) o dobles exenciones (...)».

¹⁶ *Vid.* CARBAJO VASCO, D.: “El Plan de acción de la Iniciativa BEPS. Una perspectiva empresarial”. *Crónica tributaria*. 2015, nº 154/2015, pp. 63.

facilitando que millones de personas salgan de la pobreza¹⁷. Según Angus Deaton, Premio Nobel de Economía:

The first thing we need to understand when we think about globalization is that it has benefited an enormous number of people who are not part of the global elite. Despite continuing population growth, the number of people who are poor worldwide has fallen by more than a billion in the last 30 years.

Y añade:

In the rich world, all income groups benefit, because goods (...) are cheaper. Policies aimed at reversing globalization will lead only to a decrease in real income as goods become more expensive¹⁸.

La globalización, que se caracteriza esencialmente por la gradual integración de las economías nacionales en la esfera internacional¹⁹, deriva en una cada vez mayor interdependencia de los mercados y en el debilitamiento de las soberanías nacionales²⁰. En el ámbito fiscal, este contexto determina que la planificación fiscal internacional, la cual ha de tener en cuenta elementos fiscalmente relevantes para más de un Estado, cobre especial importancia y complejidad al tener que analizar legislaciones fiscales de varias jurisdicciones. A su vez, aumenta la dificultad para que el Estado-nación, con su ley tributaria ligada al territorio de su soberanía²¹, pueda vigilar con efectividad las actividades fiscalmente relevantes que allí tienen lugar y provoca, en último término, importantes desajustes y lagunas jurídicas que son aprovechadas por las empresas.

¹⁷ Vid. OCDE.: “*Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*”. OECD Publishing, 2014, p. 5.

¹⁸ DEATON, A.: “Getting Past the Globalization Bogeyman”. *Fatal Attraction – The Year Ahead* [en línea]. 16 junio 2017 [fecha de consulta 6 de septiembre de 2017]. La traducción de esta cita podría ser la siguiente: «Lo primero que debemos entender cuando pensamos en la globalización es que ha beneficiado a un enorme número de personas que no forman parte de la élite mundial. A pesar del continuo crecimiento demográfico, el número de personas que son pobres en todo el mundo ha disminuido en más de mil millones en los últimos 30 años. (...) En el mundo rico, todos los grupos de ingresos se benefician, porque los bienes (...) son más baratos. Las políticas encaminadas a revertir la globalización solo conducirán a una disminución del ingreso real a medida que los bienes se vuelvan más caros».

¹⁹ Según De la Dehesa, la globalización se puede entender como «un proceso dinámico de creciente libertad e integración mundial de los mercados de trabajo, bienes, servicios, tecnología y capitales». DE LA DEHESA, G.: *Comprender la globalización*. Madrid: Alianza Editorial, 2000, citado por VILLARREAL LARRINAGA, O. “La internacionalización de la empresa y la empresa multinacional: una revisión conceptual contemporánea”. *Cuadernos de Gestión* [en línea]. 2005, vol. 5, (2), p.56.

²⁰ Vid. CHAMORRO Y ZARZA, J. A.: “Los principios constitucionales del Derecho Financiero y Tributario y su deseable implementación en el derecho de la Unión Europea”. *Estudios de Deusto*. 2012, Julio-Diciembre, vol. 60 (2), págs. 324-325. También en CRUZ PADIAL, I. “Globalización económica: sinónimo de desnaturalización tributaria”, *Crónica tributaria*, 2002, nº109, p. 59.

²¹ Según la Constitución Española (artículo 133.1): «La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley». En este sentido, Rosembuj indica que «de acuerdo con la doctrina tradicional, la ley tributaria obliga a todos los que se encuentren en territorio del Estado y, en consecuencia, su obligatoriedad e inderogabilidad cesa fuera de los lindes efectivos del propio territorio del Estado, donde no llega o es dudoso que pueda hacerlo la jurisdicción, para hacer que valga su pretensión», en ROSEMBUJ, T.: *Derecho fiscal internacional*. 1ª ed. Barcelona: El Fisco, 2001, p. 17.

Además, las políticas fiscales, antaño gestionadas de forma independiente a nivel nacional, ahora deben coordinarse a nivel supranacional con otros Estados para hacer frente a los nuevos retos de un mundo sin fronteras e interconectado. Esto provoca la transferencia de la capacidad de adoptar ciertas decisiones hacia instancias externas al Estado, no siempre bajo el deseable control de órganos democráticos, con la consiguiente afectación, en algunos casos, de la esfera individual de los ciudadanos, hasta ahora bajo el amparo de las Constitucionales nacionales²². Nace así lo que se conoce como Derecho fiscal internacional, una rama del Derecho tributario que «tiene por objeto el análisis de las situaciones en las que puede resultar de aplicación el ordenamiento tributario de dos o más Estados»²³, y que será extensamente tratado en el segundo epígrafe de este trabajo.

Por último, uno de los más recientes ejemplos de los efectos de la globalización es el desarrollo de la *economía digital*, resultado de una revolución de las tecnologías de la información y de la comunicación que ha permitido mejorar los procesos empresariales y reforzar la innovación en todos los sectores de la economía. La economía digital y sus modelos de negocio presentan nuevos retos para la fiscalidad internacional, como la tributación del comercio electrónico, las tiendas de aplicaciones, la publicidad en línea, los servicios en la nube, las criptomonedas y los servicios de pago en línea. Es por ello que la Acción 1 del Proyecto BEPS²⁴ se dedica a dar una aproximación a estas nuevas cuestiones que a la vez impregnan todo el paquete de medidas final.

La empresa multinacional

La globalización ha dado como resultado un cambio de paradigma empresarial, partiendo de modelos operativos específicos para cada país para dar lugar a modelos globales basados en organizaciones de gestión matricial y cadenas de suministro integradas que centralizan varias funciones a nivel regional o global²⁵. Para completar este análisis de los factores que determinan el desarrollo de la PFI, debemos dedicar un

²² Vid. CHAMORRO Y ZARZA, J. A. *Op. Cit.*

²³ SERRANO ANTÓN, F.: “Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación”. En: F. SERRANO ANTÓN, dir. *Fiscalidad internacional*. 6ª edición. Madrid : Centro de Estudios Fiscales, 2015, Tomo 1, p. 277.

²⁴ Para una lectura más profunda véase OCDE: *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing. 2015.

²⁵ Vid. OCDE, 2014. *Op. cit.*, p. 8.

momento su principal protagonista: la Empresa Multinacional –o MNE (*Multinational Enterprise*) por sus siglas en inglés–.

La MNE es un fenómeno intrínsecamente complejo que puede analizarse desde distintas perspectivas, lo que da lugar no solo a diversas definiciones, sino que, además, el término o denominación utilizado en la literatura es múltiple²⁶. Por ello, aquí nos limitaremos a describir la MNE partiendo de su principal componente: la Inversión Directa en el Exterior, o IDE, concepto que además se encuentra normalizado y regulado²⁷. Así la legislación española actualmente en vigor²⁸ sobre inversiones exteriores respeta, con algunas excepciones, las definiciones consensuadas en el seno de organismos como el Fondo Monetario Internacional y la OCDE, que, en general, definen la *Inversión Directa Extranjera* como «el establecimiento de una relación duradera entre un residente en una determinada economía (sociedad filial) y un no residente (sociedad inversora), con ánimo de influir en su gestión, para lo que se requiere que esta última posea al menos un 10% del capital accionarial de la primera»²⁹. Las formas en que dicha inversión se produce son las siguientes: inversión para la creación de nuevas empresas; adquisición de una parte o de todo el capital social de una empresa existente; reinversión de beneficios; y préstamos entre empresas relacionadas accionarialmente³⁰.

Una vez conocido el concepto de IDE, podemos afrontar con mayor precisión y rigor el concepto de *Empresa Multinacional*, que Villarreal define como «aquella que comprende entidades con recursos propios en más de un país en los que, generalmente a través de la IDE, localiza personas y/o activos que gestiona y controla para realizar cualquiera de las actividades primarias de la cadena de valor»³¹. Tal y como se viene insistiendo, se puede observar cómo las características propias de una MNE, un ente con presencia en más de una única jurisdicción con capacidad para trasladar activos y

²⁶ Algunos autores distinguen entre empresa multinacional (MNE, *Multinational Enterprise*) y empresa transnacional (TNC, *Transnational Company*), diferenciándolas en que la TNC descentraliza todas sus funciones, incluso administrativas y financieras; mientras que la MNE es una compañía nacional con filiales en el extranjero y que descentraliza solo las funciones operativas. Al tratarse de una cuestión relativa a la dirección estratégica de la empresa, para el propósito de este trabajo ambos términos serán utilizados como análogos. *Vid.* VILLARREAL LARRINAGA, O., *Op. cit.*, pp. 59 y 60.

²⁷ *Ibid.*, p. 60.

²⁸ *Vid.* RD 664/1999, de 23 de abril sobre inversiones exteriores; y Orden de 28 de mayo de 2001, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación, así como los procedimientos para la presentación de memorias anuales y de expedientes de autorización.

²⁹ VILLARREAL LARRINAGA, O. *Op. cit.*, p. 61.

³⁰ *Vid. Ibidem.*

³¹ *Ibid.*, p. 63.

riesgos, derivan en una infinidad de retos a nivel internacional que afectan a diversas ramas del derecho, y en especial al Derecho Tributario.

Por último, debemos definir dos conceptos ligados al de MNE que nos ayudarán posteriormente al análisis. Nos referimos, por un lado, a la *entidad matriz* (en inglés *Parent Company*) como aquella que posee el control efectivo de una o varias entidades dependientes³² y que suele reservarse funciones de administración, dirección y control. Por otro lado, hay que distinguir las dos principales formas de inversión directa de una MNE en el extranjero: a través de la *sucursal* o *establecimiento permanente* (EP), que no tiene personalidad jurídica, y la *sociedad filial, subsidiaria* o *dependiente*, que sí la tiene. En el último epígrafe se desarrollaran estos conceptos y sus distintas características a efectos fiscales con mayor detalle.

1.1.4. Objetivos de la planificación fiscal internacional

La estructura de las inversiones, y transacciones económicas en general, efectuadas en el exterior de un país están determinadas por factores de diversa índole (comerciales, administrativos, financieros, organizativos, ...), pero sobre todos ellos son especialmente relevantes los de carácter fiscal. Teniendo en cuenta que los impuestos reducen una gran parte del beneficio empresarial³³ (la tasa impositiva media del impuesto de sociedades en los países de la OCDE en 2016 fue del 24,81%)³⁴ y que la razón de ser de una sociedad mercantil es la obtención de un lucro³⁵ propio del marco de economía de mercado³⁶, es comprensible que los administradores de las sociedades

³² Según la Directiva 2011/96/UE, la calidad de sociedad matriz se reconocerá por lo menos a una sociedad. de un Estado miembro posea en el capital de una sociedad de otro Estado miembro una participación mínima del 10 %.

³³ En España, según un estudio elaborado por el Think Tank Civismo, la carga fiscal teniendo en cuenta impuestos como el de Sociedades; Aduanas, Aranceles e Impuestos Especiales; el de Bienes Inmuebles; el de Actividades Económicas; el de Vehículos de Tracción Mecánica; los autonómicos; y las cotizaciones a la Seguridad Social, el tipo efectivo alcanza el 61,57% en el caso de las grandes empresas. Vid. SANTACRUZ, J.: *La factura fiscal de las empresas en España: La fiscalidad real de las empresas en el final de la campaña del Impuesto de Sociedades*. Civismo, 24 de Junio de 2017.

³⁴ *KPMG Tax rates online* [en línea] [fecha de consulta 22 de agosto de 2017]. Disponible en <https://home.kpmg.com/xx/en/home/services/tax/tax-tools-and-resources/tax-rates-online.html>.

³⁵ Artículo 116 del Código de Comercio.

³⁶ Conviene aquí recordar el artículo 38 de nuestra Carta Magna que dice que: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. (...)».

presten especial atención a los aspectos fiscales de sus inversiones en cumplimiento de su deber de diligencia³⁷ y de lealtad³⁸ hacia los accionistas. Entendemos así la planificación fiscal como una parte integrante de la planificación económica-financiera de cualquier empresa y encuadrada dentro del objetivo general de creación de valor para el accionista a través de los principios básicos de maximización de ingresos y minimización de costes.

Dicho esto, el objetivo principal de la PFI es la «disminución de la carga fiscal global relacionada con una inversión», o también «evitar riesgos fiscales y no pagar más impuestos de los debidos»³⁹. Para alcanzar este fin último y genérico las MNEs tratarán de⁴⁰:

- Evitar la doble imposición internacional.
- Obtener una mayor eficiencia en la tributación de las rentas.
- Mejorar la eficiencia del proceso inversor estableciendo las actividades del grupo en una jurisdicción que las facilite, ya sea mediante un tratamiento fiscal favorable o mediante incentivos directos.
 - Conseguir una eficiente estructuración del grupo internacional que sea flexible y evite cargas fiscales innecesarias sobre los activos y riesgos.
 - Optimizar la tributación de los flujos monetarios y de tesorería.
 - Evitar la incertidumbre fiscal alrededor de la inversión.

Tener presentes estos objetivos nos ayudará posteriormente a analizar los instrumentos y estrategias utilizados por las multinacionales para planificar fiscalmente sus actividades. En el último epígrafe de este trabajo concretaremos aún más estos objetivos al analizar el esquema básico de PFI que buscan las empresas multinacionales.

³⁷ «Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario (...)» Art. 225.1 LSC.

³⁸ «Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad». Art. 227.1 LSC.

³⁹ BOOTELLO, V., PALACIOS, J. y PASTERIZA, S., *op. cit.* p. 1651.

⁴⁰ *Vid. Íbidem.*

1.5. Dimensiones éticas y jurídicas

Sin tratar de desviarnos del tema principal, juzgamos inevitable dedicar un apartado a las consideraciones ético-jurídicas que rodean la planificación fiscal internacional, una cuestión que actualmente ocupa un lugar protagonista en el debate público, lo cual a su vez determina forzosamente la orientación de la actuación política y legislativa⁴¹, y cuyo entendimiento nos ayudará a contextualizar mejor, si cabe, la PFI y el Proyecto BEPS.

El Derecho, en tanto que ciencia moral⁴², no se limita solo a estudiar lo que la ley dice, sino también lo que esta debería decir, siendo por tanto una disciplina prescriptiva influenciada por el desarrollo de los asuntos sociales. Si bien nuestro trabajo se refiere a las formas legales de reducir las cargas fiscales, debemos atender por un lado a que lo *legal* en ocasiones diverge de lo considerado *justo*⁴³ –ya que la ley por su naturaleza acostumbra a ir por detrás de la realidad social, y es bueno que así sea al permitir un cierto margen de reflexión y maduración–. Por otro, debido a la complejidad del sistema tributario actual y de las transacciones comerciales, así como al infinito ingenio humano, la frontera entre lo legal y lo ilegal habitualmente es muy difusa. Cuándo es legal y cuándo ilegal la planificación fiscal y si el cumplimiento de la ley basta para ser socialmente responsable serán las preguntas que trataremos de responder a continuación.

⁴¹ Una interesante muestra del debate sobre la planificación fiscal agresiva fue la audiencia pública del Public Accounts Committee del Parlamento británico en la que se citaron como testigos a Matt Brittin (CEO, Google UK), Troy Alstead (Global CFO, Starbucks), Andrew Cecil (Director Public Policy, Amazon). En ella, los directivos de las multinacionales alegaban su deber de diligencia para con sus accionistas y que pagaban los impuestos que les requería la ley, mientras que la Comisión consideraba la actuación de las empresas injusta frente a los contribuyentes. *Vid.* Public Accounts Committee Hearing on Taxation of Multinational Corporations [en línea]. En: *Parliamentlive.tv*, 12 de noviembre de 2012. [Fecha de consulta 10 de julio de 2017]. Disponible en: <http://www.parliamentlive.tv/Event/Index/ab52a9cd-9d51-49a3-ba3d-e127a3af018c>.

⁴² *Vid.* GARCÍA CUADRADO, A. M. *Principios de derecho constitucional*. 1. León: EOLAS, 2011, p. 39

⁴³ En este sentido, «la justicia mide la adecuación de una norma o el conjunto del sistema a un orden normativo distinto del Derecho, pero íntimamente relacionado con él, que llamamos moralidad.» PRIETO SANCHÍS. *Apuntes de teoría del Derecho*. 5ª. Madrid: Trotta, 2010, p. 96. Y siendo la *moral* un conjunto de normas, creencias, valores y costumbres que dirigen o guían la conducta de las personas en la sociedad y por tanto cambiante según el tiempo y variable de una sociedad a otra, *vid.* HOLBACH, Baron de. *La moral universal o los deberes del hombre fundados en su naturaleza*. Vol 1: Teoría de la moral. Traducido por M. DÍAZ MORENO. 2ª ed. Madrid: Imprenta de Mateo Repullés, 1821.

Debate público y actores clave

Con ocasión de la crisis financiera que azotó las economías occidentales en 2008, los gobiernos se vieron obligados a adoptar medidas dirigidas a equilibrar unos desproporcionados presupuestos públicos que venían creciendo en los años previos sostenidos por la bonanza económica. Estas medidas, que no evitaron un masivo endeudamiento de los estados afectados, consistieron a grandes rasgos en una contención del dispendio público del que se venía disfrutando, pero especialmente en un intento por incrementar los diezmos ingresos fiscales a través de aumentos de las cargas impositivas (mayormente en impuestos sobre la renta y el consumo). Estas extraordinarias exigencias a los contribuyentes, en un contexto de grandes esfuerzos marcados por el elevado desempleo, las reducciones salariales y el escaso crédito, propiciaron que surgiera un creciente sentimiento de indignación por parte del público. Paralelamente, este se veía intensificado por ONGs, políticos a la defensiva frente a su deficiente manejo de la crisis, y el sensacionalismo típico de los medios de comunicación⁴⁴. La controversia se había instalado entre las principales preocupaciones de la ciudadanía: ¿están las multinacionales pagando su «*fair share of tax*»⁴⁵?

A partir de entonces, se viene desarrollando un importante debate público sobre la moralidad de la planificación fiscal internacional llevado a cabo por empresas multinacionales y grandes patrimonios en el que participan diversos *actores clave*⁴⁶. En primer lugar, encontramos a las *multinacionales*, las cuales deben responder a las exigencias de sus accionistas y empleados de mantenerse competitivos maximizando los beneficios. En segundo término, están los *clientes*, que como integrantes de la sociedad y como contribuyentes pueden tener en cuenta el comportamiento fiscal de la empresa como aspecto valorable de su reputación a la hora de decidir si comprar sus productos. Por otro lado, están las *ONGs* –como Tax Justice Network, Oxfam International y

⁴⁴ Durante esta época, marcada por una especial sensibilidad hacia la elusión fiscal, estas cuestiones ocuparon las portadas de la prensa nacional e internacional (The New York Times, The Wall Street Journal, y el Financial Times) y se publicaron diversos informes que incidían en la baja o nula tributación de algunas filiales europeas de grandes multinacionales (Apple, Amazon, Google o Facebook) y en el *tax gap*, o agujero fiscal –la cantidad de impuestos dejada de recaudar por las Administraciones tributarias–. Vid. CORWIN, M. S.: “Sense and Sensibility: The Policy and Politics of BEPS”. *Tax Notes*. 2014, 6 de octubre, p.134. En este sentido, especialmente relevante fue el informe de la OCDE “Addressing Base Erosion and Profit Shifting” de 2013, del que hablaremos en el último epígrafe de nuestro estudio.

⁴⁵ En español, el “*fair share of taxes*” hace referencia al sostenimiento de los gastos públicos de forma justa, o según la literalidad de nuestra Constitución en su artículo 31.1 «(...) de acuerdo con su capacidad económica».

⁴⁶ BENDER, T. y BROEKHUIJSEN, D. M.: *The Relationship between Corporate Social Responsibility and International Tax Avoidance*. Holanda: Leiden University, 2015, pp. 5 y 6.

Action Aid⁴⁷, y los *medios de comunicación*, quienes crean opinión, canalizan las demandas sociales y presionan a los poderes públicos para realizar cambios normativos. Y por último están los *gobiernos*, que se encuentran ante el dilema de poner en la balanza si mantener individualmente una fiscalidad atractiva a la inversión para competir con el resto de estados, o bien sucumbir a la presión social del momento político y cooperar internacionalmente para reducir las posibilidades de la PFI.

Asimismo, hay que tener en cuenta que dependiendo del nivel de desarrollo de un país sus intereses económicos difieren, ya que una gran economía como la estadounidense puede permitirse tener una fiscalidad más alta al verse compensada con otros incentivos a la inversión como la seguridad jurídica, el capital humano disponible o las facilidades de financiación⁴⁸. Esto nos ayuda a explicar el hecho de que la OCDE, un foro internacional que engloba las economías más grandes del mundo, sea el principal impulsor de las reformas sobre esta cuestión. En suma, la variedad de partes implicadas e intereses contrapuestos presentados dan una aproximación a la complejidad e importancia del debate sobre la planificación fiscal internacional.

Legalidad vs. ilegalidad

Aunque al inicio de este trabajo ya dedicamos un apartado a aclarar, al menos provisionalmente, los términos de elusión impositiva, evasión fiscal y otros conceptos afines, y hemos caracterizado la planificación fiscal por la utilización de medios lícitos, creemos necesario dedicar unas líneas a distinguir algunas figuras cuyas fronteras legales no siempre están bien definidas.

Recordemos que la apariencia legal del mecanismo utilizado para reducir la carga fiscal era lo que nos ayudaba a distinguir los conceptos mencionados, ya que desde un punto de vista económico se confunden por perseguir el mismo resultado: un ahorro fiscal. Sin embargo, también decíamos que *el concepto amplio de elusión fiscal incluía supuestos de abuso de las normas jurídicas* para manipular el hecho imponible, una

⁴⁷ *Ibid.*, p. 1.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 3.

actuación ilícita o incluso delictiva⁴⁹. Así, en nuestro ordenamiento distinguimos las siguientes tres figuras elusivas abusivas⁵⁰:

a) *Fraude de ley*: institución jurídica derivada del derecho civil⁵¹ cuyo régimen jurídico dentro del ámbito tributario tiene su plasmación específica en el art. 15 de la Ley General Tributaria. En la última reforma se sustituyó la antigua figura de *fraude de ley tributaria* por el actual «*conflicto en la aplicación de la norma tributaria*», que tiene lugar:

(...) cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias: a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido. b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.⁵²

b) *Simulación*: siendo también un negocio jurídico anómalo, la jurisprudencia sostiene como elemento diferenciador respecto del fraude de ley –que parte de la existencia de negocios jurídicos válidos y efectivamente queridos por las partes–, la creación de una realidad jurídica aparente (simulada) que oculta otra subyacente, o que oculta la inexistencia de un acto o de un negocio jurídico.⁵³

c) *Negocio indirecto*: aquel en que las partes celebran un contrato típico y regulado en el ordenamiento jurídico con un fin distinto del que le es propio y específico⁵⁴.

En estos casos, se hace patente la dificultad de aplicación de las medidas antielusivas tanto por la complejidad de acreditar que la realidad económica no coincide con la realidad fiscal en algunos elementos de los negocios internacionales (activos intangibles, distribución de riesgos y funciones), como por los difusos límites existentes entre el fraude y la llamada economía de opción.

⁴⁹ El artículo 305 del Código Penal califica como delito de fraude fiscal, la acción u omisión de eludir el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubiesen debido retener o disfrutar indebidamente de beneficios fiscales, siempre y cuando se superen los 120.000 euros.

⁵⁰ CUADRADO ZULOAGA, D.: “El fraude de ley y el conflicto en la aplicación de la norma tributaria”. *Actualidad Administrativa*, Julio 2012, nº 13, Sección Informe de Jurisprudencia, tomo 2, p. 1693.

⁵¹ «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir» Art. 6.4. Código Civil.

⁵² Artículo 15 de la LGT.

⁵³ *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo de 2005.

⁵⁴ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 9 de Octubre de 2009.

De entre las características de estas prácticas de dudosa legalidad cabe señalar la artificiosidad; el aprovechamiento de defectos o inconsistencias legales; la ausencia de motivación económica y finalidad exclusivamente fiscal; y la utilización de la norma de forma ajena a su espíritu y finalidad⁵⁵. Todo ello dirige a constituir, al menos potencialmente, un *abuso de ley tributaria*, lo cual a su vez encaja con las actuales calificaciones de la planificación fiscal *agresiva* o *abusiva*, que ya introducimos. Bajo la advertencia de que el *abuso de derecho* es un concepto jurídico indeterminado, y que por tanto es preciso delimitarlo caso por caso, no se puede olvidar ni desechar los parámetros legales, jurisprudenciales y doctrinales de largo desarrollo⁵⁶. Sin querer extendernos más de la cuenta, sirva decir aquí que, según el Diccionario de la Real Academia Española, el *abuso* implica el «ejercicio de un derecho en sentido contrario a su finalidad propia y con perjuicio ajeno».

Vemos así de nuevo cómo la exigencia de cumplimiento legal va más allá de la mera literalidad, siendo la tendencia actual –ante la complejidad de acabar con todas las lagunas jurídicas y desajustes del sistema fiscal– considerar que se debe cumplir también con el *espíritu de la ley*⁵⁷, una interpretación difusa que a nuestro entender puede plantear graves problemas de seguridad jurídica. En este sentido, la “OECD Guidelines For Multinational Enterprises” –una serie de recomendaciones de la organización internacional para una conducta responsable por parte de las multinacionales– especifica que:

(...) enterprises should comply with both the letter and spirit of the tax laws and regulations of the countries in which they operate. Complying with the spirit of the law means discerning and following the intention of the legislature. It does not require an enterprise to make payment in excess of the amount legally required pursuant to such an interpretation⁵⁸.

⁵⁵ AMORÓS VIÑALS, A.: “La planificación fiscal agresiva” en *Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, nº362, 2013. P. 32

⁵⁶ La mejor plasmación en nuestro ordenamiento de la doctrina del abuso de derecho la encontramos en el art. 7.4 del Código Civil: «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso». Se trata de un perfecto ejemplo de GAAR (*General Anti Abuse Rule*), que permite a las administraciones tributarias y órganos judiciales tener en cuenta no solo la literalidad de la ley sino también el espíritu de la misma. HEMELS, S.: “Fairness and Taxation in a Globalized World”. *Browser Download This Paper* [en línea]. 2015, 26 de febrero de 2015, p. 12-14.

⁵⁷ Vid. BENDER, T. y BROEKHUIJSEN, D. M., *op. cit.*, pp. 3-4.

⁵⁸ OCDE: *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. París: OECD Publishing, 2011, p. 60. La traducción al español de esta cita podría ser la siguiente: « (...) las empresas deberían cumplir con la letra y el espíritu de las leyes y regulaciones de los países en los que operan. Cumplir con el espíritu de las

Además, los comentarios a la anterior recomendación añaden que:

Transactions should not be structured in a way that will have tax results that are inconsistent with the underlying economic consequences of the transaction unless there exists specific legislation designed to give that result⁵⁹.

El Proyecto BEPS desarrolla, amplía y precisa este principio de *actividad sustancial* en su Acción 5, constituyendo un estándar mínimo para evaluar regímenes preferenciales a fin de realinear la tributación de las rentas obtenidas con las actividades sustanciales que las generan⁶⁰.

En definitiva, la determinación de la frontera entre los negocios legítimos susceptibles de ser celebrados por los contribuyentes en uso de la autonomía de la voluntad, y aquellos otros que son estimados como anómalos con la intención de eludir irregularmente la carga tributaria, se encuentra en lo que se denomina como *economía de opción*, donde se elige lícitamente entre diversas alternativas jurídicas en función de su menor carga tributaria, pero no solo en función de esta consideración fiscal, ya que ha de concurrir otro efecto jurídico o económico relevante, si bien como decimos esto es frecuentemente difícil de probar.

¿Qué es el *fair share*?

Una vez definida la delgada línea entre la legalidad e ilegalidad, la pregunta que debemos plantearnos es qué es el *fair share* o la contribución justa⁶¹ que la sociedad demanda a las empresas y si la responsabilidad social de estas debe ir más allá del estricto cumplimiento de la ley.

leyes significa discernir y seguir la intención de los legisladores. No se requiere que la empresa pague más de lo que legalmente se le exige en virtud de tal interpretación».

⁵⁹ *Ibidem*. La traducción de esta «Las transacciones no deberían estar estructuradas de tal manera que se obtengan resultados fiscales inconsistentes con sus subyacentes consecuencias económicas, a menos que exista una legislación específica que permita tales resultados».

⁶⁰ *Vid.* OCDE, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing, 2015.

⁶¹ Nos encontramos de nuevo ante un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, el *fair share* no está claramente definido. Sin embargo, podemos afirmar que tiene un aspecto moral, ya que no pagar la parte equitativa significa que otro lo tiene que pagar. Los aspectos morales y éticos de este argumento están relacionados con 500 años de debate filosófico sobre el tema, que fue resumido en inglés por Crowe en: M.T. Crowe, “The Moral Obligation of Paying Just Taxes”, *Catholic University of America Press*, 1944. *Vid.* BENDER, T. y BROEKHUIJSEN, D. M, *op. cit.*, nota al pie 5.

Afirmaba el eminente jurista norteamericano Oliver Wendell Holmes que «los impuestos son lo que pagamos por vivir en sociedad»⁶², aforismo que ha ido calando poco a poco tanto en los *policy-makers* como en el conjunto de las economías occidentales. Así, rige en nuestro ordenamiento el *principio de equidad*⁶³ (*fairness* en inglés), que en el ámbito tributario implica el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas de forma proporcional a la capacidad económica. Por lo que respecta al *deber de contribuir de las empresas*, se viene justificando en que el hecho de residir u operar en una determinada jurisdicción implica beneficiarse de lo que esta ofrece (seguridad jurídica, servicios e infraestructuras públicas, acceso al mercado, ...), y se aduce que al tratarse de una opción voluntaria –el establecimiento en una jurisdicción– no plantea problemas de ausencia de representación democrática de los contribuyentes no residentes⁶⁴. Sin embargo, el primer argumento no tiene en cuenta que el país en el que se asienta la empresa se beneficia igualmente del acceso a nuevos productos y servicios, la creación de empleos directos e indirectos, el surgimiento de industrias complementarias, la formación de la mano de obra y todos los demás efectos habituales ligados a la actividad empresarial.

Desde una perspectiva pragmática, se debe tener en cuenta el hecho de que los contribuyentes están más dispuestos a pagar impuestos si creen que el resto también los paga⁶⁵. Así, cuando el contribuyente corriente, en una situación económica difícil marcada por la crisis, la corrupción y la evasión de capitales⁶⁶, se da cuenta de que multinacionales y grandes patrimonios pueden permitirse unos servicios de asesoramiento fiscal que no están al alcance de todos y que les permiten optimizar su tributación, se crea el caldo de cultivo idóneo para la indignación.

⁶² Voto particular en el caso “Compañía General de Tabacos de Filipinas vs. Collector of Internal Revenue” (21 November, 1927).

⁶³ Contenido en el art. 3 de la LGT como principio rector del sistema fiscal.

⁶⁴ Vid. HEMELS, S., *op. cit.*, pp. 7-8.

⁶⁵ Vid. *Íbid.*, p. 6.

⁶⁶ Vid. *Íbid.*, p. 9. La confusión que se produce con la evasión fiscal, más propia de pequeñas empresas e individuos, y no digamos ya con el blanqueo de capitales, directamente relacionado con la corrupción y el crimen organizado o el terrorismo, respecto la planificación fiscal internacional de multinacionales, es fruto del sensacionalismo habitual y el deficiente tratamiento que los medios de comunicación dan al debate y que poco ayuda a resolver los problemas que el sistema fiscal internacional enfrenta. A este respecto véase CORWIN, M. S., *op. cit.* Por ejemplo, en el Reino Unido, el *tax gap*, es decir, la diferencia entre la cantidad de impuestos que en teoría se deberían recaudar y la realmente recaudada, es de 34 millones de libras, de los cuales el 44% corresponde a pequeñas y medianas empresas, el 16% a actividades delictivas y el 13% a individuos particulares, y está más relacionada con impuestos como el IVA que con el impuesto de sociedades (HEMELS, S., *op. cit.*, p. 11). Estas cifras demuestran cómo los términos se confunden y la evasión fiscal, hecho delictivo, está muy poco relacionado con lo que aquí estamos tratando.

Por otro lado, por más que los miembros de una sociedad tengan el deber moral de pagar impuestos de acuerdo con el principio de equidad, esta obligación está incompleta en ausencia de una norma que determine la cantidad de impuestos que se deben pagar⁶⁷. Vemos así, que las dimensiones éticas que rodean a la PFI y que alimentan el reciente debate público son variadas y complejas, y que el reclamado *fair share* es, como mínimo, difícil de concretar.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que son los propios Estados los que, unas veces por acción (creación de regímenes especiales, concesión de incentivos fiscales, etc.) otras por omisión (lagunas jurídicas), condicionan el comportamiento de los contribuyentes y hacen uso de la legislación fiscal para dirigir las decisiones de estos hacia los fines que consideran mejores⁶⁸. Según Freedman, «The government has invited a response to its tax incentives and taxpayers are merely taking up the invitation»⁶⁹. Estamos refiriéndonos a la *competencia fiscal entre países*, a nuestro entender algo muy saludable y que en última instancia impide que los tipos impositivos aumenten de forma ilimitada ante el riesgo de que los *tax payers* huyan a jurisdicciones menos confirmatorias. Sin embargo, es evidente que los Estados, en especial los desarrollados, no pueden permitir una competencia fiscal que reduzca sus ingresos al mínimo y por ello se vienen adoptando desde los noventa medidas contra lo que se ha denominado *harmful tax competition*⁷⁰, del que hablaremos en el segundo epígrafe.

Para finalizar, partiendo de que la razón de ser de una empresa es la obtención de beneficios como premio a la asunción de riesgos y al descubrimiento de oportunidades de inversión, creemos que la culpa no debe en absoluto recaer en ellas, siendo los gobiernos los que en la mayor parte de las ocasiones incentivan a las empresas a actuar fiscalmente de una u otra forma.

⁶⁷ BENDER, T. y BROEKHUIJSEN, D. M., *op. cit.*, p. 3

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ FREEDMAN, J.: “Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle”. *British Tax Review*. 2004, 332, p. 343, citado por BENDER, T. y BROEKHUIJSEN, D. M., *op. cit.*, p. 3.

⁷⁰ *Vid.* HEMELS, S., *op. cit.*, pp. 17 y 18, y BENDER, T. y BROEKHUIJSEN, D. M., *op. cit.*, 6 y 7. Ver también OCDE: *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*. París: OECD Publishing, 1998; y el Proyecto BEPS, que en su conjunto trata de limitar la competencia fiscal, pero en especial la Acción 5 (OCDE, 2015, Acción 5, *op. cit.*).

La Responsabilidad Social Corporativa y el cumplimiento fiscal

Finalmente, debemos tener en cuenta los efectos que la actual atención del público sobre la fiscalidad de las empresas tiene sobre la reputación de las mismas. Desde 2008, las EMN se han dado cuenta de que el pago de impuestos también puede verse como un factor que influye positivamente en su reputación como participante socialmente responsable de la sociedad, lo cual implica una ventaja competitiva sobre aquellas empresas que no lo son. Precisamente, una de las virtudes de la economía de mercado es que los consumidores pueden orientar el comportamiento de las empresas mediante sus decisiones de consumo, de tal forma que pueden castigar a aquellas que desarrollen un comportamiento a su juicio poco ético o premiar a aquellas que bajo su criterio son socialmente responsables. Esto, aplicado al ámbito tributario, ha derivado en que muchas empresas, ante la presión social, hayan optado por renunciar a los esquemas de planificación fiscal más agresivos y a elaborar códigos de conducta internos en relación con su política fiscal⁷¹.

Para concluir este epígrafe decir que, en nuestra opinión, la planificación fiscal debe entenderse como un aspecto estratégico de las empresas, que muy legítimamente, en atención a sus fines y deberes, han de adoptar sus decisiones tributarias de la forma más eficiente posible. Ahora bien, también deben tener en cuenta los costes en términos de tiempo, de movilización de recursos humanos y de honorarios por asesoramiento. También los riesgos entraña desarrollar unas conductas fiscales unas conductas u otras, en especial los relacionados con la reputación frente a sus clientes, es decir, la imagen de marca, y con la inseguridad jurídica que provocan los continuos cambios normativos y de interpretación, la creciente complejidad del sistema fiscal y las posibles sanciones por incumplimiento.

⁷¹ *Vid.* BENDER, T. y BROEKHUIJSEN, D. M. *op. cit.*, pp. 1-5.

2. EL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL

El presente epígrafe está destinado a exponer el origen y los pilares sobre los que se sustenta el Derecho fiscal internacional como preludeo al análisis del Proyecto BEPS y en un esfuerzo por entender el entorno en que se ha venido desarrollando la PFI.

2.1. Evolución histórica

Aunque el comercio internacional ha existido desde el nacimiento de las naciones, la revolución industrial y el crecimiento económico sin precedentes que se experimentó posteriormente dieron paso a un aumento exponencial de las transacciones comerciales entre países antes en guerra y al surgimiento de las primeras empresas multinacionales, en su concepción actual. Esta inédita y cada vez más compleja realidad económica supuso nuevos retos para el derecho fiscal, ya que las actividades empresariales internacionales se empiezan a escapar del poder tributario de los estados limitado a su jurisdicción. El principal problema que se manifestó fue el fenómeno de la doble imposición internacional, es decir, el hecho de gravar una misma fuente de capacidad económica de un mismo contribuyente en dos o más jurisdicciones. Al principio algunos Estados se enfrentaron a esta cuestión unilateralmente decidiendo limitar sus impuestos sobre rentas obtenidos en otras jurisdicciones, sin embargo estas medidas se mostraron insuficientes y desde finales del siglo XIX se comenzaron a firmar convenios internacionales para evitar la doble imposición⁷². Después de la Primera Guerra Mundial se marcó un hito con la creación de la Sociedad de Naciones, la cual comenzó idear un modelo de convenio que permitiese desarrollar un sistema que evitara la colisión entre los poderes tributarios. Así, los cimientos de la forma en que hoy en día se gravan las actividades internacionales de las empresas se plantearon por vez primera en el “Informe sobre doble imposición” elaborado por un comité de expertos bajo la tutela de la Sociedad de Naciones en 1923⁷³. En este informe se propusieron tres puntos de conexión (residencia, nacionalidad y territorialidad) en los que basar la distribución del poder tributario entre jurisdicciones a través de CDI. Este trabajo fue el primer paso

⁷² El primer convenio que afronta de forma global el fenómeno de la doble imposición fue el firmado el 21 de junio de 1899 entre Austria y Prusia. *Vid.* SERRANO ANTÓN, F., *op. cit.*, pp. 304 y 305.

⁷³ Tratados disponibles en: <http://www.taxtreatieshistory.org>.

que condujo al primer modelo de convenio bilateral en 1928, y finalmente a los modelos de convenio de México (1943) y Londres (1946)⁷⁴.

Tras la Segunda Guerra Mundial tuvieron lugar dos hechos relevantes: por un lado un renovado impulso liberalizador se impuso en occidente y gradualmente se fueron eliminando barreras al comercio internacional y abriendo el camino a la globalización; por otro, se crea la OECE –en 1961 pasó a denominarse OCDE con la incorporación de EEUU y Canadá– que desde entonces ocupa el papel protagonista del desarrollo del derecho fiscal internacional. En 1956 se crea el Comité de Asuntos Fiscales y se le encarga la tarea de trabajar sobre un modelo de tratado bilateral para eliminar la doble imposición internacional sobre los principios de los anteriores, «que resolviese definitivamente los problemas de doble imposición (...) y que fuese aceptado por todos los países miembros»⁷⁵, dado que los anteriores modelos habían tenido poca aceptación y adolecían de importantes lagunas, además de que la creciente interdependencia entre los países industrializados lo hacía necesario⁷⁶. El resultado de estos trabajos fue el Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la OCDE (en adelante también MCOCDE) presentado en 1963 y reformado en 1977, y que se basa en que el país de residencia eliminaría la doble imposición a través del método de imputación (*Credit Method*) o el de exención (*Exemption method*) y el país de la obtención de renta (*source country*) reduciría su poder tributario en la fuente y tipos de gravamen que aplicaría como retención. Nuevamente reformado en 1992, a partir de entonces se publican las actualizaciones del MCOCDE cada dos años respondiendo a una mayor profundización en el consenso del reparto del poder tributario y a la inclusión de nuevas medidas basadas en la experiencia que se va adquiriendo, como la lucha contra la evasión fiscal y, en particular contra el *treaty shopping*, pero también a una creciente complejidad fruto de una realidad de un mundo globalizado y más interdependiente⁷⁷.

A pesar de la gran trascendencia del MCOCDE, que ha permitido cierta armonización y ha influido directa o indirectamente en unos 3000 CDI vigentes⁷⁸, su predominancia no es incontestable, siendo destacables los trabajos llevados a cabo por

⁷⁴ OCDE: *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio. Versión abreviada 22 de julio de 2010*. Edición española. Madrid: Instituto de estudios fiscales, 2011, p. 7. (en adelante citado como MCOCDE)

⁷⁵ OCDE: *Model Double taxation Convention on Income and on Capital. Report of the Committee on Fiscal Affairs*. París: OCDE, 1977, p. 8.

⁷⁶ SERRANO ANTÓN, F., *op. cit.*, p. 309.

⁷⁷ *Vid. Íbid.*, pp. 304 y 305.

⁷⁸ *Vid. Íbid.*, p. 308.

la ONU que creó un modelo de CDI en 1980 (en adelante también MCONU). Sin embargo los modelos de convenio para evitar la doble imposición no acaba aquí, existiendo multitud de ellos, si bien menos utilizados, como el Modelo estadounidense, el Standard Treaty holandés o el de la Comunidad Andina⁷⁹.

Este ha sido el desarrollo de las bases sobre las que se asienta el Derecho fiscal internacional y que nunca han conseguido eliminar todas las brechas o lagunas, las cuales han aumentado con las nuevas oportunidades que presenta la globalización y la economía digital⁸⁰, y que han aprovechado los asesores fiscales de las sociedades multinacionales para reducir la carga fiscal de sus empleadores mediante la planificación fiscal. El resultado es un sistema fiscal internacional basado en principios que no se adaptan a la nueva realidad y en una red de tratados bilaterales que lo hacen extremadamente complejo, ineficaz e insatisfactorio⁸¹. Veamos a continuación cuáles son esos principios básicos de la fiscalidad internacional.

2.2. Fundamentos del Derecho fiscal internacional

Este apartado está dedicado a conocer los pilares sobre los que se sustenta el Derecho tributario internacional, entendido este como una «rama del derecho tributario que tiene por objeto el análisis de las situaciones en las que puede resultar de aplicación el ordenamiento tributario de más de una jurisdicción»⁸², en el que coexisten normas internas con CDI y con normas derivadas de procesos de integración, como es el caso de la UE, distinguiéndose así entre las subramas de Derecho Fiscal Convencional, Derecho Fiscal Europeo y Derecho Fiscal Internacional interno. Es preciso señalar que, aunque este derecho abarca los conflictos jurídicos de la fiscalidad internacional y aplica los mismos principios generales con independencia del tipo de contribuyente del que se trate, nos vamos a limitar de nuevo a referirnos a los aspectos que afectan exclusivamente a las empresas multinacionales.

⁷⁹ Vid. *Íbid.*, pp. 310 y 311

⁸⁰ Vid. OCDE: *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing, 2015.

⁸¹ Vid. DEVEREUX, M. P. y VELLA, J.: “Are We Heading Towards a Corporate Tax System Fit for the 21st Century?”. *Fiscal Studies, Forthcoming; Oxford Legal Studies Research Paper*, nº. 88/2014, p. 3.

⁸² SERRANO ANTÓN, F., op. cit., p. 277.

El aspecto más importante del Derecho fiscal internacional es que la potestad tributaria, entendida como la «facultad de un Estado para exigir tributos con respecto a las personas y bienes bajo su jurisdicción»⁸³, es de carácter nacional, ya que se deriva del *imperium* que ejerce el Estado en su territorio, pero sin embargo el objeto es internacional. La potestad tributaria, por tanto, no es absoluta y se ve restringida por motivos internos de orden político o constitucional⁸⁴ y por límites derivados de su contexto internacional. Esta característica deriva en que los Estados hayan tenido que cooperar entre sí y elaborar un sistema que permita distribuir este poder de la manera más justa y eficaz posible. A continuación se analizan los fundamentos de este sistema, no sin antes dedicar un momento a preguntarnos por qué los estados gravan el beneficio empresarial.

2.2.1 Justificación de la tributación de las rentas empresariales

En la mayor parte de los países, los beneficios corporativos están gravados a través de un impuesto distinto del que grava las rentas personales –así, en España existe el Impuesto de Sociedades (también IS)–. Sin embargo, los dividendos pagados por las sociedades mercantiles a los propietarios, así como las ganancias patrimoniales obtenidas al enajenar sus acciones, también tributan a nivel personal –en el caso de España, a través del IRPF–, lo cual nos podría llevar a concluir que se trata de una situación de doble imposición económica, es decir, una misma renta sujeta a más de un gravamen, aunque sea en personas distintas⁸⁵.

En este sentido, la constitución de una sociedad mercantil permite que, a través de un acuerdo contractual entre un grupo de personas para poner en común bienes o industria con el ánimo de partir las ganancias⁸⁶, se cree una entidad con personalidad jurídica separada y la ventaja de limitar de la responsabilidad de los socios a los bienes aportados. Sin embargo, según el “Mirrlees Review”, «neither separate legal identity nor limited liability provides a rationale for a tax on company profits, since the terms

⁸³ *Íbidem*.

⁸⁴ Así, por ejemplo, nuestra Constitución recoge el *principio de no confiscatoriedad* en su artículo 31.

⁸⁵ *Íbid.*, p. 287.

⁸⁶ «El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.» 116 del Código de Comercio.

and conditions under which creditors are willing to lend to companies will adjust to reflect this legal protection»⁸⁷. Continúa argumentando que tampoco se puede justificar desde un punto de vista económico, ya que el coste fiscal es trasladado en buena parte de la empresa a los grupos de interés relacionados con esta, dando lugar a menores salarios para los empleados, menores dividendos para los accionistas y mayores precios para los clientes; y por otro lado, reduce las tasas de capitalización de la sociedad disminuyendo la reinversión en actividades productivas.

Entonces, *¿por qué se grava el beneficio de las empresas?* El “Mirlees Review” señala dos importantes consideraciones: la conveniencia administrativa y el papel de “respaldo” que juega el impuesto sobre la renta empresarial en el impuesto sobre la renta personal. En lo que se refiere a las *razones administrativas*, en teoría sería posible asignar una fracción de los beneficios empresariales a cada accionista en proporción a su participación en la propiedad de la empresa para que así tributase a través del impuesto sobre la renta personal, evitando de ese modo la doble imposición económica. Sin embargo, se argumenta que esta solución presenta diversos problemas, incluso disponiendo de las actuales tecnologías de la información. Por ejemplo, las posibles dificultades de liquidez de los pequeños accionistas para pagar los impuestos derivados de su parte imputada de las ganancias de la empresa si esta no reparte dividendos; o las acciones en propiedad de compañías de seguros y fondos de pensiones que representan acuerdos contractuales contingentes, ya que esto contraviene cualquier atribución actual de beneficios a las personas beneficiarias⁸⁸.

Por lo que respecta a la *función complementaria al sistema de imposición de rentas personales*, quizás la razón de más peso, se arguye que si no existiera un impuesto que grave las rentas empresariales, las sociedades funcionarían como un depósito de los ingresos no consumidos de los individuos, en el que diferir los pagos fiscales debidos de forma ilimitada⁸⁹. Esto supondría un gran incentivo para eludir impuestos y la subsiguiente reducción los ingresos fiscales de los Estados. Sin embargo, el profesor Kees van Raad contrapone que de ser esta la justificación, los países deberían devolver

⁸⁷ MIRRLEES, J. *et al.*: *Tax by design*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 408. La traducción al español de esta cita podría ser la siguiente: «Ni la personalidad jurídica separada ni la responsabilidad limitada es una justificación suficiente para gravar los beneficios empresariales desde que los términos y condiciones bajo los cuales los acreedores están dispuestos a prestar a las empresas se ajustarán para reflejar esta protección legal».

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 408-412.

⁸⁹ *Ibidem*. Al menos hasta que estos se repartan en forma de dividendos o de ganancias patrimoniales al enajenar la propiedad de las acciones.

la cantidad pagada en impuestos sobre la renta empresarial tan pronto como la sociedad decida repartir dividendos a sus accionistas⁹⁰.

Quizás las verdaderas razones debamos buscarlas en el hecho de que gravar las rentas empresariales ofrece una serie de ventajas a los Estados para financiar su gasto que no ofrecen otros tipos de impuestos. Por ejemplo, el acceso a una fuente de ingresos estable y fácil de supervisar o, lo que es más importante, la oportunidad de imponer gravámenes a rentas de contribuyentes no residentes, ya que los impuestos corporativos, al contrario que los personales, se basan generalmente en el principio de fuente (*source-country*) que permite gravar las rentas obtenidas con las actividades dentro de su jurisdicción. Esto realmente explicaría por qué todos los países de la OCDE y la mayoría de los países en desarrollo tienen alguna forma de IS, y por qué estos a su vez tienen interés en el resto mantenga un impuesto basado en la fuente de obtención de la renta, puesto que reduce la ventaja fiscal para los residentes propios de invertir en el extranjero en lugar de en casa⁹¹. En cualquier caso, lo importante es mantener un sistema fiscal que distorsione lo menos posible las decisiones económicas, algo que en la actualidad no se está consiguiendo.

2.2.2 La doble imposición jurídica internacional

La aplicación de los sistemas fiscales hace inevitable que las potestades tributarias se solapen dando lugar a lo que se conoce como *doble imposición internacional*, que ya apuntamos como objetivo principal que guió la construcción del Derecho fiscal internacional, además de limitar la evasión fiscal. La doctrina la define como «el nacimiento de dos o más obligaciones tributarias por el mismo o análogo hecho imponible y periodo impositivo»⁹² y se distinguen dos tipos de doble imposición: la

⁹⁰ Se trata de una práctica aplicada en varios países europeos entre los años 70 y 80, si bien se comprobó que un pago anticipado del impuesto sobre la renta presentaba problemas de discriminación en situaciones transfronterizas, en virtud de las normas de libre circulación de la UE, y fue por ello prohibido por el Tribunal de Justicia de la UE. *Interview Prof. Dr. Kees van Raad* [vídeo]. Leiden University MOOCs, 9 de julio de 2015 Disponible en: <https://www.youtube.com/>.

⁹¹ MIRRLEES, J. *et al.*, *op. cit.*, p. 411.

⁹² SERRANO ANTÓN, F., 2015, *op. cit.*, p. 287. Una definición mas completa que trata de sintetizar todos los elementos de la doble imposición jurídica internacional es la propuesta por Calderón Carrero: «concorre cuando dos o más entes jurídico públicos autónomos dotados de poder tributario independiente a nivel internacional yuxtaponen impuestos idénticos o análogos sobre un mismo hecho imponible realizado en un momento temporal, gravando al mismo contribuyente y objeto imponible, de manera que, a la postre, resulta una carga fiscal global superior a la que se originaría si el hecho imponible se hubiera

jurídica, que tiene lugar cuando se grava la misma renta, por el mismo hecho imponible, en las manos del mismo sujeto pasivo e idéntico periodo impositivo; y la económica, que se produce cuando la doble imposición de una misma renta se refiere a dos personas distintas. La OCDE ha definido de forma más precisa la doble imposición jurídica internacional como «la tributación por impuestos comparables de la misma renta en dos o más Estados sobre un mismo contribuyente por idénticos periodos impositivos»⁹³.

Las consecuencias de la doble imposición son siempre lesivas, no solo para el contribuyente, sino también para la libre circulación de capitales, personas y tecnología, ya que de ella puede resultar una desigual distribución de la carga tributaria en virtud de si el contribuyente invierte o no en el extranjero. Teniendo en cuenta, además, que los tipos de gravamen actuales derivan en que el sometimiento de una renta a tributación en dos jurisdicciones puede suponer una carga fiscal prohibitiva⁹⁴. En definitiva, todas estas razones conducen a reafirmar la importancia de eliminar los obstáculos fiscales en forma de doble imposición que impiden el desarrollo de las relaciones comerciales entre países.

Concluimos advirtiendo que también puede suceder lo contrario, es decir, que las distorsiones entre sistemas fiscales nacionales en conjunción el ingenio de los asesores fiscales derive en una *doble exención o doble no imposición*⁹⁵, es decir que una renta no este sujeta a tributación en ninguna jurisdicción. Un instrumento que se utiliza habitualmente con este resultado son los ya mencionados mecanismos híbridos, por ejemplo un instrumento financiero que es considerado como deuda en ambas jurisdicciones, y por tanto como gasto deducible en las dos. Así es como algunas compañías consiguen tasas efectivas muy inferiores a las normales y por ello se ha convertido en el principal objetivo de las organizaciones internacionales como la OCDE.

realizado con sujeción a un solo sujeto activo». (CALDERÓN CARRERO, J.M.: La doble imposición internacional y métodos para su eliminación. En: En: F. SERRANO ANTÓN, dir. *Fiscalidad internacional*. 6ª edición. Madrid: Centro de Estudios Fiscales, 2015, Tomo 1, pp. 381)

⁹³ MCOCDE, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁴ SERRANO ANTÓN, F., 2015, *op. cit.*, p. 288 y 289. Si consideramos el tipo medio efectivo del IS en la OCDE, que es de un 25%, y sometemos una renta a la tributación de dos jurisdicciones, la carga fiscal supondría la mitad de la renta.

⁹⁵ *Vid. Íbidem.* y CALDERÓN CARRERO, J.M., *op. cit.*, p. 330

2.2.3. Los tratados internacionales en materia fiscal

Los *tratados internacionales*⁹⁶ son la fuente más importante del Derecho fiscal internacional, en especial los Convenios para evitar la doble imposición o CDI (*double tax treaties*), pero también los acuerdos para el intercambio de información tributaria (TIEA por sus siglas en inglés, Tax Information Exchange Agreements) y los de asistencia administrativa mutua en materia fiscal⁹⁷. Los tratados internacionales entran en vigor una vez que se cumplen los requisitos que establecen las normas internas, en especial las constitucionales, y la mayoría de los ordenamientos reconocen de una u otra manera la superior jerarquía de estos sobre su legislación interna basado en el principio de respeto a los compromisos adquiridos (*pacta sunt servanda*)⁹⁸. Sin embargo otros, como Estados Unidos, admiten que sean derogados por leyes internas posteriores, práctica muy criticada que se conoce por el nombre de *treaty override*⁹⁹.

Centrándonos ya en los CDI, y en relación con el punto precedente, su propósito fundamental es «evitar la doble imposición y la prevención de la evasión fiscal», siendo una práctica muy extendida incluir esta referencia en los preámbulos y títulos de los tratados¹⁰⁰. Y este objetivo de evitar la doble imposición se trata de solucionar mediante un acuerdo internacional bilateral en el que ambas jurisdicciones se distribuyen el ámbito de sus potestades tributarias determinando qué hechos imposables pueden ser gravados por cada una, al mismo tiempo que incorpora otras cláusulas generales de salvaguarda, como el principio de no discriminación, y crea mecanismos de cooperación entre las Administraciones tributarias.

El desarrollo de los CDI no puede explicarse sin atender a la influencia que han tenido los *modelos de convenio* elaborados por algunas organizaciones internacionales, en especial el MCOCDE que ya introducíamos al inicio de este epígrafe. Serrano Antón señala que desde un primer momento se descartó una solución multilateral al problema de la doble imposición, optando por la solución bilateral que permite una menor

⁹⁶ Artículo 2.1.a del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 21 de mayo de 1986. « Se entiende por *tratado* un acuerdo internacional celebrado por escrito entre dos Estados y regido por el Derecho internacional (...)»

⁹⁷ SERRANO ANTÓN, F., 2015, *op. cit.*, p. 296.

⁹⁸ Así, «la Constitución Española establece en su artículo 94 que precisan la previa autorización de las Cortes y una vez publicados en el BOE pasan a formar parte del ordenamiento interno y solo pueden derogarse según el procedimiento dispuesto en el propio Convenio lo que les dota de preeminencia sobre las normas internas (art 96)». GARCÍA CUADRADO, A. M., *op. cit.*, p. 179.

⁹⁹ SERRANO ANTÓN, F., 2015, *op. cit.*, p. 297.

¹⁰⁰ MCOCDE, *op. cit.*, p. 21

adecuación del instrumento normativo a las específicas condiciones de los sistemas tributarios de los Estados contratantes y a su posición negociadora. Los modelos de convenio surgieron –continúa– como un mecanismo complementario al convenio bilateral para su elaboración, ante la necesidad de dotar de cierta homogeneidad a la estructura y contenido de estos y un coherente tratamiento de los conflictos tributarios¹⁰¹.

En cuanto a la obligatoriedad para los Estados de atenerse a lo dispuesto en los Modelos de Convenio, hay que decir que no se trata de una norma jurídica obligatoria sino que están concebidos como un mecanismo de recomendaciones flexibles que permiten su adaptación a los sistemas tributarios nacionales¹⁰² y que pertenecen al llamado *soft Law*, un concepto que desarrollaremos extensamente en el epígrafe dedicado al Proyecto BEPS¹⁰³. El Modelo de Convenio y, especialmente, sus comentarios tienen además el valor interpretativo que a los trabajos preparatorios de los tratados internacionales otorgan los artículos 31 a 33 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados de 1969.

La *estructura* propuesta por el MCOCDE comienza con el Capítulo I, donde describe su ámbito de aplicación (“se aplica a todas las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes” - Artículo 1), y el Capítulo II, que define algunos términos y expresiones. La parte principal del Modelo se recoge en los capítulos III al V, que establecen en qué medida cada uno de los dos Estados contratantes puede gravar la renta y el patrimonio y cómo ha de eliminarse la doble imposición jurídica internacional estableciendo los respectivos derechos de imposición del Estado de la fuente y del Estado de residencia respecto de las diferentes categorías de renta (artículos 6 a 21). Para determinados elementos de renta y de patrimonio se atribuye un derecho exclusivo de imposición a uno de los Estados contratantes (en general, al Estado de residencia) de forma que el otro Estado contratante no puede gravar dichas categorías, evitándose de

¹⁰¹ SERRANO ANTÓN, F., 2015, *op. cit.*, p. 297-300.

¹⁰² En la introducción al MCOCDE se especifica que «cuando los países miembros firmen nuevos Convenios bilaterales o revisen los existentes, deberán ajustarse a este Convenio Modelo, tal como lo interpretan los Comentarios al mismo y teniendo en cuenta las reservas que comprende». Adicionalmente, desde la perspectiva del Convenio constitutivo de la OCDE de 14 de diciembre de 1960, y a tenor de sus artículos 5º y 6º, el Modelo de Convenio tiene naturaleza de recomendación.

¹⁰³ Baste aquí adelantar que «El fenómeno del *soft Law* aparece cuando el instrumento tiene un carácter jurídicamente no vinculante y posee cierta relevancia jurídica, siendo su espacio natural de producción el Derecho internacional» ALARCÓN GARCÍA, G.: “El soft law y nuestro sistema de fuentes”. En: D. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L’HOTELLERIE-FALLOIS (coord.) *et al.*: *Tratado sobre la Ley General Tributaria*. Madrid: Aranzadi, 2010, vol. 1 (Tomo I), p. 9.

esta manera la doble imposición. En la medida en que tales disposiciones confieren al Estado de la fuente un derecho de imposición, ya sea pleno o limitado, el Estado de residencia deberá permitir una desgravación con el fin de evitar la doble imposición (artículos 23A) y 23B), la cual puede adoptar dos formas: el método de exención y el de imputación o crédito. Concluyen esta estructura las Disposiciones Especiales (capítulo VI), relativas al establecimiento del principio de no discriminación, de procedimientos amistosos de resolución de conflictos o de intercambio de información tributaria, entre otros, y las Disposiciones Finales (capítulo VII), sobre entrada en vigor y denuncia¹⁰⁴.

Un CDI, por tanto, se convierte en un instrumento decisivo en cualquier inversión internacional al permitir a los residentes de un Estado reducir la tributación de sus rentas obtenidas en otro Estado, y es por ello que una extensa red de CDI, combinado con un régimen interno favorable en el Estado llamado a ser el de residencia, es un factor muy relevante para atraer factores de producción externos y por ende para la PFI.

2.2.4. Puntos de conexión

Sabiendo ya que las normas internacionales limitan el poder tributario de un Estado, veamos cuáles son los principios que conectan un determinado hecho imponible a la tributación de una determinada jurisdicción, y cómo los Estados, en base a tales principios, se distribuyen sus potestades tributarias.

En general, el *imperium* de un Estado está restringido al objeto de su soberanía, es decir, su territorio y población¹⁰⁵. Por tanto, su poder tributario se ejerce sobre las personas físicas y jurídicas que posean la nacionalidad o sean ciudadanos de dicho país, y sobre personas y bienes presentes en su territorio y hechos acaecidos en él –como la obtención de rentas–. Se derivan de lo anterior los dos principios fundamentales que subyacen a la potestad tributaria: la *nacionalidad* y la *territorialidad*, respectivamente. Se puede observar que ambos principios son fácilmente solapables; por ejemplo, cuando una renta quiere ser gravada a la vez por la jurisdicción del territorio en la que se obtiene y por la de la nacionalidad del sujeto pasivo, cuando estas no coinciden. Es por ello que la mayoría de Estados han aceptado límites a la aplicación del principio de

¹⁰⁴ Vid. MCOCDE, *op. cit.*, pp. 10; y VANN, R. J.: “International Aspects of Income Tax”. En: V. THURONYI, ed. *Tax Law Design and Drafting*. International Monetary Fund, 1998, vol. 2, pp. 5-7.

¹⁰⁵ GARCÍA CUADRADO, A. M., *op. cit.*, p. 241. Así, el artículo 133.1 de la Constitución Española dispone: «La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley».

territorialidad, definidos y concretados por vez primera en el Informe de la Sociedad de Naciones de 1923, exigiéndose una especial conexión con el territorio, un lazo mínimo, personal o real, entre el Estado y la persona, propiedad o la transacción objeto de tributación¹⁰⁶.

El principio que incorporan la práctica generalidad de los sistemas tributarios del mundo es el de *residencia efectiva*, según el cual, un Estado grava la renta mundial (*World Wide Income*) de las personas, físicas o jurídicas, residentes en su territorio. Sin embargo, no puede considerarse un principio distinto al de territorialidad, ya que «se trata de una confirmación inequívoca de este»¹⁰⁷ y un factor personal muy fuerte de conexión con el territorio del Estado. Los criterios determinantes de residencia varían mucho entre países y es por ello que el MCOUDE dedica su artículo 4 al concepto de “residente”. Nos vamos a fijar aquí exclusivamente en los criterios utilizados para determinar la residencia de las personas jurídicas, debido al objeto de este trabajo:

a) Lugar de constitución (*place of incorporation*), que se determina por el país bajo cuyas leyes se reconoce personalidad jurídica a la sociedad, el cual a su vez coincide con el principio de nacionalidad para las personas jurídicas¹⁰⁸.

b) Domicilio social, designado en los estatutos sociales y que no tiene por qué coincidir con el lugar de constitución, si bien el ordenamiento español obliga a que coincida con el lugar del centro dirección y administración efectiva o de su principal establecimiento o explotación, y utiliza también el criterio de domicilio social para atribuir la nacionalidad¹⁰⁹.

c) Lugar de dirección y administración efectiva, que en los países de cultura anglosajona es aquél donde se reúne el órgano de dirección (*board of directors*) y en la Europa continental suele coincidir con el domicilio social¹¹⁰, tal y como sucede en el ordenamiento español.

En este aspecto, los CDI se enfrentan al problema de la doble residencia (*dual-residence*), que provoca situaciones de doble deducción¹¹¹. Sin embargo, lo hacen con

¹⁰⁶ Vid. SERRANO ANTÓN, F., 2015, *op. cit.*, p. 278.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 281.

¹⁰⁸ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coord.): *Lecciones de Derecho mercantil*. 16ª edición. Madrid: Tecnos, 2013, pp. 188-189.

¹⁰⁹ Artículos 9.1 y 9.2 de la LSC, respectivamente.

¹¹⁰ VANN, R. J., *op. cit.*, p. 15

¹¹¹ *Ibid.*, p. 16. En el epígrafe 4.3 de este trabajo tratamos esta cuestión dentro de los mecanismos híbridos.

poco éxito al no existir un consenso internacional sobre su definición, y a pesar de que el MCOODE en su artículo 4(3) establece explícitamente como criterio de residencia la “sede de dirección efectiva”.

Por otro lado, está el principio de la *fuerza de renta* (*source of income principle*), derivado también del de territorialidad, pero que vincula a la renta, en lugar de a la persona, con su lugar de obtención. La idea que subyace en este principio es que la renta debe estar ligada a una actividad sustancial en el Estado de la fuente, pero es frecuente que tal actividad esté ligada a más de un país y, para evitar la doble imposición, los CDI establecen reglas de reparto en la tributación de las rentas¹¹².

La mayoría de sistemas tributarios combinan los principios de residencia y fuente, sin embargo, es relevante referirse a la excepción de los EEUU, que es uno de los pocos países que siguen usando el principio de nacionalidad, lo cual permite gravar las rentas de sus nacionales por su renta mundial y con independencia de su residencia, si bien en combinación con los dos anteriores¹¹³.

2.2.5. Métodos para eliminar la doble imposición

Una de las consecuencias principales que se derivan de la implantación del principio de la renta mundial (*World Wide Income*) en los países desarrollados es la necesidad de mitigar por parte del Estado de residencia los efectos de la doble imposición sobre las rentas obtenidas en el extranjero, donde por ende tributarán en base al principio de la fuente. Por el contrario, para países en desarrollo esta cuestión es menos problemática, ya que, según Richard J. Vann, sus residentes obtendrán menos rentas en el extranjero¹¹⁴. A continuación se describen los dos métodos principales contenidos en el MCOODE para eliminar la doble imposición internacional:

a) Método de exención (*exemption method*): que consiste en gravar la renta exclusivamente en una de las jurisdicciones, quedando exenta en la otra. La renta puede quedar exenta tanto en el país de la fuente como en el de residencia, dando lugar a la aplicación en exclusiva del principio de residencia en el primer caso, o del de la fuente

¹¹² Vid. VANN, R. J., *op. cit.*, p. 18.

¹¹³ Vid. SERRANO ANTÓN, F., 2015, *op. cit.*, p. 284.

¹¹⁴ VANN, R. J., *op. cit.*, p. 37.

en el segundo¹¹⁵, si bien lo normal es que se aplique la exención en el país de residencia, tal y como recoge como regla general el artículo 23 A (1) del MCOCDE.

b) Método de imputación o crédito fiscal (*tax credit method*): recogido en el artículo 23 B del MCOCDE, cada Estado grava la renta obtenida, pero el Estado de residencia permite la deducción en la cuota o crédito por el impuesto pagado en el Estado de la fuente, consiguiendo así que la carga fiscal de las inversiones en el extranjero sea la misma que las internas. Se distingue además entre imputación íntegra (*full credit*), que supone una deducción completa del impuesto pagado en la fuente, e imputación ordinaria (*ordinary credit*), según la cual el crédito fiscal corresponde solo a lo que se debería pagar por las rentas de ser obtenidas en el Estado de residencia¹¹⁶.

Por último, algunos países desarrollados han introducido en sus CDI con países en vías de desarrollo –los cuales habitualmente conceden diferentes clases de incentivos fiscales a inversores extranjeros con el fin de atraer inversión– cláusulas *Tax Sparing* o créditos por impuesto no pagado. Estas permiten que los inversores no residentes obtengan un crédito fiscal en el país de residencia por los impuestos que han sido “ahorrados” en virtud del plan de incentivos fiscales del país de la fuente, ya que, en caso contrario, estos incentivos fiscales no tendrían ningún efecto¹¹⁷.

2.2.6. Medidas antiabuso en los CDI

Indicábamos anteriormente que la segunda meta fundamental de los CDI, después de la eliminación de la doble imposición, es la «*prevención de la evasión fiscal*», pero que los propios convenios se habían convertido en un instrumento que favorece la planificación fiscal. A través del denominado *treaty shopping* tiene lugar un uso abusivo de los CDI, haciendo uso de la red de convenios de un Estado, en cuyo ámbito territorial se sitúa el sujeto –mediante la constitución de una entidad denominada *conduit*

¹¹⁵ Vid. SERRANO ANTÓN, F., 2015, *op. cit.*, p. 291

¹¹⁶ La aplicación del *método de imputación ordinaria* ha sido muy criticada al no eliminar completamente la doble imposición cuando el impuesto pagado en el extranjero es superior al nacional (Vid. SERRANO ANTÓN, F., 2015, *op. cit.*, p. 294). En este sentido, el MCOCDE explica que «Cuando el impuesto que se adeuda en el Estado de la fuente es más elevado y la deducción está limitada (crédito ordinario), el contribuyente no se desgrava por el total del impuesto pagado en el Estado de la fuente. En tal supuesto, la situación resultará entonces menos ventajosa que en el caso de que obtuviese la totalidad de su renta en el Estado de la residencia» (MCOCDE, *op. cit.*, pp. 323, comentario 27 a los artículos 23 A) y 23 B).

¹¹⁷ Vid. MCOCDE, *op. cit.*, pp. 323, comentarios 72 y 73 a los artículos 23 A) y 23 B).

company o sociedad de tránsito de rentas– para beneficiarse de las reducciones o exenciones impositivas¹¹⁸.

Esta cuestión ha estado siempre presente en los trabajos de la OCDE, y desde el MCOCDE de 1977 viene incorporando ciertas cláusulas elementales antiabuso¹¹⁹, como por ejemplo las contenidas en los comentarios 7 y siguientes al artículo 1, dedicados al *improper use of convention*, y que señalan a aquellas entidades creadas con el propósito exclusivo de beneficiarse de una red de convenios; o los artículos 10, 11 y 12, que introducen de forma expresa en los Convenios el concepto de *beneficiario efectivo*¹²⁰. Mención aparte requieren las novedosas recomendaciones sobre medidas antiabuso de convenio introducidas por el Proyecto BEPS, que dedica la Acción 6 a esta cuestión.

2.2.7. Medidas antielusivas en los ordenamientos internos

Aunque casi siempre a remolque de los cambios a nivel internacional, los ordenamientos nacionales vienen incorporando *cláusulas generales antielusivas* conocidas en el ámbito internacional como GAARs (por las iniciales en inglés de *General Anti Avoidance Rules*), así como las *normas antielusivas específicas* plasmadas, por ejemplo, en la normativa sobre el régimen de transparencia fiscal internacional (*CFC regime*), las normas antisubcapitalización (*thin capitalization rules*), las normas de precios de transferencia (*transfer pricing rules*), y que de nuevo, el Proyecto BEPS se ha ocupado de ello en profundidad.

2.3. Tendencias recientes de la fiscalidad internacional

Una vez conocidos el conjunto de principios y de fuentes que conforman la estructura sobre la que se cimenta el sistema fiscal internacional, es momento de presentar cuáles son las principales oportunidades y amenazas que vienen alterando en las últimas dos décadas la configuración tradicional de este. Ya hemos apuntado que la

¹¹⁸ DELGADO PACHECO, A., *op. cit.*, p. 109.

¹¹⁹ *Vid.* SERRANO ANTÓN, F., 2015, *op. cit.*, p. 306.

¹²⁰ «Establece que el Estado de la fuente no está obligado a renunciar a su derecho a percibir un impuesto sobre unos dividendos por el mero hecho de que dichos ingresos hayan pasado inmediatamente a manos de un residente de un país con el que el Estado de la fuente tiene suscrito un convenio» (Comentario 12 al artículo 10 MCOCDE).

red de CDI que constituye el núcleo del Derecho fiscal internacional es incapaz de cumplir con uno de sus objetivos declarados: prevenir la evasión fiscal. Conscientes de que la crisis económica ha colocado la necesidad de una reforma a la cabeza de la agenda política, y de que la globalización ha aumentado la dimensión y variedad de los retos, los puntos débiles de la fiscalidad internacional no son nuevos.

El compromiso de la Sociedad de Naciones de 1923, hoy plasmado en el MCOCDE y basado en una arbitraria distribución de los poderes tributarios nacionales mediante tratados bilaterales, se muestra inadecuado para la nueva realidad económica por dos motivos principales. En primer lugar, el sistema no se ha diseñado para un mundo globalizado y es, por tanto, incapaz de adaptarse a los rápidos cambios de este. La libertad de movimiento de capitales, mercancías y empresas, así como el acceso inmediato a la información, conforman un contexto muy distinto del existente en el momento en que fue ideado, dando lugar a importantes lagunas jurídicas y desajustes –especialmente las que permiten la doble no imposición– que son inteligentemente aprovechadas por algunos contribuyentes. Y en segundo lugar, se trata de estructura que genera incentivos a la competencia fiscal entre países para atraer inversión extranjera y favorecer a las empresas nacionales, lo cual ha llevado a que las tasas impositivas que gravan los beneficios empresariales se hayan ido reduciendo gradualmente durante los últimos 30 años¹²¹.

Pese a que durante décadas los esfuerzos internacionales se orientaron a eliminar la doble imposición desatendiendo en buena medida el objetivo de prevenir la evasión fiscal, con la publicación del informe “Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue” en 1998, la atención pasa a centrarse en los problemas relacionados con la *doble no imposición* y la reducida tributación efectiva de algunos contribuyentes¹²², si bien dentro del *soft Law* y desde la perspectiva de la *transparencia fiscal y el intercambio de información tributaria*, tanto dentro como fuera de la OCDE¹²³.

Este informe, aunque fracasó por no lograr el consenso de todos los países de la OCDE¹²⁴, sirvió de punto de partida para los posteriores trabajos contra los efectos

¹²¹ Vid. DEVEREUX, M. P. y VELLA, J., *op. cit.*, p. 2.

¹²² AULT, H. J.: “Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles”. *Tax Notes International*. 17 de junio de 2013, vol. 70, n.º. 12, p. 1195-1196.

¹²³ Vid. BOOTELLO, V., PALACIOS, J. y PASTERIZA, S., *op. cit.*, p. 1656; y CARBAJO VASCO, D., *op. cit.*, p. 53.

¹²⁴ BARREIX, A., *et al.*: “Breve historia de la transparencia tributaria”. *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, 2016, n.º. 10, p. 6. Suiza y Luxemburgo votaron en contra –recordemos que la OCDE

distorsionadores que *competencia fiscal perniciosa* tiene sobre las decisiones de inversión y financiación. La principal aportación de este fue la especificación de los factores clave para identificar *paraísos fiscales*¹²⁵, a saber: ausencia de impuestos o impuestos meramente nominales; carencia de intercambio efectivo de información; falta de transparencia; y ausencia de una actividad real de las empresas allí ubicadas¹²⁶. Sin embargo, ya en el Informe de Progreso de julio de 2001, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, órgano encargado de identificar estas jurisdicciones, alcanzó un acuerdo por el cual se excluirían de la ‘lista de Estados no cooperantes’ a aquellos paraísos fiscales que se comprometieran a eliminar la falta de transparencia y de intercambio efectivo de información, sin evaluar el cumplimiento del criterio de *actividad efectiva*¹²⁷. Esto ha derivado en que hayan desaparecido de la “*Blacklist* de paraísos fiscales no cooperantes” la práctica totalidad de estos¹²⁸.

Aún con todo, hasta 2008 las medidas adoptadas para eliminar la evasión fiscal habían sido en general decepcionantes¹²⁹, pero con ocasión de la crisis financiera se reavivó el impulso por parte de los países desarrollados por las necesidades financieras originadas y la presión de la opinión pública. Las reuniones del G20 (grupo formado por las 20 economías más grandes del mundo) de 2008 y 2009 se acabarían concretando en los siguientes hechos: la retirada de su reserva al art. 26 (intercambio de información) del Modelo de Convenio sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE por parte de Suiza, Luxemburgo, Austria y Bélgica, lo que supone el principio del fin del secreto bancario a nivel global, a través de la instauración del intercambio automático de información

funciona por unanimidad en materia fiscal– (OCDE, 1998, *op. cit.*, Anexo II, pp. 73-78). Además el “Informe de acceso a información bancaria”, que sí aprueban en 2000 estos dos países, no contiene plazos de implementación del compromiso.

¹²⁵ Sobre el uso del término ‘paraíso’, apuntar que se trata de un error de traducción del inglés ‘*tax haven*’, que literalmente sería ‘refugio fiscal’, por su similitud fonética con el término ‘*heaven*’ (paraíso). Vid. PICÓN GONZALES, J. L., *op. cit.*, pp. 50-52.

¹²⁶ OCDE, 1998, *op. cit.*, pp. 22-24.

¹²⁷ VALLEJO CHAMORRO, J.M.: “La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea”. *Nuevas tendencias en economía y fiscalidad internacional - ICE*. 2005, Septiembre-Octubre, n.º 825, p. 153. Con la llegada de la Administración Bush, EE UU revisó su posición sobre qué criterios debían considerarse definatorios de paraísos fiscales y se produjo un cambio en la forma de entender los criterios del Informe de 1998. En concreto, EE UU consideraba que el criterio de falta de actividad sustancial debía dejar de ser una condición a valorar. El razonamiento subyacente era considerar que cada Estado es libre para determinar el nivel de tributación que quiere exigir a sus ciudadanos y la organización de su sistema fiscal, pero que tiene que ser transparente y facilitar la información que permita a los demás Estados gravar a aquéllos de sus residentes que se decidan a invertir en aquél atraídos por su tributación.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ BARREIX, A., *et al.*, *op. cit.*, p. 7.

(IAI/AEOI)¹³⁰; el compromiso para que cada vez más jurisdicciones se adhieran a los modelos de intercambio de información a requerimiento (IIR/EOIR)¹³¹, el cual determina la exclusión de las listas negras de Estados no cooperantes; y la publicación de la “lista de jurisdicciones no cooperantes” (*progress report*) de abril de 2009 elaborada por Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información para Fines Tributarios, bajo el liderazgo de la OCDE,¹³² y comienzo de los trabajos de muchas jurisdicciones por salir de esta lista.

Pronto se dieron cuenta de que frecuentemente los problemas de baja recaudación no provienen solo de la falta de transparencia y el foco pasó a centrarse en las prácticas planificadoras de las multinacionales. Estas se valen de las diferencias de trato legal entre jurisdicciones para optimizar su factura fiscal y así se calificaron como fórmulas de *planificación fiscal agresiva*, íntimamente relacionadas con BEPS, «aquellas que recorren con pericia la línea que separa el fraude de lo lícito (economía de opción)»¹³³, y que ya describimos al principio del trabajo. De hecho, hemos vivido unos años en los que han salido a la luz sonados casos de planificaciones agresivas en algunos países de la Unión Europea, como los tratamientos favorables en Irlanda para Apple, Fiat, Chrysler, etc., en Holanda con el caso Starbucks o Luxemburgo –que se ha conocido mediáticamente como *luxleaks*– con Pepsi, IKEA, AIG, Deutsche Bank, etc.

En este contexto, en julio de 2013 comenzaron los trabajos de la OCDE y el G20 para, en un notable esfuerzo sin precedentes, abordar de forma multilateral la máxima cantidad posible de elementos detectados como potencialmente determinantes de la erosión de la base imponible y el desvío de beneficios (en inglés *Base Erosion and Profit Shifting* o BEPS) por parte de las multinacionales. Estos trabajos, que se bautizaron con el nombre de *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, son precisamente el objeto del último punto de este trabajo y que a continuación abordamos.

¹³⁰ «Se trata de la transmisión periódica y sistemática de información no preseleccionada, desde el Estado de la fuente al Estado de residencia, con relación a una serie de categorías pre-establecidas de renta: dividendos, intereses, regalías, salarios, pensiones, etc». *Ibid.*, p. 8.

¹³¹ «Se trata del intercambio de información relativa a un caso concreto, solicitada o requerida a una administración tributaria por otra administración tributaria, cuando sea previsiblemente pertinente para aplicar las normas tributarias del país requirente» (*Ibidem*). Su base legal se sustenta en el artículo 26 del MCOCDE, relativo al intercambio de información; un Acuerdo bilateral de Intercambio de información (AII); o bien, el artículo 5 de la Convención multilateral OCDE/Consejo de Europa sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal, ratificado ya por 100 países.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ *Ibid.*, p. 11.

3. PROYECTO BEPS

Hace más de cuatro años desde que en febrero de 2013 la OCDE publicara el informe “Lucha contra la erosión de la base imponible y traslado de beneficios” (Addressing Base Erosion and Profit Shifting), y casi dos desde que se presentara el paquete de medidas definitivo del Proyecto BEPS en la reunión de ministros de finanzas del G20 el 8 de octubre de 2015. Si bien es cierto que los BEPS pueden no ser ya una novedad en el panorama fiscal internacional, creemos que el momento en el que escribimos es idóneo para analizar la cuestión con cierta perspectiva. De hecho es ahora cuando de verdad se pueden sacar algunas conclusiones de los resultados obtenidos tras haberse publicado el 5 de julio de 2017 el primer informe sobre el progreso de la implementación de las medidas contra BEPS¹³⁴.

Por otro lado, la finalidad principal de este epígrafe no es describir en detalle de nuevo el Informe, el Plan de Acción o el paquete de medidas final del Proyecto BEPS, objeto de amplios estudios doctrinales desde el mismo inicio de los trabajos. Sí nos parece interesante, en cambio, examinar la realidad post-BEPS, es decir, valorar su especial naturaleza jurídica desde la perspectiva del *soft Law*, su grado de aplicación y de cumplimiento a la luz de los últimos informes, si realmente el Proyecto responderá a las expectativas iniciales, para finalmente, en el siguiente epígrafe, tener todas las herramientas necesarias para observar los efectos más importantes de las medidas sobre las principales estrategias e instrumentos de PFI. Para ello, comenzaremos realizando una síntesis del desarrollo del proyecto con el fin de contextualizar la importancia del mismo, con especial atención a su origen y objetivos iniciales, a sus promotores y protagonistas y a las distintas etapas de su construcción, para posteriormente analizar la naturaleza jurídica, la implementación y el futuro de este Derecho internacional atípico.

3.1. Desarrollo del Proyecto BEPS

A continuación realizamos una síntesis del desarrollo de la Iniciativa BEPS, considerando los principales hitos desde sus orígenes remotos hasta la publicación del paquete de medidas definitivo en octubre de 2015.

¹³⁴ OCDE: *Inclusive Framework on BEPS: Progress Report June 2016- July 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017.

3.1.1. Informe “Addressing Base Erosion and Profit Shifting”

Los antecedentes remotos del Proyecto BEPS hay quien los sitúa en 1999, con la publicación del informe “The application of the OECD Model tax Convention to Partnerships”, por ser el primer informe en el que se pone de manifiesto la necesidad de eliminar la doble no imposición. Sin embargo, no es hasta 2008 cuando el estallido de la crisis sistémica internacional enfatizó la urgencia de lidiar con las prácticas de planificación fiscal agresiva y la OCDE constituyó el Aggressive Tax Planning Group para estudiarlos. A partir de entonces, de forma paralela al desarrollo de la TFI, se suceden la publicación de diversos informes de relevancia, entre los que destacan “Tackling aggressive tax planning through improved transparency and disclosure”, en el que se comienzan a pensar en mecanismos e instrumentos contra la planificación fiscal agresiva; y el “Hybrid mismatch. Tax Policy and Compliance issues”, que es el precedente de la posterior acción 2 del Plan BEPS¹³⁵.

Finalmente, sería en febrero de 2013 cuando la OCDE presentó, bajo el encargo del G20, el informe “Lucha contra la erosión de la base imponible y traslado de beneficios”, en inglés “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*” (en adelante también Informe BEPS)¹³⁶, que supone el punto de partida del proyecto más ambicioso de la OCDE desde su fundación en 1960, tanto por su envergadura material como por el grado de cooperación internacional¹³⁷. La finalidad de este trabajo fue «dar a conocer de forma objetiva y exhaustiva las cuestiones relativas a la erosión de bases imponibles y traslado de beneficios»¹³⁸, una serie de fórmulas modernas propias de las empresas multinacionales, en especial las relacionadas con la economía digital, y que se encuadran dentro de la planificación fiscal agresiva.

Este Informe identifica el problema de la reducción de ingresos fiscales y lo cuantifica entre 100 y 240 mil millones de dólares anuales, lo que supone entre un 4 y un 10% recaudación fiscal global del impuesto de sociedades¹³⁹. Posteriormente,

¹³⁵ Vid. PEDROSA LÓPEZ, J.C.: “El Plan de acción BEPS de la OCDE: pasado, presente y futuro”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 2, febrero, p. 691-693.

¹³⁶ Vid. OCDE: *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. París: OECD Publishing, febrero de 2013.

¹³⁷ Vid. *Íbidem*. Ver también GARDE, M. J.: “El Proyecto BEPS”. *Boletín Económico de ICE*. 2016, nº 3071, pp. 39.y OCDE, 2015, *op. cit.*, pp. 5-7.

¹³⁸ OCDE, febrero de 2013, *op. cit.*, p. 8.

¹³⁹ *Íbid.*, pp. 19-21.

elabora un panorama general de los principios y acontecimientos internacionales favorecedores de este fenómeno, a saber¹⁴⁰:

- las discordancias internacionales en la calificación jurídica de entidades e instrumentos (mecanismos híbridos);
- el difícil encaje de la economía digital y los servicios con los principios tradicionales del Derecho fiscal internacional;
- el tratamiento fiscal de las transacciones financieras entre partes vinculadas;
- los precios de transferencia de riesgos y activos intangibles entre empresas del mismo grupo;
- la ineficacia de las normas antielusión, en especial las GAAR, las reglas CFC y las contenidas en los CDI; y
- la existencia de regímenes fiscales perjudiciales.

La conclusión de este informe es que el Proyecto BEPS «no viene provocado por una única norma fiscal aislada, sino que es el resultado de la interacción de diferentes problemas»¹⁴¹. La falta de coordinación entre legislaciones nacionales, estándares fiscales internacionales que no siempre han sabido adaptarse a los cambios del entorno empresarial global y la ausencia generalizada de información tanto a nivel político como al nivel de las AATT, son los factores que, combinados, generan oportunidades que permiten a los contribuyentes emprender estrategias BEPS. Por todo ello, el verdadero valor de este informe residió en que abrió las puertas a la urgente «elaboración de un plan de acción a nivel mundial para resolver el problema» de BEPS¹⁴². Nace así el Proyecto BEPS como un verdadero esfuerzo multilateral para acabar con un problema que solo puede resolverse a través de la cooperación internacional¹⁴³, y suponiendo un posible cambio de rumbo respecto del paradigma tradicional basado en tratados bilaterales y los principios de 1920.

¹⁴⁰ Vid. *Íbid*, pp. 13 y 14; GARDE, M. J., *op. cit.*, p. 40 y 41; y CARMONA FERNÁNDEZ, N., *op. cit.*, p. 1161.

¹⁴¹ OCDE, febrero de 2013, *op. cit.*, p. 11.

¹⁴² *Íbidem*.

¹⁴³ Tal y como los líderes del G20 han señalado: «pese a los riesgos a los que nos enfrentamos nacionalmente, estamos de acuerdo en que el multilateralismo tiene una importancia aún mayor en la situación actual y sigue siendo nuestro mejor recurso para resolver los problemas de la economía mundial» G20: *Declaración de los Líderes del G20, Los Cabos, México, 2012*, citado por OCDE, 2014, *op. cit.*, p. 13.

3.1.2. Plan de Acción BEPS

Rápidamente, en julio de 2013 la OCDE lanzó el *Plan de Acción BEPS*¹⁴⁴, el instrumento avalado por los países del G20 que guiaría el desarrollo del proyecto hasta la fecha límite para su finalización el 31 de diciembre de 2015. Con el fin de asegurar que los beneficios se graven donde se localizan las actividades económicas que los generan, el Plan identificó 15 acciones; estableció plazos de 6 meses, 1 año, 15 meses y 2 años para ponerlas en marcha¹⁴⁵; y señaló los recursos y medios necesarios para ello. Los *tres pilares fundamentales* en torno a los que se configurarían las 15 acciones finales serían¹⁴⁶: a) la coherencia a nivel internacional del impuesto sobre sociedades (acciones 2, 3, y 5); b) la alineación de la tributación con la actividad sustancial de las empresas (acciones 6, 7, 8, 9 y 10); y c) transparencia, seguridad jurídica y previsibilidad del sistema fiscal para las empresas (acciones 11, 12, 13 y 14). A estos se les suman otras dos acciones de apoyo relativas a los retos que impone la economía digital (Acción 1) y la posibilidad de desarrollar un instrumento multilateral capaz de llevar a cabo estas medidas (Acción 15).

Ante la necesidad de que las acciones acordadas fueran operativas, desde el inicio del proyecto se buscó la inclusión de todos los países o jurisdicciones fiscales de cierta importancia. Para ello, con el fin de facilitar una mayor participación, se invitó a los países del G20 no miembros de la OCDE a formar parte del proyecto en calidad de *asociados*, es decir, en pie de igualdad con los miembros¹⁴⁷. Adicionalmente, con el fin de asegurar un mayor éxito de las acciones, la OCDE persiguió desde el inicio la involucración de países en desarrollo en calidad de *Estados invitados* y la ONU ha participado en las reuniones de trabajo, y también «organizaciones regionales como ATAF (African Tax Administration), CIAT (Centro Interamericano de Administraciones Tributarias) y CREDAF (Centre des Rencontres et d'Études des Dirigeants des Administrations Fiscales)»¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Vid. OCDE, 2014, *op. cit.*

¹⁴⁵ SERRANO ANTÓN, F.: “El informe sobre erosión de bases imponibles y traslación de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado artículo”. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 2014, n° 72, pp. 62 y 62; y OCDE, 2014, *op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁶ Vid. OCDE, 2014, *op. cit.*; PEDROSA LÓPEZ, J.C., *op. cit.*, p. 695; y BOOTELLO, V., PALACIOS, J. y PASTERIZA, S., *op. cit.*, pp. 1692 y 1693.

¹⁴⁷ Recordemos que no son miembros de la OCDE, pero sí del G20: Argentina, Brasil, China, India, Indonesia, Rusia, Arabia Saudí y Sudáfrica. En: OCDE, 2014, *op. cit.*, p. 35; y GARDE, M. J. *op. cit.*, p. 42.

¹⁴⁸ GARDE, M. J. *op. cit.*, p. 42.

3.1.3. Paquete de medidas final

Los primeros resultados no tardaron en llegar, y en septiembre de 2014 se presentó el documento “*BEPS 2014 Deliverables*”, que contenía el primer grupo de informes provisionales aprobados y que cubrían siete de las quince Acciones que componen el Proyecto. En este se aseguraba haber llegado a un amplio consenso¹⁴⁹ sobre algunas de las medidas que «neutralizarán los efectos de los desajustes provocados por los mecanismos híbridos; abordarán el *treaty shopping* (...) y otras formas de abuso en los convenios; se minimizará en gran medida el abuso de las normas de precios de transferencia particularmente en relación a intangibles; y por último, el informe desglosado por países suministrará a los gobiernos información sobre la distribución global de beneficios, actividades económicas e impuestos pagados por parte de las empresas multinacionales»¹⁵⁰. A pesar de que estas ya se hubieran aprobado, habría que esperar a que fueran formalmente concluidas a la publicación del resto de medidas, ante la posibilidad de que se vieran afectadas por posteriores decisiones.

Finalmente, el día 5 de octubre de 2015 –casi tres meses antes de la fecha límite–, la OCDE aprobó siete nuevos documentos (*deliverables*) del Plan de Acción de la Iniciativa BEPS, los cuales pasaron posteriormente los filtros de la aprobación de los órganos de Gobierno de la OCDE y del G-20; logrando de esta manera que su alcance territorial superara a los 34 Estados miembros de la propia OCDE, situándose en cerca de 60 Estados comprometidos con su aprobación¹⁵¹ y, lo que es más importante, con su implantación en los ordenamientos jurídicos nacionales¹⁵². Este paquete BEPS, que incluye y consolida los primeros siete informes publicados en 2014, «representa la primera renovación sustancial –y desde hace tiempo necesaria– de los estándares fiscales internacionales en casi un siglo»¹⁵³. Con ello, solo quedaba la aprobación, en diciembre de 2016, de la última y más compleja Acción –desde el punto de vista

¹⁴⁹ En total 44 países: 34 de la OCDE, 2 en proceso de adhesión y 8 del G20 que no forman parte de la OCDE. CARMONA FERNÁNDEZ, N., *op. cit.*, p.1162.

¹⁵⁰ OCDE: *Nota explicativa, Proyecto OCDE/G20 de Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios*. París: OECD Publishing, 2014, p. 3.

¹⁵¹ Albania, Alemania, Arabia Saudí, Argentina, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bangladesh, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, China (República Popular), Colombia, Corea, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kenia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malasia, Marruecos, México, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rusia, Senegal, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Túnez, Turquía y Vietnam. OCDE, 2015, *op. cit.*, nota 2, p. 21.

¹⁵² CARBAJO VASCO, D.: “Reflexiones, ciertamente escépticas, acerca del post-BEPS”. *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, 2016, nº. 15, p. 29.

¹⁵³ OCDE, 2015, *op. cit.*, p. 7.

normativo—, la número 15, vinculada a la aprobación de un Marco normativo multilateral que sustituya, de manera simultánea y sin lagunas jurídicas, los aproximadamente 3.500 CDI que vienen rigiendo bilateralmente la inmensa mayoría de las relaciones fiscales internacionales¹⁵⁴.

Señalamos a continuación cada una de las 15 acciones que integran el Proyecto BEPS:

Acción 1	Abordar los retos de la economía digital para la imposición
Acción 2	Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos
Acción 3	Reforzar la normativa sobre CFC
Acción 4	Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros
Acción 5	Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia
Acción 6	Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales
Acción 7	Impedir la elusión artificiosa del estatuto de establecimiento permanente (EP)
Acciones 8-10	Asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor
Acción 11	Evaluación y seguimiento de BEPS
Acción 12	Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva
Acción 13	Reexaminar la documentación sobre precios de transferencia
Acción 14	Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias
Acción 15	Desarrollar un instrumento multilateral que modifique los convenios fiscales bilaterales

En el siguiente apartado analizaremos la naturaleza jurídica del proyecto BEPS y nos detendremos a estudiar con más detalle alguna de las medidas más relevantes desde el punto de vista de las empresas multinacionales.

¹⁵⁴ CARBAJO VASCO, D., 2016, *op. cit.*, p. 29.

3.2. Naturaleza jurídica de las medidas

Las medidas del Proyecto BEPS no son normas jurídicas obligatorias en el sentido tradicional, sino que se encuadran dentro de lo que se ha llamado *soft Law* o derecho blando, un pseudo-derecho especialmente importante en el Derecho Internacional, y en concreto en el ámbito fiscal¹⁵⁵. Recordemos que las normas promulgadas por la OCDE, según su tratado constitutivo, solo son obligatorias si sus miembros así lo acuerdan por unanimidad¹⁵⁶, igual que sucede con la toma de decisiones en materia fiscal en la Unión Europea¹⁵⁷. A este respecto, dice Antón Serrano que las organizaciones internacionales vienen haciendo uso de instrumentos alternativos a las fuentes tradicionales del Derecho ante las limitaciones que la regla de unanimidad –que en ellas rige– impone a la toma de decisiones en materia fiscal¹⁵⁸.

En cuanto a la definición de *soft Law*, en contraposición al *hard Law* o normas tradicionales del derecho, hay que partir de que no tiene un significado unívoco¹⁵⁹. Según Alarcón García, la posición generalizada de la doctrina es considerar que «el fenómeno del *soft Law* aparece cuando el instrumento tiene un carácter jurídicamente no vinculante y posee cierta relevancia jurídica, siendo su espacio natural de producción el Derecho internacional»¹⁶⁰. Por lo tanto, nos estamos refiriendo a actos o instrumentos jurídicos que emanan de compromisos políticos internacionales sin carácter obligatorio, pero incardinados en el sistema de fuentes, tales como recomendaciones, resoluciones, instrucciones, planes, circulares, normas técnicas y códigos de conducta, entre otros.

El elemento más importante que se debe señalar a este respecto es la *no obligatoriedad*, es decir, la no aplicabilidad de sanciones como consecuencia de su incumplimiento¹⁶¹. Sin embargo, siendo cierto lo anterior, se debe constatar la existencia del llamado *soft coercion*¹⁶², que prevé sus propias contramedidas, distintas de las formas sancionadoras tradicionales, como por ejemplo, «(...) la inclusión en una

¹⁵⁵ El término “pseudo-derecho” es utilizado en SERRANO ANTÓN, F., 2014, *op. cit.*, p. 47, 52 y 57.

¹⁵⁶ Artículos 5º y 6º del “Convenio constitutivo de la OCDE” de 14 de diciembre de 1960.

¹⁵⁷ Art. 113 del Tratado de Funcionamiento de la UE: «El Consejo, por unanimidad (...) adoptará las disposiciones referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos (...)». Sobre la incidencia del *soft Law* en el ámbito de la UE (ALARCÓN GARCÍA, G., *op. cit.*, pp. 16-24)

¹⁵⁸ SERRANO ANTÓN, F., 2014, *op. cit.*, p. 52.

¹⁵⁹ ALARCÓN GARCÍA, G., *op. cit.*, pp. 6-16.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 9.

¹⁶¹ «Ni las normas internacionales, ni las normas comunitarias, ni las propias normas españolas incluyen a alguno de estos instrumentos entre aquellos que gozan de los efectos jurídicos propios de una norma de tal carácter. Es decir, carecen de la eficacia directa y erga omnes, así como de la oponibilidad propia de las leyes y de las demás normas jurídicas». SERRANO ANTÓN, F., 2014, *op. cit.*, p. 57.

¹⁶² *Vid.* ALARCÓN GARCÍA, G., *op. cit.*, pp. 9-10 ; y SERRANO ANTÓN, F., 2014, *op. cit.*, p. 57.

“lista negra” (*blacklisting*), sanciones económicas, obstaculización de las operaciones con el país incumplidor por parte de un bloque de países que establecen legislación a tal efecto (...), o simplemente la suspensión de los pagos de un crédito internacional»¹⁶³.

Este pseudo-derecho puede plantear algunos problemas desde el punto de vista de los principios generales del derecho, como son los posibles efectos sobre la *seguridad jurídica*, principio ordenador que implica la existencia de una norma pública, clara y precisa¹⁶⁴. Desde el momento en que las normas se encuadran dentro del *soft law*, con las características que apunta Christine Chinkin¹⁶⁵ de formulación en términos no obligatorios, vagos e imprecisos, por órganos carentes de autoridad normativa y basados en la adhesión voluntaria, es evidente que el principio de seguridad jurídica queda cuestionado. Lo mismo sucede respecto del *principio de legalidad*, al estar estos instrumentos elaborados prescindiendo de la legitimidad democrática propia de las fuentes normativas clásicas. Es habitual incluso que se convierta en vinculante una determinada medida que no ha sido tramitada como norma a través de los procedimientos correspondientes, convirtiéndose en una especie de *backdoor legislation*. Sin embargo también hay que tener en cuenta, como escribe Serrano Antón, que estas medidas han facilitado la homogeneización internacional de la legislación, algo que de otra manera no hubiera sido posible, «influyendo en el derecho positivo de los distintos Estados, estableciendo los principios informadores de las distintas reglamentaciones nacionales, detallando el tratamiento posible de los distintos aspectos del tema o realizando otra serie de consideraciones»¹⁶⁶.

La OCDE viene históricamente haciendo uso de este tipo de instrumentos –el MCOCDE es el mejor ejemplo– con la finalidad de establecer o codificar una serie de parámetros uniformes a nivel internacional y de que, tanto los países miembros como los no miembros de dichas organizaciones, admitan lo que en la mayoría de los supuestos les conducirá a reformar su legislación interna a tal efecto¹⁶⁷. Con relación al estatus jurídico de estos, de acuerdo con el artículo 5 del Tratado constitutivo de la

¹⁶³ CAAMAÑO ANIDO, M.A Y CALDERÓN CARRERO, J.M.: "Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?", Civitas. Revista española de derecho financiero, nº 114, 2002, pp. 245-288, p. 263, citado por ALARCÓN GARCÍA, G., *op. cit.*, p. 10.

¹⁶⁴ Vid. SERRANO ANTÓN, F., 2014, *op. cit.*, pp. 58-59

¹⁶⁵ CHINKIN, C.: "Normative Development in the international legal system". En SHELTON, D. (ed.): *Commitment and compliance. The role of non binding norms in the international legal system*, New York, Oxford University Press, 2000, pp. 30 -31, citado por ALARCÓN GARCÍA, G., *op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁶ SERRANO ANTÓN, F., 2014, *op. cit.*, p. 57.

¹⁶⁷ ALARCÓN GARCÍA, G., *op. cit.*, p. 15 ; e *ibid.*, p. 53.

OCDE, puede dictar decisiones que serán vinculantes para todos los Estados miembros, excepto si se acuerda lo contrario; así como efectuar recomendaciones y celebrar acuerdos con Estados miembros, con Estados no miembros y con organizaciones internacionales. Así pues, aunque puede observarse que no existe ningún inconveniente para que dicte normas jurídicas obligatorias para sus Estados miembros, en el ámbito de la fiscalidad internacional la OCDE ha preferido actuar mediante recomendaciones¹⁶⁸.

Volviendo a las medidas que contiene el Proyecto BEPS, el grado de compromiso jurídico de los documentos incluidos en las 15 Acciones aprobadas es, por un lado, propio del *soft Law*, dada la propia naturaleza de las normas emanadas de la OCDE; pero, por otra parte, muchas de estas Acciones no tienen siquiera el nivel de las ‘recomendaciones’ de la OCDE¹⁶⁹. De hecho, las 15 Acciones, aunque siempre *soft Law*, se califican de manera diferenciada desde el punto de vista jurídico¹⁷⁰:

a) *Estándares Mínimos*: implican un compromiso político para que al menos los Estados miembros de la OCDE y del G20, que han participado en el Proyecto, y, más recientemente, el resto de jurisdicciones incorporadas al Inclusive Framework que analizaremos después, implanten en su normativa interna las siguientes medidas:

- Acción 5: Requerimiento de un nexo sustancial (principio de actividad sustancial) para los regímenes preferentes e intercambio obligatorio de *tax rulings* (decisiones administrativas en relación con contribuyentes específicos).
- Acción 6: Acabar con el uso de sociedades instrumentales (*conduit companies*) para *treaty shopping* (o búsqueda del convenio más favorable).
- Acción 13: Suministro de información mediante un informe estandarizado país por país según las nuevas reglas de documentación de precios de transferencia.
- Acción 14: Resolución de conflictos eficaz y temporánea a través de procedimientos de arbitraje.

¹⁶⁸ Vid. SERRANO ANTÓN, F., 2014, *op. cit.*, p. 60.

¹⁶⁹ CARBAJO VASCO, D., 2016, *op. cit.*, p. 29.

¹⁷⁰ Vid. GARDE, M. J., *op. cit.*, pp. 42-45; CARBAJO VASCO, D., 2016, *op. cit.*, pp. 30 y 31; y OCDE, 2015, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

b) *Estrategias comunes*: son medidas que los países pueden implementar en sus normas internas y se espera que un número importante y suficiente de ellos las adopten a corto plazo, de forma que converjan en el tiempo. Ello permitirá considerar si tales medidas debieran convertirse en nuevos *estándares mínimos* en el futuro. Sin embargo, estas permiten un grado de interpretación nacional mucho mayor y en consecuencia más diverso y contradictorio.

- Acción 2: Neutralizar los desajustes por mecanismos híbridos mediante el diseño de normas nacionales que denieguen deducción de pagos que no sea ingreso en el perceptor o que también sea deducible para el receptor, normas nacionales que eviten la exención de ingresos cuando esos pagos sean deducibles para el pagador y, adicionalmente, una modificación para adaptar el MCOUDE a estas situaciones.
- Acción 4: Recomendaciones sobre limitación de deducciones por intereses y otros pagos financieros que erosionan la base imponible a través de una ratio fija de entre el 10 y el 30 por 100.

c) *Mejores prácticas*: son meras recomendaciones que asistirán a aquellos países que deseen implementarlas, si bien puede no conllevar siquiera la necesidad de alguna normativa nacional que las desarrolle.

- Acción 3: Recomendaciones para construir reglas CFC (o transparencia fiscal internacional) efectivas.
- Acción 7: Nueva definición de establecimiento permanente para hacer frente a las técnicas empleadas para eludir de manera inapropiada el nexo fiscal.
- Acción 8-10: Nueva redacción de las “Directrices de Precios de Transferencia”¹⁷¹ para garantizar que los beneficios van en línea con la creación de valor.
- Acción 12: Finalizar abusos mediante reglas de declaración obligatoria sobre esquemas de planificación fiscal agresiva.

Incluso desde la perspectiva del *soft Law*, se puede observar que el grado de compromiso y de obligación jurídica de las 15 Acciones aprobadas es muy variado, lo cual conlleva que no todos los Estados miembros de la OCDE o de los países que han

¹⁷¹ Vid. OCDE: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*. París: OECD Publishing, 2017.

decidido, de manera unilateral, incorporar las normas BEPS, lo hagan de una manera uniforme, incorporen todas ellas o en el mismo momento de tiempo. Tal y como ha sido advertido anteriormente, el hecho de que sean disposiciones no vinculantes no significa que carezcan de relevancia jurídica, aunque su éxito dependerá en último término de que el compromiso político de los Estados participantes se materialice en una verdadera implementación de tales medidas y de que alcance al máximo número de países, esperando, además, que los países no miembros de la OCDE o el G20 se unan a ellos con el objeto de proteger sus propias bases imponibles y asegurar unas condiciones equitativas.

Por último, la Acción 15 requiere una mención especial, ya que se trata de un “Mandato” para la creación de un grupo *ad hoc* que desarrolle «un instrumento multilateral conducente a implementar las medidas convencionales de BEPS a través de la enmienda de los actuales convenios fiscales bilaterales», con fecha límite para su conclusión y firma el 31 de octubre de 2016¹⁷². El resultado de esta Acción ha sido el “*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*” (Instrumento Multilateral o MLI), cuyas negociaciones finalizaron el 24 de noviembre de 2016 y se ha firmado en Junio de 2017 en París¹⁷³. La naturaleza jurídica del MLI nada tiene que ver con el *soft Law* del que venimos hablando, sino que se trata de un tratado internacional sujeto a los principios tradicionales del Derecho internacional público y por tanto de carácter vinculante para los Estados firmantes una vez cumplidos los requisitos internos de estos y ratificados. A los efectos del MLI sobre la implementación de la Iniciativa BEPS dedicaremos una mayor atención en el siguiente punto.

¹⁷² OECD, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 - 2015 Final Report*, Paris: OECD Publishing, pp. 11 y 12 (en adelante citado como ‘Acción 15’).

¹⁷³ *Countries adopt multilateral convention to close tax treaty loopholes and improve functioning of international tax system* [en línea]. OCDE, 24 de noviembre de 2016, [fecha de consulta 22 de agosto de 2017]. Disponible en: <http://www.oecd.org/tax/beps/countries-adopt-multilateral-convention-to-close-tax-treaty-loopholes-and-improve-functioning-of-international-tax-system.htm>.

3.3. Implementación Proyecto BEPS

Tras la aprobación del paquete de medidas contra BEPS en 2015 se viene desarrollando la tarea más compleja, si cabe, de implementarlas. Ya anunciamos al principio de este epígrafe que en verano de 2017 se han publicando diversos resultados a este respecto que pueden responder a algunas de las incógnitas que se plantearon en 2015 y 2016. Aunque algunas de las Acciones mencionadas ya han sido objeto de reforma inmediata, como es el caso de las “Directrices de Precios de Transferencia”¹⁷⁴; otras están requiriendo de cambios en las legislaciones internas o en los CDI. En este sentido, Allison Christians¹⁷⁵ identifica hasta cinco *mecanismos de implementación*, a veces incluso solapados respecto de una misma acción:

1. Incorporación a la normativa interna
2. Elaboración de nuevos tratados bilaterales
3. A través del Instrumento Multilateral (MLI)
4. Adopción en el Modelo de Convenio (MCOCDE) y Directrices de la OCDE
5. Revisión por pares (*peer review*) en el ámbito del Inclusive Framework

Diversos artículos académicos de contemporáneos al desarrollo del Proyecto cuestionaban su implementación a nivel interno por la posibilidad de proliferación de interpretaciones nacionales diferentes como consecuencia de la imprecisión terminológica propia del *soft Law*¹⁷⁶. Para asegurar la correcta aplicación de los estándares mínimos por las AATT, ya se anunciaban en los informes finales del Proyecto el desarrollo –y la OCDE y el G20 lo han llevado acabo durante 2016– del “*Inclusive Framework*”, o Marco Inclusivo¹⁷⁷, un avance que puede ser esencial para el éxito de las medidas¹⁷⁸. En él, las jurisdicciones y países interesados pueden sumarse al Proyecto BEPS bajo tres promesas: primero, que las medidas de la OCDE protegerán sus bases imponibles; segundo, su participación será en pie de igualdad con el resto de Estados participantes; y tercero, apoyo institucional de la OCDE para la aplicación de las acciones¹⁷⁹. Se trata, por lo tanto, de una forma de *soft Law* diseñada para asegurar el

¹⁷⁴ OCDE, 2017, *Inclusive Framework*, *op. cit.*, p. 14. La última versión de estas Directrices se ha publicado el 10 de Julio de 2017 (*Vid.* OCDE, *Transfer pricing guidelines*, 2017, , *op. cit.*).

¹⁷⁵ CHRISTIANS, A.: “BEPS and the New International Tax Order”, *Brigham Young University Law Review*, *Forthcoming*. 1 de diciembre de 2016, p. 1639.

¹⁷⁶ Por ejemplo, véase: CARBAJO VASCO, D., 2016, *op. cit.*, p. 34; y SERRANO ANTÓN, F., 2014, *op. cit.*, p. 52.

¹⁷⁷ *Vid.* OCDE, 2015, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

¹⁷⁸ CHRISTIANS, A., *op. cit.*, p. 1644.

¹⁷⁹ *Vid. Íbidem*; y OCDE, 2017, *Inclusive Framework*, *op. cit.*, p. 4

cumplimiento por parte de los Estados en ausencia de las sanciones legales tradicionales. El objetivo principal de este Marco Inclusivo es monitorizar la correcta implementación de los cuatro estándares mínimos (Acciones 5, 6, 13 y 14) a través de la “revisión entre pares” (*peer review*), consistente en «an examination of one state’s performance or practices in a particular area by other states»¹⁸⁰.

En julio de 2017, tras un año en funcionamiento, se ha publicado el primer informe de progreso del “Inclusive Framework on BEPS”¹⁸¹ que incluye los resultados de implementación de las medidas del Proyecto BEPS. Se han unido 100 países y jurisdicciones que representan el 93% del PIB mundial¹⁸², lo cual da una aproximación su alcance. Este informe asegura que se han hecho importantes avances en cuanto a la implementación de los estándares mínimos, como por ejemplo que 50 países hayan impuesto a las multinacionales que operan en su jurisdicción la obligación de entregar los informes país por país (*Country by Country Report*, o CbCR) de la Acción 13¹⁸³.

Otro de los grandes logros que identifica este informe está relacionado con el ya introducido *Instrumento Multilateral (MLI)*, y es que en la ceremonia de firma que tuvo lugar el 7 de junio de 2017 se unieron al mismo 68 jurisdicciones. Esto permitirá actualizar 1100 tratados bilaterales bajo los estándares del Proyecto BEPS, una vez se hayan ratificado conforme las normas internas de cada uno de estos¹⁸⁴. Tal y como ya adelantamos, se trata de un convenio internacional multilateral vinculante para los Estados firmantes –es decir, *hard Law*– que permite la incorporación de enmiendas a las medidas antiabuso (Acción 6) y la mejora de los mecanismos de solución de controversias (Acción 14) contenidas en los CDI –tratados bilaterales–, además de posibilitar la implementación bilateral de otras medidas del paquete BEPS¹⁸⁵. Según Allison Christians¹⁸⁶, el MLI tiene potencial de atacar gran parte de las lagunas jurídicas de las que adolecen tradicionalmente los CDI, ya que va un paso más allá que el MCOCDE al obligar a los Estados participantes a aplicarlo.

¹⁸⁰ CHRISTIANS, A., *op. cit.*, p. 1618. Una posible traducción sería: «un examen de la actuación o las prácticas de un Estado en una determinada área por otros estados». Se trata, por tanto, de un proceso de autoevaluación entre Estados participantes en un acuerdo internacional.

¹⁸¹ OCDE, 2017, *Inclusive Framework*, *op. cit.*

¹⁸² *Ibid.*, p. 6.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 7.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 11.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 13. Para una lectura más profunda: OCDE, *Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*. Paris: OCDE Publishing, junio de 2017.

¹⁸⁶ CHRISTIANS, A., *op. cit.*, p. 1644.

Sin embargo, hay que advertir que no se trata de un verdadero cambio de paradigma, ya que el sistema fiscal internacional se seguirá basando en una inmensa red de tratados bilaterales como lo viene haciendo desde el compromiso de 1920. Veamos en el siguiente y último subepígrafe cual puede ser el futuro de las medidas BEPS.

3.4. Futuro de BEPS

Desde el instante en que el Plan BEPS salió a la luz se suscitaron las primeras dudas acerca de su efectividad a largo plazo y si todo este esfuerzo internacional no acabaría quedándose en un volátil compromiso político. Sin embargo, tras haber examinado los últimos datos de implementación del Proyecto BEPS y conociendo el cuidado que la OCDE y el G20 han puesto en asegurar el cumplimiento de las medidas, parece que podemos afirmar que este *soft Law* tiene la fuerza suficiente para reformar, al menos en parte, el sistema fiscal internacional.

Ahora bien, acabamos de decir en el anterior punto, que no se trata de un verdadero cambio de paradigma al mantenerse la estructura tradicional mantenida desde 1920, que se basa en la distribución de los poderes tributarios a través de los CDI de acuerdo con una serie de puntos de conexión, y que resulta inapropiado para gravar las rentas de las empresas multinacionales modernas. A este respecto se señala que el sistema continuará siendo ineficaz en tanto en cuanto los Estados continúen teniendo incentivos para competir fiscalmente entre sí y que la Iniciativa BEPS no es más que un parche que intenta cerrar algunos de los agujeros del mismo en vez de una verdadera reforma de su estructura¹⁸⁷. La única forma de acabar con estos incentivos sería llevar a cabo una armonización global que no pueda ser socavada por los Estados en su propio interés; sin embargo el Derecho fiscal internacional no cuenta con los medios de conseguir esto, aunque el Inclusive Framework on BEPS puede facilitar este objetivo. Algunas alternativas interesantes para sustituir el actual sistema son¹⁸⁸: el reparto prorrateado de la base imponible entre jurisdicciones¹⁸⁹; una asignación de la base imponible basada en

¹⁸⁷ DEVEREUX, M. P. y VELLA, J., *op. cit.*, pp. 3 y 4.

¹⁸⁸ *Vid., Ibid.*, pp. 19-21.

¹⁸⁹ Esta alternativa se viene desarrollando en la Unión Europea bajo la propuesta de la Comisión Europea de establecer una *base imponible consolidada común del impuesto de sociedades*. Ver: “Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades” COM/2016/0685 final - 2016/0337 (CNS)

la ubicación de las actividades no móviles, en concreto las ventas a terceros; e introducir una base imponible más sencilla que no distorsione las decisiones empresariales basada, por ejemplo, en el volumen de negocios, el tamaño de los activos fijos o los costes salariales.

Por otro lado, volvemos a poner de manifiesto uno de los mayores problemas de las medidas, que es la *imprecisión de los términos utilizados*. A pesar del desarrollo del Marco Inclusivo, que tiene como uno de los principales objetivos unificar los conceptos, la diversidad de reglas jurídicas, la variedad de AATT y los intereses nacionales van a conllevar cierta dispersión nacionalista en la trasposición de las Iniciativas BEPS; de hecho, muchos países ya están trasponiendo estas medidas y aparecen las primeras contradicciones¹⁹⁰.

Otra gran frente de problemas que se planteaban para BEPS en 2015 era su alcance territorial, aunque a la luz de los últimos datos ofrecidos por el informe sobre el Inclusive Framework parece que ha tenido una mayor influencia de la esperada. En cambio, debemos recordar que el hecho de pertenecer a este marco no implica una adhesión completa a la implantación de todas las medidas y siguen existiendo *free raiders* (por ejemplo Panamá o Singapur) que difícilmente abandonarán pacíficamente sus ventajas competitivas. Para ello serían necesarias la aplicación de verdaderas sanciones para las que la OCDE ni jurídica, ni técnica, ni competencialmente está bien dotada. Ello, sin tomar en consideración, que ciertos elementos de la Iniciativa BEPS, empezando por el intercambio de información, requieren ayudar a muchas AATT que no están preparadas para su implantación, lo que conllevará la necesidad de medios y ayuda personal y tecnológica¹⁹¹.

Por lo que respecta a las MNE y las personas, físicas o jurídicas, implicadas en las relaciones fiscales internacionales, verán aumentada la incertidumbre y los problemas de interpretación jurídica propios de la inseguridad jurídica que provoca la naturaleza no imperativa del *soft Law*. Adicionalmente, los obligados tributarios sufrirán un nuevo aumento de los *compliance costs*, en especial, los derivados de la exigencia contenida en la Acción 12 consistente en la declaración obligatoria para transacciones o

¹⁹⁰ Vid., CARBAJO VASCO, D., *op. cit.*, p. 34. Ver también para el supuesto español, SERRANO ANTÓN, Fernando: “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”, *Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros*, núm. 391, octubre de 2015, págs. 77 a 110.

¹⁹¹ Vid., CARBAJO VASCO, D., 2016, *op. cit.*, p. 35.

estructuras agresivas o abusivas; y la litigiosidad será inevitable, por los problemas de implementación e interpretación jurídica¹⁹².

Conviene, en consecuencia, ser prudente para evaluar la Iniciativa BEPS, esperar a nuevos resultados y futuros desarrollos, y no pretender encontrar en ella una panacea a una situación compleja, cambiante y contradictoria en sí misma, pues no parece que los Estados nacionales y sus AATT vayan a desaparecer de la noche a la mañana y que las MNE, cuyo fin central es maximizar los beneficios, vayan a aceptar pacíficamente y sin discusión todas las conclusiones y acciones de BEPS.

En el último epígrafe abordaremos cómo están afectando o pueden afectar las principales medidas del Proyecto a la realidad empresarial de la planificación fiscal internacional.

¹⁹² *Vid. Íbid.*, pp. 36 y 37.

4. ESQUEMAS E INSTRUMENTOS DE RELEVANCIA BEPS

Una vez finalizado el recorrido por los elementos esenciales y el contexto de la planificación fiscal internacional estamos en una mejor posición para analizar cómo se manifiesta esta en la realidad empresarial. Debemos comenzar reconociendo que la labor de desarrollar una relación completa y detallada de todas las estrategias planificadoras existentes excede los límites de este trabajo. No solo por la infinita casuística de esquemas e instrumentos de planificación fiscal –fruto tanto de las innumerables lagunas del sistema, como de la infinita creatividad de los asesores fiscales que las aprovechan–; sino que además, tal y como venimos sosteniendo, se trata de una materia jurídica especialmente compleja y cambiante por depender de las legislaciones tributarias, administrativas y mercantiles de varias jurisdicciones. Por todo ello, el objetivo de este último epígrafe será mostrar el esquema básico de planificación fiscal internacional; señalar qué aspectos generales de una inversión internacional son importantes a efectos tributarios; y analizar los principales instrumentos y mecanismos de planificación con relevancia BEPS.

4.1. Esquema básico de planificación fiscal internacional.

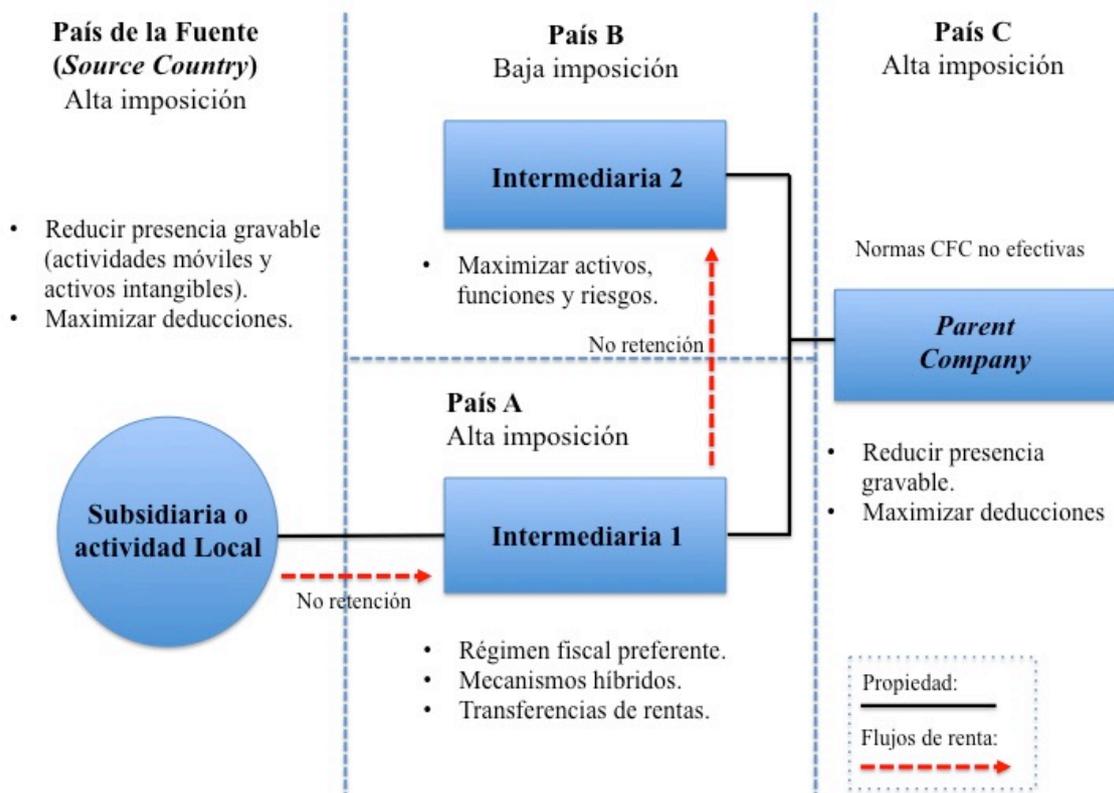
El Informe de la OCDE “Addressing Base Erosion and Profit Shifting”¹⁹³ identificaba hasta cuatro estructuras de *planificación fiscal “agresiva”* basados en distintos instrumentos y mecanismos, y un informe de la Comisión Europea ha añadido otros tres¹⁹⁴. Estos siete esquemas son los siguientes:

- Estructura basada en préstamo offshore (*offshore loan structure*).
- Estructura de financiación híbrida (*hybrid financing structure*).
- Estructura de entidad híbrida (*hybrid entity structure*).
- Estructura de préstamo sin coste (*interest-free-loan structure*).
- Estructura de PFA a través de *patent box* (*patent-box ATP structure*).
- Estructura de Propiedad Intelectual de dos niveles (*two-tiered IP structure*).
- Estructura de Propiedad Intelectual de un nivel (*one-tiered IP structure*).

¹⁹³ Vid. OCDE, febrero 2013, *op. cit.*, pp. 73-79.

¹⁹⁴ Vid. Comisión Europea, 2015, *op. cit.*, pp. 21-50.

Puesto que la variedad y complejidad de estrategias dificultan el análisis y se escapa del alcance de este trabajo analizarlas todas, recurriremos a un caso genérico y simplificado que ilustramos para hacer más fácil la comprensión este punto.



Elaboración propia

Este esquema básico, que se fundamenta en la estructura fiscal implementada por la empresa Amazon para la venta de sus productos en el mercado europeo¹⁹⁵ y en el *offshore loan structure* del Informe sobre estructuras PFA de la Comisión Europea antes mencionado, se puede resumir en los siguientes objetivos, ahora sí, más concretos que los vistos al principio del trabajo:

1. Minimización de la imposición en las jurisdicciones con elevados impuestos donde se originan los beneficios (Source country): esto puede conseguirse reduciendo la presencia de actividades empresariales significativas gravables¹⁹⁶ de

¹⁹⁵ Vid. Commission Decision of 7 October 2014, Case SA.38944 *Alleged aid to Amazon*, Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38944.

¹⁹⁶ A través de la minimización de activos y riesgos mediante el traslado activos intangibles y actividades empresariales no directamente relacionadas con la actividad principal, o actividades móviles (administración, investigación y desarrollo, marketing...), a una Intermediaria en un régimen fiscal preferente.

la subsidiaria o actividad locales (*Subsidiaria Local*)¹⁹⁷, o erosionando la base imponible a través de pagos deducibles a empresas asociadas (*Intermediaria 1*).

2. **Conseguir una baja o nula retención sobre los pagos entre la *Subsidiaria Local* y la *Intermediaria 1***, situando la segunda en una jurisdicción (*País A*) que disponga de un convenio para evitar la doble imposición (*treaty shopping*) con la jurisdicción de la primera (*Source Country*), si bien esto no siempre es posible

3. **Conseguir una baja o nula imposición en la jurisdicción receptora de los beneficios (*País A*)**: maximizando activos, riesgos y funciones en una jurisdicción de baja o nula imposición (*Intermediaria 2* en *País B –régimen fiscal preferente–*); usando mecanismos híbridos (*hybrid mismatches*); o realizando pagos deducibles a la *Intermediaria 2*, siempre y cuando no haya retenciones entre ambas jurisdicciones.

4. **Baja o nula imposición efectiva de los beneficios al nivel de la sociedad matriz (*Parent Company*)**, situada en una cuarta jurisdicción (*País C*) con una extensa red de CDI o que no cuente con normas CFC efectivas¹⁹⁸. De nuevo, esto se conseguirá mediante la reducción de actividades gravables, así como maximizando deducciones en el País C.

En síntesis, se trata de reducir la presencia gravable en las jurisdicciones de alta tributación mediante el traslado de actividades y rentas hacia jurisdicciones con una fiscalidad más ventajosa. Sabiendo que las multinacionales intentarán estructurar sus inversiones en base a este esquema y con la finalidad de conseguir tales objetivos, pasamos a analizar qué aspectos serán objeto de planificación y, posteriormente, qué instrumentos de relevancia BEPS son utilizados para conseguir tales fines.

4.2. Aspectos objeto de planificación

¹⁹⁷ Nos referimos como *Subsidiaria Local* a la filial o establecimiento permanente de un grupo que sólo se dedica a vender productos o prestar servicios en el mercado local/nacional sin desempeñar otras funciones empresariales (financieras, administrativas o mercadotecnia), las cuales se centralizan en las *Intermediarias* o en la *Matriz*.

¹⁹⁸ Son aquellas que permiten atribuyen una parte de los ingresos obtenidos en las subsidiarias de un grupo multinacional al accionista (entidad matriz) residente en el país de que se trate. La mayoría de las MNE que estamos estudiando son estadounidenses y este país tiene una normativa CFC muy laxa para animar a sus empresas a internacionalizarse.

Teniendo presente el esquema básico presentado, las principales decisiones de relevancia fiscal que deben tomar estas empresas se pueden resumir en elegir las jurisdicciones en las que se van a situar los activos y factores de producción y cómo se efectuarán las transferencias de rentas intragrupo, de tal manera que se reduzca la carga fiscal al máximo. A continuación ofrecemos un rápido recorrido de aquellas cuestiones que deberán ser objeto de planificación fiscal de forma genérica.

En una primera etapa, se debe decidir acerca de la *estructura* que va a adoptar el *grupo empresarial*¹⁹⁹ a nivel global o en una determinada área geográfica funcional – por ejemplo el mercado europeo–. Más concretamente²⁰⁰:

a) dónde ubicar las denominadas *actividades móviles*²⁰¹, teniendo en cuenta que las distintas jurisdicciones ofrecen regímenes fiscales especiales para atraer distintas funciones empresariales (actividades productivas, centros financieros, centros de servicios intragrupo, centros de gestión de activos intangibles y la entidad de tenencia de participaciones del grupo o *sociedad holding*);

b) dónde localizar los *activos intangibles*²⁰², que por sus características intrínsecas pueden trasladarse con facilidad y diferenciarse según se trate de intangibles comerciales, vinculados a productos o estructuras empresariales, o de intangibles

¹⁹⁹ Las “Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia” definen el concepto de *grupo empresarial multinacional* como «grupo de *empresas asociadas* con establecimientos empresariales en dos o más países» (OCDE, *Transfer pricing guidelines*, 2017, *op. cit.*, p. 28). El concepto de *empresas asociadas o vinculadas* será ampliado más adelante al tratar la cuestión de los precios de transferencia. Adicionalmente, el artículo 42 de nuestro Código de Comercio lo define, a efectos de la consolidación de cuentas, como: «Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras».

²⁰⁰ Vid. DELGADO PACHECO, A.: “Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional”. *ICE Nuevas tendencias en economía y fiscalidad internacional*. 2005, Septiembre-Octubre, n.º 825, pp. 98-99.

²⁰¹ A este respecto es interesante el concepto de *mobile activities*, o actividades móviles, que el Glosario de términos fiscales de la OCDE (<http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>) define como las actividades empresariales que tienen poca o ninguna conexión con un determinado Estado, pudiendo así ser ubicadas con facilidad en cualquier jurisdicción. Es el caso de las actividades financieras, de la tenencia y gestión de activos intangibles (*licensing*) o de servicios informáticos, en contraste con otras actividades más ligadas a un territorio específico, como las inmobiliarias-

²⁰² Los *activos intangibles* son aquellos que no tienen presencia corpórea, pero son susceptibles de valoración económica basado en la existencia de un derecho de propiedad, por ejemplo: patentes, diseños industriales, marcas, derechos de autor, aplicaciones informáticas, y en general cualquier forma de propiedad intelectual o industrial (OECD *Glosary of tax terms*). El Proyecto BEPS los define, a efectos de determinar los precios de transferencia, como «un bien que no es un activo físico ni un activo financiero, que puede ser objeto de propiedad o control para su uso en actividades comerciales y cuyo uso o transmisión sería remunerado si se produjera entre partes independientes en circunstancias comparables.» *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 67. Para un punto de vista legal-contable, véase la Norma Internacional de Contabilidad 38 del Reglamento CE 1725/2003.

industriales más vinculados a los resultados de los procesos de investigación y desarrollo de la compañía o del grupo.

c) la política de *precios de transferencia*, que baste aquí decir que es el valor de los bienes transferidos entre entidades dentro de un mismo grupo empresarial. En el último subepígrafe analizaremos esta cuestión con mayor detalle.

Una vez estructurado el grupo en un determinado mercado, de forma tal que las actividades móviles y activos intangibles estén situados en una jurisdicción de baja o nula tributación efectiva (en nuestro esquema, Intermediaria 2 en el País B), se debe decidir cómo afrontar las *inversiones a nivel local (Market Place)*. Para tratar esta cuestión nos parece interesante destacar de forma concisa los principales factores objeto de planificación agrupándolos de acuerdo con las distintas *etapas de un proceso de inversión empresarial transfronterizo (IDE)*²⁰³, que incluye los aspectos relativos a las transferencias de rentas intragrupo.

Cuestiones previas a la inversión inicial

La empresa que pretenda acometer una inversión en un tercer país deberá resolver determinadas cuestiones relativas al ordenamiento aplicable, tanto en el país de destino de la inversión como en el de origen de la misma.

En el país de destino será crucial elegir la *forma jurídica* más adecuada, teniendo en cuenta los costes administrativos de constitución y mantenimiento, la existencia de restricciones al comercio, además de los aspectos fiscales. En la elección del vehículo a través del cual se canalizará la inversión se podrá optar principalmente entre crear una filial o un establecimiento permanente (EP)²⁰⁴, cada una con consideraciones fiscales distintas. La *filial* –con personalidad jurídica propia en la jurisdicción donde opera– puede acogerse al *régimen de consolidación de cuentas*, el cual permite renunciar al régimen individual para tributar por una base imponible común junto al resto de

²⁰³ Vid. BOOTELLO, V., PALACIOS, J. y PASTERIZA, S., *op. cit.*, pp. 1664-1672.

²⁰⁴ Artículo 5º MCOCDE: «Un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad y comprende, en especial: las sedes de dirección; las sucursales; las oficinas; las fábricas; los talleres; y las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales.»

empresas del grupo como un solo contribuyente²⁰⁵. Mientras tanto, las rentas del *establecimiento permanente* –entidad sin personalidad jurídica propia– deben tributar en el territorio donde se obtienen (principio de fuente de renta)²⁰⁶ permitiendo así gravar a la jurisdicción del *Market Place* las rentas obtenidas en la jurisdicción por empresas extranjeras. Por ello, es habitual esquivar el régimen del EP a través de contratos de comisión y otros análogos²⁰⁷. Por otra parte, en el país de origen de la inversión, que coincidirá con el país de residencia de la matriz, salvo que se articule a través de una sociedad intermedia, será relevante tener en cuenta los incentivos fiscales aplicables a la internacionalización²⁰⁸.

Financiación de la inversión

El segundo elemento esencial es el estudio de los aspectos tributarios de la financiación de la inversión a realizar, ya que difieren según el origen y naturaleza de los fondos utilizados. La elección, en general, será entre fondos propios (*equity*) y fondos ajenos o deuda (*debt*). Para ello se deberá tener en cuenta aspectos como las retenciones en el pago de intereses y dividendos en el país de la inversión, existencia de imposiciones sobre el capital, los límites a la deducibilidad de gastos financieros (intereses, royalties, licencias, etc.), la existencia de reglas de subcapitalización (*thin capitalization rules*)²⁰⁹, etc.

Además, en este punto es relevante tener en cuenta la existencia de instrumentos financieros híbridos, en inglés *hybrid financial instruments* (por ejemplo los préstamos participativos), que debido a las divergencias existentes entre jurisdicciones en el tratamiento fiscal de determinados instrumentos financieros, en este caso, puede llevar a una doble deducción o exención. La limitación del uso de mecanismos híbridos (*hybrid*

²⁰⁵ Vid. Artículos. 55 y ss. de la LIS. Esto permite compensar las pérdidas de unas filiales con los beneficios de otras para reducir la base imponible global del grupo y se trata de un ejemplo claro de economía de opción –sin dudas de su legalidad– dentro de la PFI.

²⁰⁶ Vid. Artículo 13 de Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

²⁰⁷ Se trata de una de las estrategias utilizadas por Apple en Europa para la venta de sus productos a nivel local. Para una lectura más profunda del caso de Apple véase: JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D. J.: "Evaluando BEPS: ¿es necesario un cambio de paradigma en la fiscalidad internacional?". *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, 2016, nº. 15, pp. 81-90. ISSN 1578-0244.

²⁰⁸ Vid. BOOTELLO, V., PALACIOS, J. y PASTERIZA, S., *op. cit.*, pp. 1664-1672.

²⁰⁹ «Norma que impide la deducción como gastos de los intereses devengados como consecuencia de un endeudamiento que el legislador reputa excesivo y merecedor del tratamiento de los fondos propios, cuya retribución en forma de dividendos no resulta deducible.» DELGADO PACHECO, A., *op. cit.*, pp. 100.

mismatch arrangements) y de la deducibilidad de gastos financieros son algunos de los objetivos esenciales del Proyecto BEPS (Acciones 2 y 4 respectivamente), así como uno de los instrumentos de planificación fiscal más utilizado²¹⁰, y serán analizados más adelante.

Repatriación de los flujos de renta

Otro aspecto relevante es el relativo la tributación de la repatriación de las rentas que previsiblemente producirá la inversión internacional, las cuales tendrán forma de dividendos, intereses, cánones y regalías (*royalties*) o pagos por servicios. Además se trata de un mecanismo fundamental de traslado de beneficios para erosionar las bases imponibles en las jurisdicciones de alta imposición, cuestión que ampliaremos en el último punto.

En lo que se refiere a los *dividendos*, es habitual que los grupos multinacionales canalicen sus inversiones en nuevos mercados a través de *sociedades holding*, cuya «actividad principal es la tenencia y gestión de participaciones en otras sociedades»²¹¹. En tal caso, deberá prestarse especial atención a las normas antiabuso de cada jurisdicción, como determinadas cláusulas que suelen incluirse en los CDI para evitar el *treaty shopping*. Una estrategia habitual consistirá en establecer la sociedad *holding* en una jurisdicción con una red de CDI amplia y que tenga una tributación reducida tanto en la obtención (régimen de *participation exemption*) como en el reparto de dividendos²¹².

En lo relativo a pagos de *intereses* dentro del grupo deberán tenerse en cuenta aspectos como las retenciones y la restricciones a la deducibilidad de los mismos ya mencionadas en el apartado anterior. Es habitual hacer uso de *sociedades financieras*, que se dedican en exclusiva a llevar a cabo las actividades de financiación del grupo. Estas deberán ubicarse en un *cash box*, una jurisdicción con un régimen beneficioso para la obtención de este tipo de rentas y que cuente con una amplia red de CDI que limiten o eliminen las retenciones en las jurisdicciones de origen de los pagos²¹³.

²¹⁰ Vid. Comisión Europea, 2015, *op. cit.*, pp. 21-50.

²¹¹ Vid. MULLERAT, R. y MALLOL, A.: “Aspectos relevantes de la planificación fiscal internacional de la inversión española en el extranjero”. En: F. SERRANO ANTÓN, dir. *Fiscalidad internacional*. 6ª edición. Madrid: Centro de Estudios Fiscales, 2015, Tomo 1, p. 1792.

²¹² BOOTELLO, V., PALACIOS, J. y PASTERIZA, S., *op. cit.*, p. 1666.

²¹³ *Ibid.*, p. 1667.

En cuanto a las rentas consistentes en *cánones o royalties*, derivados de la cesión de derechos de explotación sobre patentes, marcas, diseños industriales y otros derechos inmateriales, es esencial la calificación jurídica de la legislación de cada jurisdicción, ya que es habitual que actúen como los mecanismos híbridos antes mencionados y den lugar a una situación de doble no imposición. El análisis de la tributación de estas rentas está directamente relacionado con la decisión de localización de los activos intangibles del grupo empresarial, siendo habitual la estrategia de agrupar todos los activos intangibles en una *sociedad intermedia de gestión de intangibles* ubicada en un régimen *patent box*, una jurisdicción con incentivos fiscales frente a rentas que provengan de activos intangibles. Esta sociedad se encarga de la gestión de las licencias sobre estos derechos, recibiendo las rentas correspondientes, y, en su caso, del desarrollo de la propiedad industrial e intelectual del grupo²¹⁴.

Por último, se debe prestar atención a las *rentas derivadas de los servicios prestados dentro del grupo internacional*, como pueden ser los servicios de administración, de marketing o de software. De nuevo, será relevante la calificación jurídica de los contratos de prestación de servicios entre jurisdicciones a la vista de los CDI y de las normativas internas. Un instrumento frecuente para optimizar la tributación de estas rentas es la creación de una sociedad intermediaria que actúe como *centro de servicios compartidos* en una determinada jurisdicción, o localizar la administración central o *headquarters*, globales o regionales, del grupo en un territorio con un régimen fiscal favorable²¹⁵.

Desinversión

Finalmente, de igual forma que en el proceso de inversión inicial, la entidad deberá conocer los costes fiscales y administrativos que pueden suponer una eventual desinversión en la correspondiente jurisdicción, y en especial a la existencia de una imposición de salida (*exit taxes*)²¹⁶.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 1668.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 1672.

4.3. Principales instrumentos y mecanismos tras BEPS

En el anterior subepígrafe ya adelantábamos los principales instrumentos de planificación fiscal que, combinados, permiten erosionar las bases imponibles trasladando beneficios desde las jurisdicciones de alta imposición hacia otras más ventajosas. Aquí analizaremos con mayor detalle los más relevantes desde una perspectiva post-BEPS.

Si bien todas las Acciones del Proyecto BEPS están relacionadas con los instrumentos que vamos a estudiar a continuación y se solapan entre sí, son de particular relevancia para este estudio las siguientes:

- Acción 2: Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos.
- Acción 4: Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros.
- Acción 5: Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia.
- Acciones 8-10: Asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor

Comenzaremos analizando la elección de las jurisdicciones donde se sitúan las actividades móviles y los efectos que el principio de sustancia puede tener sobre esta cuestión, para después tratar todos los aspectos relativos al traslado de beneficios entre empresas asociadas (deducciones, mecanismos híbridos y precios de transferencia), teniendo siempre presente el esquema básico presentado al inicio.

4.3.1. Regímenes fiscales preferenciales

Venimos insistiendo en la importancia singular para la PFI que tiene estructurar el grupo empresarial de forma que se reduzcan las actividades gravables los de Estados de la fuente (*Source Company*) y de la residencia de la Intermediaria 1 (*País A*), trasladándolas a otra subsidiaria (Intermediaria 2) situada en un tercer país (*País B*)²¹⁷. Esta tercera jurisdicción será habitualmente un *régimen de fiscalidad preferente* (*preferential tax regime*) que en términos generales –es decir, sin considerar si es pernicioso o no–, podemos caracterizar por la existencia de «alguna forma de privilegio fiscal para un sector o actividad empresarial en comparación con los principios

²¹⁷ Vid. VANN, R. J., *op. cit.*, p. 72; y Comisión Europea, 2015, *op. cit.*, pp. 21-50.

generales de tributación de un país determinado»²¹⁸. Este privilegio puede adoptar un amplio abanico de formas, desde una reducción del tipo de gravamen o de la base imponible a condiciones preferenciales para el pago o reembolso del tributo, tiendo en común la concurrencia de un tipo impositivo efectivo nulo o muy reducido. Además, será habitual que esta jurisdicción disponga de una extensa red de CDI que eviten retenciones en la repatriación de rentas.

En el punto anterior ya adelantábamos algunos tipos de régimen fiscal preferente según la actividad empresarial móvil que privilegian. A continuación ofrecemos una relación de los tres más relevantes (el Informe de la OCDE de 1998 identifica hasta nueve) con sus características principales y algunos ejemplos²¹⁹:

a) Regímenes de compañías *holding*: son aquellos que aplican privilegios fiscales a compañías cuya actividad consiste en tener y gestionar participaciones de capital y obtener dividendos y ganancias patrimoniales. Estos privilegios consistirán, generalmente, en bajas tributaciones de esas rentas y una red de CDI que permita repatriarlas sin retenciones. Las jurisdicciones clásicas en materia de sociedades holding son Holanda, Luxemburgo y Suiza, y más recientemente Suecia y Dinamarca.

b) Regímenes de sedes sociales o *Headquarters Regimes*: conceden un tratamiento fiscal preferencial a empresas encargadas de ofrecer servicios comunes a las filiales del grupo como la gestión, coordinación o control de actividades productivas y comerciales o servicios de consultoría y administración. Una jurisdicción que ofrece este tipo de beneficios en Europa es Holanda.

b) Regímenes de Propiedad intelectual o *Patent Box*: ofrecen un trato fiscal preferencial a las rentas derivadas de los activos intangibles (propiedad intelectual o industrial, también PI). Al consistir en la gestión de activos de enorme movilidad, se trata de una cuestión de enorme relevancia BEPS y muy relacionada con la economía digital. Esta actividad puede consistir desde el desarrollo de I+D hasta la simple cesión de los derechos de uso de la PI a las filiales. Las jurisdicciones típicas para este tipo de

²¹⁸ OCDE, 2015, Acción 5, *op. cit.*, p. 23. No utilizamos aquí el término “paraíso fiscal” por ser este demasiado restrictivo al estar actualmente reservado para jurisdicciones no-cooperantes que no se acogen a los acuerdos de transparencia fiscal internacional (Véase subepígrafe 2.3 de este trabajo; y VALLEJO CHAMORRO, J.M., *op. cit.*). Nos parece más adecuado, por tanto, hablar aquí de “regímenes fiscales preferentes” por ser un concepto amplio que se adapta mejor a nuestro objeto de análisis.

²¹⁹ *Vid.* OCDE, 2015, Acción 5, *op. cit.*, p. 41-44; BOOTELLO, V., PALACIOS, J. y PASTERIZA, S., *op. cit.*, 1673-1675; y VALLEJO CHAMORRO, J.M., *op. cit.*, p. 152.

sociedades han sido Irlanda y Holanda, pero también España intentó introducir un régimen *Patent Box* en 2008.

b) Regímenes de servicios financieros o *Cash Box*: se trata de una jurisdicción de baja tributación para las actividades financieras. Las sociedades localizadas en estos regímenes se encargan de financiar a las filiales del grupo vía préstamos y otros instrumentos de deuda tratando de potenciar las deducciones en sus bases imponibles. Irlanda (Centro de servicios financieros internacionales), Luxemburgo, Holanda y Bélgica son importantes regímenes *Cash Box*.

Ya hablamos en este trabajo del Informe de la OCDE de 1998 “*Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*”, que ofrecía una serie de criterios para identificar paraísos fiscales y regímenes fiscales preferentes de carácter ‘pernicioso’ en el contexto de la lucha contra la competencia fiscal ‘perjudicial’ protagonizada por el Foro sobre Prácticas Fiscales Perniciosas. También añadíamos que los sucesivos trabajos en este ámbito, y en especial el Informe de Progreso de 2001, acabaron abandonando el criterio de “falta de actividad sustancial” para identificar paraísos fiscales²²⁰. En este sentido el Proyecto BEPS en su *Acción 5* ha dado un nuevo impulso a la lucha contra regímenes perniciosos mediante la exigencia de un nexo sustancial entre la actividad empresarial y la jurisdicción en la que tributa en forma de estándar mínimo. Se trata de la cuestión central del segundo pilar del Proyecto, que consiste en «alinear la tributación con la sustancia, asegurando que los beneficios gravables no pueden ser artificialmente trasladados fuera de los países donde se crea el valor»²²¹. Inevitablemente esta Acción tiene importantes efectos sobre la planificación fiscal internacional por cuanto se exigirán motivos más allá de los estrictamente fiscales para tributar las rentas en un régimen fiscal preferente.

El enfoque se realiza desde los regímenes PI (*Patent box*) por su especial importancia dentro de la economía digital y particulares características de los activos intangibles, si bien es extensible al resto de regímenes. El *criterio de actividad sustancial* para estos regímenes examina si el régimen condiciona sus incentivos fiscales a la importancia de las actividades I+D realizadas por los contribuyentes que se benefician del mismo, basándose fundamentalmente en la existencia de gastos de investigación y desarrollo.

²²⁰ Vid. Subepígrafe 2.3 de este trabajo y para una lectura más profunda VALLEJO CHAMORRO, J.M., *op. cit.*

²²¹ OCDE, 2015, *Acción 5, op. cit.*, p. 25.

La *proporción de gastos* directamente relacionados con el desarrollo de estas actividades es la que demuestra el valor creado por el contribuyente y el indicador de actividad sustancial²²².

4.3.2. Deducciones de intereses y otros pagos financieros

Nos hallamos ante un dato fáctico al afirmar que el dinero es un bien móvil y fungible, lo que allana el camino para que los grupos multinacionales puedan obtener resultados favorables desde una perspectiva fiscal ajustando el nivel de endeudamiento de una entidad del grupo²²³. Por ello, un segundo instrumento de gran importancia BEPS son las ya mencionadas deducciones de intereses y otros pagos financieros que generados por préstamos entre partes vinculadas. El escenario básico de erosión de la base imponible y de traslado de beneficios por parte de grupos multinacionales en esta área es el siguiente²²⁴:

- Concentración un elevado nivel de deuda (*Thin capitalization*) con entidades independientes en países de elevada tributación.
- Utilización préstamos intragrupo para generar deducciones por intereses.
- Utilización de financiación obtenida de empresas del grupo o de entidades independientes para generar rentas no sometidas a gravamen.

En este sentido, la *Acción 4 del Proyecto BEPS* recomienda como *mejores prácticas* para los países participantes el establecimiento de una norma de ratio fijo que limita las deducciones netas de una entidad, en concepto de intereses y otros pagos económicamente equivalentes a intereses, a un porcentaje (entre el 10% y el 30%) de sus beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA, por sus siglas en inglés) el interés y otros pagos financieros. La implementación coordinada del enfoque recomendado tendrá un impacto en la posibilidad de los grupos multinacionales de contraer determinados niveles de endeudamiento a fin de erosionar la base imponible y trasladar beneficios²²⁵.

²²² Vid. OCDE, 2015, Acción 5, *op. cit.*, p. 26 y 27.

²²³ Vid. VANN, R. J., *op. cit.*, p. 64. Esto se debe al hecho de que los intereses son habitualmente deducibles para el prestatario y se les aplica una retención nula o muy baja al prestamista no residente (para atraer la inversión extranjera).

²²⁴ OCDE: *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 11.

²²⁵ *Ibid.*, pp. 11-13.

4.3.3. Mecanismos híbridos

Recordemos que uno de los principales problemas del sistema fiscal internacional son las asimetrías o divergencias existentes en cuanto al tratamiento fiscal de una entidad o de un instrumento financiero con arreglo a los ordenamientos de dos o más jurisdicciones. En última instancia, esto posibilita la doble no imposición o, bien el diferimiento a largo plazo de los tributos. En el Proyecto BEPS se identifican tres tipos principales de mecanismo híbrido en base a sus efectos fiscales en las jurisdicciones implicadas²²⁶:

a) *Deduction / no inclusion (D/NI) outcomes*: se produce una deducción en el Estado de la fuente (*Source Country*) y una exención en el de residencia (*País A*), lo cual lleva a que se erosione la base imponible en el primero y no se grave en el segundo.

b) *Double deduction (DD) outcomes*: tiene lugar una doble deducción, con la subsiguiente erosión de las bases imponibles, al considerar el instrumento como deuda en ambas jurisdicciones.

c) *Indirect deduction / no inclusion (indirect D/NI) outcomes*: supone exportar los resultados obtenidos de un mecanismo híbrido entre dos jurisdicciones (*Source Country* y *País A*) a una tercera jurisdicción (*País B*).

Además, desde un punto de vista objetivo, podemos distinguir entre:

a) Instrumentos financieros híbridos (*hybrid financial instrument*): son aquellos que reúnen tanto características propias de instrumentos de deuda como de capital provocando una calificación jurídica inconsistente entre jurisdicciones²²⁷. La forma más común de este tipo de mecanismo es que se considere como deuda en el *Source Country* y por tanto gasto deducible, y en la jurisdicción de residencia como capital, beneficiado con algún tipo de crédito fiscal para evitar la doble imposición; pero también de DD (situación D/NI)²²⁸.

b) Entidades híbridas (*hybrid entity*): en concreto hace referencia a las *sociedades de personas* o *partnerships*, un tipo de sociedad mercantil típica del *Common Law*

²²⁶ OCDE: *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*. París: OECD Publishing, p. 16 y 17.

²²⁷ JIMÉNEZ BLANCO, J.I.: "El uso de los instrumentos financieros híbridos en la planificación fiscal internacional". En: F. SERRANO ANTÓN, dir. *Fiscalidad internacional*. 6ª edición. Madrid: Centro de Estudios fiscales, 2015, Tomo 2, p. 1875.

²²⁸ El esquema de PFI "*Hybrid loan ATP structure*" se basa en el uso de este instrumento. Para una lectura más profunda véase Comisión Europea, 2015, *op. cit.*, pp. 29-34.

constituida sin personalidad jurídica propia mediante la unión de dos o más personas (físicas o jurídicas) denominadas *partners* que se organizan para desarrollar una actividad empresarial de forma conjunta. A efectos fiscales, los beneficios generados por el negocio se trasladan o pasan directamente a los socios (*pass-through* o *flow-through taxation*), quienes son los únicos que pagan impuestos por ellos sin que tenga que hacerlo la *partnership*. El desajuste en este caso se produce cuando un Estado califica a la sociedad de personas como sujeto pasivo con personalidad jurídica propia, y el otro como entidad transparente a efectos fiscales²²⁹. Por ejemplo, cuando la *partnership* es calificada como sujeto pasivo en el Estado de los *partners* (*Países A y C*), pero no donde se constituye (*País B*). De esta forma, en un préstamo que efectúe la *partnership* a los partícipes, los pagos de intereses son deducibles en el *País A* y los ingresos están exentos en el *País B* (situación D/NI)²³⁰.

b) Entidades con residencia dual (*dual-residence companies*): aquellas empresas con residencia fiscal en dos Estados diferentes debido a la aplicación en cada jurisdicción de criterios de residencia que se solapan²³¹. A efectos de PFI, cuando la entidad residente en dos jurisdicciones pide prestado podrá deducirse los intereses en ambas (situaciones de D/D).

La *Acción 2*, dentro del primer pilar del Proyecto BEPS relativo a dotar de coherencia al impuesto de sociedades a nivel internacional, se ideó como una *estrategia común* para el diseño de normas internas y el desarrollo de disposiciones que se contemplasen en el MCOCDE (Partes I y II respectivamente), encaminadas éstas a eliminar las asimetrías y desajustes entre jurisdicciones. Una vez traspuestas a los ordenamientos internos y a los tratados, estas recomendaciones neutralizarán los efectos de los mecanismos híbridos poniendo fin, así, a la aplicación de deducciones múltiples de gastos incurridos una sola vez, deducciones sin la correspondiente tributación de las rentas o a la generación de deducciones por doble imposición internacional cuando esta no tiene lugar.

²²⁹ Vid. MCOCDE, comentarios al artículo 1º. La “transparencia a efectos fiscales” implica que no se tiene en cuenta la existencia de la *partnership* a efectos fiscales.

²³⁰ Vid. Comisión Europea, 2015, *op. cit.*, pp. 34-36. Para una lectura más profunda a cerca de las *partnerships* y sus consideraciones fiscales véase el Informe de la OCDE “The application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships”

²³¹ Vid. VANN, R. J., *op. cit.*, p. 74. Por ejemplo, en EEUU solo se atribuye la residencia a partir del criterio de *lugar de constitución*, mientras que Irlanda lo hace a través del de *dirección efectiva* (Vid. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L’HOTELLERIE-FALLOIS, D. J., *op. cit.*, p.85).

4.3.4. Precios de transferencia

Por último hablaremos de los precios de transferencia, probablemente el tema de mayor importancia BEPS y cuyo análisis integral requeriría de un estudio independiente. Por ello analizaremos aquí sus elementos básicos para comprender su relevancia, en especial los principios de plena competencia y de comparabilidad, sus métodos de determinación, y los principales cambios introducidos por el Proyecto BEPS.

Un significativo volumen del comercio global –en torno al 30%– consiste en transferencias de bienes y servicios, capital e intangibles dentro de grupos multinacionales. En estas operaciones, que tienen lugar entre empresas asociadas o vinculadas²³², las fuerzas del mercado pueden no afectar de la misma forma que lo haría si estas fueran independientes. Esto provoca que existan dificultades para determinar el valor normal de mercado y consecuentemente en la determinación de las deudas tributarias²³³. Así, los *precios de transferencia* es el término general utilizado para referirse al valor de las transacciones transfronterizas de bienes, servicios e intangibles entre partes vinculadas, es decir, de una subsidiaria a otra de un mismo grupo multinacional²³⁴. Se trata de un potente instrumento de PFI que permite a los grupos multinacionales distribuir sus ingresos de la manera más ventajosa fiscalmente, y sin necesariamente incurrir en las situaciones de doble no imposición o deducción antes observadas²³⁵.

Para evitar estos problemas, los miembros de la OCDE han aceptado el *principio de plena competencia (arm's length principle)* como estándar para determinar el valor de estas transacciones, declaración que queda plasmada en el apartado 1 del artículo 9 del MCOEDE:

[Cuando] dos empresas estén [asociadas], en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir

²³² Según el artículo 9 del MCOEDE, se considera que dos empresas están asociadas cuando: «a) una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante; o b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante».

²³³ OCDE, *Transfer pricing guidelines*, 2017, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

²³⁴ ONU: “An Introduction to Transfer Pricing”. En: *Background Paper, Working Draft*, Capítulo 1, p. 2. ; y BARNHOUSE, N., *et al.*: *Transfer pricing*. Fayetteville State University, 2 de diciembre de 2012, p. 2.

²³⁵ Comisión Europea, 2015, *op. cit.*, p. 24.

dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia.

El principio de plena competencia exige, por tanto, que el precio fijado para aquellas operaciones realizadas entre empresas asociadas sea el mismo que si se tratase de operaciones entre empresas independientes en condiciones y circunstancias económicas “comparables”. El *análisis de comparabilidad* constituye así la piedra angular de la aplicación del principio de plena competencia²³⁶.

Según, las “Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia” (*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*) –documento fundamental, aunque *soft Law*, para la determinación de los precios de transferencia– dispone que «ser *comparable* significa que ninguna de las diferencias (si las hay) entre las situaciones objeto de comparación pueda afectar significativamente a las condiciones analizadas en la metodología, o que se puedan realizar ajustes lo suficientemente precisos para eliminar los efectos de dichas diferencias»²³⁷. Esto implica que el análisis debe tener en cuenta la existencia de *diferencias significativas* tanto entre las operaciones como entre las empresas comparadas, para lo cual se deberán tomar en consideración los siguientes *factores de comparabilidad*²³⁸:

- Características de los bienes y servicios ofrecidos.
- Funciones desempeñadas por las empresas comparadas (teniendo en cuenta activos utilizados y riesgos asumidos).
- Cláusulas contractuales de las operaciones.
- Circunstancias económicas de las partes.
- Estrategias empresariales que se siguen.

Existen cinco *métodos principales* y generalmente aceptados para determinar los precios de transferencia, todos basados en los beneficios, precios o márgenes comparables de similares transacciones, y que aquí nos limitamos a reseñar²³⁹:

- a) *Comparable Uncontrolled Price method* (CUP): compara el precio de un bien o servicio transferido en una operación entre partes vinculadas con el

²³⁶ Vid. OCDE, *Transfer pricing guidelines*, 2017, *op. cit.*, p. 43.

²³⁷ *Ibid.*, p. 54.

²³⁸ Vid. *Ibid.*, p. 56; y UN, diciembre de 2012, pp. 11-15.

²³⁹ ONU, diciembre de 2012, pp. 11-15.

precio de unos bienes y servicios comparables transferidos en una operación entre partes independientes en comparables circunstancias.

- b) *Resale Price Method* (RPM): se usa para determinar el precio a pagar por un vendedor de un producto comprado a una empresa asociada y revendido a una empresa independiente. Para ello, se tiene en cuenta la obtención de un cantidad suficiente para que el revendedor cubra los gastos incurridos y gane un margen de beneficios apropiado.
- c) *Cost Plus method* (CP): se determina el precio a ser pagado por un proveedor de bienes o servicios a una empresa asociada en base a las mismas premisas que el anterior.
- d) Métodos basados en el beneficio: son utilizados cuando en la operación presenta producción integrada de bienes altamente especializados, activos intangibles únicos y prestación de servicios exclusivos. Existen fundamentalmente dos: *Transactional Net Margin Method* (TNMM) y *Profit Split Method* (PSM).

Los tres primeros son considerados como “métodos tradicionales”, pese a la creciente aceptación de los métodos basados en el beneficio (en especial tras el Proyecto BEPS). El método a aplicar será el más apropiado al caso concreto, si bien, pudiendo elegir igualmente cualquier método, los basados en el beneficio serán subsidiarios a los tradicionales, y dentro de estos tendrá preeminencia el *Comparable Uncontrolled Price method* (CUP)²⁴⁰.

Para terminar, se ha observado que el principio de plena competencia funciona muy eficazmente en la mayoría de los casos; sin embargo, existen otros muy significativos en los que su aplicación resulta difícil, generando así resultados distorsionados que no se corresponden con la creación de valor de cada empresa del grupo multinacional. Son, especialmente, los relativos a la producción integrada de bienes altamente especializados, a intangibles únicos y a la prestación de servicios exclusivos, todos ellos muy estrechamente vinculados con la economía digital²⁴¹.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 21.

²⁴¹ *Vid.* OCDE, Acciones 8-10, 2015, *op. cit.*, p. 10.

Para dar respuesta a estos retos, el Proyecto BEPS dedica cuatro de sus quince acciones (*Acciones 8-10 y Acción 13*) a los precios de transferencia, lo cual da una aproximación de su importancia.

La Acción 8 analiza los aspectos de precios de transferencia relativos a las operaciones de intangibles, ya que la errónea distribución de los beneficios generados por activos de gran valor resulta en la erosión de la base imponible y al traslado de beneficios. El trabajo realizado en el marco de la Acción 9 trata la asignación contractual de riesgos económicos y la consiguiente atribución de ingresos a la entidad que asume dichos riesgos, pudiendo no corresponderse dichos rendimientos con las actividades efectivamente desarrolladas. La Acción 10 se centra en áreas que presentan riesgos significativos, como el alcance de la recalificación de las rentas derivadas de operaciones que resultan irracionales desde una perspectiva comercial, el uso de los métodos de determinación de los precios de transferencia que da lugar al diferimiento de las rentas, y la necesidad de neutralizar el uso de ciertos tipos de pagos entre empresas pertenecientes a dicho grupo²⁴².

Por su parte la Acción 13 trata cuestiones relativas a la exigencia de documentación a las empresas sobre su política de precios de transferencia para aumentar la transparencia hacia las AATT²⁴³.

Todas estas Acciones ya han sido implementadas en la revisión de las “Directrices sobre precios de transferencia” publicada en julio de 2017, asegurando en gran medida que las normas de determinación de los precios de transferencia atribuye los beneficios de explotación a las actividades económicas que los generan²⁴⁴.

²⁴² Vid. OCDE, *Acciones 8-10*, 2015, *op. cit.*, p. 9 y 10.

²⁴³ OCDE, *Nota explicativa*, 2015, *op. cit.*, p. 45.

²⁴⁴ Véase OCDE, *Transfer pricing guidelines*, 2017, *op. cit.*

CONCLUSIONES

A lo largo de nuestro trabajo de investigación hemos podido llegar a las siguientes conclusiones finales:

1. La *evasión* y la *elusión fiscal* son conceptos difusos que a menudo se confunden por la opinión pública. Mientras la evasión fiscal busca ocultar un hecho imponible existente y puede ser constitutivo de un delito contra la Hacienda Pública, la elusión fiscal persigue la no realización del hecho imponible a través de medios que la ley –o, al menos, sus desajustes y lagunas jurídicas– permiten. Adicionalmente, el concepto de planificación fiscal se identifica con el de elusión, si bien este último abarca supuestos que van desde la perfectamente legal economía de opción a prácticas de dudosa legalidad que rayan el abuso de derecho. A estas últimas se las ha calificado como *planificación fiscal abusiva o agresiva*, concepto jurídico indeterminado que también se expresa por las siglas BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*).

2. La *planificación fiscal* se puede abordar desde diversas perspectivas, teniendo en cuenta factores subjetivos –planificación fiscal individual y planificación fiscal empresarial– y espaciales –planificación fiscal interna y planificación fiscal internacional–. Nuestro trabajo se centra en la *planificación fiscal internacional de empresas multinacionales* respecto del impuesto de sociedades, por razones de actualidad, de relevancia internacional y de interés jurídico. Por último, aportamos una definición propia de PFI como: la elección, de entre las alternativas que las distintas jurisdicciones y sus legislaciones ofrecen, de la vía de acción fiscalmente más eficiente que permita minimizar la carga tributaria.

3. Hemos identificado dos factores principales de desarrollo de la PFI. La primera, la *globalización*, que fruto de la expansión gradual de las libertades de movimientos y la revolución de la información ha permitido un crecimiento exponencial del comercio mundial, aunque erosionando, eso sí, el concepto tradicional de soberanía, en especial la tributaria, y creando un entorno propicio para la PFI. El segundo, la empresa *multinacional* (MNE) como protagonista indiscutible de este contexto, una organización que trasciende de cualquier noción de frontera nacional, que se adapta a los cambios mucho más rápido que cualquier reforma normativa, y que, en su legítima búsqueda de lucro, persigue como objetivo primario la reducción de costes, lo que en el ámbito fiscal se traduce en minimizar su factura fiscal mediante la PFI.

4. Las dificultades derivadas de la crisis económica de 2008 fueron el detonante de la aparición de un trascendente debate público sobre si las empresas multinacionales contribuyen justamente al sostenimiento de las cargas fiscales (*fair share*), y que, en último término, ha obligado a los gobiernos a tomar medidas. Hemos comprobado la dificultad de determinar el reclamado *fair share*, y que en la actualidad se ha traducido en exigir el cumplimiento de un abstracto espíritu de la ley que, como mínimo, plantea problemas de seguridad jurídica. También ponemos de relieve que son los propios Estados los que permiten determinadas prácticas fiscales, por acción o por omisión, en una competición por atraer la inversión extranjera. Así, los gobiernos se enfrentan al dilema de dar respuesta a la presión social y mediática acabando con las lagunas jurídicas del sistema, o seguir permitiendo que las empresas se aprovechen de ellas para continuar gozando de una jurisdicción fiscalmente atractiva. Por último, aportamos una perspectiva desde la responsabilidad social corporativa argumentando que los consumidores pueden cambiar la conducta de las empresas en cuanto a su política fiscal mediante sus decisiones de compra, igual que se viene haciendo, por ejemplo, con las cuestiones medioambientales.

5. El *impuesto sobre los beneficios empresariales*, que constituye un supuesto de doble imposición jurídica, se justifica casi exclusivamente por motivos pragmáticos de índole administrativa y como complemento al impuesto sobre las rentas personales.

6. El *sistema fiscal internacional* hunde sus raíces en un compromiso alcanzado por la Sociedad de Naciones en 1923 para evitar la doble imposición. Los fundamentos de este son la distribución mediante tratados bilaterales –denominados *Convenios para evitar la Doble imposición* o CDI– de los poderes tributarios nacionales en base a una serie de *puntos de conexión* (nacionalidad, territorialidad, residencia efectiva y fuente de renta). La mayoría de los CDI existentes se basan en el Modelo Convenio de la OCDE, organismo que sustituyó a la Sociedad de Naciones como protagonista de la fiscalidad internacional. En ellos se establecen los puntos de conexión para gravar las rentas de los no residentes entre dos jurisdicciones y se prevén métodos para evitar la doble imposición.

7. La nueva realidad empresarial hace ineficaces los pilares sobre los que se asienta el Derecho fiscal internacional. Este adolece de importantes lagunas jurídicas y desajustes normativos entre jurisdicciones que son aprovechados por aquellas empresas que disponen de los recursos e incentivos para hacerlo, consiguiendo unos tipos impositivos efectivos muy inferiores a los deseados por los gobiernos. Para dar

respuesta a este problema, desde los años 90 los esfuerzos internacionales se dirigen contra la elusión fiscal internacional. Primero, atacando la competencia fiscal “perniciosa” entre países a través de la *transparencia tributaria* y la elaboración de listas negras que integran paraísos fiscales no cooperantes; y después de 2008, directamente contra la denominada *planificación fiscal agresiva* llevada a cabo por muchas multinacionales.

8. En este contexto nace el Proyecto BEPS, una iniciativa liderada por la OCDE y el G20 que prometía acabar con las prácticas fiscales perniciosas reformando el sistema fiscal internacional. En un primer informe de 2013 se cuantificó el problema de reducción de los ingresos públicos y se identificaron sus causas (discordancias entre jurisdicciones, ineficacia de las normas antielusión, existencia de regímenes fiscales, etc.). A continuación se elaboró un Plan de Acción y comenzaron los trabajos que acabarían dando como resultado, en octubre de 2015, a un Paquete de 15 medidas que se estructura en torno a tres pilares: dotar de coherencia al impuesto de sociedades a nivel internacional; alinear la tributación con la actividad sustancial de las empresas; y aumentar la transparencia, seguridad jurídica y previsibilidad del sistema fiscal.

9. Las medidas contra BEPS presentan una naturaleza jurídica atípica que se encuadra dentro el denominado derecho blando o *soft Law*, y es propio del Derecho internacional. Este se caracteriza por su no obligatoriedad al no disponer de los medios sancionadores de las fuentes del Derecho tradicionales en caso de incumplimiento, si bien presenta contramedidas alternativas como las listas negras o la revisión por pares. El Proyecto BEPS se ha intentado dotar de herramientas eficaces de aplicabilidad, como el *Inclusive Framework* –basado en el seguimiento y revisión por pares–, y el Instrumento multilateral –convenio internacional obligatorio para los Estados firmantes–. Sin embargo, presenta los problemas congénitos graves del *soft Law*, como la inseguridad jurídica, fruto de la imprecisión de sus términos; y la ausencia de un control democrático efectivo, carencia habitual de los entes supranacionales de los que emana este Derecho.

10. A la luz de los más recientes resultados, publicados en julio de 2017, podemos afirmar que las medidas contra BEPS están cumpliendo los calendarios de implementación, y que su alcance espacial, tras haber conseguido el compromiso de 68 jurisdicciones, supera las expectativas iniciales, reforzando así su eficacia. Las *perspectivas futuras* son optimistas, sin embargo, recomendamos prudencia conscientes de las dificultades que entraña el *soft Law*, de la falta de flexibilidad del sistema frente a

nuevos cambios en la realidad empresarial, y de los problemas que esta causando a contribuyentes y AATT en términos de litigiosidad y costes de cumplimiento.

11. La infinita variedad de estructuras y combinaciones de instrumentos de planificación que utilizan las multinacionales hacen inviable un análisis integral de estos. Sin embargo, es posible simplificarlos en un *esquema básico* que hemos ilustrado e incluye los elementos esenciales para entender la PFI a nivel empresarial. En resumen, se tratará de reducir la presencia gravable en las jurisdicciones de alta tributación mediante la localización de actividades móviles y el traslado de rentas hacia jurisdicciones con una fiscalidad más ventajosa. Para ello es esencial la estructuración fiscalmente eficiente del grupo empresarial en un determinado mercado y la determinación de los precios de transferencia, y en una segunda fase tomar una serie de decisiones relativas a cómo afrontar las inversiones a nivel local.

12. Cuatro instrumentos constituyen el núcleo de cualquier estrategia de PFI, los cuales además han sido objeto de mucha atención en el Proyecto BEPS, a saber: los regímenes fiscales preferentes, las deducciones de intereses y otros pagos financieros, los mecanismos híbridos, y los precios de transferencia. Las medidas contra estos instrumentos no pretenden acabar con ellos, pero indudablemente limitarán el uso “abusivo” que se les viene dando.

Como conclusión final queremos señalar que la planificación fiscal internacional es una cuestión de enorme interés e importancia para el Derecho fiscal, y que guarda una enorme complejidad que permite una multitud de líneas de investigación. Vemos utópico pensar que el sistema fiscal internacional vaya a quedar alguna vez libre de lagunas jurídicas y desajustes, ya esto que requeriría el compromiso político de todas las jurisdicciones del mundo, ninguna de las cuales tiene los incentivos para hacerlo.

Benjamin Franklin decía que en esta vida existen pocas certezas, entre ellas la muerte y los impuestos. A estas dos nosotros añadimos una tercera adaptando la cita que abre este trabajo, y es que el asesoramiento fiscal, como actividad intelectual, continuará produciendo recompensas.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia Española de Administración Tributaria: *Cuestiones básicas del impuesto de sociedades* [en línea] [fecha de consulta: 18 de agosto de 2017]. Disponible en: <http://www.agenciatributaria.es>.

AULT, H. J.: “Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles”. *Tax Notes International*. 17 de junio de 2013, vol. 70, nº. 12, p. 1195-1201. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2287834>.

ALARCÓN GARCÍA, G.: “El soft law y nuestro sistema de fuentes”. En: D. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L’HOTELLERIE-FALLOIS (coord.) *et al.: Tratado sobre la Ley General Tributaria*. Madrid: Aranzadi, 2010, vol. 1 (Tomo I), pp. 271-298. ISBN 978-84-9903-468-3.

AMORÓS, N., *et al.*: “La elusión y la evasión tributaria”. *Revista de derecho financiero y hacienda pública*, 1965, 59.

BARNHOUSE, N., *et al.*: *Transfer pricing*. Fayetteville State University, 2 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2196826>

BARREIX, A.: “Breve historia de la transparencia tributaria”. *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, 2016, nº. 10. Disponible en: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2016_10.pdf

BENDER, T. y BROEKHUIJSEN, D. M.: *The Relationship between Corporate Social Responsibility and International Tax Avoidance*. Holanda: Leiden University, 2015. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2873611>.

BOOTELLO, V., PALACIOS, J. y PASTERIZA, S.: “Introducción a la planificación fiscal internacional”. En: F. SERRANO ANTÓN, dir. *Fiscalidad internacional*. 6ª edición. Madrid: Centro de Estudios fiscales, 2015, Tomo 2, pp. 1648-1703. ISBN 978-84-454-3041-5.

CALDERÓN CARRERO, J.M.: La doble imposición internacional y métodos para su eliminación. En: F. SERRANO ANTÓN, dir. *Fiscalidad internacional*. 6ª edición. Madrid: Centro de Estudios Fiscales, 2015, Tomo 1, pp. 361-477. ISBN 987-84-454-3021-7

CARBAJO VASCO, D.: “El Plan de acción de la Iniciativa BEPS. Una perspectiva empresarial”. *Crónica tributaria*. 2015, nº 154/2015, pp. 49-67. ISSN 0210-2919.

- “Reflexiones, ciertamente escépticas, acerca del post-BEPS”. *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, 2016, nº. 15, pp. 29-38. ISSN 1578-0244.

CARMONA FERNÁNDEZ, N.: “Medidas antiabuso en los convenios de doble imposición”. En: F. SERRANO ANTÓN, dir. *Fiscalidad internacional*. 6ª edición. Madrid: Centro de Estudios Fiscales, 2015, Tomo 2, pp. 1159-1194. ISBN 978-84-454-3041-5.

CHAMORRO Y ZARZA, J. A.: “Los principios constitucionales del Derecho Financiero y Tributario y su deseable implementación en el derecho de la Unión Europea”. *Estudios de Deusto*. 2012, Julio-Diciembre, vol. 60 (2), pp. 323-338. ISSN 0423-4847.

CHRISTIANS, A.: “BEPS and the New International Tax Order”, *Brigham Young University Law Review*, *Forthcoming*. 1 de diciembre de 2016, pp. 1604-1647. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2939867>

CORWIN, M. S.: “Sense and Sensibility: The Policy and Politics of BEPS”. *Tax Notes*. 2014, 6 de octubre, pp. 133-140. Disponible en: <https://www.kpmg-institutes.com/content/dam/kpmg/taxwatch/pdf/2014/beps-corwin-tillinghast-tn-100614.pdf>.

Comisión Europea: “Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators - Final Report”. *Taxation papers*. 2015, nº 61. ISSN 1725-7565. Disponible en: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/taxation_paper_61.pdf.

CRUZ PADIAL, I. “Globalización económica: sinónimo de desnaturalización tributaria”, *Crónica tributaria*, 2003, nº109, p.59. ISSN 0210-2919.

CUADRADO ZULOAGA, D.: “El fraude de ley y el conflicto en la aplicación de la norma tributaria”. *Actualidad Administrativa*, Julio 2012, nº 13, Sección Informe de Jurisprudencia, tomo 2, p. 1693. Disponible en: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx>.

DEATON, A.: “Getting Past the Globalization Bogeyman”. *Fatal Attraction – The Year Ahead* [en línea]. 16 junio 2017 [fecha de consulta 6 de septiembre de 2017]. Disponible en: <https://www.project-syndicate.org/onpoint/getting-past-the-globalization-bogeyman-by-angus-deaton-2017-01>.

DELGADO PACHECO, A.: “Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional”. *Nuevas tendencias en economía y fiscalidad internacional - ICE*. 2005, Septiembre-Octubre, n.º 825, pp. 97-118.

DEVEREUX, M. P. y VELLA, J.: “Are We Heading Towards a Corporate Tax System Fit for the 21st Century?”. *Fiscal Studies, Forthcoming; Oxford Legal Studies Research Paper*, n.º. 88/2014. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2532933>.

GARCÍA CUADRADO, A. M.: *Principios de derecho constitucional*. 1. León: EOLAS, 2011. ISBN 978-84-938666-8-6.

GARDE, M. J.: “El Proyecto BEPS”. *Boletín Económico de ICE*. 2016, n.º 3071, pp. 39-46. ISSN 0214-8307.

HEMELS, S.: “Fairness and Taxation in a Globalized World”. *Browser Download This Paper*. 26 de febrero de 2015. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2570750.

HOLBACH, Baron de: *La moral universal o los deberes del hombre fundados en su naturaleza*. Vol 1: Teoría de la moral. Traducido por M. DÍAZ MORENO. 2ª ed. Madrid: Imprenta de Mateo Repullés, 1821. Disponible en: <http://fama2.us.es/fde/moralUniversalT1.pdf>.

JIMÉNEZ BLANCO, J.I.: “El uso de los instrumentos financieros híbridos en la planificación fiscal internacional”. En: F. SERRANO ANTÓN, dir. *Fiscalidad internacional*. 6ª edición. Madrid: Centro de Estudios fiscales, 2015, Tomo 2, pp. 1873-1894. ISBN 978-84-454-3041-5.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coord.): *Lecciones de Derecho mercantil*. 16ª edición. Madrid: Tecnos, 2013. ISBN 987-84-309-5941-9.

JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D. J.: “Evaluando BEPS: ¿es necesario un cambio de paradigma en la fiscalidad internacional?”. *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, 2016, n.º. 15, pp. 81-90. ISSN 1578-0244.

MIRREES, J. *et al.*: *Tax by desing*. Oxford: Oxford University Press, 2011. ISBN 978-0-19-955374-7. Disponible en: <https://www.ifs.org.uk/publications/5353>.

MONTERREY MAYORAL, J. y SÁNCHEZ SEGURA, A.: “Planificación fiscal y gobierno corporativo en las empresas cotizadas españolas”. *Hacienda Pública Española*

- *Review of Public Economics*. 2015, 3 (2015), pp. 55-89 [fecha de consulta 14 de julio de 2017]. DOI: 10.7866/HPE-RPE.15.3.3.

MULLERAT, R. y MALLOL, A.: “Aspectos relevantes de la planificación fiscal internacional de la inversión española en el extranjero”. En: F. SERRANO ANTÓN, dir. *Fiscalidad internacional*. 6ª edición. Madrid: Centro de Estudios Fiscales, 2015, Tomo 1, pp. 1705-1803. ISBN 987-84-454-3021-7.

OCDE: *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. París: OECD Publishing, febrero de 2013. ISBN 987-92-64-20122-4. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201224-es>.

- (Acción 2) *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*. París: OECD Publishing. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>.
- (Acción 4) *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*. París: OECD Publishing, 2015. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>.
- (Acción 5) *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report*. París: OECD Publishing, 2015. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en>.
- (Acciones 8-10) *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*. París: OECD Publishing, 2015. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>.
- *Guidelines for Multinational Enterprises – 2011 Edition*. París: OECD Publishing, 2011. ISBN 978-92-64-11541-5. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>.
- *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*. París: OECD Publishing, 1998. ISBN 92-64-16090-6. Disponible en: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en.
- *Inclusive Framework on BEPS: Progress Report June 2016- July 2017*. París: OECD Publishing, 2017. Disponible en: <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-inclusive-framework-progress-report-june-2016-july-2017.htm>.

- (MCOCDE). *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio. Versión abreviada 22 de julio de 2010*. Edición española. Madrid: Instituto de estudios fiscales, 2011. ISBN 978-84-8008-333-1. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201224-es>.
- (MLI) *Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*. París: OCDE Publishing, junio de 2017. Disponible en: <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>.
- *Model Double taxation Convention on Income and on Capital. Report of the Committee on Fiscal Affairs*. París: OCDE, 1977.
- *Nota explicativa, Proyecto OCDE/G20 de Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios*. París: OECD Publishing, 2014. Disponible en: www.oecd.org/ctp/beps-2014-deliverables-explanatory-statement-es.pdf.
- *Nota explicativa, Proyecto OCDE/G20 de Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios*. París: OECD Publishing, 2015. Disponible en: www.oecd.org/ctp/beps-2015-nota-explicativa.pdf.
- *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. París: OECD Publishing, 2014. ISBN 9789264207813. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es>.
- *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*. París: OECD Publishing, 2017. ISBN 978-92-6426512-7. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>.

OCHOA LEÓN, M.: “Elusión o evasión fiscal”. *Revista Iberoamericana de Contaduría, Economía y Administración* [en línea]. 2014, enero-junio, 3 (5). ISSN 2007-9907.

ONU: “An Introduction to Transfer Pricing”. En: *Background Paper, Working Draft*, Capítulo 1. Disponible en: http://www.un.org/esa/ffd/tax/2011_TP/TP_Chapter1_Introduction.pdf.

PEDROSA LÓPEZ, J.C.: “El Plan de acción BEPS de la OCDE: pasado, presente y futuro”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 2, febrero, pp. 689-706. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10550/43205>.

PÉREZ DE AYALA, J.L. y GONZÁLEZ GARCÍA, E.: “*Curso de Derecho Tributario*”, España: EDERSA, 1991.

PICÓN GONZALES, J. L.: *Los paraísos fiscales como herramienta de planificación tributaria*. Tesis doctoral. Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho mercantil, 2 de mayo de 2016. Disponible en: <http://hdl.handle.net/11441/39141>.

PRIETO JANO, M. J.: “La planificación fiscal internacional y en el ámbito de la Unión Europea. La elusión fiscal”. *Revista de Estudios Europeos*, septiembre-diciembre 1995, n. 11, pp. 121-134. ISSN 1132-7170.

PRIETO SANCHÍS. *Apuntes de teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2010. ISBN 978-84-8164-776-1.

ROSEMBUJ, T.: *Derecho fiscal internacional*. 1ª ed. Barcelona: El Fisco, 2001. ISBN 84-477-0777-6.

SANTACRUZ, J.: *La factura fiscal de las empresas en España: La fiscalidad real de las empresas en el final de la campaña del Impuesto de Sociedades*. Civismo, 24 de Junio de 2017. Disponible en: <https://www.civismo.org/es/investigaciones/informes/la-factura-fiscal-de-las-empresas-en-espana>.

SERRANO ANTÓN, F.: “Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación”. En: F. SERRANO ANTÓN, dir. *Fiscalidad internacional*. 6ª edición. Madrid: Centro de Estudios Fiscales, 2015, Tomo 1, pp. 277-325. ISBN 987-84-454-3021-7.

- “El informe sobre erosión de bases imponibles y traslación de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado artículo”. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 2014, nº 72, (Ejemplar dedicado a: Derecho Tributario: Internacionalización y Tendencias), pp. 45-70. ISSN 2305-2546.

VANN, R. J.: “International Aspects of Income Tax”. En: V. THURONYI, ed. *Tax Law Design and Drafting*. International Monetary Fund, 1998, vol. 2. Disponible en: <https://is.muni.cz/el/1422/podzim2010/MVV66K/um/chapter18.pdf>.

VILLARREAL LARRINAGA, O. “La internacionalización de la empresa y la empresa multinacional: una revisión conceptual contemporánea”. *Cuadernos de*

Gestión. 2005, vol. 5, (2), pp. 55-73. ISSN 1131-6837. Disponible en:
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=274320875003>.