

Las transacciones entre compañías y su seguridad para las inversiones: la aplicación de precios de transferencia en bienes y fondos *

César García Novoa ¹

Sumario

1. Introducción
2. Novedades del Plan BEPS en las operaciones intragrupo
3. Conclusión

1. Introducción

Los grupos multinacionales son los grandes protagonistas de la fiscalidad transfronteriza en una época de enormes transformaciones como la que estamos viviendo. A efectos domésticos, existe una acepción de grupo que no se corresponde con el significado más extenso que el término tiene en el derecho internacional tributario. Así, en el ordenamiento español se habla de grupo a efectos fiscales y a efectos contables². Por el contrario, a efectos

* Come citare questo articolo: C. G. NOVOA, *Las transacciones entre compañías y su seguridad para las inversiones: la aplicación de precios de transferencia en bienes y fondos*, in Studi Tributari Europei, n. 1/2017 (ste.unibo.it), pp 209-245, DOI: 10.6092/issn.2036-3583/8848.

¹ César García Novoa, Professore ordinario di Diritto finanziario e tributario presso l'Università di Santiago de Compostela, Spagna

²- Desde el punto de vista contable, según el artículo 42 del Código de Comercio, existe un grupo de sociedades cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: posea la mayoría de los derechos de voto; tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto y haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Por su parte, el grupo fiscal aparece regulado en el capítulo VI del Título

internacionales, el grupo es un concepto mucho más amplio, que hace referencia a cualquier conjunto de entidades relacionadas o vinculadas, bien sea por la participación en el capital (se trate de sociedades matriz-filial o de *sociedades hermanas*), por el control o por la capacidad de dirección.

Aunque cuando se habla de grupos se suele hacer referencia a los grandes grupos transnacionales, podemos detectar la existencia de un grupo en cualquier experiencia de internacionalización de una empresa mediana e, incluso, pequeña. Así, el primer paso en la internacionalización de cualquier entidad empresarial es la decisión en torno a su presencia en el exterior. Se trata de un proceso que en España han experimentado muchas empresas en los últimos años, ya que la salida a mercados externos permitió recuperar cuotas de mercado perdidas por la crisis. Si bien los grandes grupos multinacionales españoles llevan mucho tiempo saliendo al exterior, las pequeñas y medianas empresas han empezado también a hacerlo, fundamentalmente por la necesidad de diversificar mercados, siendo el primer paso para ello establecerse en otro país, bien a través de filial o bien a través de establecimiento permanente.

Es decir, la formación de un grupo, mayor o menor, es el primer paso del proceso de internacionalización de toda empresa, y toda empresa que inicie un proceso de presencia transfronteriza va a crear un grupo económico. No olvidemos que uno de los aspectos más importantes de la libertad de establecimiento es la libertad de creación de filiales o establecimientos permanentes en otros países de la Unión Europea. Basta recordar la

VII, *regímenes tributarios especiales*, de la Ley 27/2014, del Impuesto de Sociedades, bajo la denominación de régimen de consolidación fiscal. Para poder formar parte del grupo fiscal, las sociedades que lo integran tienen que cumplir los siguientes requisitos: ser sociedades anónimas, limitadas o comanditarias por acciones; ser residentes en territorio español; no estar exentas del impuesto de sociedades; no haber sido declaradas en situación de concurso, o incursas en el supuesto de desequilibrio patrimonial por pérdidas que reduzcan su patrimonio neto a menos de la mitad del capital social, a menos que se supere esta situación en el ejercicio en que se aprueben las cuentas; tener el mismo tipo de gravamen que la entidad dominante del grupo fiscal y tener el mismo ejercicio social. El régimen de consolidación fiscal es voluntario, exigiéndose únicamente un acuerdo de cada una de las sociedades que integran el grupo.

doctrina de la sentencia *Centros* de 9 de marzo de 1999 (As. C-212/97) y toda la problemática que surge después en torno al posible abuso de esta libertad de establecimiento, con el límite sugerido por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Cadbury-Schweppes* de 12 de septiembre de 2006 (C-196/04)-, que se refiere a la *absoluta artificiosidad* de la entidad creada en otro país.

En el marco de éstos conglomerados se habla de operaciones intragrupo para hacer referencia a las ventas de bienes y prestaciones de servicios entre entidades integrantes de un mismo grupo. Estas operaciones tienen una gran importancia en la actualidad, tanto desde el punto de vista cuantitativo (suele afirmarse que más del 60 % de las relaciones económicas mundiales tienen lugar entre entidades vinculadas) como cualitativo, ya que muchos de los más importantes contenciosos internacionales en materia tributaria en los últimos años versaron sobre cuestiones de este tipo (suele ponerse como ejemplo el asunto *GlaxoSmith Kline vs IRS* en USA, con una cuantía aproximada de 3,7 billones de dólares).

Los grupos multinacionales suscitan un problema esencial de reparto del poder tributario en el gravamen de las rentas empresariales. Y ese problema se traduce en una importante controversia sobre cómo se distribuye la capacidad de gravamen de tales beneficios empresariales entre las distintas jurisdicciones fiscales donde los grupos operan mediante filiales o establecimientos permanentes.

Pero estas cuestiones del reparto del poder tributario para gravar rendimientos empresariales no es una cuestión nueva, sino que lleva formulándose desde hace tiempo. Así, la Sociedad de Naciones empezó a discutir en los años 20 el sistema que debía presidir la tributación internacional de los rendimientos empresariales. Como consecuencia de estas discusiones prevaleció el modelo americano de empresa separada. Según este paradigma que ha presidido el modelo internacional de reparto del poder tributario en la tributación de rentas empresariales, cada entidad integrante de un grupo multinacional debe ser sometida a gravamen de

forma independiente y separada como unidad imponible en el Estado que le reconoce vinculación personal. Esa vinculación se manifiesta a través de la existencia de una filial, que no es otra cosa que una entidad residente con plena personalidad jurídica independiente pero cuyo capital está en manos de una matriz o de otra sociedad del grupo. O a través de un establecimiento permanente, que es una forma de presencia de una entidad en territorio de otro país, bien a través de un lugar fijo de negocios, una obra de construcción, instalación o montaje o un agente dependiente.

Esta regla de la empresa separada que, desde los años 20, ejerce su predominio en el esquema de distribución internacional del poder tributario sobre rentas empresariales, supone descartar la *tributación unitaria*. Muestra de esta fórmula de gravamen es el modelo del *unitary taxation*, aplicado en Estados Unidos para la distribución de la base gravable de empresas que operan en diversos estados de la Unión). Y conlleva también rechazar las experiencias de tributación consolidada (*global home taxation*) en el que el sujeto pasivo es el grupo de sociedades y su base gravada es la determinada por la ley del impuesto sobre los beneficios del Estado en el que reside la sociedad dominante, que posteriormente se distribuye entre los diversos Estados miembros en los que residan sociedades del grupo mediante una fórmula determinada). Estas fórmulas de tributación del grupo multinacional, en el que también habría que situar el proyecto europeo de *Common Consolidated Corporate Tax* (CCCBT) impulsado nuevamente en 2018, desdeñan la toma en consideración de las operaciones intragrupo, que serían neutras a la hora de valorar el beneficio global de todo el conglomerado económico. Pero es evidente que las dificultades para implementar una fórmula de *global taxation* no permiten, a día de hoy, considerar estas opciones como alternativas realistas.

Es por ello que el paradigma vigente de distribución del poder tributario internacional en relación con el gravamen de beneficios empresariales transfronterizos sigue pivotando en torno a la idea de empresa separada. Y,

en concreto, en torno al principio *arm's length*, también denominado principio de plena competencia o de independencia.

A partir del principio de plena competencia y su corolario contable, el principio de empresa separada, las operaciones entre entidades relacionadas, integrantes del mismo grupo, deben valorarse como si se tratara de entidades independientes. La OCDE propone al principio *arm's length* como el fundamento para la aplicación de los métodos para obtener el *precio justo* que partes independientes alcanzarían en una economía de mercado. Si las empresas asociadas no cumplen este parámetro, tratando sus operaciones internas como si fueran operaciones independientes, facultan a las autoridades tributarias para ajustar los precios de transferencia con el fin de alcanzar consistencia.

De esta manera, este principio es el fundamental instrumento para coadyuvar a la distribución mundial de la renta de los grupos multinacionales. El estándar *arm's length* procura un reparto del beneficio generado por operaciones entre empresas multinacionales como el que se daría si las partes vinculadas fueran, en realidad, empresas independientes actuando en condiciones normales de mercado. Y ello, partiendo de la base de que, en las operaciones entre entidades independientes, la remuneración retribuye tres parámetros básicos de la actividad económica: las funciones desempeñadas, la cantidad o valor de los activos utilizados y los riesgos asumidos.

Se trata de una metodología que el Plan *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) conserva, aunque matizándola a través del principio de ubicación razonable del beneficio. Y es un método de reparto de la renta gravable que, como han señalado AVI-YONAH- CLAUSING-DURST, genera muchos problemas, en especial por las dificultades de su aplicación respecto de bienes y servicios intermedios y por la gran complejidad administrativa que su aplicación conlleva³. Además es obvio que las entidades integradas en un

³ .- AVI-YONAH, R.S.- CLAUSING, K.A.,-DURST, M.C. , "Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split", *University of Michigan Law School Scholarship Repository*, University of Michigan, 2009, pag. 518.

grupo multinacional no pueden compararse a las de mercado porque son esencialmente distintas, sobre todo en el contexto actual de las cadenas mundiales de creación de valor. Pero, sobre todo, esta metodología es cuestionable por las objeciones que suscita desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Estamos ante una regla que supone desconocer los acuerdos tomados por entidades jurídicamente independientes del grupo (matrices y filiales) para suplantar la voluntad de entidades que, aunque formen parte de un grupo económico único tienen capacidad jurídica diferenciada. Se trata de desconocer una apariencia jurídica para aplicar un concepto indeterminado como *valor entre partes independientes* o *valor de mercado*. Y ambas cuestiones (evitación de las formas jurídicas y aplicación de conceptos indeterminados) son elementos de potencial inseguridad.

2. Novedades del Plan BEPS en las operaciones intragrupo

Una de las pretensiones del Plan BEPS es alinear la tributación con la generación de valor. Y, por tanto, evitar la erosión de bases por parte de las filiales y establecimientos permanentes de los grupos multinacionales, así como el traslado de beneficios a jurisdicciones de baja tributación.

Es por ello que la intrahistoria del Plan BEPS se resume en el fracaso de la política de la OCDE contra los paraísos fiscales que se inicia con el informe sobre *Harmful Tax Competition* de 1998. Posteriormente se asiste a un embate en los medios de comunicación contra ciertas multinacionales a las que se acusa de no pagar *suficientes impuestos*, especialmente en Europa. Destaca sobremanera el caso de Starbucks y la campaña mediática contra esta multinacional⁴. Así, el origen remoto del documento BEPS se encuentra en la presión social referida a ese supuesto pago reducido de impuestos por ciertas multinacionales (además de la propia Starbucks; Google, Microsoft, Facebook, Amazon...), ligada a conocidas operaciones como la *dobles irlandesa* o el *sándwich holandés*. Ello supuso un excelente caldo de cultivo

⁴ .-VAN DEN HURK, H., "Starbucks contra el pueblo", *Nueva Fiscalidad*, marzo-abril, 2014, pag. 34.

para un cambio en la estrategia global sobre lo que, desde el Informe del Tercer Foro de la OCDE sobre Administración Tributaria, celebrado en Seúl en 2006, se denomina *planificación fiscal agresiva*⁵.

El documento BEPS se elaboró a partir de las conclusiones de la Declaración de Lough Erne, emitida el 18 de junio de 2013, al término de la reunión del G8. La declaración afirma: "...los países deben cambiar las reglas que permiten a las empresas trasladar sus beneficios a través de las fronteras para evitar los impuestos". Desde este documento, la OCDE, a petición del G8, ha recibido el encargo de diseñar una solución que cambie las deficiencias del marco fiscal global, lo que puede suponer una de las mayores revoluciones en el panorama fiscal global de los últimos años.

En virtud de ello, la OCDE ha elaborado, en virtud del mencionado encargo, el Plan BEPS publicado el 19 de julio de 2013, que fija el programa de trabajo para los siguientes tres años, en colaboración con las Administraciones fiscales de los países miembros. En dicho documento se dice que "las normas tributarias nacionales e internacionales deberían ser modificadas para alinear con mayor detalle el destino de las ganancias con la actividad económica que genera esa renta", instando a los Estados a que acuerden cambios específicos en las reglas tributarias internacionales en los próximos años.

El Plan se estructura en tres fases; la primera se ha puesto de manifiesto en la formulación de las acciones que integran el Plan. La segunda fase fue la elaboración de los informes conclusivos de las diferentes acciones. Y la tercera es la implementación de las medidas BEPS en los ordenamientos internos.

Así, como se ha dicho en más de una oportunidad⁶, las acciones de BEPS, aun cuando se orienten a la definición de unas normas de pretendido

⁵.- Así, en Europa ya se había producido un movimiento en este sentido, con la emisión de la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, que recoge el Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal (COM(2012) 722/2), y en el ámbito internacional, por la decidida apuesta del G-20 contra la elusión fiscal internacional.

alcance general, no plantean una recomposición de la distribución del poder tributario a nivel internacional, que sigue basada en el Modelo de la OCDE, ni propugnan una reforma de los aspectos claves de ese Modelo. Aspectos que son el principio de residencia y renta mundial, el concepto de establecimiento permanente y precios de transferencia en su perfil actual, basados en el *arm's length* y en la búsqueda de comparables de plena competencia.

No obstante, al margen de este continuismo, lo cierto es que BEPS menciona la reforma futura del régimen de precios de transferencia incidiendo en la necesidad de "mejorar las normas para poner más énfasis en la creación de valor por parte de grupos muy integrados, abordando el uso de intangibles, riesgos, capital y otras transacciones de alto riesgo para desviar los beneficios". Así, el Informe general sobre el Programa, del año 2013, recuerda que las Acciones 8 a 10 están "dirigidas a evitar un uso indebido por las multinacionales del estándar *arm's-length*"⁶. Se pone especial énfasis en la transferencia de intangibles en el seno del grupo, lo que exige poner al día las Directrices sobre acuerdos de reparto costes. Y además, el Informe conclusivo de la Acción 4 hace referencia a los precios de transferencia en transacciones financieras. Pero siempre sobre la base de un continuismo en los criterios de la OCDE, puesto que se señala como documento de referencia, el Segundo Borrador de Documento de la OCDE sobre Intangibles de julio 2013, que confirma esta línea no rupturista.

En cualquier caso, BEPS que, como hemos dicho, proclama su voluntad de no incidir sobre el actual consenso relativo al reparto de bases imponibles a nivel internacional, tiende una *línea roja*: "en ocasiones se proponen sistemas alternativos para la distribución de los ingresos, incluyendo los sistemas basados en fórmulas. Sin embargo, la importancia de una acción

⁶ .- CALDERON CARRERO, J.M.-MARTIN JIMENEZ, A., "El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (BEPS): ¿el final, el principio del final o el final del principio? ", *Quincena Fiscal*, nº 1-2, 2014, pag. 90.

⁷ .- OECD (2013), Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, OECD Publishing, DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2016.16.535>; pag. 17.

concertada y las dificultades prácticas para lograr un acuerdo sobre el nuevo sistema y para una implementación consistente en todos los países se traduce en que, más que intentar sustituir el sistema actual de precios de transferencia, la mejor opción es abordar directamente los defectos en el sistema actual..⁸. Se añade que "...existe un consenso entre los gobiernos en que pasar a un sistema de prorrateo de los beneficios de acuerdo con un fórmula no es alternativa viable". Esto es; no se contempla una alternativa al principio *arm's-length* transaccional, ni una transición a sistemas más enfocados en el reparto de beneficios sobre claves (*allocation keys*) que asignen tales beneficios.

De todas formas, el Documento de julio de 2013 de la OCDE no rechaza expresamente las fórmulas de *profit-split* y el Informe conclusivo del Plan BEPS de 5 octubre de 2015 entiende que determinadas actividades empresariales caracterizadas por la generación de cadenas de valor parecen adecuadas para una cuantificación de las mismas a través de un *profit split* o distribución del beneficio total de la operación⁹.

Así se puede entender que se estarían sentando las bases para proponer un cambio hacia una fórmula de reparto. En efecto, la OCDE venía rechazando de forma radical aquellos métodos basados "en fórmulas de distribución de los beneficios entre sociedades del grupo en función de reglas preestablecidas" (regla de "asignaciones formularias" o *global formulary apportionment*). Y ello porque son métodos que, en la práctica, no tienen en cuenta el régimen del valor normal de mercado y, por tanto, se alejan del principio de libre competencia. Pero el enfoque de la documentación de las operaciones vinculadas "país por país" (*country by country*), parece dar pie a pensar en una voluntad, al menos incipiente, de orientar un cambio hacia un modelo de distribución del beneficio.

⁸ .- OECD (2013), Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es>; pag. 23.

⁹ .- OECD (2015), Proyecto OCDE/G 20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, Informes 2015, OECD Publishing, DOI: <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumen-informativo.pdf>; pag.6.

Esta documentación *country by country* es resultado de la actualización del capítulo V de las Directrices de la OCDE que hace referencia a la documentación de precios de transferencia, en relación con la Acción 13 del Plan de Acción de BEPS, cuyo objetivo inmediato es aumentar la transparencia ante las administraciones tributarias proporcionando a éstas información suficiente sobre las empresas, al objeto de analizar los posibles riesgos existentes. Como consecuencia de ello, se ha incorporado el requisito de que las empresas multinacionales suministren a todos los gobiernos pertinentes la información necesaria sobre la distribución mundial de sus ingresos, la actividad económica y los impuestos pagados en los distintos países, aplicando un modelo común. Esta información es, en principio, confidencial y los informes no son públicos porque tienen como destinatarios las distintas autoridades fiscales. Y ello a pesar de lo que pretende la Unión Europea (informe sobre la propuesta de Directiva de 12 de junio de 2017, de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios y de la Comisión de Asuntos Jurídicos)¹⁰, que toparía con el hándicap que supone la resolución del Consejo Constitucional francés de 8 de diciembre de 2016, donde se declara la inconstitucionalidad de una información país por país con carácter público¹¹. A pesar de que las reglas *country by country* tienen

¹⁰ .-. La Unión Europea, en la misma línea, aprobó con fecha 25 de mayo de 2016 una Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2011/2016/EU en relación con el intercambio obligatorio de información en el ámbito tributario y que recoge la obligación para las empresas multinacionales de elaborar y presentar información país por país. Con relación a la publicidad de estos informes, la Comisión Europea quiere dar un paso más en aras de la transparencia y para ello el 12 de abril de 2016 presentó una propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo para modificar la Directiva 2013/14/UE con el objetivo de incorporar la obligación de hacer pública la información país por país, aunque con exclusión de algún elemento cuando, por su naturaleza, su publicación pudiera perjudicar seriamente la posición comercial del grupo multinacional. No obstante, la crítica a esta posibilidad de publicar la información país por país ha sido unánime, ya que Europa adoptaría una decisión que difiere de lo establecido en las Directrices de la OCDE. Al tomar la iniciativa de publicar la información país por país, los países de la Unión Europea van a colocar a las empresas europeas en situación de desventaja.

¹¹ .-. Recuerda RUIZ DE AZÚA, M.T., que esta decisión del Consejo francés entiende que la información *country by country* dotada de publicidad general sería inconstitucional, "en la medida en que los objetivos públicos perseguidos a través de tal medida de transparencia pueden obtenerse de forma más proporcionada sin obligar a las empresas a revelar datos relativos a su estrategia industrial y comercial que pudieran perjudicarles frente a sus competidores"; "Información país por país con carácter público", *AEDAF, Sección de Asuntos Internos, Sección de Derecho Mercantil-Civil*, pag. 4.

como finalidad aumentar la transparencia ante las Administraciones tributarias, la segregación de la información *país por país* permite visualizar el reparto de los ingresos en los grupos multinacionales y es un buen instrumento para que las empresas paguen sus impuestos allí donde generan sus beneficios.

Esto es, BEPS apunta hacia un método *profit-split* global o a un sistema de reparto de beneficios para cada jurisdicción implicada, tanto en cuestiones como la información territorializada como en ciertas acciones sobre intangibles, pero es evidente que el Informe BEPS reconoce que no es el lugar más adecuado para un replanteamiento del régimen de precios de transferencia.

En cualquier caso, como hemos dicho, la esencia del principio de libre competencia consiste en desconocer los acuerdos tomados por entidades jurídicamente independientes del grupo (matrices y filiales) para suplantar la voluntad de estos sujetos que, aunque formen parte de un grupo económico único, tienen capacidad jurídica diferenciada. Reiteramos que lo que se trata de desconocer una apariencia jurídica para aplicar un concepto indeterminado como *valor entre partes independientes* o *valor de mercado*. Ese valor de mercado se determinará, en última instancia, a partir de reglas que no tienen rango de normas jurídicas y que son auténtico *soft law*, sobre todo la Guía de Precios de Transferencia de la OCDE. A pesar de no tratarse de normas vinculantes, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia *Grimaldi* del TJCE, de 13 de diciembre de 1989 (As. C-322/88) relativa a las disposiciones sobre documentación de precios de transferencia, ha señalado que, a pesar de que la Unión Europea ha decidido que sea una facultad de los Estados miembros introducir exigencias en materia de documentación y ha renunciado a dictar una norma con efectos jurídicos vinculantes (no se trata de reglamentos o directivas), estas reglas europeas no vinculantes “no carecen totalmente de relevancia jurídica ni están privadas de efectos jurídicos”. Además, el Tribunal Supremo español, en el Auto de 8 de febrero de 2011, en el que plantea ante el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad acerca del régimen español de sanciones en materia de operaciones vinculadas, manifiesta sus

dudas acerca de que se pueda integrar un tipo infractor con reglas dictadas por la OCDE¹².

Por eso es importante incidir en el ámbito de las relaciones entre las Administraciones tributarias y los contribuyentes, en lo relativo a las operaciones entre partes relacionadas. Por lo que, en lo que concierne a las relaciones de los contribuyentes con la Administración Tributaria, estamos ante una realidad que suscita multitud de situaciones de inseguridad jurídica. Entendida la seguridad jurídica como previsibilidad objetiva de las situaciones jurídicas de los particulares, la misma constituye un elemento fundamental del sistema tributario. Sólo la seguridad de un ordenamiento de consecuencias previsibles garantiza el contraste constitucional de las normas tributarias y la interdicción de la arbitrariedad de los aplicadores del Derecho, y por eso, también la previsibilidad, debe considerarse un principio propio del Derecho Tributario.

La seguridad jurídica y previsibilidad son también orientaciones que deben regir el estatus del contribuyente, incluso en uno de los ámbitos en los que los derechos y garantías del contribuyente son más preteridos, como son las reglas internacionales. El Plan BEPS, como dice GASCÓN CATALÁN, nace de la simple percepción de que los agujeros en las legislaciones, a veces deliberados, y la descoordinación normativa entre países, propicia la erosión de bases imponibles. Y surge de la necesidad de poner fin a esa situación *de facto*, lo que se hizo sin demasiado respeto a las consideraciones jurídicas. En ese ámbito, las garantías de los contribuyentes parecen ser una cuestión secundaria¹³. Es por eso que, desde la dogmática clásica del tributo, deben reivindicarse las exigencias de seguridad jurídica en lo concerniente a la

¹² .-. A la hora de resolver la citada cuestión, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 145/2013, de 11 de julio, se manifestó a favor del régimen sancionador de las operaciones vinculadas alegando que puede ser completado por vía reglamentaria, aunque critica que su contenido no permite al ciudadano identificar certeramente el ámbito de lo prohibido ni, por tanto, las consecuencias de sus acciones, por lo que no genera un mínimo de certidumbre a través de la identificación de los elementos esenciales de las infracciones administrativas.

¹³.- GASCÓN CATALÁN, J., "¿Es necesario un Plan BEPS para personas físicas?", Blog [jesusgasconcatalan](https://jesusgasconcatalan.com/2018/04/27/es-necesario-un-plan-beps-para-personas-fisicas); <https://jesusgasconcatalan.com/2018/04/27/es-necesario-un-plan-beps-para-personas-fisicas>

aplicación de las normas que, en un futuro cercano, vayan a llevar a cabo la transposición de las medidas BEPS a las legislaciones domésticas.

Conviene, por tanto señalar aquéllos aspectos del régimen BEPS relativos a la valoración de operaciones intragrupo que más pueden afectar a la seguridad jurídica.

2.1. Acciones 8, 9 y 10 y delimitación exacta de las operaciones

Entre otras cosas, BEPS ha propiciado la reforma de la Guía de Precios de Transferencia, impulsada por las acciones 8 (intangibles), 9 (riesgos y capital) y 10 (otras transacciones de alto riesgo). Y, en concreto, la Acción 8 focaliza su interés en la transferencia de intangibles dentro del grupo dado que se trata de activos fácilmente deslocalizables y, con frecuencia, difíciles de valorar. Por su parte, la Acción 9 cuestiona la distribución de riesgos que tengan lugar en operaciones de reestructuración, cuando la asignación de resultados de la actividad del grupo se base exclusivamente en acuerdos contractuales *ad hoc*, pero no en una efectiva asunción de riesgos. Y por su parte, la Acción 10 permite poner en tela de juicio la atribución de beneficios resultantes de operaciones entre partes relacionadas carentes de otra lógica empresarial diferente a la de ahorro de impuestos. Y también se abre la posibilidad al cuestionamiento de determinados tipos de pago en concepto de servicios de bajo valor añadido, entre miembros del grupo, como los gastos imputados por la matriz o la repercusión de gastos por la sede principal. Como señala GONZÁLEZ DE FRUTOS, se trata de gastos que erosionan la base imponible sin que aparentemente exista una correspondencia clara con la creación de valor¹⁴.

Todas estas acciones tienen una dirección común. Se trata de reorientar el uso de las potestades administrativas en materia de precios de transferencia a la aplicación de instrumentos anti-elusivos de prevalencia de

¹⁴.- GONZÁLEZ DE FRUTOS, U., "El proyecto BEPS y la reforma de los precios de transferencia", *Fiscalidad de los Precios de Transferencia*, dir. Cordón Ezquerro, T., Ediciones CEF, Madrid, 2016, pag. 166.

sustancia sobre la forma. Una primera expresión de esta tendencia tuvo lugar con la revisión de la Guía de precios de transferencia de 2010, publicada el 22 de julio de ese año. Como principales novedades de la misma hay que incluir que los métodos de ganancia transaccional (margen neto de la transacción (*Transactional Net Margin Method*) y el método de división de ganancias (*Profit Split Method*) ya no son considerados métodos de último recurso. Sólo se mantiene la preferencia por el método de *precio comparable entre partes no controladas*, pero, en todo caso, se dispone que será de aplicación el método que, en cada caso, sirva mejor al objetivo de determinar el verdadero precio de mercado.

Pero, sobre todo, en esta nueva versión de las *Guidelines*, se impulsa la aplicación del principio de independencia a las operaciones de reestructuración empresarial. Como apuntamos, las reestructuraciones empresariales estaban siendo utilizadas con frecuencia para la transformación de distribuidores o fabricantes que asumen un alto nivel de riesgo en distribuidores o fabricantes con bajo nivel de riesgo (comisionistas o maquilas). En la medida en que todo proceso de reestructuración conlleva una distribución de riesgos, bajo la premisa de que la asunción de un mayor riesgo será compensado con una mayor expectativa de beneficio, a estos comisionistas o maquilas se les asignan beneficios bajos y estables de forma que los riesgos empresariales se soportan por otra parte, a la que se pueden atribuir los beneficios restantes.

La aplicación del principio *arm's length* al ámbito de las reestructuraciones pretende evitar la vulneración del principio de independencia mediante las distribuciones de riesgos en los procesos de reestructuración empresarial. Por ello, la Guía de Precios de la OCDE, en su versión de 2010 requiere el análisis de si la distribución de riesgos en una operación vinculada se ajusta al principio de libre competencia, disponiendo que la redistribución contractual del riesgo entre empresas relacionadas será respetada únicamente en la medida en que tenga "sustancia económica" (*economic substance*).

Si la asignación tiene "sustancia económica" o no, dependerá de si la conducta de las empresas relacionadas cumple con la atribución contractual

de riesgos, y si esta asignación es entre partes independientes y cuáles son las consecuencias de esta asignación de riesgo. Resulta fundamental para determinar la "sustancia económica" de una asignación de riesgos el determinar si alguna parte tiene "control" sobre este riesgo. Así, la existencia de control sobre el riesgo difícilmente podrá admitirse si la parte que contractualmente soporta un riesgo, por ejemplo, contrata a un tercero para administrar y controlar en la práctica ese riesgo. Así, en concreto, una empresa debería tener personal (empleados o directores) con la autoridad de realizar estas funciones de control y efectivamente llevarlas a cabo.

En suma, la Guía de Precios de Transferencia de 2010 legitima a que si una asignación de riesgos carece de "sustancia económica", las autoridades fiscales pueden decidir no considerar la reestructuración.

Pero, sobre todo, el gran cambio en el planteamiento de los precios de transferencia viene de las Acciones 8, 9 y 10 de BEPS que han propiciado la lucha contra el uso de los precios como instrumento de erosión de bases y traslados de beneficios.

Así, es posible afirmar que la aplicación internacional del régimen de precios de transferencia ha adquirido una nueva dimensión que ha venido a ser confirmada por el documento BEPS y por la filosofía que preside la modificación del Capítulo VI de la Guía de Precios de Transferencia en relación con los intangibles, inspirada en el Informe de 6 de octubre de 2015 relativo a las Acciones 1 y 6 del citado documento BEPS. A través de los precios de transferencia en materia de intangibles se puede hacer efectivo el principio de sustancia sobre la forma y "atacar entidades sin sustancia y sin contribuciones esenciales de valor a los propios intangibles, cuando simplemente intermedien en la explotación de éstos". Ello supone un cambio muy importante en el rol del principio *arm's length* y de los *transfer pricing*. Su función ya no es sólo la de constituir un instrumento de reparto del poder tributario entre las jurisdicciones implicadas en las operaciones de las entidades o independientes, sino la de valorar la realidad y racionalidad de tales operaciones¹⁵.

¹⁵ .- En todas estas consideraciones late la idea una visión de las operaciones intragrupo como operaciones simuladas –los *dealings* no serían verdaderos contratos –, la prevalencia

Por último, no conviene olvidar la deriva anti-elusiva de los precios de transferencia, que convierte el principio *arm's length* en un subrogado de cláusula anti-abuso. La revisión de la Guía de Precios de Transferencia de 2014 en relación con intangibles, y ejecutando las previsiones de la Acción 8 de BEPS (y, parcialmente, de las 9 y 10) se ha guiado por la intención de asignar las utilidades asociadas con la transferencia y el uso de activos intangibles de acuerdo con la creación de valor. A partir de esta finalidad esencial, las directrices disponen la prevalencia de la sustancia sobre la forma y facultan la *recharacterización* de operaciones y de la titularidad y localización de intangibles. En relación con esta última cuestión se intenta hacer prevalecer el análisis de funciones y riesgos por encima propiedad legal de los intangibles.

Ello supone un cambio muy importante en el rol del principio *arm's length* y de los *transfer pricing*. Su función ya no es sólo la de constituir un instrumento de reparto del poder tributario entre las jurisdicciones implicadas en las operaciones de las entidades o independientes, sino la de valorar la realidad y racionalidad de las propias operaciones. En todas estas consideraciones late la idea de una visión de las operaciones intragrupo como operaciones simuladas –los *dealings* no serían verdaderos contratos –, la prevalencia de la realidad económica (jurídicamente dos sociedades del mismo grupo son distintas pero desde el punto de vista económico son lo mismo) y la clara preferencia de la real actuación de las partes sobre los términos contractuales, demostrando un evidente preferencia del fondo sobre la forma.

Esta vertiente anti-elusiva del principio de independencia que siempre estuvo presente en la definición conceptual de los precios de transferencia¹⁶, viene siendo abrazada por la jurisprudencia y por la doctrina

de la realidad económica (jurídicamente dos sociedades del mismo grupo son distintas pero desde el punto de vista económico son los mismo) y la clara preferencia de la real actuación de las partes sobre los términos contractuales, demostrando un evidente preferencia del fondo sobre la forma.

¹⁶ .- Es verdad que la modificación del régimen de operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades que tuvo lugar como consecuencia de la Ley 36/2006 de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, suprimió la tradicional previsión según la cual el régimen de operaciones vinculadas sólo resultaba de aplicación cuando

administrativa¹⁷. Así, en España, el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) ha aceptado la existencia de endeudamientos artificiosos entre entidades no independientes. En su resolución de 8 de octubre de 2009 recuerda que es lícito para una compañía endeudarse para adquirir algo, lo que no es admisible es que se invierta la relación causa-efecto. Lo normal es que el fin sea adquirir algo y para ello la sociedad se endeude. Lo inadmisibles es que la finalidad sea endeudarse para provocar el pago de unos intereses a una entidad perteneciente al mismo grupo, de modo que se busque una adquisición para aparentar la necesidad de ese endeudamiento. Frente a la artificiosidad del endeudamiento, el TEAC, en la emblemática resolución de 5 de noviembre de 2015 (05110/2012/00), defiende que cabe utilizar el principio de independencia sin necesidad de acudir a cláusulas internas. Así, a partir de los criterios de la OCDE en materia de precios de transferencia, cabría sostener que una operación o negocio puede ser ignorada a efectos fiscales cuando, dadas las condiciones de la operación, pudiera entenderse que la misma nunca hubiera tenido lugar entre partes independientes. Lo que supondría la posibilidad de ignorar los efectos de un préstamo entre partes vinculadas sin necesidad de afirmar su carácter simulado ni acudir al conflicto en la aplicación de la

podría producirse un perjuicio para las arcas de la Hacienda Pública, lo que, según DE PABLO VARONA, C., dota a la regulación de un claro "matiz antielusivo"; *Las operaciones vinculadas en el IRPF*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pag. 30.

¹⁷ .- Curiosamente, esta doctrina se ha ido generando como consecuencia de la polémica acerca de la posibilidad de comprobar períodos prescritos y de la doctrina acerca de que lo que prescribe es la facultad de liquidar pero no las potestades de comprobación e investigación. Muestra de esta tendencia es la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2012, en su recurso 3726/2009 F. de D. Sexto, según la cual "no se puede, pues, excluir la posibilidad de que, dentro de las actuaciones de comprobación, puedan verificarse operaciones que integran el hecho imponible". La sentencia de 4 de julio de 2014, señala que "por las razones expuestas creemos que el derecho a comprobar e investigar no prescribe y que la Administración puede usar dichas facultades para liquidar periodos no prescritos, pudiendo para ello comprobar e investigar operaciones realizadas en periodos que sí lo están, pero que sigan produciendo efectos. Consecuentemente, con superación del criterio mantenido en la sentencia de 4 de julio de 2014 (casa. 581/2013), puede declararse en fraude de ley una operación realizada en ejercicio prescrito si fruto de dicha operación se producen efectos tributarios en ejercicios no prescritos". Posteriormente se confirma esta tendencia en la sentencia de 5 de febrero de 2015 (Recurso N° 4075/2013). Véase, FALCÓN Y TELLA, R., "La imprescriptibilidad del "Derecho a comprobar e investigar" (que no es un "Derecho", sino una potestad) y los límites derivados de la buena fe y la confianza legítima", *Quincena Fiscal*, nº 20, 2014, pag. 14.

norma tributaria, pues ese préstamo sería inconcebible entre partes independientes. Bastaría, pues con aplicar el *principio de plena competencia*, sin que se requiriese la concurrencia de una cláusula anti-abuso doméstica¹⁸.

También en España, la Audiencia Nacional aceptó esta tesis en algunos pronunciamientos. Así, en la sentencia del caso BIC de 21 de mayo de 2009 (JUR\2009\281462) se propugna la aplicación directa del artículo 9 de los Convenios de Doble Imposición, al señalar que *lo que el método comparativo exige es que, a tenor de las reglas de la experiencia y en los términos ordinarios de funcionamiento del mercado, pueda efectivamente constatarse -por los datos objetivos de que se dispone- que una determinada actividad, por lo gravoso de sus consecuencias para una sociedad vinculada a otra u otras, no hubiera sido realizada si no concurriera la mencionada vinculación*. Esto es, el principio *arm's length* serviría para valorar operaciones que nunca se llevarían a cabo entre partes independientes, lo que supone, como sugiere la Guía de Precios a partir de las propuestas BEPS, un análisis de la racionalidad de la operación para determinar si tiene sustancia económica.

En suma, las Acciones 8, 9 y 10 de BEPS atribuyen una nueva función al régimen de precios de transferencia a través de una metodología tendente a llevar a cabo, frente a las asignaciones de intangibles en el seno de un

¹⁸ .- En España. el TEAC entiende que la deducción de los gastos financieros controvertidos puede rechazarse sobre la base legal del régimen de las operaciones vinculadas y del artículo 9 del CDI correspondiente, sin acudir a las normas anti-elusión contenidas en los artículos 13, 15 y 16 de la Ley General Tributaria. Bastaría el principio de empresa independiente, analizando, de acuerdo con las directrices de la OCDE sobre precios de transferencia, si la conducta del obligado tributario fue la que, en circunstancias comparables, habría seguido una empresa independiente o si, por el contrario, fue debida a la imposición de otra u otras empresas del grupo y, en consecuencia, carecía de racionalidad. Señala la resolución que en el presente caso la ausencia de racionalidad es evidente, ya que "el elevado importe de la financiación obtenida por el obligado tributario, pese a su escasa capacidad económica, junto con las continuas prórrogas o renovaciones de los préstamos recibidos (que supone un ilimitado respaldo o apoyo financiero del prestamista en la práctica), no son, como bien dice la Inspección, las condiciones que encontraría el obligado entre partes independientes en el mercado sino que vienen determinadas por su condición de empresas vinculadas".

grupo, un análisis de activos, funciones y riesgos, para verificar la consistencia de esa adjudicación.

La filosofía de estas acciones BEPS implica reconocer la atribución de facultades exorbitantes a la Administración que inciden de forma directa en la seguridad jurídica. De lo que se trata es de implementar medidas para permitir desconocer la apariencia jurídica (la asignación contractual de intangibles, por ejemplo) a favor de una libre recaracterización, a partir de conceptos como la asunción real de funciones y riesgos. Expresión de ello es el concepto de *delineación exacta de las operaciones* que deriva de la Acción 8 de BEPS y que tiene como objetivo procurar recursos analíticos para que “las autoridades fiscales examinen con detenimiento la operación real a partir de los contratos firmados entre las partes, contrastándolas con la conducta de las partes y el resto de atributos económicos fundamentales de la operación, para aclarar y complementar las condiciones formales reconocidas en los contratos”¹⁹. Se trata, en suma, de una facultad para desprenderse del formalismo de los contratos y que permite a la Administración fiscal “coherer las cláusulas contractuales con la conducta observada por las partes”²⁰.

Lo que viene a hacer BEPS es consagrar un nuevo estándar anti-abuso basado, no en la concurrencia de una anomalía negocial, como marca la cultura jurídica de los países de derecho continental europeo, sino en la *sustancia económica*.

Se trata de una de las innovaciones más llamativas de las que derivan de BEPS, en tanto afecta a un aspecto esencial de la política antielusiva, como es el estándar antileusivo por el que se va a optar. Así se desprende de la Acción 5 del Plan BEPS, que aspira a *combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia*. Esta Acción 5, aunque está centrada en la lucha contra los regímenes preferenciales y en el intercambio de *tax rulings*, ha erigido el término de *actividad*

¹⁹.- GONZÁLEZ DE FRUTOS, U., “El proyecto BEPS y la reforma de los precios de transferencia”, op. cit., pag. 166.

²⁰.- GONZÁLEZ DE FRUTOS, U., “El proyecto BEPS y la reforma de los precios de transferencia”, op. cit., pag. 167.

economica sustancial como clave de bóveda conceptual de sus conclusiones. Así, uno de los elementos claves en la caracterización como perjudiciales de los regímenes preferenciales es el dato de que se trate de acuerdos motivados únicamente por cuestiones fiscales, sin implicar la realización de una actividad sustancial. La carencia de sustancia se rige así en el elemento de referencia para configurar la política antielusiva en el nuevo contexto BEPS.

Así, mientras en el ámbito europeo se ha optado por una GAAR moderada, aplicada a los casos extremos de conducta artificiosa, BEPS parece seguir la senda del modelo americano de la sustancia económica para fundamentar su fórmula estandarizada de GAAR. Este fundamento basado en el indeterminado y amplio concepto de falta de sustancia económica está presente en el Modelo Multilateral de Convenio a la hora de regular la cláusula anti-abuso de convenio fundada en el *purpose principal test* (PPT). Y también en la NIIF 15 por el IASB, y que incluye las nuevas reglas contables de reconocimiento de ingresos ordinarios derivados de contratos con clientes, incluyendo el cumplimiento de obligaciones de desempeño²¹. La NIIF prevé el análisis de cada contrato individual a través del que se generan derechos y obligaciones exigibles y requiere la identificación de las partes intervinientes y los desempeños derivados, además de la verificación puntual de si el contrato tiene *sustancia comercial*, esto es, si se prevé que el riesgo, el momento o el importe de los futuros flujos de efectivo de la entidad varíen como resultado del contrato. La NIIF basa la contabilización en la existencia de un contrato, pero no supone un retroceso en la regla general de aplicación preferente de la sustancia contable frente a la forma, presente en el principio de la realidad económica que contempla la FIN 48 en relación con las posiciones inciertas.

Todo ello pone de manifiesto que se está abriendo paso, de la mano de BEPS, una alternativa de política antileusiva basada en la carencia de sustancia económica. La opción por un estándar universal fundado en la

²¹ .- La NIIF 15 sustituye a las normas actuales de reconocimiento de ingresos: NIC 18 (ingresos ordinarios) y NIC 11 (contratos e construcción) habiendo entrado en vigor desde el 1 de enero de 2017.

sustancia económica no deja de propiciar un ambiente de inseguridad jurídica, que va a afectar especialmente a aquellos países que basan sus políticas anti-abuso en categorías como el fraude o la simulación, propias del derecho continental europeo. Por eso sería bueno tomar en consideración algunas aportaciones importantes de la construcción anglosajona de la ausencia de sustancia como fundamento de la elusión tributaria, tal y como ocurre con la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Coltec Industries* de 2006, que rechaza el crear una transacción, sin propósito comercial, sólo por motivos fiscales, diferenciándola del derecho a organizar una transacción de un determinado modo para conseguir un ahorro fiscal. Esto es, no hay política antielusiva basada en la sustancia económica que no tenga como correlato la afirmación del derecho a la planificación fiscal lícita.

Esta resolución incluye un interesante resumen de la postura de la jurisprudencia norteamericana en materia de doctrina de la sustancia económica. Así, en *Gregory*, 293 U.S. en 469, 55 S. Ct. 266, se dice que, por una parte, el contribuyente tiene derecho a la planificación fiscal lícita²², pero no a obtener beneficios fiscales de una transacción que carece de sustancia económica (*the law does not permit the taxpayer to reap tax benefits from a transaction that lacks economic reality*). En esta línea, la jurisprudencia en Estados Unidos afirma que las transacciones que no modifican el control de los beneficios económicos ni cambian el flujo de los mismos, deben ser descartadas (*transactions, which do not vary control or change the flow of economic benefits, are to be dismissed from consideration*)²³, pero dentro de una genérica afirmación de las posibilidades de aprovechar las opciones del sistema.

²² .- *Gregory V. Helvering* del TS de Estados Unidos (293 US 465, 79, L. ed. 596 (1935), según la cual la idea de artificio no se vincula a la falsedad del negocio, que no es apariencia sino realidad, sino al *sham* o inadecuación del mismo para lograr los resultados económicos pretendidos; DURAN SINDREU BUXADE, A., *Motivos económicos válidos como técnica contra la elusión fiscal. Economía de opción, autonomía de la voluntad y causa en los negocios*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pags. 137 y ss.

²³ .- *Terry Haggerty Tire Co.*, 899 F.2d at 1201 n. 2; *Holiday Vill. Shopping Ctr.*, 773 F.2d at 280; *Basic Inc.*, 549 F.2d at 745-46; *Rothschild*, 407 F.2d at 417; *Ballagh*, 331 F.2d at 875-76. *Several other courts of appeals have adopted similar positions. See Dow Chem. Co. v.*

Estas aspiraciones del Plan BEPS resultan preocupantes, no por su aplicación práctica al problema concreto de los precios de transferencia sino por lo que, por elevación, pueden significar en cuanto a generalizar un mecanismo de desconocimiento de la realidad jurídica. Y ello, de la mano de unas recomendaciones de derecho blando o derecho en agraz²⁴, diseñadas desde perspectivas que, con frecuencia, no encajan con la cultura jurídica de Estados formados al amparo de la tradición del Derecho Europeo. Como señala TRON, en relación países con ordenamientos jurídicos de cuño europeo, "...las acciones del plan de la OCDE parten de la aplicación de criterios técnicos avanzados y de la aplicación de principios que en muchos casos son desconocidos para nuestra legislación e incluso ajenos a nuestra tradición jurídica constitucional", añadiendo que, ante esta realidad, los gobiernos de muchos países "...se ven ante la disyuntiva de continuar aplicando sus disposiciones fiscales (de menor avance y sofisticación), o bien, de intentar incorporarse a esta ola de modernidad tributaria que representa BEPS"²⁵.

En ese contexto, la eventualidad de que las reglas de precios de transferencia, inspiradas en el *arm's length*, y limitadas a la valoración a precios de mercado de operaciones entre partes relacionadas, se conviertan en un subrogado de cláusula general antiabuso, es una posibilidad cuestionable desde la perspectiva de la seguridad jurídica del contribuyente. Lamentablemente, el Tribunal Supremo español ha aceptado esta postura en algunos pronunciamientos recientes. Así, en sentencia de 18 de julio 2012 (RJ\2012\7924) -ponente Garzón Herrero-, el Alto Tribunal recurre al principio de libre competencia contenido en el artículo 9 de los convenios

United States, 435 F.3d 594, 599 (6th Cir. 2006); Boca Investering's P'ship v. United States, 314 F.3d 625, 631 (D.C. Cir. 2003); In re CM Holdings, Inc., 301 F.3d 96, 102 (3d Cir. 2002); United Parcel Serv. of Am., Inc. v. Comm'r of Internal Revenue, 254 F.3d 1014, 1018 (11th Cir. 2001).

²⁴ .- GARCÍA PRATS, A., "El artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE", *Revista Jurídica Panameña*, nº 2, año 11, Panamá, pag. 199.

²⁵ .- TRON, M., Arena Pública, "BEPS: la lucha contra la erosión de la legalidad", <http://metron.mx/beps-la-lucha-contr-la-erosion-de-la-legalidad/>

como medida anti-elusiva, sin necesidad de declarar la operación como fraudulenta, señalando que *...en definitiva, la Sala entiende que la forma en que se ha efectuado la adquisición de las acciones de la compañía norteamericana, la financiación de la misma, la retribución pactada y la posterior transmisión de los títulos a la entidad vinculada pone de manifiesto, más allá de toda duda razonable, que la citada operación fue impuesta a la demandante por la matriz del grupo, que la actora no obtuvo beneficio alguno -al contrario de lo sucedido con la titular de las acciones adquiridas-, y que se vulneró el principio de libre concurrencia en los términos acordados por las resoluciones recurridas (FJ Quinto)²⁶.*

En línea, para la sentencia *Hummel Ibérica* 12 de febrero de 2015²⁷, también del Tribunal Supremo español, el artículo 9 del Modelo de la OCDE es "una norma antielusión cuyo ámbito no está limitado al de las meras discusiones valorativas, sino que por el contrario se trata de una norma antielusoria, dirigida a aplicar el principio de sustancia sobre forma", añadiendo que *"...los gastos financieros que en este caso se discuten no fueron satisfechos por una entidad española para realizar adquisiciones a terceros (en este caso de acciones), de forma que la titularidad de las mismas fuera incorporada por primera vez al grupo económico, sino que dichas acciones ya eran del grupo y las operaciones de reestructuración realizadas no se han efectuado para financiar inversiones o gastos corrientes, sino únicamente para "remansar" gastos que redujeran las bases imponibles de la entidad española"*.

De esta manera, la sujeción de estas operaciones de endeudamiento al principio *arm's length* servirá para detectar la generación de *pasivos*

²⁶ .- Y en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2015 se alega la violación del Derecho de la Unión Europea y del principio de no discriminación incluido en los Convenios de Doble Imposición. Para el Tribunal Supremo, *las previsiones de un convenio ni pueden afectar a la tributación de los propios residentes ni pueden amparar operaciones que conduzcan a una desimposición pues los convenios no pueden suponer un instrumento para legitimar comportamientos elusivos o para anular las facultades que el ordenamiento reconoce a la Administración tributaria en pos de una correcta tributación.*

²⁷ .- RJ\2015\912- (Ponente Martínez Micó).

artificiales. En el caso del endeudamiento de filiales con matrices o de sociedades del grupo entre sí, cuando el endeudamiento se justifica sólo por motivos fiscales, y se lleva a cabo en función de la especial vinculación que une a las sociedades implicadas, surge la cuestión de la posibilidad de limitar la deducción de gastos financieros, al entender que se puede estar generando una erosión de bases imponibles. Dicha limitación incorpora la filosofía de una *specific anti-avoidance rule* (SAAR) consistente en que la ley procede a una recalificación legal con finalidad anti-elusiva. La eliminación de la deducibilidad de los gastos financieros es fruto de la recalificación legal del pago de un interés en un dividendo no deducible²⁸. Pero a esta técnica de erosión de bases imponibles mediante pagos financieros entre sociedades del grupo se refiere la Acción 4 de BEPS.

2.2. La regla de la limitación de la deducibilidad de gastos financieros

Otra Acción del Plan BEPS que afecta de forma decidida a las operaciones intragrupo es la mencionada Acción 4 de BEPS, orientada a hacer frente a la

²⁸ .- Esta línea seguida por el Tribunal Supremo se ha visto matizada por la sentencia de 31 de mayo de 2016 (en el recurso de casación nº 58/2015, caso *Peugeot*), que no se refiere propiamente a un caso de endeudamiento sino a unas provisiones derivadas de adquisiciones y aportaciones entre partes vinculadas, en concreto a la deducibilidad de las provisiones de cartera dotadas por Peugeot en los años 2001 a 2004 por su participación en su filial argentina Peugeot Citroen Argentina, S. A. En concreto, se refiere a la negativa de la Agencia Tributaria a aceptar que el coste de adquisición de las acciones de la filial argentina pudiera incrementarse por el importe de los créditos adquiridos a otras filiales del grupo, "por considerar que la transacción no se habría efectuado entre partes independientes". Para el Tribunal Supremo resulta inaceptable entender que los créditos carecían de valor de mercado, puesto que la realidad económica demuestra que, incluso en situaciones de aparente insolvencia, existe un mercado activo para adquirir créditos aparentemente incobrables. Si los créditos adquiridos podían tener un valor de mercado, no cabe negárselo sin acreditar fehacientemente que no lo tenían. La sentencia contiene aportaciones doctrinales extensivas a todas las operaciones entre entidades del grupo, ya que el Tribunal Supremo defiende que no cabe prescindir de las operaciones realizadas efectivamente entre partes vinculadas "invocando sin más el principio de plena competencia" y aplicando directamente el artículo 9 de un Convenio de Doble Imposición, siendo necesario para efectuar esta recalificación la aplicación de una cláusula general anti-abuso interna u otra medida anti-elusiva de orden doméstico. Se trata de una acertada doctrina que recupera la realidad de las cláusulas anti-abuso como instrumentos normales para hacer frente a las actuaciones elusivas.

erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros gastos financieros. Y es que el pago de gastos financieros deducibles entre sociedades del grupo ha sido una práctica identificada por la OCDE en su informe preliminar de BEPS publicado en 2013 como uno de los mecanismos de planificación internacional más sencillos y más habituales entre los grupos de sociedades transfronterizos para deslocalizar bases imponibles.

Así, a la luz de las reflexiones de la Acción del Plan BEPS, el Informe Final de 5 de octubre de 2015 elevó ciertas propuestas. El Informe sugería que los países implementen una norma de ratio fijo (*fixed ratio rule*) que limite la deducibilidad de los gastos financieros netos y de pagos equivalentes a intereses a un porcentaje determinado de los beneficios de una entidad antes de EBITDA (se sugiere entre un 10 % y 30 %) ²⁹. Para la OCDE estos porcentajes son límites aceptables sobre el gasto financiero neto, conclusión a la que llega en el Informe de 5 de octubre de 2015, después de sopesar si la limitación debería referirse a un nivel bruto o neto de endeudamiento (*gross position/net position*). El gasto financiero neto equivale, al exceso de gastos financiero respecto de los ingresos derivados de la cesión a terceros de capitales propios en el ejercicio; esto es, de los ingresos financieros. El Informe sugiere varios factores que se espera que ayuden a los países a establecer la relación apropiada a efectos del cálculo del porcentaje más adecuado y que fueron desarrollados por el Informe de 26 de octubre de 2015, como el nivel de tipos de interés preponderantes en

²⁹ .- Señala el Informe de 5 de octubre de 2015 que "el enfoque recomendado se fundamenta en 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 determinado de sus beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA, por sus siglas en inglés). Se añade que "...partiendo de que no todos los países se encuentran en la misma situación, el enfoque recomendado incluye una horquilla de posibles ratios de entre el 10% y el 30%, al tiempo que se apunta a una serie de factores que los país han de tener en cuenta a la hora de establecer el ratio fijo aplicable con referencia a dicha horquilla". Así, se pronuncia en el sentido de afirmar que: *the perceived risks identified in the BEPS Action Plan have been addressed by linking net interest deductions to taxable economic activity, although...the proposals do not represent a required minimum standard and are only a recommendation by the OECD. The proposed primary fixed ratio rule has been confirmed with a range of acceptable EBITDA thresholds for countries to adopt between 10-30%.*

un país o territorio³⁰, de manera que el mayor porcentaje posible de sociedades puedan deducir íntegramente sus gastos financieros. También proporciona elementos opcionales para una regla *de minimis* por debajo de la cual se permitiría la deducción íntegra de los intereses.

Pero lo más importante es que la propuesta incluye la posibilidad de complementar la norma ratio fijo (sin reemplazarla) con una regla de ratio global de grupo (*group ratio rule*) que permitirá deducir intereses por encima de la ratio fija, atendiendo a la correlación entre el gasto financiero neto y el EBITDA del grupo a nivel mundial (el Informe habla de nivel de la tasa neta de interés/EBITDA del grupo *-level of the net interest/ EBITDA ratio of its worldwide group-*). Así, señalaba el Informe que “este enfoque puede complementarse con una norma de ratio global del grupo que permite a una entidad exceder dicho límite en determinadas circunstancias”. La propuesta hunde sus raíces en las formulaciones previas del Informe específico de la Acción 4, de 19 de diciembre de 2014, en la cual se preveía una combinación de la regla de *ratio fija*, y la posibilidad de prueba de un coeficiente diferente a nivel de todo el grupo, sólo cuando “la primera prueba conduce a interés no deducible”³¹. Es decir, se defiende una medida complementaria de limitación de endeudamiento a nivel de todo el grupo, aun siendo conscientes de algunas dificultades que supone. Por ejemplo, la inclusión o no dentro del concepto de gastos financieros de ciertos pagos por derivados o los problemas de seguridad jurídica sobre la previsibilidad de los niveles de interés deducible en cada jurisdicción como consecuencia de movimientos anuales de las figuras que impulsan la asignación de interés a través de un grupo (*annual movements in figures that drive interest allocation across a group*). Pero, sobre todo, se ha de tener en cuenta la

³⁰ .- Señala el Informe de 26 de octubre de 2015: *the fixed ratio that a territory chooses to adopt should be determined taking into account a number of factors, the report suggests, including; the level of additional rules that might allow groups to benefit from a deduction in excess of this fixed ratio (e.g., group wide ratio rules), the level of interest rates in the relevant territory (e.g., high interest rate economies might choose a higher fixed ratio) and the number of targeted rules also in place in that territory.*

³¹ .- *...the OECD also considers the use of a combination of the fixed ratio and group-wide ratio tests, with one of the tests as the default rule and the alternative only applied where the first test leads to non-deductible interest.*

posible generación de situaciones de doble imposición, ya que un límite basado en la asignación de interés a nivel global a través de las distintas jurisdicciones nacionales podría suponer que los grupos no dedujesen el monto total de su gasto de interés externo (*full amount of their external interest expense*). Y cualquier posibilidad de compensación del exceso de interés o de la capacidad de deducción de intereses no utilizada, es probable que no mitigue plenamente el riesgo de doble imposición³².

Por ello, la OCDE, sin perfilar una medida concreta, propone dos reglas generales.

Por un lado, sugiere una asignación de los intereses de todo el grupo o *ratio approach*, que fijaría la limitación a la deducción de intereses en una proporción de los gastos del grupo por intereses netos con terceros, tomando en consideración algún parámetro o medida de la actividad económica como las ganancias o valor del activo (asignación de los intereses) o la deducción de intereses con base en la aplicación de una *ratio* a nivel de grupo (basado, por ejemplo, en el interés neto en relación con los ingresos). Por otro, un *test de ratio* fija operativo que permitiría limitar los gastos deducibles por intereses a un porcentaje determinado de los beneficios o del valor de los activos o del capital. La *ratio fija* propuesta por la OCDE se fijaría en un nivel deliberadamente bajo para que sólo se permitiese la plena deducción de gastos financieros a las entidades que, por su perfil, presenten un bajo riesgo de erosión de su base imponible³³.

³² .- Riesgo de doble imposición que el Informe Final de la Acción 4 de BEPS de 2015 pretende conjurar incrementando en un porcentaje los gastos financieros deducibles. Así, señala el Informe que "los países pueden aplicar un incremento de hasta un 10% sobre el importe del gasto neto por intereses abonados a entidades independientes para evitar la doble imposición".

³³ .- ...the OECD has reached no conclusion on the best practice recommendations but identifies two potential general rules: a group-wide interest allocation or ratio approach (group-wide tests). This would either limit net interest deductions to a proportion of the group's actual net third party interest expense, based on a measure of economic activity such as earnings or asset value (interest allocation) or interest deductions based on applying a group-wide ratio (such as net interest as a proportion of earnings) or a fixed ratio test operating to restrict interest expense to a specified proportion of a company's earnings, assets or equity. The OECD's proposed fixed ratio would be set 'deliberately low' (current uses being too high) so that it would only permit full interest deductions for entities that pose little risk of BEPS.

También la Directiva 2016/1164, de 12 de julio de 2016, conocida como Directiva anti abuso o ATAD (*Anti Tax Avoidance Directive*) incluye una regla de limitación de la deducción de gastos financieros. El texto de esta norma, con la primacía propia de las normas del Derecho de la Unión, asigna a los Estados miembros el deber de transposición de diversas medidas, a más tardar a 31 de diciembre de 2018, para su aplicación el 1 de enero de 2019. Entre tales medidas se incluye una regla de limitación de deducción de intereses, contenida en el artículo 4, que en su párrafo 1 no deja lugar a dudas al decir que: “los costes de endeudamiento excedentarios serán deducibles en el período fiscal en que sufraguen, únicamente hasta el 30 % de los beneficios del contribuyente antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA)”. El considerando de la Directiva señala que “la norma de limitación de intereses es necesaria para desincentivar estas prácticas (de erosión de bases imponibles mediante el pago de intereses), limitando la deducibilidad de los costes de endeudamiento excedentarios del contribuyente”.

En esta línea, la Directiva propone, frente al modelo de la subcapitalización basado en limitar la financiación intragrupo a partir de evaluar la participación en el capital de la financiada, “fijar una razón de deducibilidad que haga referencia a los beneficios imponibles de los contribuyentes antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA). Se trataría de una medida que sigue, a grandes rasgos, las recomendaciones recogidas en la Acción 4 de BEPS, hasta el punto de que puede ser calificada como la respuesta de la Comisión Europea al Plan de Acciones BEPS. Como señala CALDERÓN CARRERO, de los que se trata es de “articular un mecanismo estandarizado objetivo y mecánico de limitación de la deducibilidad fiscal de gastos financieros por los distintos Estados miembros” en tanto una regulación común comunitaria en tal sentido restringiría seriamente las estructuras de planificación fiscal agresiva que

pivotan sobre la deducibilidad de los intereses en un Estado miembro y la no o baja tributación en el Estado de residencia del receptor de los pagos³⁴. Si bien la estandarización y la automaticidad mitigan la discrecionalidad propia de otras medidas anti-elusivas que derivan también de BEPS (como la mencionada regla de la sustancia económica) una generalizada limitación de la deducción de gastos financieros también plantea muchos problemas de orden constitucional. Téngase en cuenta que el pago de los intereses supone el cómputo de una carga financiera deducible para determinar la renta neta, pues la generalidad de los ordenamientos, y en particular el español, consideran deducibles los gastos financieros, incluidos los intereses devengados por cualquier préstamo concertado por una entidad para financiar el desarrollo de sus actividades. Sobre la deducibilidad de este gasto podría hablarse mucho, pero dado que se ha superado el viejo planteamiento de la *necesidad del gasto*³⁵, y que los gastos no deducibles pasan a estar tasados, la realidad es que las exigencias de capacidad económica deben referirse también al Impuesto de Sociedades y a todos los impuestos que gravan los beneficios de las empresas. Y una de las expresiones de la capacidad económica será sin lugar a dudas, el principio

34 .-CALDERÓN CARRERO, J.M., "La dimensión Europea del Proyecto BEPS: primeros acuerdos del ECOFIN, la aprobación del mecanismo de intercambio automático de *tax rulings*, y el Paquete Anti-Elusión Fiscal 2016", *Quincena Fiscal*, nº 6, 2016, pag. 7.

35 .-Un punto de inflexión en la teoría de la deducibilidad del gasto lo marca el Tribunal Supremo español, en sentencia de 19 de diciembre de 2003, que reconoce que la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del nuevo IS, ha adoptado el concepto *más lógico y flexible de gasto contable*. Dicho concepto de *gasto contable* se incluye en el artículo 36 del Código de Comercio, en redacción dada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, que define los gastos como "decrementos en el patrimonio neto durante el ejercicio, ya sea en forma de salidas o disminuciones en el valor de los activos, o de reconocimiento o aumento de los pasivos, siempre que no tengan su origen en distribuciones a los socios o propietarios". Por otro lado, los gastos no deducibles pasan a estar tasados, sin que entre los mismos se incluyan los intereses de demora y a pesar de que se contemplan expresamente otros conceptos derivados de incumplimientos legales que no se consideran deducibles (multas y recargos). Por otra parte, a partir de la derogación de la Ley 61/1978 desaparece el requisito de "necesidad" del gasto para que éste se considere deducible en el IS. Ante este panorama legislativo solo cabe concluir que la ausencia de toda referencia a los intereses de demora entre los gastos no deducibles debe ser interpretada como una clara decisión del legislador a favor de su deducibilidad. En efecto, su silencio a pesar de la polémica previamente existente en el contexto de la "necesidad" del gasto de la Ley 61/1978"; HERNANDEZ C.-LÓPEZ TELLO, L., *La deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de los intereses de demora tributarios*, Papers AEDAF, nº 11, mayo, Madrid, 2016, pag. 29.

de *renta neta*. Es lo que lo la doctrina alemana, y, en especial TIPKE, denominan el *Nettoprinzip* y que se traduce en la exigencia de que la capacidad económica negativa requiere que se graven los rendimientos una vez deducidos los ingresos necesarios para su obtención. Principio que sería aplicable a cualquier expresión de renta que se grave, incluida la renta empresarial. Para TIPKE, el principio de contribución según la capacidad económica, exige excluir de la base imponible, primero, aquellos gastos de los obligados tributarios que se producen con motivo del ejercicio de una actividad económica o en relación con una determinada fuente de ingresos, *recayendo la decisión sobre su necesidad y conveniencia de determinados gastos sobre el propio obligado tributario*. Sería lo que se denomina *objektives Nettoprinzip*³⁶, que en la doctrina del Tribunal Constitucional alemán alcanza la condición de una derivación o subprincipio de la capacidad económica, como han afirmado las sentencias del *Bundesverfassungsgericht* 99,280 (pags. 290 y ss.) y 101, 297 (pag. 310). Pues bien, la limitación de la deducción de gastos financieros plantea un grave problema de constitucionalidad. Así lo pone de manifiesto respecto a la norma alemana de limitación de deducción de intereses (la denominada *Zinsschranke* de 2007) el *Bundesfinanzhof* en diversas sentencias (sentencias del BFH 10 de febrero de 2016 (I R 20/15) y de 18 de diciembre de 2013 (I B 85/13). Esta línea jurisprudencial ha dudado de la adecuación de la *Zinsschranke* a las exigencias constitucionales, lo que ha derivado en el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional alemán (*Entscheidung 14.10.2015 (IR 20/15)*).

2.3. Relación con la Acción 2 de BEPS

La limitación de la deducción de gastos financieros es una muestra más de las medidas propuestas por la Acción 2 de BEPS, relativas a los híbridos. El informe conclusivo de esta Acción se refiere a tres categorías de mecanismos híbridos: deducción/ no inclusión (D/NI), que se daría cuando el pago hecho por el contribuyente genera un gasto deducible sin que la

³⁶ .-TIPKE, K., "Neueordnung der Familienbesteuerung", *StbKongrRep*, 1983, págs. 47-48.

recepción de dicho pago genere un ingreso ordinario gravable en sede del receptor. Ello puede deberse tanto a reglas domésticas materiales como a disposiciones relativas a la imputación temporal. En segundo lugar, la doble deducción (D/D) donde el resultado híbrido es consecuencia de que el pago realizado se considera fiscalmente deducible en más de una jurisdicción. Finalmente, la Deducción/ No inclusión indirecta (D/NI indirecta), que son situaciones en las que un pago no-híbrido desde una jurisdicción tercera se compensa con una deducción generada por un mecanismo híbrido, de forma tal que no se llega a producir una tributación efectiva en sede del receptor. Para estos casos, y en especial para los supuestos D/NI y D/D, se propone una regla primaria que sería la negación de la deducción en sede del pagador y una regla secundaria o defensiva: si jurisdicción del pagador permite la deducción, será la jurisdicción del receptor del pago, en aplicación de tal regla defensiva, la que deberá hacer tributar el ingreso. Por tanto, esta Acción va a condicionar de manera significativa el régimen de deducciones, especialmente en los países *de la fuente*. Si bien se recomienda a los Estados de residencia que eliminen exenciones o no reconozcan los pagos que son deducibles para el pagador, para estos Estados lo que se prevé es la inclusión de una condición de la deducción de un gasto o de la aplicación de una exención, circunstancia previa a su aplicación (por ejemplo, el requisito de tributación nominal mínima en el Estado de la fuente, de un 10%, para aplicar el régimen de exención para evitar la doble imposición internacional de dividendos, introducido por la Ley española 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades)³⁷.

Esto es, para los países de residencia la solución que parece querer imponer BEPS es la no aplicación del método de exención en relación con pagos que puedan ser deducibles en el Estado de la fuente en la línea de lo previsto en Europa por la propuesta de modificación de la Directiva Matriz-Filial de 25 Noviembre 2013 (COM(2013)814final). Por el contrario, para el Estado de la

³⁷ .- AVI-YONAH, R., "Who Invented the Single Tax Principle?: An Essay on the History of US Treaty Policy", *Michigan Law Review-University of Michigan Law School*, Vo. 59, 2014/2015, pag. 306.

fuente o Estado del pagador, se le requiere la denegación de la deducción para pagos que no representen ingresos para el perceptor, y no estén sujetos a normas de transparencia fiscal internacional o cuando la deducción ya se hubiese aplicado en otros Estados.

Esta previsión generará una gran incertidumbre en el régimen de la deducibilidad de ciertos pagos, pues tal deducibilidad estará condicionada por circunstancias que, frecuentemente, sólo podrán constatarse *a posteriori*. Las normas de los Estados de los "pagadores" (los sujetos que reciben financiación, por ejemplo) sólo podrán permitir la deducción a partir de la constancia del pago efectivo en el correlativo Estado. Se condicionará la deducción de lo pagado, lo que, además de afectar a la capacidad de los Estados de ordenar sus instrumentos financieros, tendrá trascendencia a efectos de aplicar la regla de no discriminación prevista en el artículo 24, 4 del Modelo de Convenio de la OCDE, que dispone *los intereses, cánones y demás gastos pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de dicha empresa, en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar*. Por lo que será necesario armonizar la previsión de no deducibilidad con las exigencias derivadas de esta cláusula cuando exista convenio de doble imposición que la incluya.

Y aunque la deducibilidad de lo pagado puede estar condicionada, los Estados podrán aplicar retenciones sobre el pago (como sería el caso de híbridos dividendos/intereses). Para los pagadores puede darse la situación de que no se pueda deducir el pago y que el mismo sea gravado con una retención en la fuente. Ello es importante si el pago es referible a un establecimiento permanente, pues el gravamen unido a la no deducibilidad supone que estaríamos ante una carga fiscal del propio establecimiento permanente a efectos de apreciar una posible discriminación prohibida por el artículo 24,3 del Modelo OCDE.

Y también la ley del país de residencia de los pagadores podrá aceptar la exención mientras ésta no se aplique en el otro Estado. Existiendo convenio, esta cuestión podría solventarse con la previsión en el mismo de

una cláusula de exclusión (Comentario 15 al artículo 1 del Modelo OCDE) que podría ser activada por el Estado de la fuente para denegar la exención prevista en el Convenio. Pero si no existe Convenio la transposición de esta previsión de BEPS va a tener que canalizarse a través de una norma anti doble deducción (*double dipping*). Y ello, sin duda, hará de las leyes de exención de los Estados receptores de inversión normas mucho más inciertas.

En segundo lugar, la exclusión generalizada de la doble imposición puede suponer un ataque a la línea de flotación del *tax sparing* o método de imputación de impuestos no pagados, indispensable para el pleno aprovechamiento de los beneficios fiscales que, con gran sacrificio recaudatorio, conceden los países de Latinoamérica y otros en vías de desarrollo para captar inversión exterior. De hecho, la lucha por la inclusión de cláusulas de *tax sparing* en los Convenios es un empeño histórico de la doctrina latinoamericana³⁸, lo que se pone de manifiesto con su reconocimiento en el Modelo Multilateral de Convenio para evitar la Doble Imposición propuesto por el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, para asegurar el logro de los objetivos de política fiscal internacional del Estado de la fuente. Al tiempo, esta cláusula ha sido incorporada en diversos convenios internacionales de doble imposición, singularmente, en los suscritos por Brasil. Y es que la viabilidad del *tax sparing* puede verse cuestionada por expresiones contenidas en BEPS que no tienen muy en cuenta las singularidades de los Estados en los las Acciones se pretenden aplicar.

En suma, estamos ante una Acción que arroja soluciones asimétricas para los Estados de residencia de los inversores internacionales y para los países de la fuente. Y que, además, incide en la falta de sintonía de las propuestas BEPS con la realidad de países que no forman parte de la órbita OCDE.

3. Conclusión

³⁸.- VALDES COSTA, R., *Problemas tributarios entre países desarrollados y países en desarrollo*, Montevideo: Instituto Uruguayo de Derecho Tributario, 1970. pags. 23 a 25.

La valoración a efectos fiscales de las operaciones intragrupo es uno de los aspectos esenciales a la hora de distribuir el poder tributario de gravar beneficios empresariales. Si bien existe una clara orientación antielusiva de la política fiscal relativa a los grupos, de manera que los Estados, de forma unilateral, procuran proteger sus bases imponibles, en los últimos años se había logrado un consenso internacional estable, a partir del principio del *arm's length* y de la plena competencia. No obstante, la existencia de importantes estrategias de planificación agresiva empleadas por las multinacionales para diluir las bases en el país de residencia, como los casos de *base erosion* o reducción del importe de la base gravada mediante deducción de gastos financieros o uso de híbridos, y, singularmente, de *profit shifting* o traslado artificial de beneficios, utilizando los precios de transferencia, ha revelado la insuficiencia de ese consenso internacional.

El Plan BEPS incluye unas propuestas que sólo se transformarán en normas jurídicas vinculantes cuando sean objeto de transposición en los distintos ordenamientos internos. Por eso, esa actividad legislativa inspirada en BEPS no debe convertirse en una suerte de automatismo seguidista que no tenga en cuenta, no ya los valores y principios constitucionales en materia de tributación (como la justicia o la capacidad económica) sino la tradición y la cultura jurídica de los distintos Estados. Así ocurre con la Acción 8 referida a la transferencia de intangibles dentro del grupo y con la Acción 10 que permite poner en tela de juicio la atribución de beneficios resultantes de operaciones entre partes relacionadas carentes de una lógica empresarial diferente a la del ahorro de impuestos. Ambas suponen una expresión de los principios que inspiran la Acción 5 del Plan BEPS, orientada a *combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia*. En virtud de ello, se faculta una valoración de las asignaciones contractuales (en especial, de intangibles) a partir de la concurrencia o no de sustancia económica.

BEPS promueve que las Administraciones dispongan de facultades para desconocer la apariencia jurídica, optando por atender a la sustancia económica, con las salvedades que ello genera desde la perspectiva de la seguridad jurídica. No sólo en relación con las atribuciones de intangibles

que no estén alineados con la asunción de funciones y riesgos, sino con reestructuraciones empresariales. Este último aspecto cuenta con antecedentes recientes: la Guía de Precios de Transferencia de 2010 legitimaba a que si una asignación de riesgos carece de "sustancia económica", las autoridades fiscales puedan decidir no considerar la reestructuración.

En suma, BEPS certifica una corriente donde lo económico prevalece sobre la jurídico. Ello quiere decir que aunque la matriz y filial de un grupo sean entidades con personalidad jurídica diferenciada y, por ende, con capacidad jurídica para contratar incluso entre ellas, la prevalencia de la sustancia sobre la forma puede suponer que entre empresas vinculadas no se atribuya prioridad a la autonomía de la voluntad y a la libertad de contratación. Se trataría de soslayar que nos encontramos antes sujetos con capacidad jurídica diferente para centrarse exclusivamente en el dato de que nos hallamos ante partes de un mismo grupo económico. Esta es la filosofía que está presente en la atribución de beneficios de establecimientos permanentes y del *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments* del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE el 22 de julio de 2010. Según este enfoque los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente son los que éste hubiera obtenido en condiciones de independencia, en especial en sus relaciones con otras partes de la empresa, *como si se tratase de una empresa independiente y separada*, tomando como referencia una empresa que realizase las mismas actividades que el establecimiento permanente. Y ello, teniendo en cuenta *activos, funciones y riesgos*.

Cuando ello ocurre no se atiende a que el establecimiento permanente es una parte de la casa central, y que, salvo el supuesto de los agentes dependientes, no puede tener contratos con su casa central porque adolece de ausencia de capacidad jurídica para negociar (evidencia en la que se fundamenta la *relevant business activity approach*). Por el contrario, se opta por asignar los beneficios que se gravarían en sede del establecimiento permanente sobre la base de una creación ficticia o *nocional* que pasaría por entender que los *dealings* o acuerdos de la casa central para atribuir

funciones a las sucursales equivalen a contratos. Para asignar beneficios hay que *imaginar* las funciones llevadas a cabo, los activos empleados y los riesgos asumidos por una hipotética empresa separada que realizase las mismas actividades que el establecimiento permanente. El análisis de activos, funciones y riesgos supliría la ausencia de capital propio en el establecimiento permanente, la inexistencia de contratos o negocios entre la casa central y el establecimiento permanente y la falta de acuerdos financieros entre ambos. El análisis jurídico de contratos entre sujetos de derecho independientes se supliría por el análisis económico y contable de activos, funciones y riesgos³⁹.

En suma, estaríamos ante una clara prevalencia de lo económico frente a la apariencia jurídica, y frente a la seguridad en el Derecho que genera esa apariencia. El Derecho objetivo es un instrumento de seguridad, que se expresa a través de las formas jurídicas. Un generalizado desconocimiento de las formas, propiciado por BEPS, no parece el mejor marco para afrontar el nuevo paradigma de distribución del poder de gravar los rendimientos de las empresas transfronterizas. Como tampoco parece ser lo más adecuado desconocer la deducibilidad de un componente negativo de la base imponible, como son los intereses y demás gastos financieros, lo que afecta a la capacidad contributiva en su vertiente de *principio del neto* y aboca a gravar rentas ficticias. En especial, cuando tal limitación a la deducción no está claramente vinculada a una conducta elusiva, como ocurre en el ordenamiento español donde se ha recogido en la ley una ratio fija de limitación de deducción de gastos financieros, pero no una ratio de grupo.

Todo ello nos legitima a formular una reflexión de mayor calado y es la de si las fórmulas propuestas por organismos internacionales, guiadas por loables intenciones de mitigar el fraude y la elusión, pueden adoptarse por los diversos países sin someterlas a la criba de valores y principios inspiradores de la tradición tributaria de nuestros Estados fiscales de Derecho. Huelga decir cuál es, para nosotros, la única respuesta posible a este interrogante.

³⁹ .-PALAO TABOADA, C., "Establecimientos Permanentes. Introducción", de la Sección Fiscalidad Internacional y Precios de Transferencia de la AEDAF", 5 de julio de 2011.

© Copyright Seast – Tutti i diritti riservati

© Copyright Seast – Tutti i diritti riservati