

María del Carmen Rodado Ruiz*

ESTRATEGIAS DE PLANIFICACIÓN FISCAL DE LOS GRUPOS MULTINACIONALES EN UN ENTORNO ECONÓMICO DIGITAL

La digitalización ha facilitado las estrategias de planificación fiscal agresiva de las empresas multinacionales. En este artículo se presentan los retos a los que se enfrenta la imposición societaria en esta materia. Se revisan los elementos que caracterizan la planificación fiscal agresiva y se exponen las medidas adoptadas por la OCDE y la Unión Europea para combatirla. También se analizan algunos instrumentos, como las reglas CFC, las normas de subcapitalización y los impuestos sobre los beneficios desviados.

Tax planning strategies of multinational corporations in a digital economic environment

Digitalization has eased the aggressive tax planning strategies of multinational corporations. This article discusses the challenges that corporate taxation faces in this topic, reviewing the elements that characterize aggressive tax planning, as well as the measures adopted by the OECD and the European Union to fight it. Finally, some tools applied such as CFC rules, thin capitalization rules, and diverted profits taxes are analysed.

Palabras clave: planificación fiscal agresiva, coordinación fiscal internacional, impuesto de sociedades, DAC 6, CFC, ATAD, empresas multinacionales.

Keywords: aggressive tax planning, international tax coordination, corporate tax, DAC 6, CFC, ATAD, multinational corporations.

JEL: F13, F23, F53, H25, H26.

1. Introducción

La fiscalidad de las empresas multinacionales (EMN) ha constituido, tradicionalmente, uno de los temas de debate, en el ámbito tributario, con mayor alcance. Las discusiones en esta materia, ya sean de carácter

técnico, político, o simplemente mediático, tienen lugar tanto a nivel nacional como internacional, concerniendo a los Gobiernos de los países, tanto en su condición de Estados de residencia de las matrices como de las filiales, a las organizaciones implicadas en la coordinación fiscal internacional (OCDE, FMI, Unión Europea, Naciones Unidas, etc.) y, por supuesto, a las empresas y a los inversores, además de a otros muchos agentes sociales. Con el inicio del siglo XX, los fenómenos de la globalización y, más recientemente, el de la transformación digital, de forma combinada, han situado a las EMN en un primer plano de las agendas fiscales de los Gobiernos nacionales y de las instituciones internacionales.

* Universidad Rey Juan Carlos.

Contacto: mariacarmen.rodado@urjc.es

Agradecimientos: Los comentarios realizados por Jorge Onrubia al contenido de las versiones iniciales han enriquecido considerablemente este artículo.

Los errores que puedan subsistir son exclusivamente de mi responsabilidad.

Versión de noviembre de 2020.

<https://doi.org/10.32796/ice.2020.917.7141>

Detrás de esta realidad se encuentra la preocupación de la mayoría de los países e instituciones internacionales por el importante debilitamiento al que se están viendo sometidas las reglas de coordinación fiscal internacional que rigen, en gran medida, la tributación transnacional, con las consecuentes pérdidas de recaudación. A la hora de preguntarse qué hay detrás de esta vulnerabilidad actual de los sistemas tributarios en relación con el gravamen de las EMN, Hebous (2020) señala que, aunque la fragilidad de los acuerdos y normas fiscales internacionales ha existido siempre, las EMN han experimentado en las dos últimas décadas una transformación que las ha convertido en «empresas mundiales, con importantes ramificaciones fiscales», fundamentalmente por el importante incremento del comercio de servicios e intangibles de difícil valoración (*hard-to-price*), así como por la vertiginosa expansión de la economía digital.

Existe un amplio consenso a la hora de reconocer, como un factor clave en este escenario, la creciente pérdida de relevancia de la presencia física de las empresas en los territorios para desarrollar sus negocios, lo que facilita la reubicación de las bases imponibles del impuesto sobre sociedades hacia jurisdicciones fiscales de conveniencia, incluidos los paraísos fiscales, además de dificultar el control por parte de las Administraciones tributarias (López Laborda & Onrubia, 2019). Este escenario de traslados de beneficios en busca de una menor tributación ha incentivado una fuerte competencia fiscal entre Estados, incluso dentro de la Unión Europea, donde países como Irlanda, Países Bajos o Luxemburgo ofrecen normativas impositivas muy favorables, lo que hace que, con frecuencia, estas jurisdicciones estén presentes en las estrategias de planificación fiscal de las EMN de ámbito global.

Tradicionalmente, la coordinación de la tributación internacional se ha basado, en gran medida, en la aplicación de una amplísima red de Convenios de Doble Imposición (CDI), de carácter bilateral, inspirados en las sucesivas versiones del modelo propuesto

por la OCDE¹. Las cuatro grandes reglas que rigen estos convenios son, básicamente: *i*) el principio de empresa separada, que da prioridad a la forma jurídica de la misma (matrices y filiales como personas jurídicas diferentes), frente a una visión, desde el punto de vista económico, más comprehensiva del grupo; *ii*) el principio de tributación por la renta mundial en la jurisdicción donde una sociedad sea residente o tenga la sede de su dirección efectiva de negocio, quedando como residual el principio de territorialidad; *iii*) la figura del establecimiento permanente, delimitado y acotado conceptualmente (como se recoge en el Modelo OCDE)², como nexo de tributación de las rentas empresariales obtenidas en jurisdicciones fiscales distintas de la de residencia de la matriz, o en su caso, de residencia de las filiales residentes en territorios diferentes al de la matriz; y *iv*) el mecanismo de los precios de transferencia, consistente con el principio de entidad separada, como método de valoración de la retribución de las transacciones realizadas entre sociedades y establecimientos permanentes integrados en el grupo y, por tanto, dependientes, en última instancia, de un único poder de decisión empresarial.

Con el inicio del siglo XXI, la evolución de la economía tradicional hacia una economía cada vez más digitalizada, resultado de un proceso de transformación desencadenado por los avances en las tecnologías de la información y la comunicación, junto con la capacidad de gestión masiva de datos, ha supuesto una transformación profunda de los negocios desarrollados por las EMN. Estos cambios no solo están afectando a la forma en la que los bienes y servicios son puestos a disposición de los consumidores, sino también al contenido de las actividades comerciales y de producción,

¹ En Falcón y Tella y Pulido Guerra (2018) se ofrece una revisión completa sobre la evolución histórica de los principios de coordinación tributaria internacional y de los modelos de convenios para evitar la doble imposición. Sobre los cambios esperables en el actual marco de los (CDI), véase Serrano Antón (2016).

² La última actualización del modelo de convenio de la OCDE es de 2017 (OCDE, 2019).

generando nuevos modelos de negocio, donde la creación de valor depende, en buena medida, de los activos intangibles, los datos y el conocimiento. Pero, a la vez, esta transformación ha provocado la pérdida de eficacia de unas normas de coordinación fiscal que fueron establecidas para una concepción eminentemente material de la actividad empresarial, que requería la presencia física de las empresas en los territorios para desarrollar sus negocios (López Laborda & Onrubia, 2020). Como señala Sanz Gadea (2015), los patrones de tributación del siglo XX no resultan adecuados para esta nueva realidad económica, lo que es aprovechado por los grupos multinacionales para minimizar y eludir sus obligaciones tributarias, aprovechando las posibilidades que brinda la tecnología digital para realizar, cada vez con costes menores, transacciones económicas en un Estado distinto a aquel en el que se produce o genera el valor. De hecho, la digitalización de la actividad económica ha introducido una nueva perspectiva en el comportamiento tributario societario, en el que el desplazamiento de beneficios entre jurisdicciones fiscales aparece como un instrumento fundamental en las estrategias de planificación fiscal agresiva adoptadas por las EMN.

Recientemente, la Comisión Europea (CEPS, 2020) ha publicado un informe en el que se realiza un análisis de las implicaciones que tiene la digitalización económica en las estrategias de planificación fiscal agresiva y en las prácticas fiscales perjudiciales, en el que se advierte de la necesidad apremiante de adaptar los sistemas fiscales de los Estados miembros y de adoptar nuevas reglas de fiscalidad internacional para frenar la elusión y la evasión impositivas derivadas de la nueva era digital. Asimismo, este informe considera indispensable adaptar los actuales convenios de doble imposición a los nuevos condicionantes de la tributación de los negocios digitales. También se destaca en el mismo la necesidad de aumentar la asistencia técnica recibida por las autoridades tributarias nacionales para analizar los datos y la información que reciben de otros Estados miembros. Además de los perjuicios recaudatorios

ocasionados a los Estados miembros, la Comisión Europea destaca también la importancia que tienen las prácticas de planificación fiscal agresiva para la competencia entre empresas que operan en la misma jurisdicción fiscal, debiendo ser un objetivo prioritario de los Gobiernos el garantizar la igualdad de condiciones para todas las empresas (*level playing field*). En esta misma línea, se recomienda reforzar los sistemas tributarios nacionales y dotar de mayores medios a las Administraciones tributarias para reducir la incertidumbre fiscal y jurídica a las que se enfrentan las empresas en este nuevo escenario de relaciones fiscales.

El objetivo principal de este artículo es presentar una serie de consideraciones sobre los retos a los que se enfrenta la imposición societaria internacional en relación con las estrategias de planificación fiscal adoptadas por las EMN en el nuevo escenario de la digitalización económica. La perspectiva seguida parte de la delimitación entre dos tipos de planificación fiscal: aquella que busca, en cada momento y contexto, las estrategias de inversión y financiación más convenientes para maximizar la rentabilidad financiero-fiscal de las empresas, dentro del estricto respeto de la legislación vigente; y la planificación fiscal agresiva, incluidas las calificadas como prácticas fiscales perjudiciales, dirigida a evitar, total o parcialmente, el cumplimiento de las obligaciones tributarias exigibles desde una aplicación justa y correcta de las normas en vigor. No podemos pasar por alto que, en los últimos años, ha tenido lugar un aumento importante de la competencia fiscal entre países, lo que ha dado lugar a que bastantes jurisdicciones fiscales hayan incorporado a sus normativas tributarias atractivos incentivos fiscales para captar inversiones de capital y negocios, con lo que esto supone de opciones a considerar por la planificación fiscal no agresiva³.

Tras esta introducción, el apartado 2 del artículo se ocupa de presentar los elementos que caracterizan la planificación fiscal agresiva, diferenciándola de

³ Véase, sobre esta cuestión, Sánchez-Archidona (2017).

la considerada como legítima. En esta sección también se muestran algunas implicaciones relevantes para la coordinación fiscal internacional de esta distinción. En el apartado 3 se exponen los elementos principales de las estrategias de planificación fiscal en un entorno de digitalización económica, incluido el papel del concepto de establecimiento permanente. El apartado 4 se encarga de revisar dos medidas multilaterales relevantes adoptadas contra la planificación fiscal agresiva, respectivamente por la OCDE en la Acción 12 del Plan BEPS (la introducción de *mandatory disclosure rules*) y la «DAC 6 (por sus siglas en inglés)» de la Unión Europea (Directiva UE 2018/822 del Consejo). En el apartado 5 se analizan algunos instrumentos de coordinación fiscal utilizados por los países para reducir las opciones de planificación fiscal agresiva, como son los regímenes fiscales sobre empresas extranjeras controladas (*CFC Rules*), la Directiva «ATAD» de la Unión Europea (Directiva UE 2016/1164 del Consejo), las normas de subcapitalización y los impuestos sobre los beneficios desviados. El último apartado concluye con unas reflexiones finales.

2. La planificación fiscal agresiva frente a la planificación fiscal legítima

A pesar de que se trata de un concepto intuitivo, la planificación fiscal agresiva carece de una definición técnica o académica generalmente aceptada. La planificación fiscal agresiva puede combinar elementos tanto de elusión como de evasión fiscal, incluso de planificación fiscal no agresiva. La diferenciación con estos conceptos, anteriores en la literatura económica, es también difícil de establecer (Carbajo, 2016). La Comisión Europea (2012) se refiere a la planificación fiscal agresiva como «el aprovechamiento excesivo de los tecnicismos de un sistema fiscal o de los desajustes entre dos o más sistemas fiscales para reducir la carga fiscal de las empresas». En 2017, en un informe para la Comisión Europea (2017) se complementa esta definición vinculando sus consecuencias,

al expresar que la «planificación fiscal agresiva generalizada implica menos ingresos para los países y da lugar a contribuciones injustas por parte de algunos contribuyentes, lo que reduce la moral fiscal y crea distorsiones de la competencia entre las empresas».

Para Alm (2014), la planificación fiscal agresiva suele identificarse con una transacción de evasión de impuestos que se ajusta a las normas legales tributarias, aunque no a su espíritu, de manera que el esquema aplicado conduce a que el contribuyente soporte un tipo impositivo efectivo inferior al que la política tributaria prevé para ese hecho imponible⁴. En cuanto a los esquemas utilizados, estos suelen presentar como características habituales las siguientes: *i*) ausencia total o parcial de justificación económica del esquema utilizado; *ii*) sofisticación del esquema a partir de la utilización de mecanismos complejos que, por lo general, incluyen varios pasos transaccionales, reales o ficticios; y *iii*) existencia de deficiencias, debilidades o ambigüedades en las normas tributarias aplicables. Alm (2014) establece, además, una vinculación fuerte entre la planificación fiscal agresiva y la incertidumbre en el cumplimiento de las obligaciones fiscales, que estaría favorecida por la complejidad de los sistemas impositivos, especialmente en lo que concierne al impuesto sobre sociedades, así como por las frecuentes modificaciones a las que se ven sometidas las normas tributarias.

Un enfoque interesante, que aporta luz respecto de la delimitación de lo que puede considerarse planificación fiscal agresiva, es el ofrecido por Hanlon y Heitzman (2010), para quienes la planificación fiscal, debe contemplarse como un continuo. Así, en un extremo, encontraríamos la planificación fiscal «conveniente», consistente en el aprovechamiento óptimo de las opciones que brinda de forma expresa la normativa reguladora de los tributos, con el propósito de minimizar los pagos impositivos, bajo

⁴ En los efectos sobre los tipos efectivos, la definición es coincidente con las consideraciones realizadas por la OCDE (2011).

el criterio económico del coste de oportunidad temporal⁵. Así, un comportamiento de planificación fiscal «conveniente» en una empresa, debería conducir, por ejemplo, a elegir aquellos métodos de amortización fiscal que le reportasen una menor carga impositiva a lo largo de la vida útil de los activos, seleccionar aquellas inversiones que, considerada su rentabilidad bruta, el riesgo y la liquidez, contasen con mayores bonificaciones fiscales, aparejasen la aplicación de tipos de gravamen inferiores, o contasen con diferimientos del pago de cuotas impositivas más dilatados. Por supuesto, debe tenerse en cuenta que la adopción de decisiones económicas de inversión y financiación, además de las relativas a la forma organizativa, por motivos fiscales, apareja costes de eficiencia⁶.

En el otro extremo de ese continuo, se situarían las actividades de «refugio fiscal ilegal» (*illegal tax sheltering*), que se identificarían fundamentalmente con las estrategias de evitación de las obligaciones fiscales, mediante la realización de transacciones económicas ilegales o la simulación de actos o negocios jurídicos dirigidos a ocultar las obligaciones tributarias inherentes a las actividades realizadas. En medio, Hanlon y Heitzman (2010) ubican la planificación fiscal agresiva, considerándola un grado de la elusión fiscal en la que se utilizan estrategias consistentes en transacciones artificiales, cuyo único propósito es reducir los pagos impositivos que se generarían en ausencia de las mismas. No obstante, estos mismos autores reconocen la dificultad de identificar cuándo esas transacciones son totalmente innecesarias y no

tienen más misión que minorar o evitar las obligaciones tributarias que se exigirían si estas no se hubieran llevado a cabo. De hecho, Hanlon y Heitzman (2010) concluyen que la determinación de si una empresa está comportándose de forma agresiva en su planificación fiscal depende de quién hace la valoración («*the eye of the beholder*»). Partiendo de la mencionada dificultad de delimitación del concepto de planificación fiscal agresiva, Blouin (2014) introduce una interesante perspectiva, compatible con la propuesta anterior, considerando que el carácter de agresividad en las estrategias fiscales está asociado con el riesgo fiscal, no pudiéndose definir ambos por separado, algo que debería tenerse en cuenta a la hora de considerar cualquier medida de estos dos conceptos.

3. La planificación fiscal internacional en un contexto económico digitalizado

La OCDE (2013) ya señalaba una serie de estrategias fiscales, seguidas sobre todo por grandes empresas, dirigidas a reducir sus facturas fiscales por debajo de los niveles previstos en las normativas tributarias. En su informe, la OCDE destacaba dos estrategias principales. En el impuesto sobre beneficios, las sociedades practican la división artificial de los rendimientos generados por sus actividades, normalmente entre entidades controladas situadas en jurisdicciones fiscales diferentes. En el impuesto sobre el valor añadido (IVA), las empresas trataban, con frecuencia, de someter los suministros realizados a distancia por medios digitales a tipos de gravamen inferiores al correspondiente por la naturaleza de la transacción, incluido el tipo cero en el caso de que los destinatarios fueran empresas exentas o multilocalizadas que desarrollaran actividades exentas.

Puede decirse que, en buena medida, las estrategias empleadas en el escenario de la economía digitalizada son análogas a las empleadas por las empresas que hacen negocios en los sectores de la actividad económica tradicional, compartiendo generalmente

⁵ Este concepto de planificación fiscal conveniente es asimilable al planteado por Domínguez Barrero y López Laborda (2001), y ampliado en Domínguez Barrero (2017), basado, fundamentalmente, en la noción de elección entre las alternativas que brinda la normativa fiscal, con el objetivo de maximizar la renta disponible, minimizar los costes de una actividad, o incrementar la riqueza de los individuos, siempre teniendo en cuenta que los impuestos son una variable relevante en las decisiones económicas, pero no la única. En este sentido, las preferencias por la liquidez, el riesgo, la rentabilidad de los activos, la productividad del trabajo o el coste financiero, entre otras, serían variables que interactúan con la fiscalidad y que resultan, en última instancia, determinantes de las decisiones económicas.

⁶ Sobre los excesos de gravamen derivados de las estrategias fiscales de las empresas societarias puede verse Goolsbee (1998).

los mismos objetivos finales. No obstante, como ya se ha comentado en la introducción, algunas características propias de la digitalización de los negocios económicos están contribuyendo a potenciar el uso de las estrategias de planificación fiscal agresiva o, simplemente, orientadas a la elusión fiscal. De hecho, cada vez resulta más frecuente que el personal y la infraestructura informática, en sentido amplio, de las empresas se encuentren repartidos en diferentes países, distintos del Estado de residencia de la sede central del grupo⁷. Todo ello conduce a que, en la actualidad, la digitalización permita, sin incurrir en grandes costes de transacción, que el nexo empresa-cliente no exija una presencia física que, de acuerdo con los criterios tradicionales de sujeción fiscal, permite gravar los hechos imposables generados en las jurisdicciones fiscales donde residen los consumidores finales de los bienes y servicios producidos y distribuidos.

Elementos principales de las estrategias de planificación fiscal

Bajo estas premisas, en el nuevo contexto económico fuertemente digitalizado se pueden señalar una serie de elementos que resultan clave para la planificación fiscal de las grandes entidades societarias:

1) La determinación de los criterios de sujeción a la jurisdicción de un país. Con las tecnologías digitales y los efectos de red generados por la interacción entre consumidores, el desarrollo de una actividad económica cada vez requiere una menor presencia física de las sociedades en los territorios en los que se localizan sus clientes.

⁷ En muchos casos las EMN tienen presencia en el país donde están sus clientes por razones organizativas, bien para garantizar un servicio de más calidad, bien para minimizar los tiempos de espera. En estos casos, estas actividades quedan, en principio, sujetas en estas jurisdicciones fiscales. No obstante, con alguna frecuencia, las sociedades tienden a dificultar ese gravamen mediante diseños organizativos complejos, incluida la utilización de empresas contratistas de esos servicios no directamente controladas, aunque con contratos de cuasixclusividad a largo plazo.

2) El tratamiento fiscal del valor de los datos generados a través de productos y servicios digitales. El almacenamiento de datos de usuarios y el acceso telemático a los mismos podría considerarse como una forma de nexo con una determinada jurisdicción⁸.

3) La calificación de las rentas percibidas. Se trata de un elemento clásico de la planificación fiscal. Los nuevos modelos negocio, relacionados con la digitalización y en evolución constante, plantean problemas importantes en cuanto a la calificación fiscal de los pagos efectuados. Por ejemplo, la computación en la nube y los ingresos procedentes de este tipo de actividades pueden ofrecer distintas alternativas de calificación: cánones/regalías por los pagos por alquiler de equipos; tasas por prestación de servicios técnicos, como, por ejemplo, los servicios de alquiler de espacio en la nube; o como beneficios empresariales por prestación de servicios (OCDE, 2013). Con toda seguridad, controversias sobre la calificación de rentas se producirán en un futuro próximo, a medida que se vaya generalizando el desarrollo y utilización de la impresión en 3D o el denominado «internet de las cosas, IoT (por sus siglas en inglés)». La tributación difiere según se califique la operación que, en principio, debe contemplarse en disposiciones específicas en los convenios de doble imposición (CDI)⁹. La mayor parte de los CDI determinan que los beneficios empresariales se sometan a un territorio si se obtienen a través de un establecimiento permanente ubicado en el mismo; en cambio, otro tipo de rentas como los cánones, pueden estar sujetos a una retención en el país fuente de la renta. En este sentido, resulta perentoria la necesidad de definir con claridad en los CDI la calificación de las rentas generadas en los nuevos modelos de negocio.

4) La delimitación del concepto de «establecimiento permanente» (EP). La delimitación del concepto de EP es muy importante, ya que la sujeción a gravamen de

⁸ Véase OCDE (2014).

⁹ Estas implicaciones son analizadas dentro del actual marco de los CDI en Gómez Requena (2018).

la renta obtenida como beneficio empresarial por una entidad no residente depende de la existencia e identificación del mismo. Cualquier otra calificación de rentas puede ser gravada por el Estado de la fuente sin este requisito, pero los beneficios empresariales, no.

El papel del concepto de establecimiento permanente

A continuación, merece la pena prestar atención al alcance actual de la determinación de un EP, aspecto crucial en las estrategias de planificación fiscal internacional¹⁰. Tradicionalmente, la consideración de EP se ha vinculado, de forma general, a la existencia para una empresa de un «lugar fijo» de presencia en un territorio, o a la de un agente «dependiente» de la empresa que desarrolle una actividad económica de cierta entidad en dicho territorio—art. 5, apartados 5 y 6 del Modelo de Convenio OCDE (2019)¹¹—. Los dos aspectos que conforman el concepto de EP —la necesidad de presencia física y la cuantificación del grado de actividad desarrollado para que un agente sea considerado «dependiente» de la empresa— son objeto de debate en el contexto actual de la creciente digitalización de la economía¹². Cada vez es más evidente que los nuevos modelos de negocio no necesitan, en muchos casos, presencia física de la empresa en los territorios y ciertas actividades desarrolladas por agentes dependientes, antes consideradas de

carácter auxiliar (no incluidas, por tanto, para la consideración de un EP), hoy día han dejado de serlo¹³.

En los sucesivos comentarios al Modelo de Convenio y en los distintos borradores e informes elaborados, en las dos últimas décadas, por la OCDE (2002, 2008, 2012, 2019) se han ido incluyendo modificaciones del concepto tradicional de EP, tratando de adaptarlo a los cambios e innovaciones experimentados, en gran medida, por la digitalización de los modelos de negocio nacionales e internacionales. La última actualización del Modelo de Convenio OCDE (2019) recoge modificaciones sobre las modalidades de EP a partir de las propuestas formuladas en la Acción 7 del Proyecto BEPS de la OCDE (2016). Sin embargo, hay que advertir que la tipología que se recoge en el nuevo Modelo de Convenio es, esencialmente, la misma, pues no se consideran como tales ni el concepto de establecimiento digital ni el de servicios telemáticos.

En concreto, las modificaciones se circunscriben a matizaciones encaminadas a evitar la posibilidad de seguir estrategias fiscales dirigidas a «camuflar» su presencia. Se mantienen dos tipos de establecimiento permanente, lugar fijo de negocios y establecimiento permanente ficticio, incluyendo en este el de construcción y el de agente dependiente. El primero de ellos recoge el carácter continuado y permanente de un lugar donde se realice la actividad económica, sin que sea necesaria la presencia de recursos humanos, como sucede en las actividades que se asimilan con la instalación de máquinas de venta de artículos (*vending*), máquinas de apuestas, o incluso tuberías, antenas de satélites, cables de telecomunicaciones y servidores de internet. Sí que se exige que las actividades del EP pertenezcan al núcleo principal del negocio, lo que implica que no pueden ser generadoras de otro tipo de rentas con diferente calificación,

¹⁰ En Pedrosa (2019) se ofrece una revisión de la evolución histórica del concepto de establecimiento permanente, incluyendo consideraciones sobre la necesidad de adaptación ante el fenómeno de la digitalización.

¹¹ Se considera que una empresa tiene un establecimiento permanente en un territorio si hay una persona que actúe como agente dependiente de la empresa, es decir, que el alcance de sus poderes y las actividades que realice para la empresa sean de cierta entidad, no de carácter auxiliar ni esporádico (art 5.5, Modelo Convenio OCDE, 2019). La exigencia de que este agente esté sometido a instrucciones y control global por parte de la empresa, así como la asunción del riesgo por parte de la misma son aspectos regulados en el art. 5.6 del Modelo de Convenio.

¹² Sobre el papel de estos elementos y su reconsideración en el escenario de actividades con fuerte presencia de la tecnología digital, véase Skaar (2020). Y en relación con las actividades de computación en la nube, véase Weisser (2020).

¹³ Por ejemplo, un almacén local puede constituir una actividad esencial si en un determinado negocio de venta *online* de bienes corporales es necesario realizar entregas rápidas a los clientes.

como los alquileres de inmuebles, la cesión de patentes o los rendimientos de inversiones de capital mobiliario.

El Modelo de Convenio vigente no incluye como EP las actividades auxiliares, pues se presume que, precisamente, se utiliza este calificativo por parte de determinadas entidades internacionales para evitar la presencia de un centro de actividad en otro Estado en el que la entidad no residente realiza actividades empresariales, con el objetivo de no tributar en el Estado donde se desarrollan, precisamente por no constituir un EP. Un ejemplo de este tipo de actividades ahora revisadas es el concepto de «almacén», incluido como actividad esencial cuando la venta está conectada con el mismo o cuando el tamaño de sus instalaciones o de su personal es considerable, considerando el conjunto de la empresa. La determinación de estas actividades auxiliares puede constituir un elemento relevante para el desarrollo de las estrategias de planificación fiscal agresivas de los grupos societarios.

El nuevo Modelo de Convenio OCDE de 2017 ha implementado también modificaciones respecto a una regla «antifragmentación», para evitar la elusión artificiosa del estatus de EP a través de exenciones de actividades concretas (art. 13 del Convenio Multilateral, OCDE, 2017)¹⁴. De este modo, las actividades que desarrolla la empresa fuera de su territorio de residencia se han de considerar en conjunto a la hora de valorar si exceden el umbral mínimo requerido para ser EP, a fin de evitar que se utilice la fragmentación para tratar de no superar el umbral de actividad auxiliar o preparatoria. Además, esta modificación tiene una consecuencia económica inmediata: una mayor imputación de ingresos y gastos, al existir más actividades realizadas por el EP.

La especialidad sectorial también afecta a la consideración de los establecimientos permanentes. Así,

en el caso de un EP de construcción, su consideración como tal exige el cumplimiento de dos requisitos: *i)* uno temporal, según el cual el umbral se fija en 12 meses por obra o proyecto; y *ii)* el desarrollo de una actividad empresarial. En este caso, también la regla antifragmentación obliga a analizar la actividad de manera global, con la finalidad de evitar la división de contratos en proyectos de duración inferior a 12 meses para eludir la constitución del EP.

Otro caso es el del EP constituido por un agente dependiente, incorporado en la nueva redacción del artículo 5 del Modelo de Convenio de 2017, recogido en el artículo 12 del Convenio Multilateral, y previamente incluida en la Acción 7 del Plan de Acción BEPS para evitar estrategias de planificación fiscal. Se trata de una revisión de la figura tradicional del comisionista, mediante una cláusula de agencia que considera como EP a una persona física o jurídica que actúa en un Estado por cuenta de una empresa no residente y que ejerce de manera habitual poderes que la facultan para concluir contratos en su nombre. En estos casos, el agente dependiente es considerado nexo de unión personal jurídico-tributaria entre la empresa y el país de la fuente de renta, condicionándose su vinculación con la entidad extranjera exclusivamente a la participación activa en las negociaciones, dejando al margen los aspectos puramente formales de la misma. En suma, la habitualidad para concluir contratos en nombre de la empresa, la participación activa en las negociaciones del contrato y el acatamiento de las directrices procedentes de la empresa no residente se consideran elementos determinantes de una relación de agencia y, por tanto, corroboran la existencia de un EP en ese territorio. A diferencia de esta categoría anterior, serían elementos determinantes de la condición de no vinculación del agente independiente: la existencia de una remuneración variable, la asunción de un cierto riesgo por el agente, la no exclusividad de actuación con una sola empresa, y la autonomía respecto de la disponibilidad de su tiempo. Con el fin de evitar estrategias de planificación fiscal

¹⁴ En España, por las sucesivas disoluciones de las cámaras legislativas, este Instrumento Multilateral, a fecha de 20 de octubre de 2020, se encontraba pendiente de ratificación.

articuladas mediante el diseño de diferentes formas de relación de las empresas dentro de los grupos multinacionales, la nueva redacción del Modelo de Convenio de 2017 optó por no establecer listados casuísticos.

Finalmente, una cuestión fundamental para la planificación fiscal, en el contexto de una economía cada vez más digitalizada, es la consideración del denominado «establecimiento permanente digital» (en ocasiones, también denominado «virtual»). La referencia al mismo por parte de la OCDE se remonta al año 2003. No obstante, los escollos puestos de manifiesto a través de diversos informes técnicos concluyeron con su no inclusión en el Modelo de Convenio de la OCDE de 2017 (aunque algún país, como Israel, lo haya incluido en el impuesto sobre la renta para entidades no residentes). El principal punto de controversia radica en si conceptos del comercio electrónico como *website*, servidor (*host*) o el conjunto de usuarios que consumen los servicios distribuidos implican o no presencia de una empresa en una determinada jurisdicción fiscal. El primero de ellos es un intangible sin localización física, pero los otros dos conceptos sí la exigen, lo que obligaría a tener que determinar si exceden los umbrales mínimos incluidos en la aplicación de las cláusulas de agencia.

En la doctrina tributaria internacional no existe consenso respecto a la inclusión de este nuevo tipo de EP, con posturas enfrentadas por las ventajas e inconvenientes que su reconocimiento generaría en el actual marco internacional de relaciones fiscales¹⁵. Los detractores, además de la peculiaridad de este tipo de operaciones que impide encuadrarlas en ninguna de las diferentes acepciones tradicionales del concepto de establecimiento permanente, detectan también un cierto riesgo hacia la tributación de los beneficios empresariales en los Estados de origen de la renta, al obviarse la necesidad de presencia física en un territorio. Además, para su consideración habría

que determinar un umbral de ingresos, con la consiguiente dificultad de consensuar las reglas de imputación de los ingresos y los gastos. Desde 2014, la discusión derivó hacia el concepto de «presencia virtual significativa», propuesto por el Grupo de Expertos sobre la Fiscalidad de la Economía Digital (GEFED) de la OCDE (2014), como posible solución para sujetar a tributación las rentas de origen virtual que quedasen fuera del actual estatuto de tributación del EP (Cruz Padiá & Sánchez Archidona, 2017).

4. Acciones multilaterales contra la planificación fiscal agresiva

En los últimos años, las principales organizaciones supranacionales, como la OCDE y la Unión Europea han insistido en la necesidad de prevenir y combatir las prácticas de planificación fiscal agresiva, reforzando la transparencia, al considerar que no disponen de información completa y relevante sobre las estrategias de planificación fiscal, lo que les impide identificar áreas de riesgo.

La Acción 12 del Plan BEPS (OECD, 2015) aboga por que los países introduzcan requisitos de divulgación obligatoria para los esquemas de planificación fiscal agresiva (*mandatory disclosure rules*). En concreto, esta Acción contiene una serie de recomendaciones para el diseño de normas que obligan a los contribuyentes y a sus asesores (denominados «intermediarios») a informar sobre los esquemas de planificación fiscal agresiva acordados. Las recomendaciones incorporadas están construidas, como un marco modular, sobre la base de un equilibrio entre la necesidad de las Administraciones tributarias de contar con información temprana sobre los planes de planificación fiscal agresiva, y la exigencia de que la divulgación de esa información esté debidamente orientada a los fines previstos, sea exigible y no imponga cargas injustificadas de cumplimiento a los contribuyentes. En el informe final de la Acción 12 se incluyen, también, recomendaciones concretas sobre las normas relativas a los planes

¹⁵ En Gómez Requena y Moreno González (2018) se ofrece una completa discusión, desde una perspectiva jurídico-tributaria, de las posibilidades de tratamiento del concepto de establecimiento permanente en el ámbito de la economía digital.

tributarios internacionales, la elaboración y aplicación de mecanismos de intercambio de información, así como sobre la puesta en marcha de estrategias de cooperación más eficaces entre Administraciones tributarias.

Durante la sesión del Consejo ECOFIN de abril de 2016, los Estados miembros de la Unión Europea solicitaron a la Comisión Europea que considerara emprender iniciativas en materia de normas obligatorias de información inspiradas en la Acción 12 de BEPS, con el propósito de desincentivar la participación de los intermediarios tributarios en el diseño y utilización de mecanismos de elusión y evasión fiscal¹⁶. Como consecuencia de esta iniciativa, finalmente, el 25 de julio de 2018 entró en vigor la Directiva 2018/822 en relación con el intercambio de información en el ámbito de la fiscalidad de determinadas operaciones transfronterizas, conocida como DAC 6 o Directiva sobre intermediarios fiscales¹⁷.

La DAC 6 establece la obligación de informar en relación con determinadas operaciones transnacionales que puedan suponer potencialmente actuaciones consideradas como planificación fiscal agresiva. En concreto, la DAC 6 establece la obligación de informar de los mecanismos transfronterizos cuando concorra al menos uno de los indicios o señas distintivas (*hallmarks*) de un mecanismo de planificación fiscal agresiva, contenidas en el Anexo IV de la propia Directiva. El carácter transfronterizo viene determinado cuando el mecanismo de planificación afecta «a más de un Estado miembro o a un Estado miembro y una tercera jurisdicción fiscal».

¹⁶ La Directiva identifica como intermediarios tributarios a «cualquier persona que diseñe, comercialice, organice, ponga a disposición para su ejecución un mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación de información, o que gestione su ejecución». Como señala López-Tello (2019), la Comisión Europea hace referencia expresa a contables, asesores, abogados y bancos.

¹⁷ Esta directiva modifica la Directiva 2011/16/UE en relación con el intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad que afecta a los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información.

La Directiva diferencia entre señas distintivas de planificación fiscal potencialmente agresiva generales y específicas. Las primeras son aquellas vinculadas al criterio del beneficio principal, considerado este como el beneficio que razonablemente se espera de la utilización del mecanismo de planificación fiscal. Entre ellas estarían actuaciones como el cobro del intermediario en función del ahorro fiscal obtenido por la utilización del mecanismo, contraer una obligación de confidencialidad o el uso de un mecanismo de planificación normalizado y preestablecido, concebido para su utilización por varios contribuyentes sin necesidad de adaptaciones sustanciales (Wolters Kluwer, 2020).

Las segundas, las señas distintivas específicas pueden ser, a su vez, de cuatro categorías (López Tello, 2019): *i*) las específicas vinculadas a la prueba del beneficio principal; *ii*) las vinculadas a operaciones transfronterizas; *iii*) las relacionadas con el intercambio automático de información y la titularidad real de los mecanismos de planificación; y *iv*) las relativas a los precios de transferencia.

En el primer tipo se incluyen mecanismos como los basados en medidas artificiosas consistentes en operaciones societarias dirigidas a reducir obligaciones tributarias mediante la transferencia de pérdidas a otras jurisdicciones o la aceleración de su compensación; la conversión de rentas societarias en rentas del capital mobiliario, donaciones u otras categorías de renta sujetas a un gravamen inferior o fiscalmente exentas; los consistentes en el empleo de entidades interpuestas o de actividades sin función económica principal que permiten operaciones circulares de fondos.

En el segundo tipo se encontrarían los mecanismos que dan lugar a la deducibilidad de pagos transfronterizos entre empresas asociadas, tanto si el destinatario no es residente a efectos fiscales en ninguna jurisdicción fiscal, como si siéndolo, esta no aplica el impuesto sobre sociedades, lo hace con tipos muy bajos, aplica una exención total del impuesto a los pagos en la jurisdicción de residencia fiscal del destinatario o un régimen fiscal preferente; o si se trata, según los criterios

usados por la OCDE, de una jurisdicción «no cooperativa». También se incluyen las reclamaciones en más de una jurisdicción fiscal de deducciones por depreciación de un mismo activo, de deducciones por doble imposición, o las transferencias de activos que den lugar a diferencias significativas entre el valor y el precio pagado.

El tercer tipo contempla los mecanismos cuyo objetivo es obstruir la obligación de comunicar información según la legislación de la UE o la información recogida en cualquier acuerdo de intercambio vigente, y aquellos que supongan el establecimiento de cadenas de titularidad formal o real no transparentes.

En el cuarto tipo y último, se consideran los mecanismos relativos a los precios de transferencia que aparejen la aplicación de un régimen de protección unilateral y aquellos que impliquen la transmisión de activos intangibles de difícil valoración, bien por ausencia de comparables, bien por dificultad para estimar su rendimiento futuro. También entrarían en este grupo, los mecanismos que dan lugar a transferencias transfronterizas de funciones, activos o riesgos, entre sociedades de un mismo grupo, si los resultados de explotación (EBIT) anuales de los ordenantes, durante los tres años posteriores, no alcanzan el 50 % de los que hubieran correspondido en ausencia de esas operaciones.

Las señas distintivas generales, las específicas que puedan estar vinculadas a la prueba del beneficio principal y algunas de las vinculadas a las operaciones transfronterizas quedan condicionadas a que se pueda determinar la obtención de un ahorro fiscal improcedente como consecuencia del uso del mecanismo de planificación agresiva correspondiente. Si es así, entonces los intermediarios tributarios incurrirán en la obligación de aportar información (*mandatory disclosure of information*). No obstante, para el resto de las señas distintivas específicas siempre existirá obligación de informar.

La DAC 6 no define expresamente el concepto de planificación fiscal agresiva. La complejidad creciente

de los esquemas utilizados por las sociedades y las diferentes caracterizaciones del fenómeno incorporadas a las medidas adoptadas por las autoridades tributarias pueden explicar esta ausencia de definición. Por ello, las señas distintivas deben considerarse como indicadores de la existencia de posible planificación fiscal agresiva. No obstante, hay que aclarar que el requisito de informar sobre un esquema o estrategia no implica necesariamente una presunción de planificación fiscal agresiva, sino que el mecanismo empleado merece un control por parte de las autoridades tributarias.

5. Instrumentos para reducir las opciones de planificación fiscal agresiva

La existencia y solidez de unas normas internacionales de coordinación fiscal resultan indispensables en un contexto económico cada vez más globalizado, en el que las empresas multinacionales, como se ha dicho, consiguen una parte importante de sus clientes fuera del país de residencia de su matriz. Las normas de coordinación, desarrolladas tanto en normativas nacionales, bilaterales o, incluso, multilaterales, además de fijar las reglas que los países aplican a los beneficios e ingresos obtenidos en países extranjeros, también contienen medidas encaminadas a tratar de impedir que las empresas eviten o reduzcan su carga fiscal mediante una planificación fiscal «agresiva».

Para el ámbito OCDE, el *think tank* norteamericano *Tax Foundation* elabora anualmente el índice sobre competitividad fiscal internacional, *International Tax Competitiveness Index* (ITCI), en el que se recogen 40 variables de política tributaria, entre las que se encuentra una valoración por países de las normas internacionales de coordinación fiscal¹⁸. Los parámetros de valoración de este índice, con su consecuente *ranking* por países, se basan en la medición del grado de competitividad y neutralidad de cada

¹⁸ Véase, Asen y Bunn (2020).

sistema fiscal¹⁹. En relación con la coordinación internacional, el ITCI considera tres elementos concretos: las normas sobre empresas extranjeras controladas (*Controlled Foreign Corporation Rules*, CFC)²⁰, las normas de subcapitalización y los impuestos sobre los beneficios desviados. En los tres casos se trata de medidas de coordinación fiscal dirigidas a reducir las opciones de planificación fiscal agresiva.

Las normas para las empresas extranjeras controladas (CFC) tienen por objeto impedir que las empresas trasladen sus beneficios antes de impuestos de un país con altos impuestos a otro con bajos impuestos²¹. La delimitación de lo que se considera una CFC a efectos fiscales está regulada particularmente por cada jurisdicción fiscal. Esta delimitación es crucial, pues se trata de gravar los ingresos pasivos (alquileres, cánones, dividendos e intereses) y, en ocasiones también los activos, de estas sociedades residentes en el extranjero al tipo impositivo aplicado en el país de origen de la sociedad matriz de la filial²². Su funcionamiento se basa fundamentalmente en el concepto de transparencia fiscal, en este caso, de ámbito internacional, siendo deseable su coordinación a través del Instrumento Multilateral nacido de la Acción 15 de BEPS²³.

¹⁹ De acuerdo con la definición del ITCI, un sistema fiscal competitivo sería aquel que logra atraer el mayor número de inversiones posibles, por ejemplo, con bajos tipos de gravamen, dada la movilidad del factor capital en un mundo globalizado. Respecto a la neutralidad, se valora la mayor captación posible de ingresos tributarios, minimizando las distorsiones económicas.

²⁰ La puntuación de cada país en este componente del ITCI se basa en tres aspectos: *i*) si existe regulación de las CFC; *ii*) si las reglas CFC se aplican a todos los ingresos, o solo a los pasivos; y *iii*) la amplitud de las exenciones. La mejor puntuación se obtiene si no se tienen normas sobre CFC, o si las tienen solo para los ingresos pasivos o solo para los ingresos asociados con acuerdos no genéricos, o en último caso, si aplican exenciones a la regla general.

²¹ En Dueñas (2019) se ofrece una evolución histórica de las reglas CFC y su conexión actual con las propuestas de la OCDE, la Acción 15 de BEPS y la figura GILTI introducida por la reforma estadounidense de 2017, *Tax Cuts and Jobs Act* (TCJA).

²² Por ejemplo, en Estados Unidos, estas reglas, denominadas «reglas de la Subparte F», someten a todos los ingresos pasivos a impuestos en el año en que se obtiene.

²³ Sobre la consideración de las reglas CFC como mecanismo de transparencia fiscal internacional y la conveniencia de su coordinación a través del convenio multilateral, puede verse Canè (2017).

No obstante, como se ha dicho, la decisión sobre qué se considera en cada país que es una CFC es una decisión unilateral y, en cierto modo, sometida a condiciones arbitrarias. Esto da lugar a que existan diferencias significativas entre jurisdicciones. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, para que una entidad sea considerada CFC se requiere el control mayoritario de la compañía por propietarios residentes en Estados Unidos (más del 50 %) y, a su vez, que cada persona individual posea el 10 % de la misma, aplicándose reglas de atribución de rentas para evitar fraccionamientos simulados del capital. En cambio, en Australia el porcentaje de control es un 50 % si la propiedad es de cinco o menos residentes australianos, bajando al 40 % si ese control es de un único residente australiano.

En el caso de la Unión Europea, la Directiva Antielusión Fiscal 2016/1164 del Consejo Europeo, de 12 de julio (*Anti-tax Avoidance Directive*, ATAD), dispuso que todos los Estados miembros gravaran determinados ingresos multinacionales no distribuidos de las empresas extranjeras si la empresa matriz ubicada en ese Estado miembro poseía más del 50 % de las acciones de la misma, y siempre que el impuesto pagado fuese inferior a la diferencia entre el impuesto que hubiese pagado la empresa extranjera en caso de haber estado ubicada en el Estado miembro de residencia de la matriz y el impuesto que realmente pagó. Con la trasposición de ATAD, todos los Estados miembros de la Unión Europea han adoptado estas reglas para las CFC.

Las normas sobre las CFC existen en 35 de los 36 países de la OCDE, con Suiza como única excepción. En 14 de los 35 países, afectan tanto a los ingresos activos como a los pasivos, mientras que en 21 países solo se aplican a los ingresos pasivos o a los asociados con acuerdos no genéricos. En la Tabla 1 se especifican todos estos aspectos para diferentes países de la OCDE.

En relación con los dividendos recibidos de filiales en el extranjero, como se puede ver en la Tabla 2, veinticinco países de la OCDE aplican la exención del 100 % de los dividendos recibidos por las sociedades matrices, en

TABLA 1
RÉGIMEN FISCAL DE EMPRESAS EXTRANJERAS CONTROLADAS (CFC)
(Selección de países de la OCDE)

País	Normas	Tipos de ingresos		Exención
Alemania.....	Sí	Pasivos		Sí, si está ubicado en la UE o el EEA y no es un establecimiento artificial
Australia.....	Sí	Pasivos		Sí, si se encuentra en un país "incluido en la lista" o si pasa la prueba de ingresos activos
Canadá	Sí	Pasivos		Múltiples normas pueden eximir de impuestos a las CFC
España.....	Sí	Pasivos		Sí, si está ubicado en la UE o el EEA y no es un establecimiento artificial
Estados Unidos ..	Sí	Pasivos		Exenciones para ingresos extranjeros de alta tributación
Francia.....	Sí	Todos		Sí, si está ubicado en la UE o el EEA y no es un establecimiento artificial, o si realiza actividades comerciales o de fabricación
Italia	Sí	Todos		Sí, si está ubicado en la UE o el EEA y no es un establecimiento artificial. Otras exenciones se pueden aplicar
Países Bajos.....	Sí	Pasivos		Sí, si no es un acuerdo artificial
Portugal	Sí	Todos		Sí, si está ubicado en la UE o el EEA y no es un establecimiento artificial. Existen otras exenciones
Reino Unido.....	Sí	Todos		Varias exenciones

FUENTE: Elaboración propia a partir de Tax Foundation (2019).

seis es inferior al 100 % (entre el 95 y el 97 %), y en cinco no se aplica exención. Por regla general, la aplicación de la exención está sujeta a una serie de requisitos. Estos suelen dar lugar, en no pocas ocasiones, al diseño de estrategias de planificación fiscal agresiva con las consiguientes controversias jurídicas²⁴.

²⁴ En octubre de 2019, el Tribunal Económico Administrativo Central español ha aplicado por primera vez a un caso español la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (para casos de matrices danesas), negando la exención de la retención en origen sobre los pagos de dividendos a una empresa luxemburguesa a la que una empresa española pagó dividendos. El motivo es la propiedad de ambas sociedades residentes en la UE por una tercera empresa qatarí. En este caso, la normativa española, siguiendo la Directiva de la UE sobre sociedades matrices y filiales, establece dos condiciones para disfrutar de la exención: un período de tenencia mínimo y que la mayoría de los derechos de voto de la sociedad de la UE que recibe los dividendos pertenezcan, directa o indirectamente, a personas físicas o jurídicas residentes en la UE.

Respecto a los cinco países que no aplican la exención, debe señalarse que las empresas con domicilio fiscal en los mismos se encuentran en una situación de desventaja competitiva, al enfrentarse probablemente a niveles más altos de impuestos que sus competidores. Además, previsiblemente aumentarán los costes de cumplimiento derivados de una mayor complejidad fiscal, lo que afectará a la localización de las inversiones.

Por otro lado, respecto al gravamen de las ganancias de capital de origen extranjero hay que constatar que están excluidas en 23 países de la OCDE, en cinco parcialmente y en ocho no se excluyen de gravamen en el país de residencia de la matriz.

Un aspecto relevante en relación con la tributación de los beneficios distribuidos por filiales extranjeras es la posible inclusión de los países de residencia de

TABLA 2
RÉGIMEN DE TRIBUTACIÓN DE RENTAS PAGADAS POR ENTIDADES NO RESIDENTES
(Selección de países de la OCDE)

Tratados de doble imposición	Normas tributarias internacionales (Ranking)	Exención			Retención		
		Dividendos	Ganancias	Límites	Dividendos	Intereses	Royalties
Alemania (96)	8	95 %	95 %	Ninguna	26,4 %	0 %	15,8 %
Australia (44)	12	100 %	100 %	Ninguna	30 %	10 %	30 %
Canadá (94)	18	100 %	50 %	Con Tratado/ Acuerdo de intercambio de información fiscal	25 %	25 %	25 %
España (93)	19	100 %	100 %	Excluido lista negra	19 %	19 %	24 %
Estados Unidos (65)	28	100 %	0 %	Ninguna	30 %	30 %	30 %
Francia (122)	24	95 %	98 %	Excluido lista negra	30 %	0 %	33,3 %
Italia (100)	27	95 %	95 %	Excluido lista negra	26 %	26 %	22,5 %
Países Bajos (97)	3	100 %	100 %	Ninguna	15 %	0 %	0 %
Portugal (77)	30	100 %	100 %	Excluido lista negra	25 %	25 %	25 %
Reino Unido (129)	10	100 %	100 %	Ninguna	0 %	20 %	0 %

FUENTE: Elaboración propia a partir de Tax Foundation (2019).

estas en las denominadas «listas negras» de jurisdicciones consideradas como «paraísos fiscales» o «no cooperadoras»²⁵. Muchos países restringen la aplicación de la exención cuando los ingresos proceden

de ciertos países o territorios incluidos en estas listas, por no cumplir ciertos requisitos de tributación mínima o intercambio de información. Por ejemplo, en Italia, donde existe una exención fiscal del 95 % para los dividendos de origen extranjero pagados a los accionistas italianos, si el origen de los ingresos es un país incluido en la «lista negra», esta exención deja de aplicarse, si no se demuestra que se

²⁵ La lista actualizada de la Unión Europea de países y territorios no cooperadores puede consultarse en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/#>

ha pagado un nivel mínimo de impuestos soportados. En la Tabla 2 se muestra una columna con esta información.

Por último, hay que mencionar la posible aplicación de retenciones en el pago de dividendos, intereses y *royalties* a matrices extranjeras en los países de residencia de las filiales. Esta práctica se valora por *Tax Foundation* como un desincentivo fiscal a la inversión y, por tanto, constituye un elemento a tener en cuenta en la planificación de una inversión. Cuanto mayor es la retención que se practica en el país fuente de la renta, la inversión resulta más costosa para los inversores, que obtienen un menor rendimiento sobre los dividendos, y para las empresas que se ven obligadas a pagar una cuantía mayor de intereses o *royalties* para compensar este coste. Estos pagos impositivos también reducen los fondos disponibles para la inversión y la producción, aumentando el coste del capital. Por ejemplo, países como Chile y Suiza tienen los tipos de retención de dividendos e intereses pagados a no residentes, ya sean empresas o personas físicas, más altas, un 35 %; en cambio Estonia, Hungría y Letonia no aplican ninguna retención. Respecto a *royalties*, México impone el tipo más alto, el 35 %, seguido de Francia con un 33,3 %. En cambio, Hungría, Letonia, Luxemburgo, los Países Bajos, Noruega, Suecia y Suiza no establecen ninguna retención.

En relación con el segundo elemento de coordinación considerado, hay que señalar que el establecimiento de reglas de subcapitalización (*thin capitalization rules*) afectará a las decisiones de financiación interna de los grupos societarios. En ausencia de limitaciones a la deducibilidad de intereses intergrupo, si las filiales residentes en jurisdicciones fiscales diferentes a las de su matriz se enfrentan a impuestos sobre sociedades elevados, existe un incentivo a financiarlas con préstamos concedidos por la matriz, ya sea de forma directa o a través de empresas interpuestas. De esta forma, las matrices utilizarán las deducciones de intereses pagados por sus filiales para reducir las cargas fiscales globales del grupo.

Para evitar estas operaciones de subcapitalización basadas en la utilización estratégica de préstamos internos entre entidades matrices y filiales residentes en países con diferencias significativas de tributación, las normativas nacionales suelen establecer medidas dirigidas a limitar la deducibilidad de intereses en la base imponible del impuesto sobre sociedades. Esta limitación se suele articular de dos formas: *i)* aplicando a los tipos de interés las reglamentaciones sobre precios de transferencia, a fin de evitar la aplicación de tipos superiores a los que se hubieran acordado entre entidades independientes; y *ii)* aplicando «reglas de subcapitalización», como son las «normas de puerto seguro» basadas en el límite vinculado a la relación deuda/capital social y las «normas de deducción de ganancias», que establecen un límite basado en la relación intereses deuda/ganancias antes de impuestos²⁶. Para los Estados miembros de la Unión Europea este tipo de limitaciones son obligatorias, de acuerdo con la Directiva comunitaria ATAD, cuya aplicación efectiva por los Estados miembros debe tener lugar antes de 2024²⁷.

El tercero de los componentes considerado, dentro de las normas de coordinación fiscal internacional, es el que se refiere a los denominados impuestos sobre beneficios desviados. Esencialmente se trata de reglas antievasión, ya sean concebidas por cada país de forma unilateral, o mediante propuestas de carácter multilateral, como las propuestas procedentes de la OCDE, el FMI y la Unión Europea²⁸. En concreto, esta figura gravaría en la jurisdicción de residencia de una sociedad los beneficios que se consideran desviados por esta hacia otra jurisdicción de baja tributación, bien de forma directa o mediante transacciones en cadena

²⁶ Así, en los casos de Alemania y España, ambos países limitan las deducciones de intereses, independientemente de que sean para préstamos transfronterizos, al 30 % de los ingresos de explotación (EBITDA).

²⁷ Sobre la aplicación de las limitaciones a la deducibilidad de intereses impuestas por la entrada en vigor plena de ATAD y su cumplimiento por los Estados miembros de la UE, véase Onrubia (2019).

²⁸ Una revisión completa sobre los impuestos sobre beneficios desviados y su consideración en el Plan BEPS de la OCDE puede verse en Vicente-Tutor Rodríguez (2017).

sin sustancia económica u otros mecanismos, con el simple propósito de evitar el pago del impuesto sobre sociedades en el país de residencia de la entidad que transfiere esos beneficios. Estos impuestos incluyen un conjunto de normas complejas que establecen los supuestos y presunciones en los que se basa la consideración de «beneficios desviados», así como los tipos de penalización aplicables si se considera que una empresa ha minimizado su carga fiscal mediante una estructura sin sustancia económica.

Dos experiencias comparadas de un impuesto sobre beneficios desviados, como tales, lo encontramos en Australia y en el Reino Unido (en ambos casos, denominados *Diverted Profits Tax*). Australia aplica una tasa del 40 % a los beneficios desviados, mientras que el Reino Unido aplica una tasa del 25 %, aunque las empresas de determinados sectores pueden tener que hacer frente a tipos más elevados en el Reino Unido²⁹. No obstante, su aplicación no está libre de controversia jurídica, pues estos complejos regímenes fiscales podrían dar lugar a elevados costes de cumplimiento para las empresas multinacionales, así como, en ocasiones, a la doble imposición de algunos beneficios empresariales³⁰.

6. Conclusiones

En un mundo tan interconectado telemáticamente como el actual, es poco discutible la urgencia de adoptar cambios de calado en los principios que rigen la coordinación fiscal internacional. El marco actual, nacido hace prácticamente un siglo, fue concebido para una realidad económica basada en la presencia física de las empresas en los territorios, en la que principios como el de territorialidad, país de la fuente o sujeción de la renta mundial

tenían pleno sentido. Sin embargo, la vertiginosa transformación digital a la que estamos asistiendo en las dos últimas décadas, combinada con el fenómeno ya consolidado de la globalización, ha hecho que la presencia física sea cada vez menos necesaria en las empresas para acceder a los mercados globales de clientes. En ausencia de nuevas reglas tributarias internacionales que permitan gravar con efectividad y universalidad los beneficios obtenidos, las EMN aprovechan las importantes debilidades del marco actual para desarrollar estrategias de planificación fiscal agresiva que reducen muchísimo sus pagos impositivos. El uso creciente de mecanismos y esquemas dirigidos a la elusión de las obligaciones fiscales origina importantes perjuicios, no solo en términos de merma de ingresos tributarios para financiar el gasto público, sino también en términos de eficiencia, al proporcionar una ventaja competitiva notable para las empresas que están en condiciones de aprovecharse de esas prácticas abusivas.

Ante esta realidad, desde comienzos de la segunda década de este siglo, la OCDE y la Unión Europea, conscientes del calado del problema, han puesto en marcha, paralelamente, procesos multilaterales para tratar de atajar la situación. La necesidad de encontrar soluciones con vocación de permanencia implica la adopción de cambios profundos en las reglas de la coordinación fiscal internacional, en algunos casos, puede decirse, rupturistas con el *statu quo*. Además, para poder afrontar los nuevos retos del nuevo escenario fiscal serán imprescindibles importantes esfuerzos tecnológicos y de especialización de recursos humanos por parte de las Administraciones tributarias³¹. Por ello, hay que ser consciente de la enorme dificultad que entraña alcanzar acuerdos multilaterales, satisfactorios y estables en esta materia. Como está poniendo de manifiesto el proceso

²⁹ La finalidad de este impuesto, que entró en vigor en 2015, fue evitar el traslado de beneficios por parte de las multinacionales que operan en el Reino Unido a otras jurisdicciones, como respuesta a los casos de planificación fiscal agresiva de algunas multinacionales globales, como Starbucks, Google o Apple, que saltaron a la opinión pública en 2012.

³⁰ Véase MacLennan (2016).

³¹ Aunque por razones de extensión no ha sido objeto de tratamiento en el artículo, la transformación tecnológica digital en la gestión de los sistemas tributarios, tanto por parte de los contribuyentes como de las Administraciones tributarias es un elemento fundamental para que los futuros cambios en el ámbito de la fiscalidad internacional ofrezcan resultados exitosos en la aplicación justa, eficaz y sencilla de los sistemas tributarios. Sobre esta transformación puede verse Gerger (2019).

del Marco Inclusivo BEPS, liderado por la OCDE, y las iniciativas de coordinación fiscal en la Unión Europea, como la propuesta reciente *Package for fair and simple taxation*, conseguir un nuevo marco fiscal internacional de amplia aceptación no es en absoluto una tarea fácil. La concentración del capital societario y tecnológico en pocos países (principalmente, Estados Unidos, China y, a mucha distancia en Europa, Alemania, Reino Unido y Francia), frente a la distribución mundial de los clientes, dificulta enormemente unos acuerdos en los que pesan mucho los intereses económicos nacionales. De hecho, cada vez se acepta más el hecho de que muchos de los esquemas de planificación fiscal utilizados por las EMN no existirían sin la competencia fiscal que existe entre países, incluida la realizada desde hace años por algunos Estados miembros de la Unión Europea.

Los nuevos modelos de negocio surgidos con la digitalización y la globalización suponen una ruptura con las prácticas de planificación fiscal tradicionales, previas a la transformación tecnológica. Un marco fiscal como el actual propicia el uso de estrategias de planificación fiscal agresiva por parte de la EMN. Como hemos visto, si no se adaptan a la nueva realidad económica, los instrumentos principales usados para la coordinación impositiva internacional, como las normativas para empresas extranjeras controladas (CFC), las reglas de subcapitalización o los listados de paraísos fiscales o de territorios y países no cooperantes, pierden buena parte de su eficacia. No basta con establecer o reforzar las limitaciones en el uso de reglas como la exención de los beneficios repatriados en el país de residencia de la matriz o la elevación de los tipos de retención a las rentas pagadas a no residentes.

El problema fundamental está, a mi juicio, en la necesidad de encontrar criterios satisfactorios de conexión entre las jurisdicciones fiscales y la capacidad de pago gravable que emana de las actividades económicas realizadas por las EMN. Instrumentos como el establecimiento permanente, hasta hace unos años imprescindibles para la territorialización de la capacidad de pago, están mostrando ahora grandes debilidades ante la

pérdida de relevancia de la presencia física en los negocios. En consecuencia, es necesario alcanzar acuerdos basados en nuevos principios de reparto entre jurisdicciones del derecho a gravar el valor económico generado por las empresas, en los que los nexos de sujeción impositiva que se utilicen reflejen un equilibrio razonable y justo entre la rentabilidad de las inversiones empresariales y los ingresos proporcionados por los clientes. Si bien es cierto que la fiscalidad no es el único factor a tener en cuenta en las decisiones de inversión de las EMN, tanto dentro como fuera del territorio de residencia de las matrices, sí es un factor clave para el rendimiento obtenido por los accionistas. Asimismo, la falta de una coordinación fiscal efectiva introduce, como se ha dicho, problemas serios de competencia en los mercados, además de costes de eficiencia asociados a las diferencias existentes en el gravamen efectivo soportado entre empresas.

La necesidad de estabilidad legislativa e institucional en las jurisdicciones fiscales, incluidas las normas de repatriación de beneficios, la seguridad jurídica en la aplicación de la normativa tributaria, así como la disponibilidad de una red amplia de convenios de doble imposición actualizados y adecuados a los nuevos negocios de un mundo digitalizado, constituyen elementos esenciales para fomentar la productividad empresarial. Pero no puede olvidarse que, desde una perspectiva social, la eliminación de las prácticas impositivas perjudiciales, entre ellas la planificación fiscal agresiva, resulta igualmente crucial para el crecimiento y bienestar a largo plazo. Ambas perspectivas son, sin duda, caras de una misma moneda y deben conciliarse en esta era de profundas transformaciones fiscales.

Referencias bibliográficas

- Alm, J. (2014). Does an uncertain tax system encourage 'aggressive tax planning'? *Economic Analysis and Policy*, (1), 30-38.
- Asen, E. & Bunn, D. (2019). International Tax Competitiveness Index 2019. *Tax Foundation*. Washington DC.
- Blouin, J. (2014). Defining and measuring tax planning aggressiveness. *National Tax Journal*, 67(4), 875-900.

- Canè, D. (2017). Controlled Foreign Corporations as Fiscally Transparent Entities. The Application of CFC Rules in Tax Treaties. *World Tax Journal*, 9(4), 521-563.
- Carbajo, D. (2016). La lucha contra la planificación fiscal agresiva y las obligaciones de información tributaria. *Crónica tributaria*, 158, 109-128.
- CEPS, Centre for European Policy Studies (2020). *Reflections on the EU objectives in addressing aggressive tax planning and harmful tax practices, Final Report*. Publications Office of the European Union.
- Comisión Europea (2012). *Commission recommendation of 6 December 2012 on aggressive tax planning*. 2012/772/EU. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32012H0772>
- Comisión Europea (2017). *Aggressive tax planning indicators, Final Report*. Taxation Papers, Working Paper No. 71. Publications Office of the European Union. https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/taxation_papers_71_atp.pdf
- Cruz Padiál, I. y Sánchez Archidona, G. (2017). Economía digital, establecimiento permanente y presencia digital significativa: tras las conclusiones del informe del GEFED. *Quincea Fiscal*, 18, 59-88.
- Domínguez Barrero, F. y López Laborda, J. (2001). Planificación fiscal. *Ariel Economía*.
- Domínguez Barrero, F. (2017). *Planificación fiscal. Personal y en la empresa*. Aranzadi.
- Dueñas, S. (2019). CFC Rules Around the World. *Tax Foundation - Fiscal Fact*, 659, 1-35.
- Falcón y Tella, R. y Pulido Guerra, E. (2018). *Derecho fiscal internacional*, 3ª edición. Marcial Pons.
- Gerger, G. Ç. (2019). Tax Services and Tax Service Providers' Changing Role in the IoT and Aml Environment. In Z. Mahmood (ed.), *Guide to Ambient Intelligence in the IoT Environment* (pp. 203-216). Springer.
- Gómez Requena, J. Á. (2018). Tax Treaty Characterization of Income Derived from Cloud Computing and 3D Printing and the Spanish Approach. *Intertax*, 46(5), 408-421.
- Gómez Requena, J. Á. y González Moreno, M. (2018). La adaptación del concepto de establecimiento permanente al contexto comercial digital. De la fijeza a la presencia virtual y económica significativa. En M. Lucas Durán & A. del Blanco (dirs.), *Residencia y establecimiento permanente como puntos de conexión en la fiscalidad internacional: reflexiones y propuestas de futuro* (pp. 349-366). Documentos de Trabajo N.º 3, Instituto de Estudios Fiscales. https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2018_03.pdf
- Goolsbee, A. (1998). Taxes, organizational form, and the dead-weight loss of the corporate income tax. *Journal of Public Economics*, 69(1), 143-152.
- Hanlon, M. & Heitzman, S. (2010). A Review of Tax Research. *Journal of Accounting and Economics*, 50(2-3), 127-178.
- Hebous, S. (2020). Global Firms, National Corporate Taxes: An Evolution of Incompatibility. IMF, Working Paper WP/20/178. <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2020/09/04/Global-Firms-National-Corporate-Taxes-An-Evolution-of-Incompatibility-49721>
- López Laborda, J. y Onrubia, J. (2019). Los retos de la fiscalidad societaria en la era de la economía digital: el estado de la cuestión. *Fedea*, Policy Papers N.º 04. <http://documentos.fedea.net/pubs/fpp/2019/12/FPP2019-04.pdf>
- López Laborda, J. y Onrubia, J. (2020). Globalización, digitalización y tributación de las multinacionales. *Cuadernos Círculo Cívico de Opinión*, 28, 9-22.
- López Tello, J. (2019). La obligatoria declaración de mecanismos transfronterizos de planificación fiscal bajo la directiva de cooperación administrativa (DAC 6). *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 53, 89-105.
- MacLennan, S. (2016). The questionable legality of the Diverted Profits Tax under double taxation conventions and European Union Law. *Intertax*, 44(12), 903-912.
- OCDE (2002). *Reports Related to the OECD Model Tax Convention. Issues in International Taxation*. OECD Publishing. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264099920-en.pdf?expires=1607966301&id=id&accname=oid016704&checksum=F700B8C99151E7AD-86CFC3EEBCE996C8>
- OCDE (2008). The 2008 Update to the Model Tax Convention. OECD Publishing. <https://www.oecd.org/ctp/41032078.pdf>
- OCDE (2011). *Tackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure*. OECD Publishing. <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/48322860.pdf>
- OCDE (2012). *Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OCDE Model Tax Convention*. OECD Publishing. <https://www.oecd.org/tax/treaties/48836726.pdf>
- OCDE (2013). *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. OECD Publishing. https://www.oecd-ilibrary.org/plan-de-accion-contra-la-erosion-de-la-base-imponible-y-el-traslado-de-beneficios_5k3w72zzqhxq.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpublication%2F9789264207813-es&mimeType=pdf
- OCDE (2014). *Proyecto OCDE/G20 de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios. Cómo abordar los desafíos fiscales de la Economía Digital. ACCIÓN 1: Objetivo del 2014*. Publicaciones de la OCDE. <https://www.oecd.org/ctp/Action-1-Digital-Economy-ESP-Preliminary-version.pdf>
- OCDE (2015). *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 - 2015 Final Report*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shift-

- ing Project. OECD Publishing. https://www.oecd-ilibrary.org/mandatory-disclosure-rules-action-12-2015-final-report_5jrw8wz7r1hh.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpublication%2F9789264241442-en&mimeType=pdf
- OCDE (2016). *Impedir la exclusión fraudulenta del estatus de establecimiento permanente, Acción 7 – Informe final 2015. Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. OECD Publishing. https://www.oecd-ilibrary.org/impedir-la-exclusion-fraudulenta-del-estatus-de-establecimiento-permanente-accion-7-informe-final-2015_5jlzbtzxmjjj.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpublication%2F9789264257757-es&mimeType=pdf
- OCDE (2017). *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Secretariat. <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>
- OCDE (2019). *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio: Versión Abreviada 2017*. OECD Publishing/Instituto de Estudios Fiscales. <https://www.oecd-ilibrary.org/deliver/765324dd-es.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpublication%2F765324dd-es&mimeType=pdf>
- Onrubia, J. (2019). Modelos alternativos de imposición sobre beneficios societarios: neutralidad financiera, recaudación y viabilidad. En *Imposición sobre el beneficio empresarial: evolución reciente, perspectivas de futuro* (pp. 691-732). Fundación Impuestos y Competitividad.
- Pedrosa, J. C. (2019). Análisis histórico del concepto de establecimiento permanente en el artículo 5 del Modelo de Convenio OCDE. *Revista Técnica Tributaria*, 125, 57-80.
- Sánchez-Archidona, G. (2017). La competencia fiscal perjudicial como factor que erosiona las bases imponibles en los estados. *Revista Quincena Fiscal*, 22, 1-11.
- Sanz Gadea, E. (2015). Hacia dónde van y hacia dónde deberían ir las normas de fiscalidad internacional. *Ekonomiaz-Revista Vasca de Economía*, 88, 98-123.
- Serrano Antón, F. (2016). La era post BEPS o la ejecución de su plan de acción: convenio multilateral vs. implementación unilateral. *Quincena Fiscal*, 12, 129-160.
- Skaar, A. A. (2020). *Permanent establishment: erosion of a tax treaty principle*. Kluwer Law International BV.
- Tax Foundation (2019). International Tax Competitiveness Index 2019. <https://taxfoundation.org/2019-international-index/>
- Vicente-Tutor Rodríguez, M. (2017). Unilateralismo o multilateralismo en la adopción de las medidas previstas en el proyecto BEPS: los impuestos sobre los beneficios desviados: experiencias comparadas. En J. M. Almudí Cid, J. A. Ferreras Gutiérrez & P. A. Hernández González-Barreda (dirs.), *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea* (pp. 587-601). Aranzadi, Cap. 26.
- Weisser, A. (2020). *International Taxation of Cloud Computing: Permanent Establishment, Treaty Characterization, and Transfer Pricing*. Éditions juridiques libres/Freier juristischer Verlag.
- Wolters Kluwer (2020). Planificación fiscal agresiva. Guías Jurídicas, Fiscales y de Cumplimiento fiscal (Compliance Fiscal). https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAK-MTY1NTQ7Wy1KLizPw8WyMDQ0sDEwOwQGZapUt-ck-hlQaptWmJOcSoA_OZyPzUAAAA=WKE