

---

# *Hacia dónde van y hacia dónde deberían ir las normas de fiscalidad internacional*

El trabajo desarrolla algunas ideas sobre la actual fiscalidad internacional y cómo debería ser. Actualmente los patrones de tributación heredados del pasado siglo, y hoy vigentes, no son idóneos para afrontar la realidad de los grupos multinacionales y se plantea proponer unos esquemas actualizados, modernos y adecuados y que se acepten por la comunidad internacional. Con esa finalidad se examinan las recientes iniciativas de la UE y la OCDE bajo dos enfoques. En el enfoque BEPS (modelo CBIT) gran parte de las operaciones de transferencia artificial de resultados hacia entidades del grupo que tributan en régimen privilegiado se realiza mediante el endeudamiento excesivo, los instrumentos híbridos y los precios de transferencia que se apartan del principio de libre competencia. En este trabajo se sugiere un modelo de Impuesto sobre Sociedades alternativo al actualmente vigente, resultante de combinar el modelo CBIT con una tributación sobre la base imponible consolidada mundial. Este enfoque, denominado CCCTB, da importancia a la consolidación y una tributación sobre la base imponible consolidada mundial. Es concebible una estructura de Impuesto sobre Sociedades con una síntesis de ambos enfoques apoyada en la información contable proporcionada por las cuentas anuales consolidadas en lo concerniente a la tributación de las entidades dependientes, y no precisaría la fórmula de reparto predeterminada.

*Lanak egungo nazioarteko fiskalitateari buruzko zenbait ideia lantzen ditu, eta fiskalitate horrek nolakoa beharko lukeen izan planteatzen du. Egun, aurreko mendetik oinordetzan jasotako tributazio- patroiak, oraindik indarrean daudenak, ez dira egokiak talde multinazionalen errealitateari aurre egiteko, eta eskema eguneratu, moderno eta egokiak proposatzeko aukera hartu da aintzat, betiere nazioarteko komunitateak onarturikoak. Helburu hori aintzat hartuta berrikusi dira EBren eta ELGERen ekimen berrienak, bi ikuspegiak. BEPS ikuspegian (CBIT eredua) erregimen pribilegiatuarekin tributatzaren duten taldeko entitateetara eginko emaitzen transferentzia artifizialeko eragiketarako asko gehiegizko zorpetzeen, tresna hibridoen eta lehia askeko printzipiotik bereizten diren transferentzia-prezioen bidez egiten dira. Lan honetan, Sozietateen Gaineko Zergaren eredu berri bat proposatzen da, egun indarrean dagoenaz bestelakoa. Ereditu hori CBIT eredua eta munduko zerga-oinarri bateratuaren gaineko tributazioa uztartzearen ondorioa da. CCCTB ize-neko ikuspegi horrek ematen du bateratzeak duen garrantzia eta munduko zerga-oinarri bateratuaren gaineko tributazioaren alde egiten du. Beraz, ulergarria litzateke bi ikuspegiaren sintesia biltzen duen Sozietateen Gaineko Zergaren egitura bat, urteko kontu bateratuek emandako kontabilitateko informazioan oinarriturikoa, eta, hala, ez legoke aurretik zehazturiko banaketaren formula jartzeko beharrik.*

This study outlines some ideas concerning current international taxation and how it should be handled. The taxation patterns currently implemented are legacy of the last century and are not well suited to dealing with the current situation of multinational groups. An updating is proposed, to produce a modern framework that is appropriate for and accepted by the international community. To that end, the initiatives recently taken by the EU and the OECD are examined from two viewpoints. In the BEPS approach (CBIT model) a large proportion for the artificial transfer of results to group companies which pay taxes in privileged tax regimes are made by means of excessive borrowing, hybrid instruments and transfer prices that have little to do with the principle of free competition. An alternative to the current framework of corporation tax is suggested which stems from a combination of the so-called CBIT model with taxation on the worldwide consolidated tax base. This is known as the CCCTB approach, and it highlights the importance of consolidation, and of taxing the worldwide consolidated tax base. The paper asserts that a corporation tax structure based on a blend of the two approaches is conceivable if it is backed up by the accounting information provided by consolidated annual accounts, as regards the taxation of dependent companies with no need to resort to a predetermined apportionment formula.

## Índice

---

1. Introducción
2. Las normas de fiscalidad internacional
3. Enfoques emanados de las organizaciones internacionales, relativos a la tributación de los beneficios de las empresas
4. El enfoque de la tributación sobre la base imponible consolidada mundial
5. El enfoque para eliminar la ausencia de imposición
6. Un enfoque de síntesis

Referencias bibliográficas

**Palabras clave:** fiscalidad internacional, base imponible consolidada mundial, impuesto de sociedades.

**Keywords:** international tax, common consolidated corporate tax base, corporate tax.

**Nº de clasificación JEL:** H21, H26, H87.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

La presente colaboración<sup>1</sup> es una respuesta a la amable invitación recibida para esbozar algunas ideas sobre el ser y el deber ser de las normas sobre fiscalidad internacional. Puesto que la empresa global es el actor principal del escenario de la fiscalidad internacional, se ha considerado adecuado hacer gravitar el hilo argumental sobre la tributación de los beneficios de la misma.

La conclusión que se extrae es que los patrones de tributación heredados del pasado siglo, y hoy vigentes, no son los más idóneos para afrontar la realidad de los grupos multinacionales.

La cuestión crucial que se plantea es si las organizaciones internacionales, señaladamente la Unión Europea y la OCDE, serán hábiles para proponer los esquemas adecuados e impulsar su aceptación por la comunidad internacional. Con esa finalidad se examinan las recientes iniciativas de las dos organizaciones.

En fin, a la luz de lo anterior, se sugiere un modelo de Impuesto sobre Sociedades alternativo al actualmente vigente, resultante de combinar el denominado mo-

---

<sup>1</sup> El artículo refleja la situación de esta problemática a abril de 2015.

delo CBIT<sup>2</sup> con la tributación sobre base imponible consolidada. No es la primera vez que he tenido ocasión de describir ese modelo y de aquí que, a tal efecto, haya tomado en consideración escritos precedentes.

## 2. LAS NORMAS DE FISCALIDAD INTERNACIONAL

El artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia enumera como fuentes del Derecho Internacional Público las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas y las decisiones judiciales. El Derecho Internacional Tributario es una parte del vasto campo del Derecho Internacional Público.

El fuerte influjo que, en el ámbito tributario, despliegan la reserva de ley y el principio de legalidad, determina que las convenciones internacionales, señaladamente los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, sean la fuente principal, aunque no exclusiva, del Derecho Internacional Tributario.

Aun cuando el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia no recoja como fuente del Derecho Internacional Público a los productos normativos de las organizaciones internacionales, es cierto que la doctrina internacionalista les viene dando aquella consideración, en cuanto vinculan jurídicamente a los Estados miembros.

Las organizaciones internacionales también aprueban informes y recomendaciones que, aun cuando no sean estrictamente vinculantes, están dotadas de valor jurídico, ya que los Estados miembros están obligados a examinarlas de buena fe, e incluso pueden generar obligaciones si aquellos, mediante declaraciones unilaterales, se obligan a cumplirlas. En los últimos años, el escenario de la fiscalidad internacional se ha ido poblando de estos productos normativos habitualmente conocidos como *soft law* o derecho débil. La Unión Europea y la OCDE son las dos organizaciones con mayor presencia en este campo.

Sin otro afán que el puramente sistematizador, las normas internacionales tributarias pueden ser agrupadas en tres categorías:

- Convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.
- Normas procedentes de organizaciones internacionales, señaladamente los reglamentos y directivas de la Unión europea.
- Informes y recomendaciones de los organismos internacionales, principalmente de la OCDE y la Unión Europea.

Los convenios bilaterales tienen por finalidad básica distribuir la materia tributaria entre los Estados contratantes y, adicionalmente, propiciar el intercambio de información fiscal. Los convenios concertados entre los países desarrollados hallan

<sup>2</sup> *Comprehensive Business Income Tax*.

su referencia en el Modelo de convenio de la OCDE y sus comentarios, el cual refleja el consenso alcanzado entre esos países o, tal vez, el criterio de los más relevantes desde la perspectiva económica. Ese consenso responde al principio del beneficio o territorialidad, a cuyo tenor la renta derivada de actividades económicas o renta activa será gravada por el país donde resida la persona o entidad que las desarrolla, y la renta de inversiones pasivas o renta pasiva, por el país donde resida el titular del capital (Avi-Yonah, 2007). Para aplicar el principio de territorialidad en relación con las entidades integradas en un grupo multinacional se considera que las mismas actúan de manera separada e independiente, y así, las operaciones entre ellas deben ser valoradas, a efectos fiscales, por el valor normal de mercado (Modelo de Convenio de la OCDE, artículo 9). Para orientar la determinación del valor normal de mercado la OCDE ha aprobado la Guía de precios de transferencia.

Los reglamentos y directivas de la Unión Europea han afectado esencialmente al Impuesto sobre el Valor Añadido y a los Impuestos Especiales (Cámara Barroso, 2014). En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre Sociedades, el impacto de los reglamentos y directivas comunitarias se ha limitado a áreas específicas, pero las sentencias del Tribunal de Justicia, basadas en las libertades comunitarias y en el principio de no discriminación, han surtido un efecto depurador sobre ciertas parcelas sensibles de dichos tributos.

Los informes y recomendaciones de los organismos internacionales, señaladamente de la OCDE y de la Unión Europea, aun cuando son reconocidos como derecho débil, probablemente, sean los que mejor reflejen la evolución de las tendencias de la fiscalidad internacional, debido a la flexibilidad de su proceso de aprobación.

Las normas internacionales referidas condicionan la conducta de los Estados, los cuales, al configurar su política fiscal y, por ende, materializar en normas jurídicas y decisiones administrativas su competencia fiscal, deben atenerse a las mismas, considerando, eso sí, su distinto grado de vinculación jurídica. Pero no solo las normas internacionales tributarias condicionan la política fiscal, sino cualesquiera otras fuentes del Derecho Internacional, por cuanto los Estados no pueden perturbar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de las mismas mediante medidas fiscales.

Esto es particularmente cierto en el campo del comercio internacional, en el que las obligaciones derivadas del tratado de la OMC proscriben la utilización de las denominadas *behind the border tax measures*<sup>3</sup>, pero también en el campo de los derechos humanos (Troya Jaramillo) y, por encima de todo, en lo que concierne a la política fiscal en el ámbito de las rentas del capital, en el campo de los movimientos de capitales. La libertad de movimiento de capitales (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) ha propiciado el fenómeno de la competencia fiscal, ampliamente debatido en la literatura tributaria (Keuschnigg, Loretz, Winner, 2014).

<sup>3</sup> *Tenth Report on Potentially Trade Restrictive Measures UE*, 2013.

Se sigue de todo lo anterior que las normas internacionales tributarias, y también otras normas internacionales de naturaleza diferente, condicionan notablemente la política fiscal de los Estados.

### 3. ENFOQUES EMANADOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES, RELATIVOS A LA TRIBUTACIÓN DE LOS BENEFICIOS DE LAS EMPRESAS

Hoy en día, los criterios relativos a la tributación sobre los beneficios de los grupos multinacionales están en plena ebullición. Al calor del empobrecimiento causado por la reciente crisis económica, ciertas organizaciones no gubernamentales han sabido movilizar a la opinión pública en relación con la tributación que los grupos multinacionales soportan efectivamente sobre sus beneficios, mostrando algunos casos realmente inquietantes<sup>4</sup>, de manera tal que los gobiernos han tenido que hacerse eco del problema, reconocer su contextura internacional<sup>5</sup>, y abordarlo abiertamente.

La repercusión social de la fiscalidad sobre los beneficios de los grupos multinacionales no guarda proporción con la importancia recaudatoria del Impuesto sobre Sociedades. Esa repercusión está animada, más bien, por un fuerte componente político, a saber, el constituido por una intuida confrontación, ya sea real o imaginada, entre el poder del Estado democrático y el poder económico de los grupos de empresas multinacionales. Convendría no simplificar ni generalizar, pues ni sería justo atribuir a esos grupos multinacionales de forma indiscriminada una conducta sistemáticamente desleal frente a los ordenamientos tributarios de los Estados en los que operan, ni todos los Estados construyen su tributación sobre los beneficios de las empresas de manera tal que no dañen a los otros Estados (Wolfgang Schäuble, 2013).

La reacción de los Estados se ha plasmado en normas unilaterales, pero también en las actividades de ciertas organizaciones internacionales. Este es el origen del denominado programa BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) de la OCDE.

La preocupación de las organizaciones internacionales por la tributación sobre los beneficios de los grupos multinacionales siempre ha existido, pero su contenido ha ido variando. A grandes rasgos, y admitiendo por anticipado lo imperfecto de las simplificaciones, es posible configurar, tomando como punto de arranque la sociedad internacional que emerge tras la segunda guerra mundial, los siguientes enfoques:

- Primer enfoque, en el que predomina el objetivo de distribuir apropiadamente los ingresos fiscales sobre los beneficios de los grupos multinacionales, así como de eliminar la doble imposición internacional. Son productos principa-

<sup>4</sup> Expedientes de ayudas de Estado de naturaleza fiscal recientemente abiertos por la Comisión (Luxemburgo/ FTT, SA.38375; Países Bajos/ Starbucks, SA.38375; Irlanda/ Apple, S.A.38373).

<sup>5</sup> Declaración del G-20 de S. Petesburgo: *Tax avoidance, harmful practices and aggressive tax planning have to be tackled*.

les de esta etapa, el *Modelo de Convenio* de la OCDE, a cuya imagen se han celebrado buena parte de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, la Guía sobre Precios de Transferencia de la OCDE, las directivas comunitarias relativas a los dividendos matriz-filial, a las reestructuraciones societarias transfronterizas, a los flujos de intereses y cánones entre entidades del grupo, y a la corrección de la doble imposición mediante arbitraje.

Esta etapa todavía no está hoy en día cerrada, pero puede decirse que, en los albores del presente siglo, ha ido perdiendo protagonismo. Los productos de esta etapa, normativos o no, toman como sustrato de referencia los principios de fiscalidad internacional acuñados por la OCDE, esto es, los de territorialidad, empresa separada e independiente, y libre competencia, cuya conjunción bien puede decirse que constituye un paradigma.

- Segundo enfoque, o de surgimiento de un paradigma alternativo. Se trata de la tributación sobre la base imponible consolidada distribuida entre las empresas del grupo multinacional mediante una fórmula de reparto predeterminada. Se abre esta etapa en la primera década del presente siglo, bajo los auspicios de la Unión Europea, si bien hasta el momento sus frutos se limitan a proyectos normativos. Los principios de territorialidad y empresa separada continúan siendo válidos, aun cuando se interpretan de manera diferente a la establecida en el Modelo de Convenio de la OCDE, pero el principio de libre competencia pierde su función.

No se trata, en realidad, de un enfoque totalmente novedoso, pues la tributación sobre la base imponible consolidada se viene practicando en los Estados Unidos desde la segunda mitad del pasado siglo, en relación con los impuestos estatales sobre los beneficios y siempre que medie la existencia de una empresa ejecutada en común por dos o más entidades. Lo novedoso es que esa arquitectura tributaria se propone respecto de Estados soberanos y, además, sin la condición de que exista una empresa unitaria.

- Tercer enfoque, en el que se configura el designio político de eliminar la denominada no imposición. Son productos relevantes de esta etapa las normas sobre intercambio de información promovidas por la OCDE y la Unión Europea, el Código de conducta en materia tributaria auspiciado por la Unión Europea, el programa para la erradicación de la competencia fiscal dañina de la OCDE<sup>6</sup> y, por encima de todo, el proyecto BEPS de la OCDE, cuyos primeros informes acaban de conocerse, estando prevista su finalización en el otoño de 2015. Se abre esta etapa a fines de la última década del pasado siglo, habiendo ganado intensidad en la presente década.

Este enfoque, aunque arranca en un momento posterior al primero, se viene desarrollando en paralelo con él pues, en rigor, los principios en los que se basa no son diferentes.

<sup>6</sup> *Harmful Tax Competition* ( OCDE,1998).

La cuestión, hoy en día, es dilucidar cual de los enfoques descritos prevalecerá y más allá sugerir, en su caso, un enfoque distinto en orden a resolver los problemas que gravitan sobre la fiscalidad de los beneficios de los grupos multinacionales. Se trata, en definitiva, de responder a tres interrogantes:

- El enfoque de tributación fundamentado en los principios de empresa separada e independiente y libre competencia ¿será sustituido por la estructura fiscal inherente al modelo de tributación sobre el beneficio consolidado asistido por la fórmula de reparto predeterminada?
- Si así no fuere ¿sufrirá una profunda modificación el enfoque actualmente vigente como consecuencia del proyecto BEPS de la OCDE? (Martín Jiménez y Calderón Carrero, 2014).
- ¿Cabe sugerir un enfoque, o más bien, un modelo de tributación distinto?

#### 4. EL ENFOQUE DE LA TRIBUTACIÓN SOBRE LA BASE IMPONIBLE CONSOLIDADA MUNDIAL

En la mayor parte de los países que admiten la tributación sobre la base imponible consolidada, el perímetro del grupo es nacional. Italia constituye una excepción, y también el Reino Unido, aunque limitada a entidades residentes en la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo, y exclusivamente en la modalidad denominada *consortium relief*. En Francia, bajo autorización, las entidades no residentes también pueden formar parte del grupo fiscal. No se puede decir, por tanto, que la tributación sobre la base imponible consolidada mundial haya ganado plaza en la realidad de los sistemas fiscales avanzados.

En marzo de 2011 la Comisión presentó una iniciativa legislativa consistente en una propuesta de directiva del Consejo, relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (CCCTB)<sup>7</sup>.

##### 4.1. Elementos del modelo CCCTB

Las características más destacadas del referido modelo son las siguientes:

1. El grupo de empresas de ámbito europeo se toma como referencia para determinar una base imponible. Se trata, por tanto, de una base imponible consolidada, referida al grupo definido por normas fiscales. No es por tanto el grupo mercantil. A su vez, las normas que regulan tal determinación serán normas fiscales en su integridad. Las normas contables que regulan la obtención del resultado contable consolidado no se aplican. Podrán, eso sí, inspirar la configuración de dichas normas fiscales.

<sup>7</sup> *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)* COM (2011) 121/4.

2. La base imponible así determinada se distribuye entre las entidades y/o los establecimientos permanentes del grupo de empresas europeo, en función de una fórmula de reparto predeterminada, basada en los activos, las ventas, y los salarios y el número de trabajadores empleados. En consecuencia, la base imponible de cada entidad o establecimiento permanente será la que resulte de esa distribución, de manera tal que el resultado del ejercicio derivado de las operaciones efectivamente realizadas deviene irrelevante.
3. Cada entidad o establecimiento permanente tributará al tipo de gravamen del Estado miembro donde tenga su residencia o esté ubicado, respectivamente.
4. En consecuencia, el grupo de empresas de ámbito europeo no es el contribuyente. Los contribuyentes son todas y cada una de las entidades o de los establecimientos permanentes que se integran en dicho grupo. Sin embargo, la relevancia de este último es máxima, por cuanto es el centro de referencia para determinar la base imponible que será distribuida.
5. Las obligaciones de presentar declaración, pagar la deuda tributaria, y atender a las inspecciones tributarias, entre otras, se realizarán exclusivamente frente a la Administración fiscal en cuyo territorio tenga su sede la entidad dominante del grupo de empresas, de manera que se establece el sistema de la denominada ventanilla única.

El soporte teórico de la propuesta de directiva fue proporcionado por el informe titulado *Company Taxation in the Internal Market*<sup>8</sup>. El informe advirtió un conjunto de obstáculos derivados de los impuestos sobre los beneficios de las empresas existentes en los Estados miembros. Así, la doble imposición económica matriz-filial persistía pese a la Directiva 90/435, en particular porque quedaban al margen de la misma las rentas derivadas de la transmisión de participaciones significativas; las restricciones a la compensación transfronteriza de pérdidas estaban generalizadas pese a la acción del Tribunal de Justicia; la aplicación de las correcciones por operaciones vinculadas generaban supuestos de doble imposición difíciles de resolver y, en fin, los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición se mostraban insuficientes para lograr plenamente tal propósito.

El sistema CCCTB es la respuesta a buena parte de esos problemas. En efecto, la doble imposición de dividendos y plusvalías internas, la compensación transfronteriza de pérdidas, y la aplicación de las normas sobre precios de transferencia reciben una solución inmediata y definitiva merced a la técnica de la consolidación.

La consolidación, en sí misma, permite prescindir de todos los mecanismos para evitar la doble imposición por cuanto elimina los dividendos y plusvalías internas, procura la compensación inmediata de las pérdidas y beneficios entre las entidades del grupo fiscal y rinde innecesarias las técnicas para valorar las operaciones vinculadas a precios de mercado en la medida en que los efectos de dichas operaciones son eliminados.

---

<sup>8</sup> *Company Taxation in the Internal Market. Commission Staff Working Paper (COM (2001)582 final)*.

Esta última virtud es muy importante. Mientras las entidades filiales integradas en los grupos multinacionales actuaron con un elevado grado de autonomía y sus operaciones se realizaron, básicamente, con terceros, los principios de empresa separada y libre competencia pudieron ser aplicados sin excesivas dificultades. En la actualidad, por el contrario, la operatoria integrada es la regla, alentada por el desarrollo de las comunicaciones y la libertad de movimiento de capitales (Tanzi, 2012).

Las sucesivas ampliaciones y mejoras de la Guía de Precios de Transferencia de la OCDE constituyen un esfuerzo encomiable por arropar la aplicación del principio de libre competencia con unos instrumentos técnicos bien definidos, a saber, los métodos concernientes a la determinación del valor de mercado de las operaciones realizadas entre partes vinculadas.

Sin embargo, las dificultades inherentes a la búsqueda y hallazgo de las operaciones comparables realizadas por terceros en condiciones de libre competencia, y de los precios a las que se conciertan, están determinando que sean los métodos menos precisos, esto es, el del margen neto y el del reparto del beneficio conjunto de la operación, los que se apliquen en la práctica, habiéndose llegado a una situación de claridad teórica procurada por la Guía de Precios de Transferencia y graves dificultades prácticas determinantes de crecientes incertidumbres tanto para las empresas como para las administraciones fiscales, máxime cuando, en ciertas ocasiones, los precios de transferencia puedan ser un mecanismo para superar ineficiencias de los mercados financieros (Keuschnigg y Devereaux, 2013). La reciente reforma del Impuesto sobre Sociedades proporciona un claro ejemplo de las dificultades prácticas por las que atraviesa el principio de libre competencia, pues además de abandonar, en una muestra de realismo, la distinción entre métodos principales y subsidiarios convoca, aunque con carácter subsidiario, a otros métodos de valoración generalmente aceptados<sup>9</sup>.

En fin, aunque el problema de la erosión de bases imponibles, mediante desviaciones artificiosas de ingresos y gastos entre entidades del grupo fiscal, sea mediante la utilización de precios de transferencia o a través de operaciones que no se hubieran acordado entre terceros, no estaba entre las preocupaciones dominantes de los constructores del sistema CCCTB, es lo cierto que dicho sistema es un eficaz antídoto contra esas maniobras, por causa del efecto neutralizador de las eliminaciones e incorporaciones inherentes a la consolidación. Desde esta perspectiva, el sistema CCCTB es bastante superior al sistema de empresa separada y principio de libre competencia, auspiciado por la OCDE.

#### **4.2. Dificultades técnicas y políticas del modelo CCCTB**

Pese a todas sus virtudes, la realidad es que la propuesta de directiva se encuentra encallada, por más que la Comisión se haya propuesto recientemente relanzar los

<sup>9</sup> Ley 27/2014, de 28 de noviembre, artículo 18.

debates sobre la misma en el marco de una política más amplia para combatir el fraude y la evasión fiscales<sup>10</sup>, debido a un conjunto de escollos técnicos y políticos que seguidamente se esbozan.

En primer lugar, su ámbito espacial, limitado al conjunto de empresas del grupo residentes en Estados miembros de la Unión europea. Esa limitación cercena, en mayor o menor grado, todos sus efectos positivos, hasta llegar a anularlos en el caso de los grupos multinacionales que rebasan el ámbito europeo.

En particular, el efecto neutralizador de la erosión fiscal queda, prácticamente, destruido, en la medida en que la espita de la desviación de ingresos y gastos queda abierta por el costado extraeuropeo. Por esta razón, la propuesta de directiva no solo contiene una cláusula general antiabuso (art 80), sino también otras de carácter particular dirigidas a sofocar la erosión fiscal mediante la desviación artificiosa de rentas, cuales son las concernientes a la deducción de intereses (*disallowance of interest deductions*, art 81) y a las compañías controladas extranjeras (*controlled foreign companies*, art 82) y, más ampliamente, a los precios de transferencia (*transactions between associated enterprises arts 78 y 79*).

En segundo lugar, como se ha indicado, la propuesta de directiva nada establece respecto del tipo de gravamen, a pesar de que el establecimiento de una horquilla de tipos de gravamen ha estado presente en ciertas propuestas previas de armonización, tal como la contenida en el *Informe Ruding* (1992).

El informe *Company Taxation in the Internal Market*, explica que la presión fiscal efectiva sobre los beneficios deriva, en una parte muy importante, del tipo nominal de gravamen, lo que perturba la competitividad de las empresas y crea distorsiones respecto de la elección del lugar de su establecimiento. Ambos efectos son totalmente adversos al mercado interior, pero el sistema CCCTB, tal y como está diseñado en la propuesta de directiva, nada hace por remediarlo. En este sentido se puede afirmar que la propuesta de directiva comete una importante omisión que, en medida no desdeñable, aminora su contribución al correcto funcionamiento del mercado interior.

Ahora bien, esa omisión no es fortuita. En efecto, al establecimiento de una horquilla de tipos de gravamen se opusieron los grupos de empresas consultados a lo largo del proceso de discusión técnica del sistema CCCTB previo a la formulación de la propuesta de directiva, así como los Estados miembros que venían aplicando una política agresiva de tipos nominales de gravamen reducidos. En particular Irlanda.

Por otra parte, la oposición al establecimiento de una horquilla de tipos de gravamen encuentra un soporte teórico en la teoría de la competencia fiscal legítima, según la cual los Estados deben ser libres para estructurar sus sistemas fiscales

<sup>10</sup> Action Plan on efforts to combat tax evasion and tax fraud, including a Communication on a renewed approach for corporate taxation in the Single Market in the light of global developments. Commission Work Programme 2015. COM(2014) 910 final.

en orden a alcanzar un punto óptimo entre recursos y necesidades de financiación. Ahora bien, es muy posible que, en la práctica, bastantes Estados miembros se hayan visto forzados a disminuir sus tipos nominales de gravamen debido a la política de reducción agresiva seguida por otros Estados miembros, de manera tal que la horquilla de tipos de gravamen, antes que restringir la libertad de acción de los Estados, la aumentaría.

En tercer lugar, el funcionamiento práctico de la fórmula de reparto predeterminada es una incógnita, por más que su construcción normativa (*apportionment of the consolidated tax base arts 86 a 103*), sea bastante detallada.

Ciertamente, se cuenta con la experiencia de los Estados Unidos de América, donde la fórmula de reparto predeterminada viene funcionando desde el siglo pasado en el ámbito de los impuestos sobre los beneficios de los Estados, si bien solo se aplica cuando las entidades afectadas realizan un negocio en común, y exclusivamente para las rentas del mismo, mientras que el sistema CCCTB versa sobre la totalidad de la renta de las empresas pertenecientes al grupo europeo.

El funcionamiento de la fórmula de reparto es una incógnita ¿Los factores utilizados son adecuados para atribuir la renta a las distintas entidades del grupo, de manera tal que las jurisdicciones fiscales afectadas recauden unos ingresos fiscales derivados de las rentas de las actividades económicas realizadas en su territorio, dándose así satisfacción al tradicional principio de territorialidad? ¿Es fácil determinar las ventas por destino? ¿Cómo opera el factor ventas en aquellos grupos en los que solo alguna o algunas de sus empresas operan frente a terceros?

La propuesta de directiva ha atisbado todas estas dificultades y, seguramente por ello, contiene una cláusula de salvaguardia a cuyo tenor, si el resultado de la aplicación de la fórmula de reparto predeterminada no es equitativo, el contribuyente principal o la autoridad fiscal competente pueden requerir, en circunstancias excepcionales, el uso de un método alternativo, el cual se aplicará si todas las autoridades fiscales competentes así lo acuerdan (*safeguard clause art 87*).

En rigor, siempre habrá una fórmula de reparto específica más idónea que la fórmula de reparto predeterminada. La ventaja de esta última es que, como su nombre indica, está predeterminada y, además, basada sobre realidades observables antes que sobre apreciaciones técnicas respecto de la distribución de riesgos, activos y funciones, tal y como acontece en el método de distribución del beneficio conjunto de las operaciones realizadas entre partes vinculadas de la Guía de Precios de Transferencia de la OCDE, que bien podría ser considerado como un método alternativo en el sentido del artículo 87 de la propuesta de directiva y que, desde luego, es el método que es más próximo a la fórmula de reparto predeterminada.

Por último, el sistema CCCTB desencadena un fuerte impacto político-administrativo, pues las administraciones tributarias de los Estados miembros no tendrán la

competencia exclusiva para comprobar la base imponible de las entidades filiales y de los establecimientos permanentes residentes o ubicados en su territorio, respectivamente, pertenecientes a los grupos de empresas que hayan optado por el sistema CCCTB, ya que tal comprobación será dirigida por la administración tributaria (*autoridad fiscal principal*) donde tenga su residencia la entidad dominante (*contribuyente principal*). El efecto práctico, en caso de aprobarse la propuesta de directiva, sería un desplazamiento de la competencia para comprobar la base imponible y de la fórmula de reparto predeterminada, desde los Estados miembros con preponderancia de entidades filiales a aquellos otros donde residen las entidades matrices o dominantes.

La propuesta de directiva define, a estos efectos, la figura de la autoridad fiscal principal (*principal tax authority*, art 4.22), ante la cual, la entidad dominante o cabecera de varios establecimientos permanentes o contribuyente principal (*principal taxpayer*, art 4.6) debe presentar la declaración fiscal (*tax return*, art 109). Posteriormente, la autoridad fiscal principal *verificará que la declaración consolidada cumple con los requisitos establecidos* (art 114), y podrá *iniciar y coordinar las auditorías sobre los miembros del grupo* (art 122). En estas auditorías participan las administraciones tributarias de los Estados miembros donde residen las entidades filiales, si bien de manera secundaria, pues es la autoridad fiscal principal la que *compila los resultados de todas las auditorías* (art 123), de manera tal que a ella corresponde la decisión final, contra la cual las restantes autoridades fiscales podrán recurrir (art 123).

Esta misma función secundaria desempeñan las administraciones tributarias no principales en relación con los recursos administrativos (*administrative appeals*, art 125).

En fin, el contribuyente principal puede interponer recurso ante «*los tribunales del Estado miembro de la autoridad fiscal principal*» (art 125.6), que será resuelto «*de acuerdo con la ley del Estado miembro de la autoridad fiscal principal*» (art 127).

En consecuencia, aun cuando la decisión que ponga fin a la comprobación o auditoría pueda verse sobre un hecho acaecido en una entidad filial, la competencia para resolver el recurso judicial será de los tribunales del Estado miembro de la autoridad principal, y aunque la norma que haya de aplicarse al fondo del asunto será la armonizada, las normas y prácticas procesales serán las propias del Estado miembro de la autoridad principal.

Ciertamente, ambas supremacías -administrativa y judicial- derivan del principio de reconocimiento mutuo de los Estados miembros, que es uno de los pilares de la construcción comunitaria. Lo extraordinario es que se proyecte en relación con la imposición sobre la renta de las empresas, materia ésta que no forma parte de las competencias explícitas de la Unión Europea.

El efecto de las dos supremacías será la pérdida de competencia de los Estados miembros donde predominen las entidades filiales, y la correlativa ganancia de los Estados miembros donde abunden las entidades dominantes. Adicionalmente, po-

dría producirse un fenómeno de migración, sea sobrevenida (el contribuyente principal muda su sede desde un Estado miembro a otro) o inicial (el contribuyente principal decide constituirse en un determinado Estado miembro), de las entidades dominantes hacia las jurisdicciones fiscales más propicias.

El aliciente para fijar la residencia de la entidad dominante en un determinado Estado miembro no será la normativa relativa a la determinación de la base imponible, puesto que la misma estará armonizada, ni el tipo de gravamen, puesto que la residencia de la entidad dominante no determina el tipo de gravamen de las filiales, sino la experiencia que los grupos multinacionales tengan respecto de la conducta y criterios de las distintas administraciones y tribunales nacionales.

Las recientes pesquisas de la Comisión en relación con regímenes fiscales posiblemente constitutivos de ayuda de Estado ilustran suficientemente sobre las distintas posiciones y conductas adoptadas por los Estados miembros en materia de imposición sobre los beneficios de las empresas.

Así pues, las dificultades técnicas y políticas del modelo CCCTB son importantes. También lo son sus ventajas, las cuales, como se ha indicado, no derivan tanto de la consecución de una base imponible común cuanto del efecto salutífero de la consolidación.

## 5. EL ENFOQUE PARA ELIMINAR LA AUSENCIA DE IMPOSICIÓN

Este enfoque siempre ha estado presente en la agenda de las organizaciones internacionales concernidas, pero solo en los últimos años ha ganado una relevancia notoria, seguramente, como se ha indicado, en la estela de las preocupaciones desatadas por la crisis económica.

### 5.1. El proyecto BEPS

En febrero de 2013, con ocasión de la reunión del G-20 en Moscú, la OCDE presentó el informe titulado *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Se trata de un estudio de carácter general, dividido en cinco capítulos y tres anexos, preparatorio de un programa de acción más concreto que, finalmente, se presentó en junio de 2013.

En el capítulo I se constata la creciente preocupación por el problema de la erosión de las bases imponibles en los grupos multinacionales, algunos de los cuales, eventualmente, se librarían a operaciones de desviación de los beneficios hacia entidades en zonas de baja tributación mediante operaciones artificiosas, pero no a través del falseamiento u ocultación de cuentas. Estos grupos, inversamente, se venían quejando de sufrir doble imposición. En este capítulo se pasa revista a las iniciativas políticas concernientes a la planificación fiscal agresiva.

En el capítulo II se reflexiona respecto de la magnitud del problema. Las conclusiones no son rotundas. A lo largo de los últimos lustros los tipos nominales han

descendido pero la recaudación no lo ha hecho, por tanto, el problema, en términos cuantitativos absolutos no es acuciante, aunque sí es relevante en términos de equidad para los casos en los que se presenta. Hay un dato muy revelador, a saber, la realización de inversión directa a través de vehículos societarios *ad hoc* domiciliados en zonas de baja tributación. Sin embargo la distancia entre el tipo nominal de gravamen y el tipo efectivo no es concluyente.

En el capítulo III se pasa revista a las nuevas formas de organización de los grupos multinacionales, y se pone de relieve que las mismas no han sido correspondidas por nuevos principios fiscales. No obstante, no especifica cuáles podrían ser esos nuevos principios fiscales, si bien sí indica que los principios vigentes podrían estar dando pie a la planificación fiscal agresiva. Señala la oportunidad de mantener un equilibrio en los sistemas fiscales entre recaudación y atracción de nuevos capitales para inversiones reales. Es interesante resaltar la reflexión respecto de la relación entre la contabilidad y la planificación fiscal agresiva, la cual consiste en que la obligación de provisionar los riesgos fiscales minora el beneficio por acción y, por ende, la desalienta.

En el capítulo IV se ponen en relación los principios básicos de la imposición en el ámbito internacional con la planificación fiscal agresiva. Ofrece una clasificación de las normas antiabuso: generales, transparencia fiscal internacional, antisubcapitalización, antihíbridos, antierosión (tipos más altos de retención respecto de ciertos pagos, no deducción de ciertos gastos, todo ello concerniente a operaciones con zonas de baja tributación), así como un esbozo de las estrategias agresivas agrupadas en relación con la jurisdicción competente para gravar los precios de transferencia, la financiación mediante endeudamiento y las normas antielusión. Finaliza con una visión general sobre las estructuras organizativas agresivas, con especial referencia a los intangibles.

En el capítulo V se anuncia un futuro plan de acción que se centrará en las normas técnicas para neutralizar los efectos perniciosos de los híbridos, las reglas sobre precios de transferencia, los criterios relativos a la jurisdicción fiscal competente para gravar las nuevas normas antiabuso, las normas concernientes a las operaciones financieras intra grupo y, finalmente, las normas para neutralizar los regímenes fiscales preferenciales.

El informe, como se ha indicado, contiene tres anexos, siendo el más relevante el C, pues en el mismo se proponen dos casos sobre la mecánica de la planificación fiscal agresiva en las áreas de los intangibles y de la financiación.

En julio de 2013 la OCDE publicó el denominado *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, comprensivo de las quince acciones siguientes:

- Enfrentar los desafíos de la economía digital
- Neutralizar los efectos de la financiación híbrida.
- Reforzar las reglas sobre transparencia fiscal internacional
- Limitar la acción erosiva de los intereses y pagos asimilados.

- Aplicar reglas antiabuso basadas en la preferencia de la sustancia sobre la forma.
- Contrarrestar el abuso de convenio.
- Evitar el disimulo de establecimientos permanentes.
- Garantizar la adecuación de las normas relativas a los precios de transferencia a la creación de valor. En particular, en las áreas de los activos intangibles, de las transferencias de riesgo y capital, y de las transacciones inusuales.
- Obtener información actualizada sobre las prácticas erosivas.
- Comunicar las prácticas fiscales agresivas.
- Fortalecer la documentación relativa a los precios de transferencia.
- Hacer más eficaces los mecanismos de resolución de conflictos.
- Facilitar la modificación de convenios mediante instrumento multilateral.

Ninguna de las acciones precedentes presagia una reconsideración radical de los principios vigentes relativos a la fiscalidad internacional que animan al Modelo de convenio y a la Guía de Precios de Transferencia.

El apoyo político a la acción de la OCDE reviste una gran intensidad<sup>11</sup>.

En septiembre de 2014 se han publicado los primeros productos del Plan de Acción, materializados en siete informes<sup>12</sup>. Los restantes se publicarán en septiembre de 2015.

Ese será, naturalmente, el momento para efectuar una valoración de conjunto. Sin embargo, la lectura de esos primeros productos ya permite obtener algunas conclusiones:

- No se pone en cuestión el conjunto de principios que actualmente rigen las relaciones entre los países en materia de tributación sobre los beneficios. Por tanto, el principio de empresa separada y el de libre competencia salen inmutados del Plan de Acción.

<sup>11</sup> Declaración del G-20 de S. Petesburgo. *We fully endorse the ambitious and comprehensive Action Plan – originated in the OECD – aimed at addressing base erosion and profit shifting with mechanism to enrich the Plan as appropriate. We welcome the establishment of the G20/OECD BEPS project and we encourage all interested countries to participate. Profits should be taxed where economic activities deriving the profits are performed and where value is created. In order to minimize BEPS, we call on member countries to examine how our own domestic laws contribute to BEPS and to ensure that international and our own tax rules do not allow or encourage multinational enterprises to reduce overall taxes paid by artificially shifting profits to low-tax jurisdictions.*

<sup>12</sup> *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance.*

- *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties.*
- *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles.*
- *Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting.*
- *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy.*
- *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements.*
- *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances.*

- El objetivo no es establecer una estructura uniforme del impuesto sobre sociedades en el contexto de los países de la OCDE ni, en un tono menor, una base imponible común ni una horquilla de tipos de gravamen.
- No se pone en cuestión la competencia fiscal entre los países, realizada en el marco de unas reglas equitativas, entendiéndose por tales aquellas que no incurrir en la consideración de régimen fiscal preferencial o perjudicial en el sentido del informe *Harmful Tax Competition* (1998).
- El objetivo común de todos los informes es ofrecer a los distintos países un conjunto de reflexiones, guías y recomendaciones, en orden a establecer las normas pertinentes para neutralizar la planificación fiscal agresiva, así como la competencia fiscal dañina de otros países.
- Algunos informes proponen la modificación de los comentarios al Modelo de convenio de la OCDE o de la Guía de Precios de Transferencia, pero sin que esto suponga abdicar de los principios que los sustentan.
- La eliminación de la doble imposición, que es el objetivo primordial de los convenios bilaterales y, por tanto, del Modelo de Convenio de la OCDE, no ha declinado, pero no es objeto de una preocupación específica.

Los dos informes más relevantes todavía no se han publicado, y son los concernientes a la limitación de la acción erosiva de los intereses y pagos asimilados, y a la denominada transparencia fiscal internacional.

En efecto, un planteamiento muy restrictivo en materia de deducción de intereses podría afectar al modelo tradicional de Impuesto sobre Sociedades, basado en el resultado del ejercicio o resultado contable, y acercarlo al modelo denominado CBIT<sup>13</sup>. Y un planteamiento muy ambicioso en materia de transparencia fiscal internacional implicaría un acercamiento a algunos de los resultados prácticos de la tributación sobre base imponible consolidada mundial.

## 5.2. El modelo tradicional de Impuesto sobre Sociedades en el contexto BEPS

El modelo tradicional de Impuesto sobre Sociedades toma como elemento nuclear de la base imponible el resultado del ejercicio o resultado contable, con ciertas correcciones. La esencia de este modelo es que los dividendos no son fiscalmente deducibles, mientras que los intereses sí lo son.

Es obvio que este modelo, en sí mismo, fomenta la financiación mediante endeudamiento, y lo hace todavía en mayor medida si los dividendos tributan en sede de su perceptor sin alivio de la doble imposición. Así sucede en España, donde el método para eliminar la doble imposición de dividendos, establecido por la Ley 42/1994, y reproducido por la Ley 40/1998, ambas del Impuesto sobre la Renta de

<sup>13</sup> Comprehensive Business Income Tax (CBIT).

las Personas Físicas, fue suprimido por la Ley 35/2006, también del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la cual estableció, no obstante, una exención para los dividendos no superiores a 1.500 euros que, a su vez, ha sido suprimida por la Ley 26/2014. Se trata, por tanto, de un modelo no neutral.

Es, además, un modelo muy vulnerable a las prácticas de subcapitalización, básicamente al alcance de los grupos multinacionales que, probablemente, sean de las más utilizadas para desviar las rentas hacia zonas de baja tributación.

Y lo es más todavía si, como con frecuencia ocurre, el método utilizado para eliminar la doble imposición económica, sea interno o convenido, es el de exención, máxime si se aplica no solo respecto de los dividendos, sino también respecto de las plusvalías de cartera y las minusvalías computan, pues estimula la adquisición apalancada de instrumentos de patrimonio.

Que esto es así lo prueba, en relación con la deducción de los intereses, la paupérrica de restricciones a la deducción de intereses desplegada, básicamente, a partir de la entrada del presente siglo, por los principales países de nuestro entorno, corriente a la que se sumó España con las restricciones introducidas por el Real Decreto-Ley 12/2012, reproducidas y ampliadas por la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades.

Las clásicas normas anti subcapitalización basadas en la relación existente entre el endeudamiento vinculado y los fondos propios, han ido perdiendo protagonismo y, junto a ellas o sustituyéndolas, han ido apareciendo otras normas basadas en una restricción objetiva a la deducción de intereses, procedentes tanto de endeudamiento vinculado como contraído con terceros, construida a modo de porcentaje sobre una magnitud significativa, como puede ser el resultado de explotación o el valor añadido neto, entre otras.

Y en relación con el método para eliminar la doble imposición económica, aunque el método de exención se ha afianzado, alrededor del mismo han ido adosándose normas para evitar la no imposición derivada de la distinta calificación de las rentas en las jurisdicciones fiscales de las dos entidades concernidas. Al tiempo, bastantes países rechazan el cómputo de las minusvalías derivadas de la transmisión de participaciones acogidas al método de exención, o admiten exclusivamente su compensación con plusvalías concernientes a esas participaciones.

La vulnerabilidad del modelo tradicional frente a las maniobras de erosión de las bases imponibles viene, esencialmente, por el lado de las partidas que integran el denominado resultado financiero. Una de ellas, la que refleja el resultado de los instrumentos financieros derivados, ha sido recientemente objeto de una compleja y restrictiva regulación en el Reino Unido, en virtud de la cual las pérdidas imputables a algunos de ellos podrán ser no deducibles, mientras los ingresos sí serán computables (Casley, 2015).

El modelo CBIT no padece la vulnerabilidad inherente a las partidas que integran el resultado financiero, sencillamente porque esas partidas no se toman en consideración para determinar la renta gravable.

### 5.3. El modelo CBIT de Impuesto sobre Sociedades en el contexto BEPS

El denominado *Comprehensive Business Income Tax* (CBIT) fue elaborado por los expertos del Tesoro norteamericano en 1992<sup>14</sup>. De manera simplificada puede ser descrito como aquel que recae sobre el resultado de explotación, en lugar de hacerlo sobre el resultado del ejercicio o resultado contable. Su principal diferencia con el modelo tradicional es que los intereses, en su totalidad, no son fiscalmente deducibles. No ha tenido, hasta el momento, aceptación en la realidad de los sistemas fiscales. Sin embargo, su firme resistencia a las técnicas de desviación de beneficios a través de las partidas que componen el resultado financiero, ha hecho que algunos expertos lo hayan rescatado (Hansen, 2013). En el polo opuesto al modelo CBIT se encuentra el modelo *Allowance for Corporate Equity* (ACE), cuya característica esencial es que incorpora una partida fiscal deducible representativa de la remuneración teórica o interés nocional sobre los fondos propios (Albi).

#### 5.3.1. Ventajas del modelo CBIT en el contexto BEPS

No son desdeñables las ventajas del modelo CBIT:

- Es neutral ante las fuentes de financiación, ya que los gastos financieros reciben el mismo tratamiento que los dividendos, es decir, no minoran la base imponible (Sullivan).
- No crea doble imposición económica, ya que al recaer sobre el resultado de explotación no incluye en la base imponible los dividendos y plusvalías de cartera.
- Es inmune a la subcapitalización, y a las operaciones financieras diseñadas para desviar rentas u obtener dobles deducciones mediante instrumentos financieros híbridos. En particular, frenaría radicalmente el desplazamiento artificial de beneficios mediante operaciones financieras<sup>15</sup>.
- Permite prescindir de las retenciones sobre intereses de los préstamos concedidos a las empresas, pues el propio impuesto sobre sociedades realizaría la función propia de la retención. La supresión de la retención acarrearía la de todos los problemas que la acompañan, en particular el concerniente a la determinación del beneficiario efectivo.

<sup>14</sup> *Report of the Treasury on Integration of the Individual and Corporate Tax Systems-Taxing Business Income Once (Treasury Integration Report, January 1992).*

<sup>15</sup> Devereux y de Mooij. *Alternative Systems Tax in Europe. An applied análisis of ACE and CBIT Reforms*, pág 17.

Las ventajas del modelo CBIT son importantes ¿Tanto como para inscribirlo en la agenda de la política fiscal internacional?

Para responder a esta pregunta no solamente debe atenderse a las ventajas técnicas, sino también al entorno político, en particular a la relación del modelo CBIT con el consenso que sustenta a las relaciones fiscales internacionales modeladas por la acción de la OCDE, y con las normas fiscales de la Unión Europea. Y, desde luego, ha de reflexionarse sobre su compatibilidad con el principio de capacidad económica, el cual es comúnmente aceptado por los países pertenecientes a esas organizaciones, así como sobre su relación con la imposición sobre la renta de las personas físicas.

### 5.3.2. *El modelo CBIT y el consenso OCDE*

El Modelo de Convenio de la OCDE adjudica la tributación de los intereses al país donde reside su perceptor y, a modo de premio de consolación, el país donde reside el pagador de los intereses puede practicar una retención limitada, pero ese premio de consolación va en retroceso<sup>16</sup>, tal vez porque los países centrales de aquella organización sean exportadores de capitales, y los países periféricos hayan asumido que la retención encarece el coste de la financiación internacional que las empresas precisan para acometer procesos de inversión (Schon, 2012).

El modelo CBIT respeta formalmente el consenso de la OCDE, por cuanto los intereses continuarían siendo gravados por el país donde reside el perceptor de los mismos pero, materialmente, sí va en contra de ese consenso, en la medida en que implica un aumento de los ingresos fiscales por la imposición sobre los beneficios de las empresas a favor de los países importadores de capital, así como la creación de un supuesto de doble imposición económica de nuevo cuño que solamente podría resolverse mediante la exención de los intereses en sede de su perceptor.

En suma, el modelo CBIT, instrumentado de forma que no genere doble imposición económica internacional, determinaría un trasvase de recursos desde los países exportadores de capitales a los países importadores de capitales, e instrumentado de manera que no perjudique la recaudación de los países exportadores de capitales provocaría doble imposición.

Con todo, resta por ver si los productos del proyecto BEPS van a implicar una relajación de ese consenso tan importante que, eventualmente, pudiera abrir una puerta al modelo CBIT. Esta posibilidad solamente podrá ser evaluada correctamente cuando concluyan los trabajos sobre la deducción de intereses.

Ahora bien, la implantación del modelo CBIT no requeriría la renegociación de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición. En efecto, la deducción

<sup>16</sup> Protocolo que modifica el Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición (Madrid 14 de enero de 2013).

de los intereses no está garantizada por dichos convenios, de manera tal que la no deducción es legítima, siempre que no determine discriminación, esto es, que se practique de manera absoluta, sin distinción de la residencia del perceptor de los intereses. Al tiempo, los convenios bilaterales no exigen la tributación de los intereses en sede de su perceptor, simplemente la permiten si así está establecida en las normas internas y, en fin, tampoco se oponen, antes bien estimulan, a la exención de los dividendos percibidos.

El choque del modelo CBIT con el consenso de la OCDE es de índole material, antes que formal. Ahora bien, ese choque material se va diluyendo a medida que el tipo de gravamen del impuesto sobre los beneficios decrece y las restricciones a la deducción de intereses crecen, circunstancias, ambas, que han concurrido en la última década, y que probablemente se afiancen tras la finalización del proyecto BEPS.

Puesto que el modelo CBIT no vulnera los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, sería legítima su implantación unilateral. Pero no sería deseable, por cuanto determinaría, como se ha indicado, una situación de doble imposición para la cual los convenios vigentes no ofrecen respuesta.

Podría, incluso, alegarse que el modelo CBIT, al recaer sobre el resultado de explotación, esto es, una magnitud no afectada por los gastos e ingresos financieros, procura el objetivo de evitar la no imposición de las rentas canalizadas a través de los instrumentos híbridos, inserto en el documento del proyecto BEPS sobre la materia<sup>17</sup> y que, por tanto, sería idóneo para ejecutar las recomendaciones de la OCDE concernientes a la financiación híbrida. En efecto, en todos los casos analizados en el informe relativo a los híbridos concurren unos intereses que son fiscalmente deducibles en sede de la entidad prestataria, y que no son fiscalmente computables en sede de la entidad prestamista, o bien que se deducen en sede de dos o más entidades, sea debido al tratamiento dispar, frente a dos o más jurisdicciones fiscales, del mismo contrato (*hybrid instruments*) o de la misma entidad (*hybrid entities*).

Ese alegato, sin embargo, no sería exacto porque olvidaría que esas recomendaciones están dirigidas a evitar la no imposición, pero sin crear doble imposición.

Las recomendaciones de la OCDE en materia de híbridos son meras reglas de coordinación de la fiscalidad sobre las rentas financieras transfronterizas cuyo objetivo es evitar la no imposición de la mismas, de manera tal que si la jurisdicción fiscal que, de acuerdo con la naturaleza de la renta, debe dar la respuesta primera (*primary response*) falla, es llamada la otra jurisdicción fiscal concernida (*defensive rule*), pero no implican una ruptura con el modelo tradicional de Impuesto sobre Sociedades, fundamentado en la tributación sobre el resultado contable y, por ende, en la deducción de los intereses en sede de la entidad pagadora y su tributación en sede de la entidad perceptora, como regla general.

<sup>17</sup> *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*.

### 5.3.3. *El modelo CBIT y la normativa de la Unión Europea*

La Unión Europea carece de competencias propias en materia de tributación sobre los beneficios de las empresas. Sin embargo, dos directivas versan sobre partidas integrantes del resultado financiero.

La directiva matriz-filial<sup>18</sup> parte de una situación en la que los dividendos se gravan en sede de su perceptor y, para evitar la doble imposición, ordena a los Estados miembros que, a los inscritos en una relación matriz-filial de carácter transfronterizo, los declaren exentos o los graven pero concediendo un crédito de impuesto equivalente al impuesto soportado por el beneficio del que proceden, y también que se abstengan de practicar retención sobre los mismos.

En el modelo CBIT, el problema de la doble imposición no se plantea, por cuanto los dividendos no se integran en la base imponible. En cierto modo, el modelo CBIT, llevado hasta sus últimas consecuencias, esto es, a tomar como base imponible el resultado de explotación, procura el objetivo principal de la referida directiva. Y por lo que se refiere a la abstención de practicar retención, el modelo CBIT está en posición análoga al modelo tradicional. En fin, la implantación del modelo CBIT no perturbaría la consecución de los objetivos de la directiva matriz-filial ni, consecuentemente, exigiría su modificación.

La directiva de intereses y cánones<sup>19</sup> ordena a los Estados miembros, respecto de los intereses inscritos en las relaciones financieras transfronterizas de un grupo de empresas, que no practiquen retención. La no deducción de los intereses, propia del modelo CBIT, podría ser vista como un sucedáneo de la retención. Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Justicia *Scheuten Solar* (397-09) no lo ha entendido así<sup>20</sup>. En consecuencia, el modelo CBIT no perturba, formalmente, los objetivos de la directiva de intereses y cánones.

Sin embargo, en la medida en que dicha directiva pudiera ser entendida como definitoria de la distribución de los ingresos fiscales derivados de la cesión de capitales entre empresas del mismo grupo, el modelo CBIT trastocaría esos objetivos, puesto que implica, como se ha indicado, un trasvase de recursos desde los países exportadores de capitales a los países importadores.

<sup>18</sup> Directiva 90/435, concerniente a la supresión de retenciones sobre dividendos y a la eliminación de la doble imposición económica transfronteriza, sea por el método de imputación o el de exención, en el ámbito de las relaciones entre entidades matrices y filiales, modificada por la Directiva 2003/123.

<sup>19</sup> Directiva 2003/49, concerniente a la supresión de retenciones sobre intereses y cánones transfronterizos en las relaciones matriz-filial.

<sup>20</sup> «El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de Derecho tributario nacional con arreglo a la cual los intereses de un préstamo pagados por una sociedad de un Estado miembro a una sociedad asociada de otro Estado miembro se suman a la base imponible de la primera a efectos del impuesto sobre actividades económicas».

Al igual que se ha visto en relación con el consenso de la OCDE, la normativa comunitaria no sería un obstáculo para la implantación unilateral del modelo CBIT, pero de ello se derivaría una doble imposición opuesta al espíritu de la Directiva de intereses y cánones, si bien esa fricción ya la están provocando las normas limitativas de la deducción de intereses de carácter objetivo y universal, como son las existentes en España, Alemania, Francia, Italia y Holanda, entre otros Estados miembros.

#### 5.3.4. *El modelo CBIT en relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*

El modelo tradicional de Impuesto sobre Sociedades, esto es, el basado sobre el resultado contable, permite gravar la renta que posteriormente afluirá a los socios, sea como dividendos o como cuota de liquidación. En este sentido la Ley 43/1995 consideraba al Impuesto sobre Sociedades como impuesto antecedente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, fundamentado en una escala progresiva que también recaía sobre los dividendos. Esta es una de las virtudes de aquel modelo. Durante las primeras décadas del pasado siglo muchos países construyeron la tributación de las rentas del capital aportado a sociedades bajo el referido criterio, mas cuando la libertad de movimiento de capitales alcanzó plena operatividad, el temor a la fuga de capitales provocó la aparición de las escalas duales o de la retención liberatoria, de manera tal que la función antecedente del Impuesto sobre Sociedades quedó desmerecida. El preámbulo de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, describe esta realidad cuando afirma que dicho impuesto *«ha abandonado hace tiempo el papel de complemento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...»*.

Ahora bien, un Impuesto sobre Sociedades que ya no se inserta en el sistema de imposición sobre la renta a modo de antecedente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, no ha de recaer necesariamente sobre el resultado contable o resultado del ejercicio, en cuanto renta disponible por los socios o propietarios de la empresa, sino que puede hacerlo sobre otras magnitudes con tal de que sean demostrativas de capacidad económica.

#### 5.3.5. *El modelo CBIT y el principio de capacidad económica*

La actividad económica realizada en el seno de una empresa genera, al menos, cinco magnitudes determinantes de utilidad, a saber, el valor añadido, la utilidad neta de la empresa, la utilidad neta para los inversores, la utilidad neta para los accionistas, y la utilidad neta para los tenedores de participaciones residuales<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Hendricksen. E. *Teoría de la Contabilidad*, página 178.

- Valor añadido. La diferencia entre el precio de venta del producto de la empresa y el coste de los bienes y servicios adquiridos a terceros. Son receptores de esa utilidad los empleados, los acreedores, las administraciones públicas por impuestos, y los socios o propietarios.
- Utilidad neta de la empresa. La magnitud anterior, minorada en los salarios. Son receptores de esa utilidad los anteriores, excluidos los empleados.

El Impuesto sobre Sociedades de la Ley 27/2014 no recae, exactamente, sobre ninguna de las magnitudes precedentes pues, partiendo de la utilidad neta para los tenedores de participaciones residuales o resultado contable, le agrega un conjunto de partidas, señaladamente la cuota devengada por el referido impuesto y los gastos financieros que exceden del límite previsto en el artículo 16<sup>22</sup>, de manera tal que las sociedades muy endeudadas y con unos beneficios operativos escasos están tributando, en gran parte, sobre la magnitud que refleja la utilidad neta para la empresa, la cual, básicamente, coincide con el resultado de explotación del vigente Plan General de Contabilidad.

Así, mientras que las sociedades con elevado resultado de explotación y poco endeudadas tributan, básicamente, sobre el resultado contable, las que están en la situación opuesta lo hacen sobre una magnitud próxima al resultado de explotación, y mientras que la remuneración de los socios tributa dos veces (Impuesto sobre Sociedades e Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas) la de los prestamistas lo hace una vez (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), excepto si los gastos financieros no son deducibles, en cuyo caso también tributan dos veces.

Esta realidad es muy poco satisfactoria a la luz del principio de capacidad económica, el cual exige no solo que los contribuyentes tributen sobre una magnitud que denote aptitud para contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, sino que lo hagan, en términos cualitativos, sobre la misma magnitud. La restricción objetiva a la deducción de gastos financieros provoca una alteración cualitativa de la magnitud sobre la que tributan las entidades sujetas al Impuesto sobre Sociedades, cuyos gastos financieros no son deducibles, en todo o en parte.

Esta alteración no es privativa del Impuesto sobre Sociedades vigente en España pues, en los países de nuestro entorno, las restricciones objetivas a la deducción de intereses de carácter general han venido sustituyendo a las normas antisubcapitalización referidas exclusivamente a las operaciones financieras vinculadas<sup>23</sup>. Esta ten-

- Utilidad neta para los inversionistas. La magnitud anterior, minorada en los impuestos sobre los beneficios. Son receptores de esa utilidad los anteriores, excluidas las administraciones públicas por impuestos, esto es, los socios y los acreedores, básicamente a largo plazo.
- Utilidad neta para los accionistas. La magnitud anterior, minorada en los gastos financieros y, en su caso, las distribuciones de participaciones en los beneficios. Son receptores de esta utilidad los socios, tanto comunes como preferentes.
- Utilidad neta para los tenedores de participaciones residuales. La magnitud anterior, minorada en la remuneración de las participaciones preferentes. Son receptores de esa utilidad los socios comunes.

<sup>22</sup> Art 16. «Los gastos financieros netos serán deducibles con el límite del 30 por ciento del beneficio operativo del ejercicio....El beneficio operativo se determinará a partir del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio determinado de acuerdo con el Código de Comercio y demás normativa contable de desarrollo, eliminando la amortización del inmovilizado, la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, el deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado...».

<sup>23</sup> *European Tax Handbook 2014*. Normas objetivas generales restrictivas están implantadas en Francia, Italia, Alemania, Dinamarca, Holanda y Reino Unido, entre otros países. También en España.

dencia a restringir la deducción de intereses, que armoniza bien con las preocupaciones que alientan el proyecto BEPS, es previsible que sea duradera. Ahora bien, llevada hasta sus últimas consecuencias, implica alumbrar la tributación por el Impuesto sobre Sociedades sobre una base imponible próxima al resultado de explotación, esto es, al modelo CBIT.

Esa base imponible sería demostrativa de capacidad económica, por cuanto refleja la creación de valor por parte de la empresa y, por otra parte, superaría las discriminaciones derivadas de las normas limitativas de la deducción de intereses.

En algunos países, junto al impuesto sobre los beneficios tradicional están establecidos unos impuestos locales o regionales que giran sobre bases imponibles próximas al resultado de explotación<sup>24</sup>.

## 6. UN ENFOQUE DE SÍNTESIS

El enfoque CCCTB pone de relieve la importancia de la consolidación. Los efectos más positivos del mismo como, por ejemplo, la neutralización de las consecuencias de las operaciones vinculadas concertadas a precios de transferencia distintos a los de mercado, derivan de la consolidación.

El enfoque BEPS enseña que buena parte de las operaciones de transferencia artificial de resultados hacia entidades del grupo que tributan en régimen privilegiado se realiza mediante el endeudamiento excesivo, los instrumentos híbridos y los precios de transferencia que se apartan del principio de libre competencia.

El enfoque que propugna el sistema CCCTB apunta, en su versión más intensa, hacia una tributación sobre base imponible consolidada mundial, y el que sostiene el enfoque BEPS, lo hace hacia el modelo CBIT. Pues bien, es concebible una estructura de Impuesto sobre Sociedades fundamentada en una síntesis de ambos enfoques, cuyas características esenciales serían las siguientes:

- La entidad dominante estaría sujeta al Impuesto sobre Sociedades vigente en el país de su residencia, siendo la base imponible el resultado de explotación de las cuentas consolidadas, y el tipo de gravamen el vigente en dicho país. No sería necesaria, por tanto, una acción armonizadora o de coordinación concerniente a la base imponible o al tipo de gravamen.
- Las entidades dependientes estarían sujetas a los Impuestos sobre Sociedades vigentes en los países de sus correspondientes residencias, y a los tipos de gravamen vigentes en dichos países. Los impuestos pagados tendrían la consideración de créditos fiscales a favor de la entidad dominante, aplicables contra su propia deuda mediante el método de imputación ordinaria. No sería necesaria ni una acción armonizadora relativa a la base imponible o al tipo de gravamen.

<sup>24</sup> *European Tax Handbook 2014*. Véanse los casos de Francia y Alemania, entre otros.

Un Impuesto sobre Sociedades así construido se apoyaría en la información contable proporcionada por las cuentas anuales consolidadas en lo tocante a la tributación de la entidad dominante y por las cuentas individuales en lo concerniente a la tributación de las entidades dependientes, y no precisaría recurrir, por tanto, a la fórmula de reparto predeterminada.

Las ventajas de esta estructura pueden dividirse en dos grupos.

Ventajas derivadas de la consolidación:

- Compensación de pérdidas de manera inmediata entre todas las entidades que integran el grupo, cualquiera que sea el lugar de su residencia. Este es un objetivo del enfoque CCCTB.
- Neutralización de las estrategias basadas en precios de transferencia ajenos al principio de libre competencia, o en la realización de negocios jurídicos entre entidades del grupo que no serían realizados con terceros. Este es un objetivo del enfoque BEPS.
- Neutralización y, por ende desaliento, de la implantación de políticas fiscales determinantes de competencia fiscal perjudicial. Este es, indirectamente, un objetivo BEPS. Sintoniza con el Código de Conducta de la Unión Europea.
- Desaparición de las causas fiscales que han venido alentando la carrera en la disminución de los tipos de gravamen del Impuesto sobre Sociedades. Preserva la soberanía fiscal de los países. Sintoniza con las políticas de consolidación fiscal de la Unión Europea.
- Compatibilidad con el consenso OCDE. En efecto, la tributación se produciría en función de los beneficios obtenidos por cada entidad, excepto por lo que se refiere a la entidad dominante, que tributaría por los beneficios consolidados, pero con derecho a créditos fiscales por razón de los impuestos pagados por las entidades filiales.
- Indiferencia respecto del lugar de realización de las inversiones reales, esto es, neutralidad en la exportación de capitales. Se inscribe en los objetivos del TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Ventajas derivadas de la sustitución del resultado contable por el resultado de explotación:

- Homogeneidad en el tratamiento de intereses y dividendos. Por tanto, no interferencia fiscal en las decisiones de financiación. Sintoniza con el objetivo de neutralidad en cuanto a cualidad del Impuesto sobre Sociedades.
- Frustración de las estrategias de endeudamiento excesivo con fines fiscales, y de constitución de instrumentos financieros híbridos. Este es un objetivo del proyecto BEPS.
- Eliminación plena de la doble imposición económica derivada de la percepción de dividendos y plusvalías de cartera. Este es un objetivo del enfoque CCCTB.

- Desaliento de las políticas fiscales que otorgan ventajas fiscales a las entidades que realizan funciones de tesorería y financieras para las empresas del grupo. Este es, indirectamente, un objetivo BEPS.
- Rebaja la necesidad de las complejísimas normas de limitación de los beneficios de los convenios y de las no menos complejas normas antiabuso (Avi-Yonah y Oz Halabi, 2012). En particular, la práctica totalidad de los remedios sugeridos por el informe relativo a los instrumentos híbridos de BEPS, devendrían superfluos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBI E. (2010): The Challenges of Corporate Income Taxes in a Globalised World.
- AVI-YONAH, R. (2007): «Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime», *IBFD*, abril.
- AVI-YONAH, R. y OZ HALABI. (2012): US, Treaty Anti-Avoidance Rules: An Overview and Assesment. (January).
- CÁMARA BARROSO, MC. (2014): La armonización del Impuesto sobre Hidrocarburos en la Unión Europea.
- CASLEY, A. (2015): Profit Shifting and United Kingdom (ITJ, January/ February, 2015).
- DECLARACIÓN DEL G-20 DE S. PETESBURGO (2013): Tax avoidance, harmful practices and aggressive tax planning have to be tackled.
- DEVEREUX, M. y DE MOOIJ, R. (2009): *Alternative Systems Tax in Europe. An applied analysis of ACE and CBIT Reforms*, pág 17.
- GAMMIE, M. (2012): *Taxing Corporate Profits in a Global Economie*.
- HANSEN, D. (2013): A Proposal to Address U.S Business Taxation ( Tax Notes, august 2013).
- HENDRICKSEN, E. (1991): Teoría de la Contabilidad, página 178. Editorial Uteha, 1981.
- IBFD (2014): European Tax Handbook 2014.
- KEUSCHNIGG, LORETZ, WINNER (2014): Tax Competition and Tax Coordination in the European Union.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRETERO, J.M. (2014): «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. Enero 2014.
- KEUSCHNIGG y DEVEREAUX (2013): The Arm's Length Principle and Distortions to Multinational Firm Organization. *Journal of International Economics*. marzo, 2013.
- OCDE (1998): Harmful Tax Competition.
- (1998): Harmful Tax Competition.
- (2013): Addressing Base Erosion and Profit Shifting.
- (2013): Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting.
- SCHON, W. (2012): The Distinct Equity of Debt-Equity Distinction (IBFD, septiembre 2012).
- SULLIVAN, M. (2005): The Tax Reform Plan That Won't Sell.
- TANZI, V. (1998): The Impact of Economic Globalization on taxation. IBFD (September 1998).
- TROYA JARAMILLO, J.V. (2003): Tributación y Derechos Humanos. Foro revista de Derecho nº2 (UASB-Ecuador).
- U.E. (2013): Tenth Report on Potentially Trade Restrictive Measures.
- (2011): Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) COM (2011) 121/4.
- (2001): Company Taxation in the Internal Market. Commission Staff Working Paper (COM (2001)582 final).
- (2014): Action Plan on efforts to combat tax evasion and tax fraud, including a Communication on a renewed approach for corporate taxation in the Single.
- (2014): Market in the light of global developments. Commission Work Programme 2015. COM (2014) 910 final.
- U.S. DEPARTMENT OF TREASURY (1992): Report of the Treasury on Integration of the Individual and Corporate Tax Systems-Taxing Business Income Once. Treasury Integration Report. January.