

Tendencias del Derecho Tributario croata respecto a la Transparencia Fiscal Internacional¹

Šime Jozipović²

1. Introducción

Tras un proceso de adhesión largo e intenso, la República de Croacia se convirtió recientemente en el Estado Miembro nº 28 de la UE³. Mediante el cumplimiento de un proceso de reforma de amplio calado en todas las áreas relevantes, Croacia ha alcanzado un nivel aceptable de armonización con el acervo comunitario⁴. Una de las áreas afectadas en el proceso de adhesión fue el área de la tributación internacional (especialmente, intracomunitaria). Muchos casos recientes han revelado que incluso los Estados que son miembros de la UE desde hace bastante tiempo encuentran problemas en su Derecho tributario con respecto a las normas del Derecho europeo. Esto

¹ Cómo citar este artículo:

JOZIPOVIĆ, Š.: "Tendencias del Derecho Tributario croata respecto a la Transparencia Fiscal Internacional", *Estudios Tributarios Europeos*, núm. 1/2013,(ste.seast.org/es), págs. 1-23.

²Šime Jozipović Mag. Iur., LL.M. ger. (LMU München), Investigador en el Max Planck Institute for tax law and public finance, contacto: simejozipovic@hotmail.com. Traducido por Ángel Fornieles Gil, Universidad de Almería. Nota general del traductor: como es sabido, la expresión inglesa *Controlled Foreign Company (ies)*, literalmente Sociedad(es) Extranjera(s) Controlada(s), se refiere a un sistema fiscal de gravamen de beneficios obtenidos por una entidad que, estando situada en el extranjero, es controlada por una entidad residente (o persona física residente). El régimen español de Transparencia Fiscal Internacional (TFI) - como es sabido, también- es la versión nacional de este régimen. La denominación TFI claramente se refiere a la consecuencia del régimen, mientras que la denominación CFC inglesa se refiere a los sujetos a los que afecta. Por ello, entiendo que una traducción automática de CFC por TFI (aún cuando se refiere al régimen) no refleja a la perfección el espíritu del texto original. En consecuencia, en esta traducción (de la versión inglesa a la española) aparecerá en ocasiones la referencia a TFI (cuando se refiera al régimen en general, de manera objetiva) y a ECNR (Entidad(es) Controlada(s) no Residente(s)) cuando se refiera al régimen en relación a los sujetos o cuando se refiera directamente a los sujetos).

³ Art. 3 Ap. 3. Tratado de adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea, Boletín Oficial de la República de Croacia - Narodne Novine (NN) 2/12.

⁴ Para información de las conclusiones de las negociaciones de adhesión de la UE con Croacia, compilada por el Directorio General para la Ampliación - Comisión Europea, de Noviembre de 2011, véase: <http://www.mvep.hr/custompages/static/hrv/files/pregovori/111123-Elarg-info-EN.pdf>

ocurre especialmente con las estructuras complejas del Derecho tributario internacional⁵. A pesar del hecho de que el Derecho tributario croata se encontraba influenciado fuertemente por los sistemas tributarios de Alemania, Austria y demás de la UE, su normativa de tributación internacional, especialmente en el área de los mecanismos de protección contra la evasión fiscal, diverge en parte de los mencionados sistemas. Esto se puede ver particularmente en relación a la normativa de TFI, desarrollada en alto grado en muchos países Europeos⁶ y con gran relevancia en el ámbito fiscal, pero bastante desatendida en Croacia.

Opuestamente a lo que sucede en el Derecho tributario alemán⁷, el Derecho tributario croata no contiene un código tributario internacional, sino que más bien regula supuestos que afectan a la tributación internacional en el código tributario general y en las respectivas leyes tributarias especiales⁸. Es la consecuencia de varios factores: el limitado número de socios comerciales importantes⁹, una buena red de CDI¹⁰; pero también es consecuencia de las limitadas experiencias con los casos que afectan al Derecho tributario internacional¹¹. La fijación por los CDI's conduce,

⁵ Por ejemplo, en el área aquí analizada: TJUE, de 12. 9. 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes.

⁶ Véase Wissenschaftlichen Beirat Steuern der Ernst & Young GmbH: Hinzurechnungsbesteuerung und gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen IStR 2013, 549 fn. 5 referring to IBFD, European Tax Handbook, 2012.

⁷ Código tributario internacional alemán - Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Außensteuergesetz) de 8 de septiembre de 1972 (BGBl. I S. 1713), última modificación de 26 de Junio de 2013 (BGBl. I S. 1809)

⁸ Por ejemplo, Art. 56 f. Código tributario croata – Opći porezni zakon NN 147/08, 18/11, 78/12, 136/12, 73/13.

⁹ Véase: *Dr. sc. Vlatka Bilas: Croatian and EU trade connections – The Proceedings of Zagreb Faculty of Economics and Business*, p. 72.

¹⁰ Información sobre la Aplicación de los CDI, Primjena ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja, publicado por el Ministerio croata de Hacienda P 39 Véase: http://www.porezna-uprava.hr/HR_publicacije/Prirucnici_brosure/DvostukoOporezivanje_2011.pdf.

¹¹ Bajo el régimen yugoslavo, la propiedad privada y la empresa se encontraban significativamente limitadas, por lo que no surgieron muchos casos de elusión fiscal internacional en el contexto moderno. De 1991 a 1991, Croacia se encontró notablemente aislada internacionalmente, no estando el sistema tributario funcional en su conjunto, debido al conflicto en Yugoslavia y los temas surgidos de él en el período siguiente. En la última década, han aparecido desarrollos relevantes en el campo de la tributación internacional. Sin embargo, no puede considerarse una década tiempo suficiente para crear una práctica

además, a una normativa sobre sociedades controladas muy fragmentada. Mientras que las sociedades controladas con residencia en Croacia se encuentran sujetas a normas que limitan algunas opciones de planificación fiscal¹², la normativa croata sobre TFI sólo tiene un espectro muy limitado como consecuencia del bajo tipo de gravamen del Impuesto sobre sociedades y algunas particularidades del sistema tributario croata. Las normas al respecto se desarrollan en diferentes leyes tributarias y se definen con más detalle a través de decretos internos del Ministerio de Hacienda, que perfila los límites entre la elusión fiscal ilegal y los métodos de planificación legal. A pesar de que una regulación limitada tenga la ventaja de que es, en principio, muy aceptable desde la perspectiva del Derecho de la UE¹³, su principal desventaja es su extremadamente reducida área de impacto.

Este tema fue ignorado de manera notable en el pasado, pero recientemente se ha comenzado a poner en él el foco de atención después de que el Ministro de Hacienda comenzara su campaña nacional contra la evasión fiscal¹⁴. El actual ministro croata de Hacienda ha definido como objetivo de la campaña la creación de un marco regulado por la idea de una posición clara de mercado para todos los sujetos tributarios, lo que sólo puede crearse con una tributación comprensiva y objetiva¹⁵. Tal objetivo no puede alcanzarse con la legislación actual en el área del Derecho internacional. Por eso, el Ministerio de Hacienda ha comenzado a trabajar

tributaria autónoma en este campo, lo que haría recurrir a experiencias extranjeras obsoletas.

¹² Véase, por ejemplo: Art. 31 d Ap. 3, relativo a los métodos de recolocación de beneficios dentro de la UE, que limita la aplicación del Art. 31 a - 31 d.

¹³ Sobre los casos europeos y las acciones de los Estados miembros: *Christian Möller: Die Hinzurechnungsbesteuerung ausgewählter EU-Mitgliedstaaten – Reaktionen auf Cadbury Schweppes IStR 2010, 166.*

¹⁴ P 16 f Directrices del Ministerio de Hacienda para la política fiscal croata en el período 2014-2016, disponible (versión en inglés) en: <http://www.mfin.hr/adminmax/docs/Economic%20and%20Fiscal%20Policy%20Guidelines%202014-2016.pdf>

¹⁵ Véase la entrevista con el Ministro de Hacienda, Slavko Linić, de 27.6.2013. <http://dnevnik.hr/vijesti/hrvatska/linic-nema-presije-kritiziraju-me-oni-koji-bi-probleme-rijesili-neplacanjem-poreza---292428.html>

en una estrategia para reformar el Derecho tributario internacional croata e incluir normas que prevean la elusión fiscal, especialmente a través de entidades controladas en paraísos fiscales. La reforma que conllevará puede revolucionar la vía de afrontar los supuestos de tributación internacional en Croacia, aunque también puede convertirse en el origen de inseguridades jurídicas. Ya que la normativa TFI representa un elemento importante de la reforma y ha estado bastante cerca de quedar completamente excluida de cualquier debate teórico o práctico, el análisis de su posición dentro del contexto más general del sistema tributario croata es esencial para el desarrollo del Derecho tributario croata en su totalidad.

Por ello, este artículo presenta la normativa -actualmente muy limitada- sobre Transparencia Fiscal internacional en Croacia y los principales supuestos que afrontará el Ministro de Hacienda en un futuro cercano. Seguidamente, el artículo analiza, por primera vez en la doctrina croata, las razones que conducen a semejante sistema de protección, cubriendo así las particularidades constitucionales croatas, así como las influencias financieras y económicas en esta área. Con base en este análisis, el artículo describe las singulares fronteras de la normativa tributaria croata en este campo, define las interrelaciones -no exploradas anteriormente- entre las normas de evasión fiscal existentes con su influencia con la normativa TFI, y presenta conclusiones sobre posibles perspectivas para una necesaria reforma en esta área.

2. El sistema tributario croata

2.1. *La definición de entidades controladas*

El Derecho tributario croata define exactamente las entidades controladas como entidades en las que otra entidad puede tomar una decisión directa o indirecta o sobre la que otra entidad tiene "control", considerando que el significado de control, en el campo de Derecho tributario, viene definido

legamente¹⁶. Así, según el Código tributario croata, existe control si se cumplen los criterios antes mencionados o si entre una persona física y una sociedad existe una relación similar o si se da uno de los siguientes elementos:¹⁷

1. La sociedad controlante tiene la mayoría de las acciones de la sociedad controlada o tiene la mayoría de los derechos de voto
2. La sociedad controlante tiene derecho a elegir o designar y/o revocar a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración o a la mayoría de los directores ejecutivos o de los supervisores
3. La sociedad controlante tiene derecho a -o de hecho puede- ejercer la mayor influencia en la sociedad
4. La sociedad controlante tiene derecho a controlar la política comercial o financiero de la sociedad debido a los Estatutos, un contrato o cualquier otro acto o acuerdo legal
5. La sociedad controlante tiene el control sobre más del 50% de los derechos de voto, como consecuencia a un acuerdo específico al respecto
6. La sociedad controlante tiene el poder de dirigir la mayoría de votos en las reuniones del Consejo de Administración de la sociedad

A pesar de que estos elementos parecen ser las normas definitorias básicas para las entidades controladas bajo algunos regímenes TFI¹⁸, bajo el Derecho croata se emplean generalmente como un método para definir más exactamente las sociedades vinculadas y prevenir esquemas de fraude fiscal particulares. Por ello, es más probable que sean usados como una medida para distanciar al Estado de las sociedades controladas en Croacia cuando sean aplicables las reglas TFI de otro Estado.

¹⁶ Art. 40. b Código tributario croata.

¹⁷ Art. 40. c Código tributario croata.

¹⁸ Véase, por ejemplo, Protzen AStG § 7 Steuerpflicht inländischer Gesellschafter, Außensteuergesetz Vol. 1 2009 Rn 191

2.2. El tratamiento de rentas y beneficios bajo el Derecho tributario croata

El sistema tributario croata contiene algunas normas particulares sobre tributación de sociedades y rentas que influye fuertemente a su normativa sobre tributación internacional. La legislación TFI, en particular, representa una conclusión directa de la posición nacional respecto a algunas cuestiones referidas al tratamiento de algunas clases de rentas; principalmente rentas del capital, pero también otras fuentes de renta problemáticas¹⁹. Por ello, es necesario analizar los conceptos básicos de la tributación croata de sociedades y de rentas de capital, a fin de comprender las medidas que el legislador integró en el Derecho croata para proteger tanto la estabilidad de los ingresos tributarios como un sistema tributario justo en general. A tal propósito, el análisis que sigue contiene los elementos esenciales del actual sistema tributario croata, a la vez que se describe simultáneamente los desarrollos históricos que conducen a la situación presente.

En la República de Croacia, el Impuesto de sociedades cubre la tributación de las sociedades mercantiles y, en algunos casos, otros tipos de sociedades o incluso personas físicas que cumplen determinados requisitos específicos²⁰. Pero, para la discusión del tema reseñado, es esencial el análisis de la tributación de las sociedades mercantiles, si bien pueden considerarse otras situaciones especiales en casos teóricos. El tipo de gravamen del Impuesto de sociedades croata es del 20% sobre los beneficios netos de la sociedad²¹. A pesar de que existen algunas normas

¹⁹ La definición de fuentes de renta "problemática" es un tema extremadamente complejo que cada país tiene que adaptar a las particularidades de la situación nacional. Véase, por ejemplo, las fuentes de renta específica sistematizado en el modelo USA, más profundamente descrito en: Andreas Demleitner Hinzurechnungsbesteuerung nach US-amerikanischem Recht IStR 2012, 461 f.

²⁰ Art 2 f. Ley del impuesto de sociedades croata – Zakon o porezu na dobit NN 177/04, 90/05, 57/06, 146/08, 80/10, 22/12.

²¹ Art. 28 Ley del impuesto de sociedades croata.

que limitan los factores que permiten minorar la base imponible²², el sistema tributario de sociedades croata puede considerarse bastante poco gravoso. Estos elementos combinados derivan en una participación relativamente baja del Impuesto sobre sociedades en los ingresos fiscales totales, siendo aproximadamente del 7%²³. El sistema tributario croata tiene una menor afinidad hacia la tributación directa de las sociedades. Se puede considerar que esto es una consecuencia específica del desarrollo histórico de la tributación de sociedades en Croacia en general²⁴. Mientras que el sistema socialista anterior limitaba rigurosamente las libertades económicas de las sociedades privadas, el Derecho croata se basa en teoría en una perspectiva que apoya y estimula a los inversores²⁵.

El ideario de apoyar y estimular a los inversores fue también la base para una reciente reforma fiscal que creó una opción de diferimiento tributario para los beneficios reinvertidos. En líneas generales, todos los beneficios netos de una sociedad que, por lo general, es gravada al 20%, no tributan si la sociedad reinvierte los beneficios en sus negocios. Esta regla crea, en la práctica, una opción jurídica y una puerta de entrada para que las sociedades eludan tributar sin necesidad de una estructura de ECNR compleja. Aunque esta estructura tiene el objetivo de estimular la reinversión de los beneficios de las sociedades, tiene también un efecto negativo en la inclusión de nuevo capital, debido a la inseguridad para los inversores respecto a la futura política de pago de dividendos de la sociedad²⁶. Para prevenir el fraude fiscal, el legislador limitó la opción de

²² Véase, por ejemplo, *Kuzman Vujević*: Amortizacija s troškovnog, poreznog i računovodstvenog aspekta "Pomorstvo" 19. (2005), str. 159-169 ; *Vjekoslav Bratić & Ivica Urban*: Porezni izdaci u Hrvatskoj Financial theory and practice 30 (2) P. 129-194 (2006.)

²³ Informe fiscal annual del Ministerio de Croacia, disponible en Annual fiscal report of the Croatian ministry of finance available under p1 <http://www.mfin.hr/hr/drzavni-proracun-2012-godina> (disponible sólo en croata).

²⁴ Véase: *Božidar Jelčić ,Predrag Bejaković*: Razvoj i perspektive oporezivanja u Hrvatskoj, 2011. P. 171.

²⁵ Art. 48 f. Constitución de la República de Croacia. – Ustav Republike Hrvatske NN 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10.

²⁶ Sobre este tema, véase, por ejemplo: *Rieckers in Spindler/Stilz*, Aktiengesetz 2. Auflage 2010 AktG § 135 Ausübung des Stimmrechts durch Kreditinstitute und geschäftsmäßig

reinversión de beneficios a través de reglas que son parcialmente similares a las reglas TFI estándar, así como a través de requisitos formales específicos que permiten un mejor control sobre el proceso en su conjunto. Aún, esta opción resulta una piedra angular en la normativa tributaria croata y una fuente enorme para futuros desarrollos legales en este campo. El régimen de tributación de dividendos es también consecuencia de recientes reformas. Aunque se ha mantenido durante bastante tiempo el debate sobre si la tributación de dividendos constituye una doble imposición (económica) inconstitucional en el Derecho tributario croata²⁷, la introducción de un impuesto sobre dividendos fue el contrapeso fiscal intencionado a los cambios del sistema tributario de sociedades. Los dividendos se gravan a un tipo de gravamen del 12%²⁸. Las sociedades mercantiles están, en general, exentas del impuesto sobre dividendos debido a que, de otra manera, sería un supuesto de doble imposición²⁹. La exención no se aplica a los dividendos que se pagan por sociedades mercantiles extranjeros, para los que existe una retención general del 12%³⁰. Esta regla excluye a las sociedades dentro de la UE si cumplen ciertos requisitos³¹. La renta de dividendos es el resultado de los pagos de la sociedad a los accionistas e, incluso aunque afecte a otro impuesto, está directamente relacionado con los beneficios de sociedades (v.g., su reinversión o pago). Por ello, incluso aunque la tributación de dividendos suponga una medida fiscal que tenga como objetivo aliviar los efectos negativos en los ingresos fiscales que siguen al diferimiento impositivo para los beneficios reinvertidos, observado desde una perspectiva económica, debe considerarse más bien una distorsión adicional de la carga fiscal, en

Handelnde Rn. 52; *Pinkernell*: Das Steueroasen-Dilemma der amerikanischen IT-Konzerne IStR 2013, 180

²⁷ *Helena Blažević*: Ekonomsko dvostruko oporezivanje u Hrvatskoj Economic Review , 53 (3-4) 362-390 (2002) P 363 f.

²⁸ Art. 51. Ap. 4 Ley del impuesto sobre la renta - Zakon o porezu na dohodak NN 177/04, 73/08, 80/10 , 114/11, 22/12, 144/12

²⁹ Art. 6 Ap. 1 Nr. 1 Ley del impuesto sobre sociedades croata.

³⁰ Art. 31. Ap. 7. Ley del impuesto sobre sociedades croata.

³¹ Art. 31.e Ap. 1. Ley del impuesto sobre sociedades croata.

favor de los accionistas de sociedades que reinvierten sus beneficios frente a los accionistas de sociedades que pagan dividendos y, por tanto, tienen que afrontar, simplemente, la deuda tributaria sin beneficios.

La suma de la no tributación de los beneficios reinvertidos y de la pérdida de base imponible cuando no se pagan dividendos crea una enorme brecha entre las sociedades que reinvierten sus beneficios y las sociedades que no lo hacen. Este tema ha sido ya largamente debatido a nivel internacional atendiendo a los tipos "0%" del impuesto sobre sociedades en paraísos fiscales y las ventajas que surgen de una inversión a largo plazo a través de tales países³². Consecuentemente, el actual sistema tributario croata puede considerarse como favorecedor de las inversiones hasta un punto que raramente se ve en un país con, desde una perspectiva europea, una presión fiscal general normal. Estos cambios radicales en el sistema tributario de un país conducirán, probablemente, a lagunas en el sistema e incrementarán el montante de la evasión fiscal. Esto es aplicable especialmente a las medidas que generan directamente por sí beneficios fiscales. La situación llega a ser incluso más complicada cuando se observa, en un marco internacional, (re-)inversiones con cruce de fronteras y con las limitaciones que presentan los mecanismos de control existente en un Estado. Por ello, a continuación se analizará los métodos de protección que han sido desarrollados por la nueva regulación y su conexión con las entidades controladas extranjeras.

2.3. La exención (diferimiento) fiscal para los beneficios reinvertidos

³² Véase, por ejemplo, los efectos en los beneficios de las inversiones a largo plazo a través de países de bajo tributación en *Alexander Rust: CFC Legislation and EC Law INTERTAX*, Vol. 36, I. 11 P 493.

El diferimiento fiscal para beneficios reinvertidos es uno de los elementos clave en la nueva tributación de sociedades croata³³. Si bien la ley del impuesto sobre sociedades no contiene una norma explícita que defina el tratamiento bonificado de los beneficios reinvertidos como un diferimiento fiscal, sino como una exención; el efecto fáctico es el de un diferimiento fiscal. Se exime al sujeto concreto de cualquier tributación que recayera sobre los beneficios que se reinvierten, aunque si se diera una distribución de beneficios en cualquier forma que pudiera afectar al valor nominal de los beneficios reinvertidos, se gravaría el beneficio anterior exento. El efecto de diferimiento viene regulado más profundamente en el reglamento del Impuesto sobre sociedades³⁴. Tiene, no obstante, que considerarse, además, una consecuencia de la sistemática interna del Derecho tributario croata y, por ello, una norma deducida de las normas constitucionales y valores básicos del sistema tributario, que legitima esta normativa para limitar severamente la posición del sujeto pasivo.

El proceso de recibir una exención sobre los capitales reinvertidos sigue un procedimiento estricto. Primero, el beneficio gravable dentro del período tiene que ser usado para incrementar el capital nominal de la sociedad³⁵. Debe registrarse este incremento ante un secretario judicial, de acuerdo con reglamentos especiales³⁶. Con base en este registro, el sujeto puede enviar entonces una solicitud de exención dentro de su declaración de impuestos o seis meses después de haber presentado la declaración³⁷. Debe incluirse en la declaración un extracto del uso de los beneficios incluyendo los beneficios

³³ La nueva regulación fue el elemento central de la reciente reforma fiscal, sobre la que se discutió ampliamente. Sobre la importancia y el impacto de la regulación de la reinversión, véase la entrevista del Ministro de Hacienda Slavko Linić de 5.9.2013 en Business.hr <http://www.business.hr/ekonomija-7/linic-gospodarstvenici-su-reinvestirali-oko-milijardu-kuna-dobiti-sto-se-negativno-odrazilo-na-proracun>

³⁴ Pravilnik o porezu na dobit NN 95/05, 133/07, 156/08, 146/09, 123/10, 137/11, 61/12 i 146/12.

³⁵ Art. 6. Ap. 1 Nr. 5, Sub. 5. Ley del impuesto sobre la renta, Art 12 a Ap. 1 Nr. 1 Normativa del impuesto sobre sociedades.

³⁶ Art 12 a Ap. 1 Nr. 2 Normativa del impuesto sobre sociedades.

³⁷ Art. 12 a Ap. 2 Normativa del impuesto sobre sociedades.

reinvertidos³⁸, así como un resumen de las reservas de capital de la sociedad³⁹. Si la solicitud cumple con todos los elementos del procedimiento predeterminado, debe ser aceptada con independencia de para qué haya sido usado el beneficio reinvertido, salvo en dos casos específicos:

1. Si el beneficio que debiera ser reinvertido se adquiere dentro del sector financiero y bancario, no queda exento, con independencia del propósito de la reinversión⁴⁰. Esta regulación tiene en cuenta la especial posición del sector financiero y bancario como sectores *sui generis*; debido a la especial situación legal y de hecho, los beneficios en esta área son mucho más propensos a ser desplazados, haciendo casi imposible un control efectivo. A ello debe añadirse que las instituciones financieras están preparadas para inversiones a largo plazo como parte de su estrategia empresarial. Incluir a este sector en la regulación de reinversión de beneficios significaría que Croacia se convirtiera en un paraíso fiscal ideal como destino para la creación de sociedades controladas y Croacia debería afrontar, al mismo tiempo, enormes pérdidas fiscales a largo plazo. Estas consideraciones, especialmente la referida a los efectos fiscales de tal regla y la pérdida de efectos positivos directos para la economía croata, conducen a la exclusión de este sector. Por ello, la norma se aplica directamente al origen del beneficio y no a la finalidad de la reinversión del beneficio. Tal constelación muestra que el legislador no percibe generalmente las inversiones en este sector como problemáticas, sino que más bien lo ve necesario para gravarlas a medida que surgen.

2. La exención no se aplicará a los casos en que el incremento del capital nominal se haya producido con la finalidad de eludir impuestos o de cometer fraude fiscal⁴¹. Aunque el término "evasión fiscal" no haya sido

³⁸ Sobre el procedimiento detallado, véase la posición del Ministerio de Hacienda en el procedimiento de reinversión: Mišljenje porezne uprave - Porezna olakšica za reinvestiranu dobit Nr.:410-01/12-01/2897

³⁹ Art. 12 a Ap. 4 Normativa del impuesto sobre sociedades.

⁴⁰ Art 6. Ap. 6. Ley del impuesto sobre la renta.

⁴¹ Art 6. Ap. 7. Ley del impuesto sobre la renta.

concretado en la ley, debe interpretarse con base en el objetivo de las normas sobre diferimiento fiscal para los beneficios reinvertidos y en la lógica interna del sistema del impuesto sobre sociedades. Por ello, el término "evasión" no puede caracterizarse como cualquier actividad que se motive por la disminución de la carga fiscal, ya que el legislador ha elegido este efecto deliberadamente para estimular que las sociedades reinviertan los beneficios. Sin embargo, este término no puede quedar limitado a la evasión fiscal ilegal a través de los métodos prohibidos, ya que esto ya queda cubierto por el término fraude fiscal. Por ello, el término elusión fiscal en el ámbito de la normativa sobre beneficios reinvertidos tiene que definirse como las actividades que tengan como objetivo la disminución de la carga fiscal a través de las ventajas obtenidas siguiendo la normativa sobre diferimiento fiscal para beneficios reinvertidos que no tengan la intención de producir una reinversión efectiva, sino sólo un beneficio fiscal. Toda la normativa tiene en común que no se limita la libertad esencial de los empresarios a usar libremente el beneficio reinvertido para cualquier propósito conectado con sus negocios. Esto también incluye la creación de nuevas empresas, la formación de una sociedad controlada o la adquisición de las sociedades de una sociedad, siempre que no suceda fuera de la línea de los límites mencionados arriba. Como consecuencia, los efectos y las limitaciones tienen que ponerse en el contexto de una sociedad internacional activa. La norma no excluye directamente la aplicación de la exención en inversiones internacionales. Ni siquiera esas limitaciones serían difíciles de justificar dentro de las reglas del Derecho constitucional o del Derecho de la UE. Por ello, tiene que considerarse que las limitaciones mencionadas tienen aplicación universal, aunque bajo las circunstancias actuales su primera aplicación se dirigirá hacia supuestos internacionales, especialmente a casos relativos a ECNR. Tal aplicación de las reglas generales, incluso aunque represente una excepción en el área de la

normativa TFI, no es única en Croacia⁴². Sin embargo, las especificaciones del sistema en su conjunto requieren diferentes soluciones a las que por lo general se desarrollan en el Derecho nacional.

Una cuestión interesante en este estudio será la posición de otros Estados (miembros de la UE) hacia este modelo. Por lo general, un sistema fiscal que tiene un régimen de TFI desarrollado sigue usualmente la tendencia de gravar los beneficios generados en la medida en la que surgen y los grava a nivel nacional, aunque minorado en la cuota tributaria ya pagada por la entidad controlada. Sin embargo, ya que los beneficios reinvertidos no se gravan en absoluto, una sociedad controlada en Croacia no pagaría tributos, excepto por el hecho de que permanece la obligación de pagar el 20% sobre los beneficios si son distribuidos posteriormente. Por ello, si la compañía matriz tributara sin minorar lo que se pagaría si la filial tributara al tipo del 20% en Croacia, en el momento en que la filial tribute finalmente en Croacia surge una situación de doble imposición clara. Sin embargo, si la sociedad matriz tributa a un tipo de gravamen inferior, el efecto de diferimiento permanecería, en su mayor parte, intacto. A causa del derecho que mantiene Croacia a gravar esta cuantía y la general inclusión de tributos extranjeros en el cálculo de la deuda tributaria para las sociedades controladoras, sería lógico desde una perspectiva teórica no gravar la cuantía controvertida. Sin embargo, a causa del gran alcance de las consecuencias prácticas y de la inseguridad relativa al desarrollo de la normativa TFI en la UE, no puede darse una respuesta segura en este momento. La respuesta concreta a esta cuestión se encontraría más bien en las relaciones individuales entre Croacia y otros Estados, especialmente los CCDDII y la perspectiva general de cada Estado respecto a la normativa TFI. Sin embargo, debe reconocerse que la exclusión de beneficios del sector financiero así como en los casos de evasión fiscal y fraude fiscal son

⁴² Véase, por ejemplo, *Möller* Die Hinzurechnungsbesteuerung ausgewählter EU-Mitgliedstaaten – Reaktionen auf Cadbury Schweppes IStR 2010 P 167f.

un signo de buena voluntad del legislador croata para no socavar otros sistemas tributarios.

2.4. La base constitucional del sistema tributario

Basándose en las experiencias de muchas constituciones más antiguas y de leyes de valor similar al constitucional, los redactores de la Constitución croata reconocieron la importancia del Derecho tributario como un campo de emancipación gubernamental que puede restringir seriamente los derechos humanos básicos. Por ello, los principios más esenciales del Derecho tributario que conforman el sistema tributario croata han sido incluidos en la Constitución. Por eso, la igualdad de trato de los contribuyentes y la tributación basada en la capacidad económica⁴³ han sido elementos vitales que influyeron fuertemente el sistema tributario croata desde sus estadios iniciales. Además de las normas especiales destinadas a la tributación, la Constitución contiene, al igual que otras constituciones, normas que no se dirigen *prima facie* a la tributación, pero que perfilan fuertemente el Derecho tributario nacional. Uno de los factores claves en el contexto del Derecho internacional tributario y la normativa TFI en particular es el art. 49, apart. 5, que declara que todo inversor es libre para retirar su capital y sus beneficios del país. Aunque esta regla representó un elemento del reaccionismo croata a las normas contra el capital del anterior régimen y tenía como propósito disminuir la falta de seguridad de los inversores respecto a potenciales nacionalizaciones u otros ataques a su capital, devino, en Croacia, en un factor significativo a la hora de legislar.

Si los leitmotivs de estas categorías constitucionales se observan desde la perspectiva de una entidad que actúa en el campo de la tributación internacional, crean una estructura básica que define las limitaciones y deberes del Estado a la hora de prever un sistema tributario receptivo a los capitales, pero basado en la igualdad. Aunque la denotación general de las

⁴³ Art. 51. Constitución de la República de Croacia.

interacciones de las normas constitucionales relativas a la tributación y la(s) norma(s) que protege(n) el capital no pueden ser analizadas en este artículo, su influencia en la normativa TFI puede obtenerse de su significado histórico al equilibrar los imperativos opuestos dentro de la lógica más amplia de la constitucionalidad. Dentro de esa predeterminación, la frontera entre deber fiscal y libertad de capitales dentro del Derecho croata tiene que observarse desde una perspectiva incluyente⁴⁴. La libertad de capitales nunca se concibió como un derecho absoluto, sino como un resultado del desarrollo general de una sociedad democrática libre. La libertad de capitales, por tanto, se convierte en una derivación de los intereses del Estado en la creación de crecimiento económico y bienestar social. Consecuentemente, los derechos del Estado a imponer tributos y el derecho en abstracto de los contribuyentes a una tributación igual, de donde surge el derecho del Estado a hacer cumplir la igual tributación, tienen que considerarse *prima facie* aplicables a la simple libertad de capitales, siempre que los procedimientos tributarios se basen en los principios tributarios constitucionales y no afecten a la esencia de la libertad de capitales o la limiten en un grado innecesario.

La aplicación de estas conclusiones a las reglas de tributación internacional revela una lógica normal del tratamiento de la planificación fiscal internacional y de la resituación de capitales a través del establecimiento de ECNR. El legislador está obligado a gravar los beneficios de las sociedades cuando se generan. Sin embargo, después de que el obligado tributario cumpla su obligación, el beneficio puede moverse libremente sin más interferencias del Estado. Esta regla básica no puede ya a este nivel resolver los supuestos que surgen del complejo de problemas de TFI ya que sus aspectos internacionales causan una contradicción entre los elementos de la regla básica. Por ello, los elementos del concepto constitucional tienen

⁴⁴ Sobre el desarrollo social y la protección de la igualdad, *Arsen Bačić*: Komentar Ustava Republike Hrvatske, 2002. P 145 f.

que ser analizados en la concreta situación del sistema tributario croata y sus interacciones internacionales en los casos particulares de TFI.

3. La legislación TFI en Croacia como consecuencia del sistema tributario

Con base en el sistema tributario antes presentado, las reglas TFI croatas se diferencian fuertemente de otros sistemas en Europa. La normativa TFI se desarrolla normalmente para limitar diferimientos tributarios artificiales a través de entidades en el extranjero sometidas a baja tributación. En Croacia, la situación es especial hasta tal punto que la normativa sobre beneficios reinvertidos desplaza el foco de la normativa TFI. Aunque las normas TFI generalmente intentan prevenir la acumulación de beneficios en una sociedad, el Derecho croata permite, en general, e incluso estimula este comportamiento. Por tanto, los puntos centrales de discusión para la normativa croata de TFI pueden dividirse en dos categorías: la normativa para proteger que los beneficios generados en Croacia por sociedades croatas no sean recolocados en una ECNR, y la normativa relativa a los beneficios generados por una ECNR.

3.1. La regulación relativa al beneficio generado en Croacia y a recolocar en entidades controladas no residentes

El sistema tributario croata permite la reinversión del beneficio generado sin someter al sujeto que los obtiene a tributación por ello. Aunque esto es una innovación positiva que podría apoyar la recuperación de la economía de Croacia desde una perspectiva nacional, dentro del área del Derecho tributario internacional crea una serie de interrogantes; en primer lugar, debe considerarse la aplicación general de esta regla en casos internacionales. Incluso aunque esta medida se desarrolló a causa de sus efectos como un apoyo nacional para la industria, el legislador no ha intentado limitar el diferimiento fiscal sólo a casos de inversión nacional.

Esto debe reputarse principalmente como una consecuencia de la conciencia sobre la posición del TJUE respecto de tales limitaciones⁴⁵. Por tanto, la reinversión en forma de incorporación y capitalización de una ECNR tiene que considerarse legal. La posibilidad de generar beneficio y, en vez de pagar tributo sobre ello, tener la posibilidad de resituarlo a voluntad genera un enorme potencial de evasión fiscal. Esto también ha sido considerado por el legislador croata, por lo que, como consecuencia, desarrolló una regla general anti-abuso que, en combinación, con el control preventivo de inversiones concede protección suficiente contra la evasión fiscal y el fraude fiscal.

La inversión a través de la incorporación, capitalización o adquisición de acciones de una ECNR representa, en general, una reinversión válida en la medida en que se realice en el ámbito de una actividad económica normal⁴⁶. La inversión, sin embargo, se limita a través de normas relativas a la evasión fiscal y el fraude fiscal. Esta regulación, que se aplica tanto a los supuestos nacionales como a los internacionales, puede limitar seriamente las acciones de una sociedad que quiera invertir en un país extranjero a través de una filial. La regla de reinversión se aplica sólo después de que las autoridades fiscales concedan la devolución correspondiente a los beneficios reinvertidos. Por ello, el contribuyente tiene que desarrollar primero la inversión y después solicitar la devolución. Esto resulta problemático y genera inseguridad jurídica especialmente en supuestos internacionales, ya que la norma establece que la Administración tributaria puede denegar la devolución fiscal si existe la posibilidad de que la aprobación de la

⁴⁵ Véase: *Christian Ranacher, Markus Frischhut*: Handbuch Anwendung des EU-Rechts: mit Judikatur (EuGH, VfGH, VwGH, OGH) ; [Strukturprinzipien, Unionsbürgerschaft, Grundfreiheiten, doppelte Bindung, indirekter Vollzug, Rechtsschutz, Staatshaftung] P 187 f.

⁴⁶ Como las actividades en el área del sector financiero y bancario excluyen de la posibilidad de reinvertir los beneficios y la reinversión debe estar dentro de la actividad económica regular de la sociedad, las reinversiones que tienen el único propósito de adquirir capital financiera no pueden considerarse en ningún caso inversión adecuada por la normativa de reinversión. Sin embargo, la adquisición estratégica de acciones de socios comerciales o competidores puede considerarse una reinversión si sirve al concreto propósito de mejorar la sociedad en su conjunto.

devolución pueda conducir a evasión fiscal. En este caso, el contribuyente tiene derecho a probar que la inversión está basada en intereses económicos relativos a su actividad normal y no únicamente en el objetivo de conseguir una tributación beneficiosa. La normativa Croata en este campo debe ser considerada relativamente estricta, ya que basa el poder de denegar una devolución exclusivamente en la posibilidad de evasión fiscal; si bien, dado el enorme potencial de evasión fiscal que crea la normativa de reinversión, representa un mecanismo necesario de protección de los intereses fiscales croatas. Sin embargo, es cuestionable por qué la decisión debe tomarse después de que se hayan realizado las inversiones. Una revisión anterior de cada caso concedería más seguridad jurídica a la regulación en su conjunto y sería más acorde con el principio de buena fe en el campo de los procedimientos tributarios.

Si se pone este caso en el contexto de los principios tributarios constitucionales, la relación entre los principios de tributación y la libertad de capital no representa un problema en el caso concreto, ya que la parte de capital tras impuestos es absolutamente libre, mientras que la regulación tributaria se aplica sólo en la cuantía usualmente gravada⁴⁷. Esto conduce también a evitar los supuestos en el campo del Derecho internacional que aparecen normalmente recogidos en el régimen TFI como de delimitación entre dos sistemas tributarios soberanos⁴⁸. Aunque, de otra parte, debe considerarse si esta normativa representa una violación del principio de igualdad de los contribuyentes. Es más probable que los casos internacionales se consideren dentro de los límites de la excepción, por lo que las sociedades con filiales internacionales se pondrán en una posición más defensiva que otras sociedades. Sin embargo, esta situación no representa tanto un problema de legislación como una cuestión relevante de

⁴⁷ Debe distinguirse la libertad de capitales croata de la libertad fundamental de capitales de la UE, ya que la libertad de capitales croata se refiere a beneficios (netos) y a capital invertido. Por ello, la libertad de capitales croata no puede ser medida según los parámetros del Derecho de la UE de la jurisprudencia del TJUE.

⁴⁸ Sobre este tema, véase: *Kluge: Internationales Steuerrecht*, 2000. P 412.

la aplicación práctica de la norma. Si la Administración tributaria basa su decisión en factores objetivos más que en el mero hecho de que la filial se localice en otro país, se estará claramente dentro de los parámetros definidos por los principios tributarios de la Constitución. Por ello, optar por emitir una "lista negra" en este tema no puede ser considerado constitucional, al contrario que lo que sucedería con un control caso a caso. Sin embargo, la Administración tributaria ha evitado hasta ahora la definición concreta de las inversiones que se entenderían dentro de la excepción. Da la impresión de que la Administración tributaria ha optado por una combinación entre una lista negra no oficial y el subsecuente análisis en profundidad de los casos encontrados. Debe tildarse a tal enfoque de extramadamente inmaduro y peligroso y, por tanto, hay que esperar que las prácticas futuras de esta joven norma creen certeza a los obligados tributarios, lo que es absolutamente necesario.

3.2. La normativa relativa a los beneficios generados por una ECNR

Además de la cuestión de los beneficios no gravados que se resitúan, hay que considerar también la situación clásica que una normativa de TFI aplica. El Derecho croata permite ya el diferimiento de impuestos a las sociedades, por lo que la cuestión de la normativa TFI en este asunto puede parecer innecesaria. Sin embargo, si se traslada el punto de referencia desde el efecto de diferimiento de la normativa hacia la potencial pérdida de ingresos tributarios desencadenada por medidas ejecutadas por las sociedades controladas situadas fuera del área de influencia de la Administración tributaria croata⁴⁹, la cuestión resulta altamente relevante. Además del efecto fiscal negativo del diferimiento fiscal, el principal problema para los Estados que presenta cierta clase de normativa TFI se asienta en la

⁴⁹ Esto fue también una primera consideración para el desarrollo de las primeras normas TFI en USA. Véase la *Revenue Act* de 1962, P.L. 87-834, 87th Cong. 2d. Sess. (Oct 16, 1962). Véase sobre el desarrollo de esta normativa: *Dilworth: Tax Reform: International Tax Issues and Some Proposals*, *International Tax Journal* 2009, p. 12 f.

ausencia de control sobre las actuaciones de la ECNR y la amenaza de pérdida de ingresos fiscales a través de las actuaciones ilegales de la entidad. Por lo que respecta a Croacia, esto abre debates inusuales.

Mientras que otros legisladores se limitan a gravar a la sociedad controlante antes de que reciba una distribución de beneficios de la entidad controlada, el Derecho croata no tiene intención de gravar beneficios reinvertidos o pago de dividendos entre sociedades, ya que el sistema tributario croata y las normas constitucionales prohíben tal gravamen. La libertad constitucional de capitales prohíbe intrusionas en la transferencia de capital de las sociedades en la medida en que no se ponga en peligro una correcta tributación en Croacia. Si esto se lleva a la ecuación de que el sistema tributario croata no grava la distribución de dividendos al nivel de las sociedades nacionales, si no sólo a nivel de las personas físicas o de las sociedades extranjeras que no cumplan ciertos requisitos, se obtienen ciertas conclusiones notables:

1. Si la sociedad en Croacia es sólo una sociedad *holding* intermediaria con accionistas en la Unión Europea que cumplen tales requisitos, no tributan en Croacia, ni cuando obtiene el beneficio la sociedad ni cuando se obtiene el dividendo. Por ello, mecanismos de protección mayores no serían coherentes con el sistema tributario *per se*.

2. La necesidad de protección de los potenciales ingresos tributarios se encuentra limitada principalmente a la tributación de dividendos obtenidos por personas físicas, sin que pueda resolverse a través de las reglas de TFI, pues, debido a la exención general respecto a la tributación sobre los dividendos para las sociedades, tal solución conduciría a un tratamiento desigual de los contribuyentes.

En consecuencia, el legislador croata ha regulado adecuadamente la protección a través de las normas anti-evasión fiscal paralelas, tales como normas sobre precios de transferencia y normas sobre subcapitalización. Sin embargo, la normativa TFI resulta aún importante para ciertos supuestos basados en normas anti-elusión dentro de la Ley del impuesto sobre

sociedades y el código tributario. Por ello, incluso aunque la normativa TFI no desencadene directamente la tributación de la sociedad controlante, puede en algunos casos desencadenar la tributación de los accionistas. Esto puede suceder cuando la creación de una ECNR este dirigida exclusivamente a provocar la evasión fiscal, y, en consecuencia, la norma anti-elusión de la regulación de las reinversiones, conjuntamente con la regulación referida a las entidades controladas y con base en los valores constitucionales de igualdad tributaria, crean la base para que no sea aceptable la construcción creada y provocan que se grave directamente al accionista croata. Sin embargo, desde una perspectiva práctica, las nuevas normas existen desde aproximadamente un año y se debe dudar de si la Administración fiscal, salvo en casos extremos, llegará a gravar directamente a los accionistas, especialmente ante la ausencia de experiencia y jurisprudencia en este campo. Por ello, debiera considerarse como una solución más realista y mejor una norma concreta de TFI que cubriera los casos particulares en los que el sistema tributario Croata está en peligro de ser burlado.

4. Conclusión

El Derecho croata se distancia en su normativa tributaria internacional de la mayoría de sistemas tributarios europeos e internacionales en un grado importante. Esto es particularmente reseñable en el área de la tributación de sociedades internacionales, en la que Croacia intenta crear un sistema tributario pro-sociedades que, sin embargo, no se arriesga a ser percibido como un sistema de baja tributación o un centro de potenciales iniciativas con el objetivo de evadir impuestos. Dentro de esta estructura, la normativa relativa a los beneficios reinvertidos es un elemento esencial de la estrategia económica del Estado. Además de los efectos económicos de tal regulación, los efectos fiscales de esta regulación en combinación con su interacción con otras instituciones del Derecho tributario croata crea un sistema tributario que hace, en gran medida, la normativa TFI, en su forma

clásica, redundante. Dentro del análisis que hemos tenido del sistema tributario croata, sin embargo, deviene claro que, aunque la normativa resuelve algunos problemas objeto de la normativa TFI, también crea nuevos problemas que deben ser resueltos en una escala similar a la normativa clásica de TFI.

Dentro del análisis constitucional realizado, se han detectado dos elementos clave que definen las razones de Estado para actuar y sus limitaciones relativas a los métodos aplicables. El primer elemento clave era la suma de los principios tributarios constitucionales basados en igualdad y capacidad económica. A través de su observancia dentro de su contexto histórico y comparativo, se detectaron límites y directivas claros en relación a la tributación internacional de las ECNR. El segundo elemento, la libertad de capitales, a la inversa crea una libertad más amplia en este campo. Ambos principios se armonizaron a través de un análisis teleológico de la libertad de capitales, que soporta el derecho de imposición del Estado. Más allá de estas conclusiones, se analizó críticamente la legislación actual en Croacia, señalándose los defectos del sistema actual.

La legislación actual croata contiene pocas normas que pudieran ser consideradas parte de normativa TFI. Sin embargo, la regulación de la reinversión hace que el sistema tributario croata sea un destino para ECNR particularmente notable y las normas que limitan la exención fiscal son, a través de su impacto en los casos de TFI, altamente relevantes para las entidades controladoras y controladas croatas. Pero considerando las soluciones posibles, se puede cuestionar si el legislador no podía haber desarrollado mecanismos de protección más suaves que pudieran tener el mismo efecto. Además de esta normativa, la tributación de los beneficios foráneos a la luz del fraude fiscal representa la segunda categoría relevante bajo el Derecho tributario croata. Este tema no ha sido analizado aún en profundidad por la Administración tributaria, generando aún inseguridad jurídica. Aunque la base legal para la tributación de los beneficios extranjeros de las entidades controladas en la tributación del accionista en

Croacia existe, en general, a partir de la suma de una serie de normas, su concreta interacción todavía no ha sido aplicada en la práctica, por lo que debe dudarse si puede existir bajo las circunstancias actuales. Por ello, la normativa croata en este campo tiene que ser especificada, de manera que se pueda garantizar una posición transparente y clara de la Administración tributaria en el tema. Consecuentemente, debe revisarse el Estado actual de la cuestión y deben desarrollarse normas más claras que se añadan a la promoción de la protección de mecanismos contra la evasión fiscal internacional. Esto será especialmente importante cuando se ponga en el contexto de otros regímenes TFI al método de diferimiento fiscal legal croata, que básicamente desarrolla el efecto exactamente opuesto de lo que la mayoría de normas TFI intentan conseguir.