

TESIS DOCTORAL

ANÁLISIS JURÍDICO DE
LOS PARAISOS FISCALES Y
MEDIDAS PARA EVITAR
SUS EFECTOS

GONZALO GUTIERREZ DE PABLO

Directores:

Dr.D.Juan Jose Hinojosa Torralvo

Dr.D.Miguel Gutierrez Bengoechea





UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

AUTOR: Gonzalo Gutiérrez de Pablo

 <http://orcid.org/0000-0001-9305-8858>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es

Titulo de la Tesis

“Análisis jurídico de los paraísos fiscales y medidas para evitar sus efectos.”

Autor:

Dr.D.Gonzalo Gutiérrez de Pablo.

Directores:

Dr.D.Juan Jose Hinojosa Torralvo

Dr.D.Miguel Gutierrez Bengoechea



Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga
Departamento de Derecho Financiero.



Málaga 2015

A mis hijos Paloma, Gonzalo y Lucía

*“Para que recuerden
que la curiosidad no tiene
límites de edad.”*

Contenido

Título de la Tesis.....	2
1. INTRODUCCIÓN.	12
1.1. <i>Génesis y evolución del fenómeno de los paraísos fiscales.</i>	16
1.2. <i>Aproximación al fenómeno de los paraísos fiscales.</i>	21
1.3. <i>Papel actual de los paraísos fiscales.</i>	30
La OCDE y su lucha contra los paraísos fiscales, la erosión de las bases imponible y la transferencia de beneficios.	32
La Unión Europea ante el fenómeno de los paraísos fiscales.	36
1.4. <i>Efectos de las medidas adoptadas contra los paraísos fiscales, según los críticos.</i>	37
1.5. <i>Los efectos de la lucha contra los paraísos fiscales según los organismos internacionales.</i>	44
2. EL PARAÍSO FISCAL.....	46
2.1. <i>Concepto de paraíso fiscal.</i>	47
2.1.1. Centros offshore y paraísos fiscales.	49
2.1.2. La lista de los paraísos fiscales.	51
2.1.3. La lista de los centros off-shore.	64
2.1.4. Criterios seguidos para definir un paraíso fiscal.	66
2.1.5. Definición actual de Paraíso fiscal de acuerdo con la legislación española.	69
2.2. <i>Características de los paraísos fiscales.</i>	85
2.3. <i>Clases de paraísos fiscales.</i>	90
2.4. <i>Descripción de algunos paraísos fiscales.</i>	97
2.4.1. El modelo irlandés.	97
2.4.2. El caso holandés.	120
2.4.3. Reino Unido.	162
2.4.4. Luxemburgo.	168
2.4.5. Gibraltar.	171
2.4.6. Las Islas Virgenes Británicas.	198
2.4.7. Las Islas Caimán.	205
2.4.8. Isla Mauricio.	213
2.4.9. Delaware.	215
3. ESTRATEGIAS UTILIZADAS EN EL USO DE LOS PARAÍDOS FISCALES.	221
3.1. <i>Formas de utilización de las zonas de baja tributación.</i>	222
3.2. <i>Instrumentos que se utilizan para el uso de los paraísos fiscales.</i>	231
3.3. <i>Procedimiento de creación de una sociedad en un Paraíso Fiscal: los centros offshore.</i>	244
3.3.1. Tipos de sociedades offshore.	246
3.3.2. Estructura societaria de una IBC.	248
3.3.3. Utilidades de la IBC.	248

3.3.4. Características de acciones y accionistas de sociedades offshore	253
3.3.5. Directores fiduciarios de sociedades offshore	253
3.3.6. Ventajas de las “Limited Liability Company” sobre las sociedades convencionales	256
3.3.7. El Trust	261
3.3.8. Utilidad de la creación de un offshore trust	266
3.3.9. El Fideicomiso	269
3.3.10. La fundación privada	272
3.3.11. La banca y los centros offshore: su funcionamiento	284
3.4. Ejemplos de modos de utilización de Paraísos Fiscales en personas físicas	328
3.4.1. Cambio de residencia y domicilio fiscal.	329
3.4.2. Las sociedades de artistas.-	331
3.4.3. El fraccionamiento de los sueldos de los altos directivos.-	332
3.5. Ejemplos de utilización de los Paraísos Fiscales por personas jurídicas	333
3.5.1. Manipulación del precio.	335
3.5.2. Utilización de compañías base y de compañías instrumentales.	336
3.5.3. Subcapitalización.	337
3.5.4. Financial Pivots y Compañías cautivas.	342
3.5.5. Transportes Marítimos.	345
3.5.6. Sociedades de servicios.	347
3.5.7. Empresas comisionistas.	347
3.6. El uso de los paraísos fiscales y el BBVA, un caso de manual.	348
3.6.1. Las cuentas ocultas del BBVA.	348
3.6.2. El asunto del BBVA Privanza.	357
3.6.3. Actuaciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en el caso BBVA.	361
3.6.4. Actuaciones de la fiscalía anticorrupción en el caso BBVA.	362
3.6.5. La comercialización por el BBVA de inversiones en paraísos fiscales.	366
3.6.6. Otras operaciones realizadas por el BBVA en Sudamérica con uso de paraísos fiscales	374
3.6.7. Conclusiones de los Inspectores del Banco España en el caso BBVA.	380
3.6.8. Conclusiones de la AEAT en el caso BBVA.	383
4. MEDIDAS PARA EVITAR EL USO DE LOS PARAÍOS FISCALES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....	388
4.1 Medidas Generales.	389
4.1.1. El Fraude de Ley	397
4.1.1.1. Fraude de ley en general.....	398
4.1.1.2. Concepto del Fraude de ley en el código civil	399
4.1.1.3. Fraude de ley tributario	400
4.1.1.4. El fraude de ley y el delito fiscal.....	405
4.1.2. La calificación	408
4.1.1.1. La calificación	408
4.1.1.2. Negocio indirecto	411
4.1.1.3. Interpretación	412
4.1.3. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria.....	414
4.1.1.1. Concepto.....	416
4.1.3.2. Requisitos.....	417

4.1.3.3. Efectos.....	418
4.1.3.4. Procedimiento.....	419
4.1.3.5. Diferencias entre el conflicto en la aplicación de la norma y el fraude de ley tributario ..	422
4.1.3.6. El conflicto en la aplicación de la norma y la planificación fiscal internacional.....	423
4.1.3.7. Jurisprudencia en torno al conflicto en la aplicación de las normas	425
4.1.4. <i>Simulación</i>	431
4.1.4.1. Concepto	431
4.1.4.2. Clases	432
4.1.4.3. Simulación y calificación	433
4.1.4.4. Procedimiento.....	433
4.1.4.5. Efectos.....	434
4.1.5. <i>Las cláusulas anti abuso de los convenios</i>	434
4.1.5.1. Medidas anti elusión en la legislación española que tienen proyección internacional	434
4.1.5.2. Medidas anti abuso en los CDI.-.....	438
4.1.5.3. Las medidas anti elusión propias de los convenios de doble imposición	441
4.1.5.4. Las cláusulas anti elusión en los CDI de España	454
4.1.5.5. Las normas generales anti elusión del derecho interno y el abuso de convenio.....	462
4.1.5.6. Compatibilidad de las cláusulas internas generales y específicas anti elusión y los CDI ...	463
4.1.5.7. La jurisprudencia en España ante la admisibilidad de la validez de las normas anti elusión internas	472
4.1.6. <i>El motivo económico valido en el sistema fiscal y el uso de los paraísos fiscales.</i>	474
4.1.10.1. En el Impuesto sobre Sociedades	474
4.1.10.2. En relación con el Impuesto sobre la Renta de no residentes.....	482
4.1.7. <i>Situación actual de la aplicación de las medidas generales anti elusión, para evitar el uso de los territorios de baja tributación</i>	484
4.1.7.1. La posición de la doctrina en relación con los negocios anómalos.-	484
4.1.7.2. Los Convenios para evitar la doble imposición y el fraude de Ley.....	489
4.1.7.3. Tendencias en la aplicación en las normas anti elusión en el derecho Tributario.....	490
4.1.7.4. La reforma de la Ley General Tributaria en cuanto al conflicto en la aplicación de las normas.-	492
4.2. <i>Medidas específicas</i>	496
4.2.1. <i>Medidas anti paraíso en el Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas</i>	496
4.2.1.1. En la exención sobre determinadas rentas de trabajo obtenidas por expatriados.	496
4.2.1.2. Para evitar la pérdida de la condición de contribuyente (en 5 años) por traslado de residencia a paraíso fiscal	498
4.2.1.3. La inversión de la carga de la prueba en los casos de residencia habitual en paraíso fiscal.	503
4.2.1.4. Para los contribuyentes que tengan su residencia habitual en el extranjero.....	503
4.2.1.5. En la exoneración de retención en activos financieros.....	504
4.2.1.6. La imputación de rentas en el régimen de transparencia fiscal internacional	505
4.2.1.7. La imputación de rentas por la cesión de derechos de imagen.....	505
4.2.1.8. En la corrección de la doble imposición como consecuencia de la inclusión en la base de los derechos de imagen.	506
4.2.1.9. En el ingreso a cuenta por la inclusión en la base imponible de las rentas derivadas de la cesión de derechos de imagen.....	508
4.2.1.10. En el traspaso de acciones o participaciones.....	509

4.2.1.11. En la tributación de los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en países o territorios considerados como paraísos fiscales.....	510
4.2.1.12. Para las Instituciones de inversión colectiva constituidas en paraísos fiscales.	511
4.2.1.13. Declaración de las ganancias patrimoniales por cambio de residencia.-.....	512
4.2.2. Medidas antiparaiso en el Impuesto sobre Sociedades.....	513
4.2.2.1. Se establece una presunción de residencia en territorio español para determinadas entidades radicadas en algún país o territorio de nula tributación o considerado como paraíso fiscal.	513
4.2.2.2. Medidas que tienden a poner límites a las correcciones por depreciaciones de participaciones en entidades residentes en paraísos fiscales.	515
4.2.2.3. El establecimiento de límites a la deducibilidad de gastos de servicios correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades residentes en paraísos fiscales, o que se paguen a través de personas o entidades residentes en éstos.	517
4.2.2.4. Las reglas de valoración para operaciones realizadas con o por personas o entidades residentes en paraísos fiscales.....	519
4.2.2.5. Los límites a la aplicación de coeficientes de subcapitalización diferentes en operaciones efectuadas con o por personas o entidades residentes en paraísos fiscales.	530
4.2.2.6. La no exención sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes en paraísos fiscales...534	
4.2.2.7. La exención de determinadas rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente, salvo que se halle situado en un paraíso fiscal.....	534
4.2.2.8. La improcedencia de la deducción por actividades de exportación cuando la inversión o el gasto se realice en un paraíso fiscal.....	535
4.2.2.9. Los límites al tratamiento de los dividendos y las participaciones en beneficios percibidos por las entidades de capital-riesgo cuando las rentas se obtienen a través de paraísos fiscales...535	
4.2.2.10. El régimen de tributación de los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en paraísos fiscales.....	536
4.2.2.11. En el Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores.....	536
4.2.2.12. En la transparencia fiscal internacional con presunciones o limitaciones con entidades residentes en paraísos fiscales.....	537
4.2.2.13. Limitaciones con entidades residentes en paraísos fiscales en relación con entidades de tenencia de valores extranjeros.....	560
4.2.2.14. En relación con las Participaciones preferentes	561
4.2.2.15. En relación con las retenciones de rendimientos de activos financieros emitidos desde paraísos fiscales	563
4.2.2.16. En relación con obligaciones de información de determinados activos financieros.	565
4.2.3. Medidas antiparaiso en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes.	567
4.2.3.1. No exigencia del acto administrativo previo de derivación de responsabilidad para los responsables solidarios cuando se trate del depositario o gestor de bienes o derechos no afectos a un establecimiento permanente y perteneciente a personas o entidades residentes en paraísos fiscales.....	567
4.2.3.2. Rentas exentas. No exención de determinados rendimientos y ganancias patrimoniales obtenidas a través de paraísos fiscales.....	567
4.2.3.3. Deuda tributaria. Exigencia de imposición complementaria sobre las cuantías obtenidas por establecimientos permanentes de entidades no residentes y transferidas al extranjero cuando tales entidades tengan su residencia fiscal en otro Estado miembro de la Unión Europea y se trate de un paraíso fiscal	568

4.2.3.4. Entidades sin presencia en territorio español. Se establecen determinadas especialidades cuando la entidad en régimen de atribución de rentas está constituida en un paraíso fiscal	569
4.2.3.5. Imposibilidad de optar por dicho régimen de tributación por IRPF, para los contribuyentes residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea, si se trata de contribuyentes residentes en paraísos fiscales.....	571
4.2.4. <i>Medidas antiparaiso en otros impuestos y cuerpos legislativos.</i>	572
4.2.4.1. El Impuesto sobre determinados bienes inmuebles en manos de no residentes	574
4.2.4.2. Documentación con paraísos fiscales.	579
4.2.4.3. Información de los bienes de residentes en el extranjero.....	584
5. Medidas anti elusión adoptadas por otros países	588
5.1. <i>Francia</i>	589
5.2. <i>Reino Unido</i>	600
5.3. <i>Alemania</i>	611
5.4. <i>Italia</i> :.....	613
5.5. <i>Bélgica</i>	615
5.6. <i>EEUU</i>	617
6. MEDIDAS PLANTEADAS PARA EVITAR LAS TRANSFERENCIAS DE BENEFICIOS A LOS TERRITORIOS DE BAJA TRIBUTACION	624
6.1. <i>Análisis de las propuestas planteadas.</i>	625
6.2. <i>Medidas propuestas por la OCDE para solucionar el BEPS en 2015</i>	631
6.2.1. Para responder a los desafíos de la economía numérica.....	631
6.2.2. Para neutralizar los efectos de los montajes híbridos.	635
6.2.3. Para reforzar las reglas de las sociedades extranjeras controladas, SEC (CFC).....	642
6.2.4. A fin de limitar la erosión de las bases por gastos financieros.	645
6.2.5. En la lucha contra las prácticas fiscales dañinas teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia.	648
6.2.6. Impedir la utilización abusiva de los convenios fiscales.	650
6.2.7. Con objeto de impedir la elusión artificiosa del estatuto del establecimiento permanente.	652
Acciones comunes en relación con los precios de transferencia.-	656
6.2.8. Para asegurar que los precios de transferencia están en línea con la creación del valor en: Activos incorporales.....	661
6.2.9. Para asegurar que los precios de transferencia están en línea con la creación del valor en Riesgos y asignación de capital.	661
6.2.10. Asegurar que los precios de transferencia están en línea con la creación del valor en; Otras transacciones de alto riesgo.	662
6.2.11. Establecer metodologías para la recopilación y análisis de datos sobre la BEPS y las acciones para enfrentarse a ella.	662
6.2.12. Obligar a los contribuyentes a hacer conocer los dispositivos de planificación fiscal agresiva.	666
6.2.13. Reexaminar la documentación de los precios de transferencia.	670
6.2.14. Aumentar la eficacia de los mecanismos amigables (amistosos)	673

6.2.15. Elaborar un instrumento multilateral	676
<i>6.3. Últimas medidas adoptadas por el legislador fiscal español en torno a los paraísos fiscales y a la transferencia del beneficio.</i>	<i>678</i>
6.3.1 La limitación de la deducibilidad de los gastos financieros (RDL 12/2012 de 30 de marzo). 678	
6.3.2. Medidas sobre la depreciación de activos financieros (Ley 16/2013 de 29 de octubre).....	684
6.3.3. Acuerdos para implantar el Impuesto sobre Transacciones Financieras	686
6.3.4 Acuerdo para implementar el cambio automático de informaciones a partir de 2017.	687
6.3.5. Modificaciones introducidas en la reforma fiscal de 2015 siguiendo las recomendaciones BEPS de la OCDE.....	688
<i>6.4. Aciertos de las medidas adoptadas por otras jurisdicciones, en la implantación de las medidas BEPS.-.....</i>	<i>696</i>
7. CONCLUSIONES.	701
<i>Doce medidas para acabar con las zonas de baja tributación y evitar las transferencias de beneficios.-</i>	<i>709</i>
1. Lucha contra la planificación fiscal agresiva	710
2. Lucha contra los regímenes preferenciales	715
3. Aprovechar el suministro de información.....	718
4. Implantar una tasa financiera para controlar el flujo de capitales	727
5. Fomentar la colaboración entre los estados y las compañías multinacionales.	728
6. Elaborar una lista internacional de paraísos fiscales.	731
7. Establecer una serie de medidas legales anti paraíso.....	736
8. Implementar las recomendaciones BEPS 2015.....	748
9. Afrontar los retos de la economía digital.....	764
10. Establecer un control mediante inspecciones simultáneas.	766
11. Revisar las sanciones de conductas defraudadoras relacionadas con el uso de paraísos fiscales y planificaciones agresivas.	767
12. Creación de un Convenio Multilateral que agilice la implementación de medidas.....	769
7. JURISPRUDENCIA.-.....	771
8. ABREVIATURAS.-	781
9.DIRECCIONES DE PÁGINAS DE INTERNET	786
10. BIBLIOGRAFIA.....	792

1. INTRODUCCIÓN.

Las zonas de baja tributación se suelen identificar con la denominación de paraísos fiscales, que como la propia terminología anglosajona indica son refugios o puertos fiscales, una mala traducción de “haven” puerto por “heaven” cielo, ha consagrado al castellano, el termino paraíso fiscal.

En principio el termino de “paraíso fiscal” es más amplio que el de “zona de baja tributación”, porque si bien esta contempla el fenómeno de la transferencia de los beneficios desde un punto de vista fiscal, el concepto de paraíso fiscal comprende otros aspectos, como la confidencialidad, detrás de la que se suelen esconder actividades delictivas que exceden del mero aspecto económico.

En realidad un paraíso fiscal es un lugar donde un ciudadano pone a buen recaudo su patrimonio. ¿Es esto reprochable? En principio no; sin embargo” *los candidatos a la fortuna abandonan con demasiada frecuencia los caminos de la virtud pues lamentablemente la ruta que lleva hacia la una, avanza a veces en dirección opuesta a la otra*”¹.

En el mundo financiero, se dice que “El dinero no tiene nacionalidad y acude a donde mejor se le trata”. ¿Es un axioma?

¿Hay que aceptar este principio como incuestionable? ¿Debemos olvidarnos del deber de los ciudadanos a contribuir a las cargas públicas, y del efecto redistributivo de la renta que tiene el impuesto? o por el contrario nos encontramos ante dos tipos de personas los que cumplen con sus compromisos sociales y pagan impuestos sobre los beneficios que obtienen de la sociedad y aquellos que consideran que el lugar donde obtienen su renta no tiene nada que ver con el cumplimiento de sus obligaciones ciudadanas.

¹ Adam Smith “Teoría de los sentimientos morales” 1759.

Como consecuencia de la globalización, este problema se agudiza, ya que nos encontramos con auténticos ciudadanos del mundo, así como capitales que circulan por los centros financieros, sin que sea posible determinar su procedencia o destino.

En la actualidad la erosión de las bases imponibles supone un riesgo real que amenaza los ingresos tributarios de los estados, y pone en riesgo la soberanía y la equidad fiscal tanto en los países miembros de la OCDE como en los que no lo son.

Existen diversos fenómenos susceptibles de originar una erosión en las bases imponibles y la transferencia de beneficios. Esto se ha convertido en un problema candente y de grandes dimensiones. Por ello el G20 lo ha reconocido públicamente, y ha encargado un estudio a la OCDE², en donde se recogen una serie de ámbitos donde trabajar a fin de minimizar el impacto de las transferencias de beneficios. Lamentablemente los paraísos fiscales, aparecen con frecuencia en las planificaciones para transferir beneficios, y evitar el pago de impuestos.

Esto abre un debate, sobre donde pagar al fisco, en donde las sociedades o las personas físicas obtienen las rentas, en donde se encuentra la matriz en caso de multinacionales, en ambos lugares con tributación compartida, en un territorio de baja tributación o en un Paraíso Fiscal, y aún más si se decide voluntariamente pagar, cuanto se paga en cada lugar.

Valgan estas consideraciones para intentar centrar un problema que tiene diversos puntos de vista, el empresario que obtiene los beneficios y los países implicados que pretenden obtener una parte del mismo, mediante el cobro de impuestos. Por ello es un proceso cada vez más frecuente la ubicación de patrimonios y la canalización de las rentas procedentes de actividades empresariales o de capital así como las plusvalías obtenidas por las enajenaciones de activos hacia zonas de baja tributación.

²“Addressing Base Erosion and Profit Shifthing”; OECD 2013

Así pues el objeto de la presente Tesis consiste en profundizar en el estudio del papel de los paraísos fiscales en el fenómeno de la erosión de las bases imponibles, y la transferencia de beneficios ,de tal manera que podamos encontrar respuestas al porqué de la utilización de los paraísos, cual es el origen, y cuáles son los mecanismos utilizados por los interesados para erosionar las bases imponibles en los países donde se obtiene el beneficio y su posterior traslado hacia los centros de baja tributación, y proponer soluciones para evitar sus nocivos efectos.

1.1. Génesis y evolución del fenómeno de los paraísos fiscales.

La mayoría de los paraísos fiscales se desarrollan a lo largo de la historia respecto a dos polos, por una parte la Corona Británica y sus dependencias de ultramar y por otra Irlanda y en la Europa continental, los países Bajos, Bélgica y Luxemburgo, y Suiza y Liechtenstein, el resto de países no son significativos, replican los modelos clásicos.

En cuanto a los instrumentos desarrollados, fundamentalmente son tres, que después se repiten clónicamente, en todos los paraísos fiscales, centros offshore o jurisdicciones no cooperativas, estos son;³

- Una legislación fiscal flexible que permite crear, modificar, utilizar y disolver entidades rápidamente, a cambio de un importe normalmente fijo.
- Un lugar que tenga buenos servicios financieros. La creación del euromercado en 1957 en Londres, mercado no oficial ni intervenido por el Banco de Inglaterra, con total libertad de operaciones y rigiéndose por el mercado de la oferta y la demanda, facilitó extraordinariamente las operaciones con paraísos fiscales, Islas del Canal (Islas de Man, Jersey y Guernesey) y Plazas del Caribe, Caimán, Bermudas, Bahamas y por último Panamá.
- La confidencialidad. El secreto bancario de Suiza y Liechtenstein; eleva el incumplimiento de la confidencialidad a categoría de delito en el código penal suizo.

Estas han sido las áreas y herramientas fundamentales, en donde y con las que se han expandido los paraísos fiscales.

3 Tax Havens, How Globalization Really Works; profesor Ronen Palan, City University of London

Hoy se puede observar un desplazamiento hacia el pacífico donde dos de los tigres asiáticos, Hong Kong y Singapur brillan con luz propia para atraer capitales y empresas, sobre todo después de los últimos episodios ocurridos en Suiza de filtración de información confidencial sobre los titulares de c/c bancarias a la Hacienda Alemana⁴.

En cuanto a las nuevas herramientas del siglo XXI que ayudan a la propagación de paraísos fiscales, podemos destacar internet que es el complemento a la globalización y a la libre circulación de capitales al ser una herramienta potentísima para agilizar las transacciones electrónicas mundiales y el flujo de información.

No hay que olvidar como instrumentos que han ayudado también a expandir los paraísos fiscales, las planificaciones fiscales agresivas a través de nuevos productos de ingeniería financiera, y la utilización masiva de los paraísos fiscales por las multinacionales, lo que ha originado una expansión de un fenómeno que nace en la discreción y que debido a la proporción que adquiere sale a la luz pública y es entonces cuando estados y organismos internacionales toman cartas en el asunto preocupados por su dimensión.

La abusiva utilización de los paraísos fiscales, se pone cada vez de manifiesto, ante el uso de planificaciones fiscales que de una u otra manera utilizan los paraísos para constituir sociedades donde remansar la renta.

Como tendremos ocasión de ver es un fenómeno que cada vez tiene una mayor importancia, el uso de los centros offshore y los paraísos fiscales dentro de la planificación

4 Caso Falciani 2012; Herve Falciani es un ingeniero de sistemas italo-frances que colabora con la justicia aportando información de evasores fiscales con cuentas en Suiza.

fiscal agresiva “ tax shelter”⁵ la búsqueda de un refugio seguro para el patrimonio, que se utiliza cada vez más, por parte de los asesores, que ofrecen el producto al cliente, participando en el ahorro fiscal de la operación y exigiendo una cláusula de confidencialidad para que no se generalice el uso, sin que sea comercializado por ellos mismos.

Tradicionalmente son los grupos de sociedades los que se aprovechan de los paraísos fiscales para canalizar las rentas a través de sociedades conductoras, ubicadas en países con convenios de doble imposición y terminar en sociedades bases, en paraísos fiscales, que remansan rentas y posibilitan a las sociedades allí instaladas, acudir a los mercados alterando el principio de libre competencia ⁶,ya que les permite concurrir con un precio de producto inferior ya que no existe o es muy pequeño el coste fiscal, siendo un serio peligro para el libre mercado. El efecto es demoledor para las empresas de un país que tributan, pues a la larga las expulsan del mercado, originando además una situación injusta, puesto que al no pagar impuestos no se produce el efecto redistributivo del mismo y sus accionistas incrementan constantemente su patrimonio frente a los accionistas de las empresas que actúan dentro de la legalidad y contribuyen con el pago de impuestos a soportar las cargas públicas. La utilización de la planificación fiscal en el uso de paraísos fiscales tiene un perjuicio más destacable en los países en vías de desarrollo pues limitan a estos países su capacidad de obtener ingresos que a su vez le permitan desarrollarse.

5 *Tax Shelter y fraude: detección y control de la planificación fiscal abusiva. Análisis de la experiencia Estadounidense*, Jose Manuel García Rodríguez. *Cronica Tributaria* 140/2011 pag 115 a 166.

6 (*arm's length principle*), Es un tecnicismo anglosajón y sirve para indicar que las partes del mismo se encuentran en una posición de igualdad a la hora de negociar sus términos. El origen del término es muy antiguo y se remonta a los tiempos en que para que un duelo fuera justo, los contendientes debían portar armas de la misma longitud <http://traduccionjuridica.es> (20140924)

El problema es que la planificación agresiva no solo afecta a grandes contribuyentes o grupos de sociedades, sino que, llega al gran público, cada vez con mayor frecuencia y ha llegado a ser un problema reconocido por el IRS americano.⁷

Es necesario intentar llegar al origen de los paraísos fiscales para poder comprender mejor su evolución. Como hemos tenido ocasión de ver, el paraíso fiscal es un lugar que da refugio a determinadas personas que allí depositan sus bienes, reúne una serie de características. Inicialmente dos eran las más destacables; en primer lugar la opacidad, la persona que aparecía por el paraíso fiscal no quería que se conocieran sus bienes o sus actividades. En segundo lugar quería un trato fiscal adecuado a sus intereses, es decir baja tributación.

Estas dos características reflejaban y definían el perfil del usuario del paraíso fiscal, era una persona que había obtenido mucho dinero, normalmente procedente de actividades ilícitas, como el contrabando, la droga, el tráfico de armas, la corrupción política o empresarial.

Entonces el paraíso fiscal era un lugar pasivo donde se remansaban unos bienes adquiridos por alguna razón a veces, las más, ilícitos, en otro lugar, y el usuario del paraíso quería guardar la confidencialidad debido normalmente al origen ilícito de los bienes.

Pero pronto esa situación fue cambiando, ya no eran personas físicas que querían ocultar sus bienes solamente, sino empresarios que acudían a ubicar en los paraísos sus centros de actividad bien porque la tributación era menor o bien porque la legislación era más flexible y eliminaban las trabas que les impedían campar a sus anchas en el mundo empresarial.

Al mismo tiempo el concepto peyorativo que tenía el paraíso fiscal, va cambiando, las diferentes jurisdicciones ven una fuente de ingresos a veces importante con la presen-

7 Abusive Tax Shelthers and Transactions IRS 2008

cia de estos empresarios que ubican a sus empresas en paraísos fiscales, e intentan entrar en el mercado competitivo internacional de atracción de empresarios y ciudadanos que estén dispuestos a acudir a su jurisdicción, ofreciendo condiciones favorables y opacidad para sus operaciones.

El fenómeno va “in crescendo” en la utilización de los paraísos fiscales así como de los eufemísticamente llamados territorios de baja tributación, que no son sino paraísos encubiertos para las entidades no residentes y para las personas físicas no residentes que optan por trasladar sus haciendas o actividades a las mencionadas favorables jurisdicciones. Así las multinacionales se dan cuenta que debido a la globalización su mercado es trasnacional y sus beneficios pueden ser declarados donde lo estimen oportuno, bajando su tributación y su contribución a las cargas sociales en los países donde obtienen el beneficio y trasladarlo a jurisdicciones más convenientes, porque, aparte de disminuir la tributación, reducirán el coste fiscal de las operaciones y les permitirán acudir al mercado en una mejor situación competitiva.

Pero además se origina otro fenómeno, con la globalización, los paraísos fiscales dejan de ser un lugar pasivo desde donde determinadas personas físicas y jurídicas esconden sus beneficios ,sino que bajo el cambio de denominación “offshore” se convierten en jurisdicciones activas para operar fundamentalmente en el tráfico financiero internacional acudiendo a rutas e itinerarios mundialmente conocidos, que permiten circular los flujos financieros especulativos por el mundo sin tener que dar cuenta a las jurisdicciones donde obtienen los beneficios o están situados los activos productivos.

Este fenómeno se ha puesto de manifiesto a lo largo del siglo XX y comienzos del XXI. El mercado interbancario de Londres, el mercado de Nueva York antes de la ley “Fatca”⁸, así como los mercados asiáticos de Singapur o Hong-Kong son buena muestra de ello.

8 El Tesoro de Estados Unidos ha realizado un doble e importante anuncio el miércoles 8 de febrero de 2013 sobre la FATCA o Ley para el cumplimiento fiscal de la cuentas en

20

1.2. Aproximación al fenómeno de los paraísos fiscales.

La lucha contra los paraísos fiscales iniciada por diversos organismos internacionales, por la ONU, la Unión Europea, y fundamentalmente, la OCDE, tuvieron posteriormente el empuje del G7/G8/G20, que delegaron en la OCDE y en los correspondientes Foros creados al efecto el impulso contra los Paraísos fiscales.

La evolución experimentada en la lucha contra los paraísos fiscales, se ha dirigido no a intentar cambiar el régimen favorable aplicable en dichas jurisdicciones soberanas, sino por la vía de obtener una información de calidad de las personas que utilizan los

el extranjero (Foreign Account Tax Compliance Act): La publicación del proyecto de las normas o reglamento para la aplicación de la FATCA en 2013

El acuerdo para el intercambio de información fiscal y aplicación de la FATCA con 5 países europeos: Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido

La FATCA es una polémica ley de EEUU con alcance extraterritorial que se aprobó en marzo de 2010, por la que se establece que las instituciones financieras y otros intermediarios extranjeros deben informar directamente al Servicio de Impuestos de EEUU (IRS –Internal Revenue Service) sobre las cuentas de más de 50 mil dólares de los ciudadanos norteamericanos en el extranjero.

El Acuerdo marco establecido, señala el Tesoro, no contempla ninguna excepción al cumplimiento de la FATCA por ninguna jurisdicción sino que ofrece un marco para el intercambio de información de acuerdo a los tratados bilaterales sobre impuestos que permitirá a las instituciones financieras comunicar la información necesaria a sus respectivos gobiernos en vez de hacerlo al IRS.

El acuerdo establecido le permitirá a Estados Unidos usarlo como modelo de trabajo con otros países ya que los funcionarios del Tesoro continúan discutiendo con los gobiernos extranjeros sobre la efectiva implementación de la FATCA por las instituciones financieras.

<http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/tg1412.aspx> (2013 0726. CNN Control Capital Net)

mencionados paraísos, trabajo fundamental del Foro para la Información y Transparencia Global de la OCDE.

Si analizamos la cronología de G7/G8/G20 en apoyo a la labor de la OCDE sobre transparencia e intercambio de información podríamos ver muchas declaraciones en este sentido.⁹

9Declaración del G20 en Moscú en julio de 2013. La política fiscal con respecto a las multinacionales ha sido uno de los principales temas de la cumbre. El G20 ha adoptado un plan de acción elaborado por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). La lucha contra el fraude ha dado realmente un paso adelante, gracias al acuerdo de las grandes potencias sobre este punto. La lucha contra la evasión de impuestos y los paraísos fiscales se ha convertido en una prioridad del Gobierno ruso; sin embargo, siguen existiendo desacuerdos. Aunque Pierre Moscovici insistía en la "necesidad de poner fin a una dañina competencia fiscal", el G20 ha decidido a favor de la soberanía de cada Estado para definir sus propias políticas. Moscú a 20 de julio de 2013. Comunicado del G20 (<http://g20.org/load/781659263>)

Declaración de Líderes del G-20, Cannes, Francia Cumbre de 3 hasta 4 nov, 2011 "En el ámbito fiscal, damos la bienvenida a los progresos realizados e instamos a todas las jurisdicciones a tomar las medidas necesarias para hacer frente a las deficiencias detectadas en el curso de las revisiones por el Foro Mundial, en particular los 11 jurisdicciones identificadas por el Foro Mundial cuyo marco no ha logrado clasificarse. Subrayamos la importancia de un amplio intercambio de información fiscal y fomentar el trabajo en el Foro Mundial para definir los medios para mejorar."

Declaración de Líderes del G-20 ', Toronto, Canadá jun. 26-27 2010 "Apoyamos plenamente la labor del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de información con fines fiscales, y acogemos con satisfacción los avances en su proceso de revisión por pares, y el desarrollo de un mecanismo multilateral para el intercambio de información que estará abierto a todos los países interesados. Desde nuestra reunión en Londres en abril de 2009, el número de acuerdos firmados de información tributaria se ha incrementado en casi 500. Le recomendamos al Foro Mundial que informe a los líderes en noviembre de 2011 sobre los países han hecho avances en el tratamiento del marco jurídico necesario para lograr un intercambio efectivo de información. Acogemos también con satisfacción los avances en el programa de recuperación de activos robados, y apoyar sus esfuerzos para monitorear el progreso para recuperar el producto de la corrupción. Estamos dispuestos a utilizar medidas contra los paraísos fiscales".

Comunicado del G-20: Reunión de Ministros de Finanzas y Gobernadores de Bancos Centrales, Washington DC, EE.UU. 23 de abril 2010 "También acogió con beneplácito el informe del Foro Global sobre Transparencia Fiscal y el intercambio de Información, la puesta en marcha del proceso de revisión por pares, y el desarrollo de un mecanismo multilateral para el intercambio de información que estará abierto a todos países ".

Declaración de los Líderes del G-20, Pittsburgh, EE.UU. 25 de septiembre 2009"Estamos comprometidos a mantener el impulso en el tratamiento de los paraísos fiscales... Estamos dispuestos a utilizar medidas contra los paraísos fiscales a partir de marzo de 2010."

Declaración del G-8: Reunión de Jefes de Gobierno, L'Aquila, Italia 08 de julio 2009"Las jurisdicciones ahora deben implementar rápidamente sus compromisos. No podemos seguir tolerando grandes cantidades de capital ocultas para evadir impuestos."

Declaración de los Ministros de Finanzas del G-8, Lecce, Italia, 13 de junio 2009"También es esencial para desarrollar un eficaz mecanismo de revisión por pares para evaluar el cumplimiento... entregado por un foro mundial en expansión."

Comunicado del G-20: El Plan Mundial de Recuperación y Reforma, Londres, Reino Unido 02 de abril 2009, el acuerdo... para tomar medidas contra las jurisdicciones no cooperativas, incluidos los paraísos fiscales ... Tomamos nota de que la OCDE ha publicado hoy una lista de países evaluados por el Foro Global contra la norma internacional para el intercambio de información fiscal ...

Declaración del G-20: Fortalecimiento del Sistema Financiero, Londres, Reino Unido 02 de abril 2009"Estamos dispuestos a tomar las medidas acordadas en contra de aquellas jurisdicciones que no cumplen con los estándares internacionales en materia de transparencia fiscal". "Estamos comprometidos con el desarrollo de propuestas, a finales de 2009, para que sea más fácil para los países en desarrollo para asegurar los beneficios de un entorno fiscal de las cooperativas nuevas."

G20 Grupo de Trabajo sobre el refuerzo de la cooperación internacional y promover la integridad en los mercados financieros (GT2), Informe Final: 27 marzo 2009"Instamos a los organismos internacionales responsables de normas prudenciales y de regulación, el lavado de dinero y financiación del terrorismo, y asuntos fiscales - la FSF, el GAFI y la OCDE - para acelerar su trabajo de identificación de jurisdicciones no cooperativas y el desarrollo de una caja de herramientas de medidas eficaces contra estos jurisdicciones ... "

G-20 Declaración de la Cumbre sobre Mercados Financieros y la Economía Mundial, Washington, DC 15 de noviembre 2008"La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), deben continuar los esfuerzos para promover el intercambio

de información fiscal. La falta de transparencia y la falta de intercambio de información fiscal debe ser abordada con fuerza.

"Comunicado del G-8: Reunión de Jefes de Gobierno, Hokkaido Japón 09 de julio 2008"Instamos a todos los países que aún no han aplicado plenamente las normas de la OCDE de transparencia e intercambio efectivo de información en materia tributaria que lo hagan sin más demora, y alentar a la OCDE para fortalecer su labor en la evasión de impuestos y que informe en 2010."

Comunicado del G-8: Reunión de Ministros de Hacienda, Osaka, Japón 14 de junio 2008"En vista de los recientes acontecimientos, instamos a todos los países que aún no han aplicado plenamente las normas de la OCDE de transparencia e intercambio efectivo de información en materia tributaria que lo hagan sin más demora. Damos la bienvenida a los esfuerzos de la OCDE a este respecto, y pedir a la OCDE para fortalecer su labor en la evasión de impuestos. "

Comunicado del G-20: Reunión de Ministros y Gobernadores en Melbourne, noviembre 18 a 19, 2006"Es necesario seguir avanzando y animamos a continuar los esfuerzos de implementación y la palabra a los países y territorios que aún no han aplicado las normas de transparencia e intercambio de información para hacerlo."

Comunicado del G-20: Reunión de Ministros de Finanzas y Gobernadores de Bancos Centrales, Xianghe, Hebei, China, 15 hasta 16 octubre 2005"con beneplácito los esfuerzos del Foro Global de la OCDE en materia de tributación para promover altos estándares de transparencia e intercambio efectivo de información con fines fiscales".

Comunicado del G-8 en África, en Gleneagles, Reino Unido 14 de julio 2005"Vamos a seguir apoyando a Foro de Estabilidad Financiera, el trabajo en curso para promover y examinar los progresos en la aplicación de las normas internacionales, en particular el proceso de nuevos conocimientos sobre los centros financieros extraterritoriales que se acordó en marzo de 2005, y los altos estándares de la OCDE en favor de la transparencia y el intercambio de información en todos los asuntos de impuestos. "G-20

Declaración sobre transparencia e intercambio de información con fines fiscales, la Reunión de Ministros de Finanzas y Gobernadores de Bancos Centrales, Berlín, Alemania 20 hasta 21 noviembre 2004"El G-20 por lo tanto, apoyamos firmemente los esfuerzos del Foro Global de la OCDE en materia de tributación para promover altos estándares de transparencia e intercambio de información con fines fiscales y para proporcionar un foro de cooperación en el que todos los países pueden trabajar hacia el establecimiento de la igualdad de condiciones sobre la base de estas normas. "

El G20 ha seguido de cerca la labor encargada a la OCDE a través de sus diferentes organismos y en especial del Foro para la Transparencia Global Internacional, en su lucha contra los paraísos fiscales, las jurisdicciones offshore y la lucha contra la competencia dañina.

Las últimas reuniones del G20, se han dirigido esencialmente a abordar el problema de la crisis económica, que por ser más acuciante, deja en segundo término el impulso de su lucha contra los paraísos fiscales.

Sin embargo en la reunión de Moscú de los Ministros de Finanzas del G20, en julio de 2013, se aprecia un interés creciente ante el incremento, fundamentalmente por parte de las multinacionales, de la transferencia de los beneficios a los paraísos fiscales, y la correspondiente erosión de las bases en los países de la fuente de la renta, con el lógico consiguiente deterioro de los ingresos públicos de los estados.

Ha tenido un gran eco en la reunión del G20 el informe elaborado por la OCDE sobre la lucha contra la erosión de las bases y la transferencia de beneficios publicado en el 2013¹⁰, y en él se pone de manifiesto en otros lo siguiente:

- Existe en la actualidad una distorsión entre el lugar de obtención y de la declaración del beneficio por parte de las grandes compañías multinacionales.
- En relación con un análisis comparativos del I. de Sociedades, la OCDE consideraba que el I. de sociedades generaba ingresos equivalentes al 3% del PIB, es

Comunicado del G-7 Económico: El éxito de la globalización en beneficio de todos Lyon, Francia 28 de junio 1996 "Instamos enérgicamente a la OCDE a proseguir enérgicamente su labor en este campo, destinado a establecer un enfoque multilateral en virtud del cual los países pueden operar de forma individual y colectiva para limitar la extensión de estas prácticas. Vamos a seguir de cerca los progresos en el trabajo de la OCDE, que se debe presentar un informe de 1998 ".

10 BEPS ;OCDE 2013

decir alrededor de un 10% del total de los ingresos fiscales recibidos por los estados miembros.

- Se había experimentado una tendencia a la baja en el tipo efectivo aplicable (reduciendo deducciones). Así pues son los EEU y el Reino Unido los que inician una reducción a la baja. Los estados miembro de la OCDE experimentan de media una bajada de 7,2 puntos en el I. de sociedades pasando del 32,6% al 25,4%.
- En cuanto a los ingresos de los estados por el I. de sociedades se experimenta un incremento situándose en el 2,2% del PIB en 1965, al 3,8% en 2007, si bien esta tendencia se ha invertido en 2007, que se estabiliza en 2010 con un 2,9% de incremento.¹¹

El mencionado informe de la OCDE sobre Erosión en la base y transferencias de beneficios, refleja una serie de datos en relación con la Inversión directa extranjera, que ponen de manifiesto los países desde donde se realizan las inversiones.¹²

- Así pues Barbados, Bermudas y las Islas Vírgenes Británicas, recibieron más inversión directa que Alemania en 2010.
- Las Islas Vírgenes Británicas, figuran como el segundo país inversor en China, después de Hong-Kong, siendo Bermudas el tercer inversor en Chile.
- Isla Mauricio es el primer inversor en la India (con un 24%); por otra parte Chipre (con el 28%), Islas Vírgenes Británicas (con el 12%), las Islas Bermudas (con el 75%) y las Bahamas (con el 6%) son los países principales inversores en Rusia.

Esto pone de manifiesto claramente que hay una distorsión total de los países desde donde se obtienen los beneficios, donde se declaran las rentas y desde donde se in-

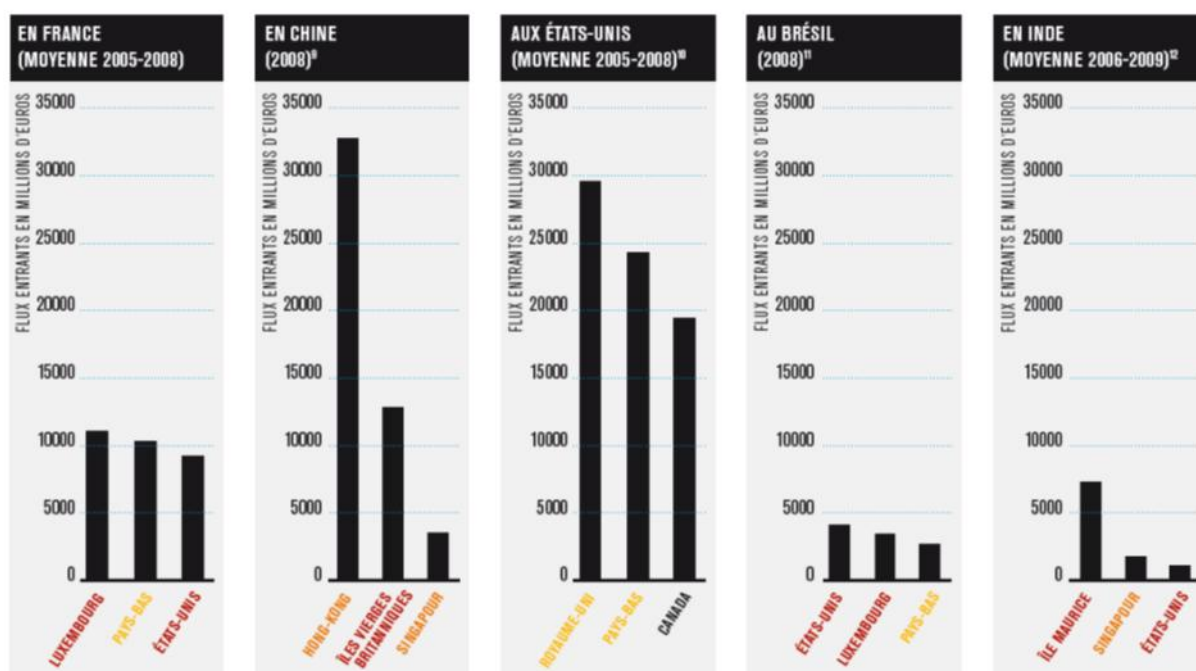
¹¹Fuente OCDE (2012) *Estadísticas de ingresos públicos 1965-2011*.

¹² Según datos del Fondo monetario internacional 2010

vierte, que no tiene nada que ver con la economía real, sino que se mueve por criterios fiscales fundamentalmente.

A continuación podemos ver un cuadro donde figuran los principales inversores en Francia, en China, en EE.UU., en Brasil o la India; evidentemente esta situación es cambiante la ubicación de las sociedades así como las inversiones directas saldrán de los países que den mayor beneficio a sus operadores.¹³

LES TROIS PREMIERS INVESTISSEURS...

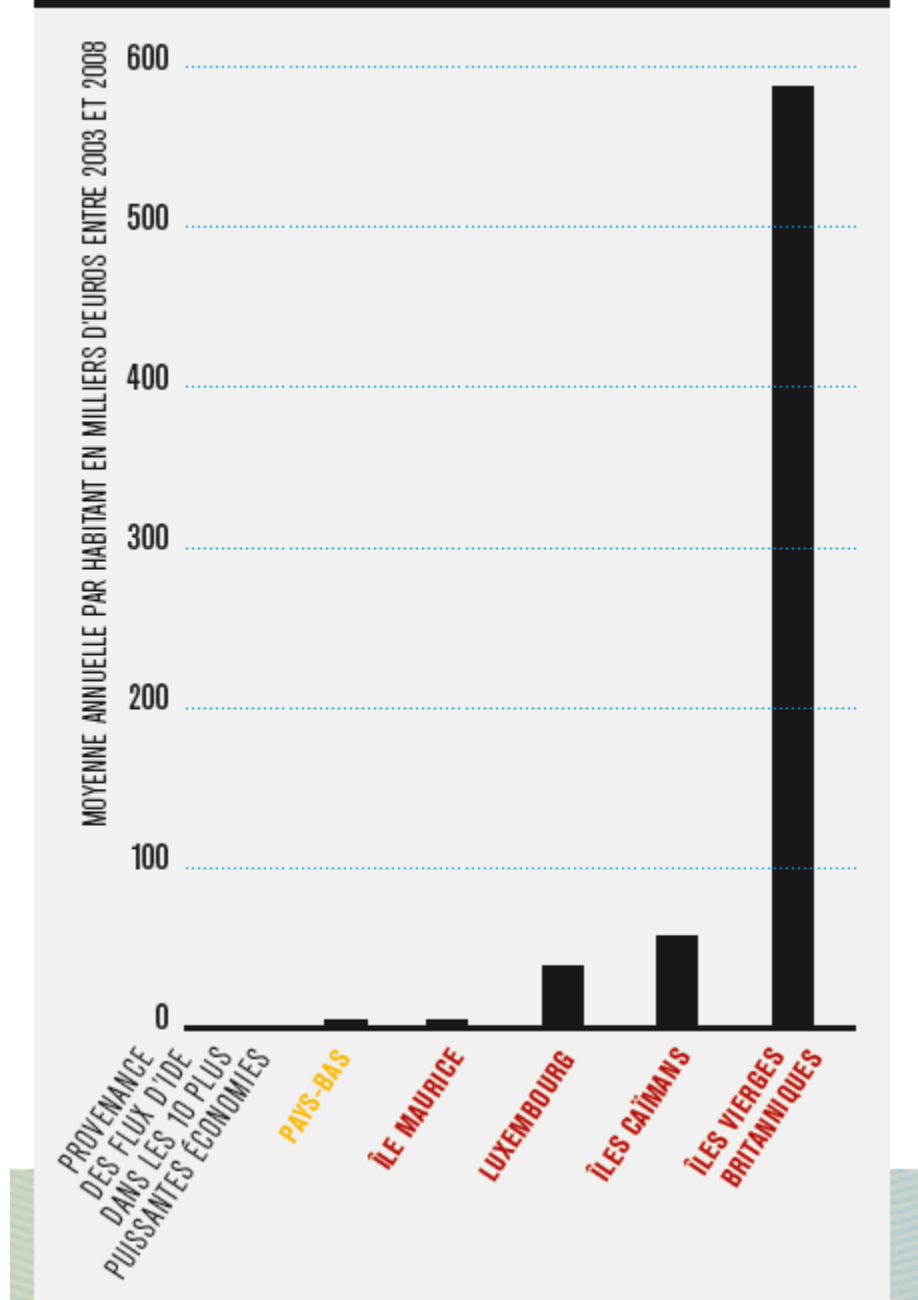


También es significativo el siguiente cuadro donde figuran los países que más invierten en las economías más potentes del mundo, figurando en primer lugar del ranking las Islas Vírgenes Británicas como principal inversor mundial. A continuación figuran las Islas Caimán y en tercer lugar Luxemburgo¹⁴.

13 *L'économie déboussolée : multinationales, paradis fiscaux et captation des richesses*

14 Mardi 7 décembre 2010, le CCFD-Terre Solidaire lance le Rapport « L'économie déboussolée : multinationales, paradis fiscaux et captation des richesses »*

TOP 5 DES NATIONALITÉS QUI INVESTISSENT DANS LES 10 PLUS PUISSANTES ÉCONOMIES²



La OCDE tiene en sus bases de datos una interesante información sobre algunos países en relación con las sociedades desde las que se hacen inversiones y desde las que parten, hacia otros países, que se consideran entidades de vocación especial (EVS).

Este tipo de sociedades son las sociedades que no emplean o si lo hacen a muy poco personal, tienen una presencia física limitada o nula en el país donde residen fiscalmente, y que normalmente carecen de actividad productiva, ya que sus activos y pasivos corresponde a inversiones provenientes o con destino a otros países y que se dedican esencialmente a actividades de financiación del grupo o simplemente actúan como sociedades holding.

Como podemos ver en el siguiente cuadro, en el caso de Holanda recibe una inversión en miles de millones de dólares de 3.207, de los que 2.625 se destinan a las sociedades EVS. Del mismo modo las inversiones realizadas desde Holanda son de 3.023 las realizadas desde EVS frente a 195 que son las inversiones ordinarias, referidas a actividades reales o productivas.

Esta situación podemos ver como se repite en el caso de Luxemburgo, Austria y Hungría, que no hace otra cosa sino confirmar que las inversiones que se realizan, no tienen que ver con la economía real sino tan sólo se deben a una planificación fiscal.

año	Inversiones de entrada	En miles de millones de dólares	País origen/destino	Inversiones de salida
2011	3207	582	Países Bajos	195
		2625	EVS holandesa	3023
	1219	142	Luxemburgo	195
		1987	EVS Luxemburguesa	1945
	271	165	Austria	195
		106	EVS austríaca	105
	233	127	Hungría	24
		106	EVS húngaras	152

1.3. Papel actual de los paraísos fiscales.

La preocupación internacional por eliminar los paraísos fiscales se encontraba en un impasse desde 2010, año en que la OCDE consideraba como un objetivo primordial el cerco a los paraísos fiscales y en general a las prácticas fiscales perjudiciales, puesto que la crisis económica se ha colocado en el primer puesto de las preocupaciones de la OCDE.

Según datos presentados ante el Comité de Expertos de París en 1999, la mitad del comercio mundial pasaba por paraísos fiscales.¹⁵ El Banco Mundial extrapola en un informe los resultados económicos hasta el 2030, época en que se prevé se intensificará la globalización y consecuentemente sus riesgos.¹⁶

Los estados mantenían frente a los paraísos fiscales, en una primera etapa una cierta permisividad, dado el escaso desarrollo de las políticas fiscales de carácter internacional y el desconocimiento, excepto para sectores muy concretos de la existencia, finalidad y funcionamiento de los paraísos fiscales y eso que desde el primer Modelo de Convenio de la OCDE ya se incluía una cláusula anti elusión y anti evasión fiscal.

Pero el problema empieza a cobrar una nueva dimensión a principios del siglo XXI, primero el revulsivo que produjo en la sociedad americana los atentados de las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre de 2001, al enterarse que la financiación de los terroristas que participaron en el atentado, se canalizaba a través de paraísos fiscales, de los que los organismos americanos carecían de información alguna. Esto hizo que el presidente Bush iniciara una cruzada contra los paraísos fiscales ya que

15 Proceso de eliminación de los paraísos fiscales; Asunción García Ramoney Gabriel Santamaría Carreras; Cuadernos de formación IEF colaboración 33/10. Volumen 11/2010.

16 Perspectivas económicas mundiales 2007; afrontar la nueva etapa de globalización; Informe del Banco Mundial.

servían como rutas para financiar a los terroristas. Posteriormente la crisis financiera de 2008, también puso de manifiesto la debilidad y falta de control del sistema financiero, ya que como pudo verse en las fechas fatídicas de 2008 circularon ingentes cantidades de dinero a través de los Paraísos fiscales, es por ello que EEUU., con el Presidente Obama a la cabeza, se haya planteado seriamente en solitario adoptar medidas contra los paraísos fiscales. Como botón de muestra mencionar la USA PATRIOT Act¹⁷ o la ley FATCA¹⁸.

Ha variado la concepción clásica de paraísos fiscales como lugares pasivos, donde se remansaban las rentas y los beneficios, a centros operativos activos o centros “Offshore” lugares que reciben inversiones y desde los que se invierte. La OCDE ¹⁹considera

17. La Ley Patriota, denominada en inglés USA PATRIOT Act, es un texto legal estadounidense promulgado el 26 de octubre de 2001. Fue aprobada por una abrumadora mayoría tanto por la cámara de representantes como por el senado estadounidense después de los atentados del 11 de septiembre de 2001.

El objetivo de esta ley es ampliar la capacidad de control del Estado en aras de combatir el terrorismo, mejorando la capacidad de las distintas agencias de seguridad estadounidenses al coordinarlas y dotarlas de mayores poderes de vigilancia contra los delitos de terrorismo. Así mismo la ley también promulgó nuevos delitos y endureció las penas por delitos de terrorismo. La FATCA es una polémica ley de EEUU con alcance extraterritorial que se aprobó en marzo de 2010, por la que se establecía que las instituciones financieras y otros intermediarios extranjeros deben informar directamente al Servicio de Impuestos de EEUU (IRS –Internal Revenue Service) sobre las cuentas de más de 50 mil dólares de los ciudadanos norteamericanos en el extranjero.

18. El 17 de enero de 2013 el Departamento del Tesoro y el Servicio de Impuestos Internos (IRS, por sus siglas en inglés) del Gobierno de Estados Unidos emitieron las regulaciones integrales finales para la ejecución de las disposiciones fiscales contenidas en la Ley de Cumplimiento de Obligaciones de Cuentas en el Extranjero (FATCA, por sus siglas en inglés), promulgada por el Congreso del país norteamericano en 2010 y cuyas disposiciones tienen el objetivo de combatir el incumplimiento por parte de los contribuyentes estadounidenses que utilizan cuentas en el extranjero

19 En su informe sobre “La lucha contra la erosión de la base de imposición y la transferencia de beneficios”

que existe una distorsión creciente entre el lugar en que las multinacionales obtienen el beneficio y donde se declaran los mencionados beneficios.

Un gran número de estudios recientes ha analizado las tasas efectivas de imposición (TEI)²⁰ para intentar demostrar que no existe la erosión de bases ni la transferencia de beneficios en las operaciones realizadas por las multinacionales. La tasa efectiva de imposición si está bien calculada da una idea justa de la realidad del fenómeno de la erosión fiscal. Los estudios sobre la TEI son útiles pero el problema es que no hay una metodología única.

Este fenómeno ha ido en aumento y está preocupando seriamente al G20 a la OCDE, la UE y demás Organismos internacionales. Sobre todo a raíz de las filtraciones sobre la dimensión de las operaciones que se realizan en los mencionados paraísos.²¹

La OCDE y su lucha contra los paraísos fiscales, la erosión de las bases imponible y la transferencia de beneficios.

Desde 1996, la OCDE elaboró una primera lista negra de paraísos fiscales,²² que fue aprobada por los ministros representantes de los estados, con la excepción de Suiza y Luxemburgo²³

20. La tasa legal del impuesto sobre el beneficio de las sociedades es el tipo de gravamen que se indica en la legislación fiscal de cada país que se aplica a la base imponible de una sociedad a fin de obtener el montante del impuesto debido. Se la denomina tasa nominal y no puede de ninguna manera constituir el sólo un indicador fiable de la carga fiscal efectiva que pesa sobre el beneficio de las sociedades.

21. The international consortium of investigative journalists (ICIJ's) ha puesto a disposición del público en internet mas de 2,5 millones de datos de personas y entidades que utilizaban paraísos fiscales.

22 Informe sobre la competencia fiscal perjudicial; una cuestión global emergente. 1998.

El Consejo que aprobó este informe dictó una serie de recomendaciones entre la que figuraba la continuidad y profundidad en los trabajos llevados a cabo. En julio de 1998 se creó el Foro de Competencia Fiscal Perjudicial, cuyos trabajos dieron origen, en el año 2000, al Informe sobre los progresos en la identificación y eliminación de las prácticas fiscales perjudiciales²⁴.

En junio de 2001, con el fin de determinar con más exactitud el perfil de los estados con regímenes perjudiciales y establecer un nuevo calendario se amplían los trabajos y Estudios con estados no miembros y con los propios paraísos fiscales.²⁵

Es importante destacar que con la adopción de los nuevos criterios clarificadores, desapareció el que relacionaba la calificación de paraísos fiscal con la existencia o no de una actividad económica sustancial en el país, es lógico teniendo en cuenta los avances tecnológicos y la posibilidad de una presencia virtual en un país determinado, persistiendo como datos fundamentales la baja o nula tributación y la opacidad. Este último criterio quedó como indicador básico, considerándose la libertad de los estados en configurar su sistema fiscal, pero se requería transparencia en la información para que pudiera ser considerado estado cooperante.

La mayoría de los países se comprometieron a garantizar la transparencia y el efectivo intercambio de información y en 2002 se dio a conocer la relación de estados no co-

23 Que según el anexo al informe discrepaban de los sectores seleccionados (financiero y de servicios) así como del procedimiento para el intercambio de información, pues entraba en colisión con su formativa interna del secreto bancario.

24 La primera fase de identificación produjo como resultado 41 países “sospechosos”, que posteriormente se redujo a 35, dado el compromiso adquirido por Chipre, Malta, San Marino, Mauricio, Bermudas e Islas Caimán, de adaptar su normativa y eliminar las prácticas fiscales perjudiciales.

25 . Cinco jurisdicciones, Barbados, Bahréin, Antillas Holandesas, Seychelles e Isla de Man se comprometieron a corregir sus regímenes.

operativos; Andorra, Liechtenstein, Liberia, Mónaco, Islas Marshall, Nauru y Vanuatu aunque estos dos últimos se adhieren en 2003.

Se adoptó por el Grupo de trabajo constituido al efecto, un Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de información en materia fiscal, activo desde 2002, si bien para su efectividad debería ser objeto de acuerdos bilaterales o multilaterales entre los estados miembros y los paraísos fiscales.

Suiza y Luxemburgo se mostraron reticentes a la firma de cualquier acuerdo y en el informe de progreso de 2004, estos países estaban pendientes de evaluación. Ello dio lugar a la creación de dos grupos de trabajo; la constitución del “Joint ad hoc Group Accounts”²⁶, y el Foro Global (Ottawa 2003), perteneciente a la OCDE, entre este organismo y las jurisdicciones cooperantes, con el fin de definir los esquemas y elementos clave del intercambio de información, salvaguardando los principios básicos de las partes, dentro de lo que se llamó, “el level playing field” (campo de juego equilibrado).

El primer paso para definir este escenario se plasmó en el Informe presentado en Berlín en 2004 que establecía la filosofía del concepto y el procedimiento para lograrlo. Era evidente que previamente los Estados afectados deberían introducir reformas en sus respectivas legislaciones para eliminar los efectos perjudiciales; posteriormente se establece la dinámica de la negociación de los Acuerdos cuya aplicación se preveía para antes de 2006.

En una fase posterior, asumiendo los trabajos de la JAHGA, se analizaron las manifestaciones prácticas de la transparencia instaurada, no sólo entre los estados miembros y colaboradores, sino que se extendió a los llamados Centros Financieros (off shore o paraísos fiscales no territoriales), a través de un cuestionario que permitiera determinar la existencia de un campo de juego equilibrado.

²⁶ JAGHA (*Francia e Islas Vírgenes*)

El Informe elaborado se analizó en el Foro de Melbourne en 2005, en el que participaron 81 países y aunque se pudieron observar notables avances en la adaptación de las normativas internas y la asunción de las líneas comunes en la transparencia e intercambio efectivo de información, sus conclusiones fueron que había que seguir profundizando en los trabajos para consolidar el llamado campo de juego equilibrado, también se llegó a la conclusión que había que implicar a otros organismos internacionales como el G20 y que había que crear una conciencia colectiva sobre el cumplimiento de las obligaciones fiscales y la realización del mayor número de Acuerdos, comprometiéndose a vigilar su cumplimiento efectivo.

En 2007, Suiza ya había adaptado parcialmente su normativa y en Luxemburgo el régimen de Holding de 1929 fue derogado.

Desde la cumbre de Londres, celebrada por el G20 en 2009, se han firmado más de 300 convenios de colaboración, con diverso grado de compromiso, la mayor parte de ellos con un valor simbólico, con la idea de cumplir con todas las formalidades necesarias que permita a los paraísos fiscales firmantes salir de las listas, aunque hay algunos de estos acuerdos son realmente auténticos Convenios, con el desarrollo suficiente como para entender que el compromiso es real. El resultado es que la lista negra se ha ido paulatinamente vaciando desde abril de 2009 y en la lista gris a octubre de 2012 sólo queda un país.

A partir de 2013, la erosión de las bases imponibles en el Impuesto de Sociedades ha hecho pensar en la existencia de un riesgo real que afecte a los ingresos de los Estados por este concepto. El G20 ha felicitado a la OCDE por los trabajos realizados en este sentido²⁷ y le ha pedido un informe relativo a las medidas a adoptar que se ha presen-

27La OCDE ha efectuado diversos trabajos recientemente en este sentido “Dispositifs hybrides; Questions de politique et de discipline fiscales”(OCDE 2012); puesta al día de los Principios de la OCDE en materia de los Precios de Transferencia, especialmente en el campo de los activos inmateriales, así como su trabajo “Lutter contre la planification fiscale agressive par l’amélioration de la transparence et de la communication de ren-

tado en 2013 en la reunión de Moscú, y en la que se han comprometido a adoptar medidas que de alguna manera eviten el fenómeno de las transferencias de beneficios. Finalmente en octubre de 2015 la OCDE ha presentado un informe final BEPS, que servirá de base en la lucha contra la elusión fiscal y los paraísos fiscales.

La Unión Europea ante el fenómeno de los paraísos fiscales.

Paralelamente, la UE ha venido analizando a través del ECOFIN²⁸, desde 1996, las consecuencias negativas de la existencia de los regímenes fiscales preferenciales, señalando tres áreas de competencia; el desplazamiento de bases tributarias, el incremento de la economía sumergida y el desplazamiento de inversiones y operaciones en detrimento de la recaudación de los Estados, con una incidencia social dañina. En 1997, la Comisión ya había dictado el Código de conducta Fiscal Empresarial²⁹, en el que básicamente se proponía la eliminación del factor fiscal para la localización de inversiones y actividades empresariales

Después de dos informes de progreso, en 1999 se aprobó una lista de países, enumerando las medidas, regímenes o tratamientos fiscalmente perjudiciales. Seguidamente se inició por el Grupo del Código de Conducta a eliminar las figuras jurídicas, las normas o medidas que originaban la existencia de los regímenes fiscales más beneficiosos. En el caso español se consideró que eran discriminatorios y perjudiciales, los centros

seignements” (OCDE 2011); o el último “Lutter contre l’érosion de la base d’imposition et les transferts de bénéfices” (OCDE 2013)

28 El ECOFIN ante la imposibilidad de la Comisión de la UE para ejercer la iniciativa legislativa en la imposición directa y las dificultades para promover su armonización, consideró que el tema trascendía a instancias políticas que no técnicas para su solución.

29. Este Código regulaba igualmente el compromiso de los Estados afectados para eliminar medidas perjudiciales y la prohibición de establecer nuevos sistemas que respondieran a ese mismo esquema.

de coordinación del País Vasco y Navarra que fueron suprimidos así como hubo que modificar el régimen de Hidrocarburos.

Pero es evidente que estos procesos no son pacíficos, pues se encuentran la resistencia y la manipulación de los Estados, que realizan falsas modificaciones o la sustitución de unas figuras por otras, como en el caso de Gibraltar, así como las peticiones de prórrogas en las supuestas modificaciones.³⁰

Además del Grupo del Comité de Conducta, en la UE, la Dirección de Competencia ha venido analizando las llamadas ayudas de estado, directas o indirectas que distorsionan la competencia entre las empresas y por tanto deben de ser eliminadas. Por otra parte en 2004 la Comisión presentó una comunicación sobre malas prácticas financieras y corporativas; dictando la Directiva sobre el ahorro, y comprometiéndose diferentes estados a adoptar medidas que evitaran la transferencia de capitales.

En junio de 2015 la Union Europea ha elaborado una lista de 30 países considerados no cooperativos en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, en base a que aparecieran en una lista en más de 10 países de la Union Europea con la calificación de paraísos fiscales.

1.4. Efectos de las medidas adoptadas contra los paraísos fiscales, según los críticos.

En principio podemos citar cuatro efectos inmediatos negativos, consecuencia de la política del G20 seguida hasta el momento: la “eliminación” de los paraísos fiscales como catalogación oficial; inoperancia frente al secreto bancario y demás efectos negativos de los centros offshore, para los que ha logrado recuperar su respetabilidad

30 Se pidió una prórroga hasta 2010 por Bélgica e Irlanda, 2012 Madeira, territorios del Reino Unido y Holanda; que en algunos casos se ha prolongado hasta el 2019.

internacional; y asimismo se ha logrado el objetivo de vaciar de contenido la expresión “paraíso fiscal” como concepto político definido por la OCDE.³¹

En primer lugar es evidente el éxito formal o aparente del criterio (el estándar fiscal internacional de los doce convenios) fijado por la OCDE y el G-20 para la definición internacional de paraíso fiscal, un concepto definido hasta entonces únicamente por esta Organización internacional con sede en París, puesto que el FMI siempre había utilizado la expresión técnica “centros financieros offshore”, extraterritoriales o para no residentes.

Desde la cumbre de Londres, los países y territorios autónomos considerados “paraísos fiscales” se apresuraron a suscribir convenios para el intercambio de información fiscal, con territorios sin relevancia financiera como las Islas Feroe o Groenlandia y sobre todo entre ellos mismos y con cualquier otro país, hasta alcanzar el número de 12 que les hacía desaparecer de la lista negra de la OCDE, que se ha venido actualizando casi semanalmente. De manera que el 18 de mayo de 2012 solo se registra como paraíso fiscal a Nauru, pequeña isla del Pacífico, y Niue ,pequeño país insular del océano pacífico, que hasta esa fecha no han suscrito el número mágico de los 12 convenios fiscales.

Por tanto, aunque no hayan perdido esa catalogación para la opinión pública mundial, no son considerados oficialmente paraísos fiscales Suiza, Liechtenstein, la isla de Jersey, las Caimán, Andorra , Gibraltar, las Bermudas y tantos nombres asociados a casos delictivos de blanqueo de dinero sucio, de evasión fiscal o de operaciones financieras opacas; porque mediante filiales y sociedades instrumentales domiciliadas en esos países y territorios, en los que no tiene actividad económica local, los utilizan para contabilizar esas operaciones.

31 Juan Hernández Viguera, Comité de Apoyo de Attac España

La segunda consecuencia importante de la nueva política introducida por el G-20 y la OCDE ha sido su inoperancia práctica para suprimir el secreto bancario y el descontrol del dinero en ciertos países y territorios³². El modelo de convenio de intercambio de datos fiscales, preestablecido por la propia OCDE, obliga a respetar la legislación interna sobre secreto bancario de los países y territorios que suscriben esos acuerdos bila-

32 Las noticias posteriores al acuerdo de la cumbre del G-20, de abril 2009 mostraron su inutilidad para impedir las prácticas de los grandes bancos. Por ejemplo, en septiembre de ese mismo año, los Ministros de finanzas del G-20 reunidos nuevamente en Londres, mostraron su preocupación por los “impaired assets”, los “activos dañados”, los llamados “activos tóxicos” (que no valen nada porque ni se venden ni se compran en los mercados financieros mundiales). Y días después, se daba una noticia muy significativa bajo un titular muy expresivo “Barclays aparca activos tóxicos en las Islas Caimán”. Este banco británico anunciaba la venta de esos activos por valor de 12.300 millones de dólares al fondo Protium Finance, una firma con sede en las Islas Caimán creada por varios ex directivos de Barclays, al cual el propio banco le había concedido un préstamo para realizar la adquisición. Fuente; diario económico Expansión (16/9/2009)

terales.³³ Y del mismo modo, Suiza³⁴ – que tampoco pertenece a G-20 – dejaba muy claro que mantendría el secreto bancario.³⁵

En el año de 2010, los propios miembros de la OCDE han dado pruebas de no tomarse en serio el acuerdo del G-20 en Londres al respecto. Un decreto del gobierno francés recogía una lista de 18 paraísos fiscales, una lista tan insignificante que no incluía a los

33 Y días antes de la reunión de Londres, por si eso no lo tenía claro un paraíso fiscal de gran relevancia financiera como Luxemburgo, se lo explicaba el Secretario General de la OCDE al ministro de Justicia del Gran Ducado en una carta del 13 marzo de 2009, conocida después de la cumbre. Ante los anuncios de la prensa sobre decisiones del G-20, la carta intentaba tranquilizar a Luxemburgo, confirmándole que la OCDE no estaba elaborando nuevos criterios para identificar a los paraísos fiscales, que seguirían siendo los definidos hasta entonces, aunque no se decía que estos criterios definitivos tenían entonces los días contados, (Juan Hernandez Viguera, última parte del artículo publicado en la revista PAPELES de relaciones ecosociales y cambio global. Número 112, invierno 2010/11)

34 Aunque Suiza apareció en las listas como centro financiero que no se había comprometido con los “estándares internacionales convenidos sobre fiscalidad”, eso significaba sencillamente que hasta ese momento no había suscrito los doce convenios, que suscribió semanas más tarde porque eso perturba su funcionamiento bancario como refugio fiscal.

35 El 16 marzo 2009, en nombre de la Presidencia Federal Helvética, el ministro de Finanzas Hans Rudolf Merz hacía una breve declaración oficial que no dejaba dudas: “El Gobierno ha decidido adoptar plenamente el estándar de la OCDE para la asistencia administrativa en materia tributaria... La decisión del gobierno permitirá el intercambio de información con otros países en casos individuales en los que se planteen requerimientos pacíficos y justificados. Hay algunas dudas entre el público en general sobre lo que esto significa y a menudo oímos que se pregunta si el secreto bancario se abolirá. El Gobierno sigue plenamente comprometido con el secreto bancario. El secreto bancario es un aspecto de una adecuada protección de nuestro temor particular y está inserto sólidamente en nuestro sistema bancario y goza de salvaguardias en nuestra Constitución y en numerosas leyes. Está protección continúa para todos los contribuyentes residentes en Suiza. La ley no se modificará” (Juan Hernandez Viguera; última parte del artículo publicado en la revista PAPELES de relaciones ecosociales y cambio global. Número 112, invierno 2010/11)

más notorios sino a unas cuantas islas caribeñas y del Pacífico, países y territorios de escaso relieve bancario. Pero lo importante es que Francia, miembro activo del G-20 y de la OCDE, sin embargo, no parecía tomarse muy en serio el “estándar” (que no es norma jurídica) validado en Londres, porque incluye en su nueva lista negra países que dicha Organización había ya catalogado como “jurisdicciones comprometidas” por haber suscrito los doce convenios bilaterales requeridos³⁶

Igualmente con efectos tributarios internos, meses más tarde, Brasil establecía otra lista de países y territorios considerados paraísos fiscales que tampoco incluía a los más conocidos a nivel mundial.³⁷

En tercer lugar, en el mundo financiero donde la respetabilidad tiene tanta relevancia es muy importante la homologación obtenida por esos países y territorios hasta 2009 catalogados oficialmente como paraísos fiscales por su opacidad y las facilidades para la domiciliación de sociedades y entidades instrumentales sin requisitos serios de identificación del titular del dinero

“El proyecto contra la competencia fiscal perjudicial de 1998 con el que la OCDE pretendió suprimir los paraísos fiscales antes de terminar 2005. No ha tenido éxito, en Londres³⁸, se reconoció oficialmente. Pero en ese proyecto se establecían unos crite-

36. *La explicación de este decreto del Presidente Sarkozy podría ser que esta decisión gubernamental tenía como objetivo tapar el fracaso del gobierno francés en su intento de atacar por vía diplomática el secreto bancario de la vecina Confederación Helvética en las negociaciones en curso de un nuevo convenio bilateral.*

37. *Por tanto quedaba demostrada la inoperancia del acuerdo del G-20 para combatir la evasión de impuestos hacia los paraísos fiscales, dejando a un lado que ese acuerdo de la cumbre de Londres no incluía ninguna medida para combatir el blanqueo de dinero sucio y demás efectos perniciosos de los centros offshore. (Juan Hernandez Vigueras: última parte del artículo publicado en la revista PAPELES de relaciones ecosociales y cambio global. Número 112, invierno 2010/11)*

38 *La Cumbre del G-20, "la Cumbre para los mercados financieros y la economía mundial" se celebró entre los líderes de estas naciones en Londres el 2 de abril de 2009.1 Es*
41

rios objetivos que se aproximaban a la realidad, definiendo a los paraísos fiscales como aquellos centros financieros extraterritoriales u offshore caracterizados por la baja o nula tributación, el secretismo y la carencia de intercambio efectivo de información con los demás países ,junto a la no exigencia de actividad económica local de una sociedad mercantil o un particular para disfrutar de exenciones fiscales; de modo que para las operaciones financieras de los no residentes crean un espacio jurídico con beneficios fiscales y de regulación estanco o desligado de la actividad económica local.”³⁹

Actualmente nos encontramos con que notorios paraísos fiscales son ahora miembro del Comité sobre supervisión bancaria de Basilea, que cuenta entre sus actuales 27 miembros, además de EEUU, España y países económicamente más importantes a Suiza, Luxemburgo, Hong Kong y Singapur; y que son los negociadores de los Acuerdos internacionales de regulación bancaria denominados Basilea III.

Finalmente, otra consecuencia no menor del referido acuerdo del G-20 ha sido el vaciamiento del contenido de la expresión “paraíso fiscal” que obstaculiza las medidas anti paraíso específicas establecidas en la mayor parte de las legislaciones⁴⁰. En realidad, los paraísos fiscales ya no están en la agenda política de los gobiernos del G-

la continuación de la cumbre de Washington que tuvo lugar entre el 14 y el 15 de noviembre de 2008. El lugar de celebración de la Cumbre fue el ExCel Centre.2 Además de los jefes de Estado o de gobierno de los países del G-20, fueron invitados a asistir España y los Países Bajos

39. Juan Hernández Viguera, Comité de Apoyo de Attac España

40 . Por esa razón resultan vacuas las resoluciones aprobadas por el Congreso de los diputados de 5 junio y de 27 noviembre 2009, la primera relativa a “la reforma de la arquitectura financiera internacional y la eliminación de los paraísos fiscales” y la segunda con “instrucciones” en ese sentido para la presidencia española de la Unión Europea(Juan Hernandez Viguera: última parte del artículo publicado en la revista PAPELES de relaciones ecosociales y cambio global. Número 112, invierno 2010/11)

20.⁴¹El Gafi (FATF) ⁴²ha elaborado una lista ⁴³de países con alto riesgo y de jurisdicciones no cooperativas⁴⁴.

Por otra parte, Organismos Internacionales dedicados a combatir el blanqueo de capitales afirman que la legislación suiza relativa al secreto bancario debe reformarse porque obstaculiza la detección de este delito.⁴⁵

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) ha declarado que los países cuyos organismos dedicados a combatir el blanqueo de dinero que se nieguen a intercambiar información con sus contrapartes terminarán en una lista negra

Por el otro, el Grupo Egmont, que aglutina a 27 unidades de inteligencia financiera (FIUS) de todo el mundo, ha amenazado con excluir a la Oficina Suiza de Comunicación en Materia de Lavado de Dinero (MROS), si Berna no reforma su legislación.

El Consejo Federal sabe bien que Suiza tiene un gran interés en realizar dichas reformas, porque cualquier rechazo de la Oficina Suiza de Comunicación en Materia de La-

41. Los ministros de finanzas del G-20 reunidos el 23 octubre 2010 en Corea del Sur se comprometían en el comunicado oficial a “proseguir nuestra labor decisivamente para abordar las jurisdicciones no-cooperantes”, lo que traducido significa que esperan que alcancen los doce convenios de intercambio de información fiscal las últimas seis jurisdicciones mencionadas, sin relevancia financiera, que todavía figuran oficialmente como paraísos fiscales.-

42. (The Financial Action Task Force) (FATF)

43. <http://www.fatf-gafi.org/topics/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/>

44. Febrero de 2012

45. Jean-Michel Berthoud, swissinfo.ch (Adaptación: Andrea Ornelas)

vado de Dinero (MROS) a proveer información a sus contrapartes extranjeras se revertiría en contra de la plaza financiera en el futuro.⁴⁶

1.5. Los efectos de la lucha contra los paraísos fiscales según los organismos internacionales.

La visión de los críticos antes mencionada no es compartida por el secretario de la OCDE⁴⁷, que afirma que cuando aún había esperanzas de que el multilateralismo podía servir de solución para la crisis que atenazaba al mundo en 2009, el G-20 declaró la guerra a los paraísos fiscales en la cumbre de Londres con una batería de propuestas para poner coto a la evasión de dinero. Dos años después, los primeros frutos de esta política se podían recoger.⁴⁸

46 "Suiza tuvo que realizar ajustes para acatar los estándares de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (para considerar delito la evasión fiscal y no solo el fraude).

47 «Esto es una contribución importante para la consolidación fiscal», aseguró Ángel Gurría al inicio en París de la cuarta reunión del Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información Fiscal. El Foro Global ha puesto en marcha un dispositivo que ha supuesto el examen de 59 jurisdicciones, de las cuales 32 han modificado su normativa fiscal para adecuarse a los estándares internacionales, así como la firma de 700 acuerdos bilaterales de intercambio de información fiscal.

48 Según ha anunciado el secretario general de la OCDE, Ángel Gurría, la lucha contra los paraísos fiscales ha permitido recaudar 14.000 millones de euros suplementarios en 20 países a partir de la acción del G-20 desde 2009. Sin embargo, Gurría destacó que «14.000 millones es el principio» ya que muchos de estos 700 acuerdos «no se aplican todavía» y «no están actuando de la forma más efectiva». En cuanto al secreto bancario también insistió en que el objetivo no es anularlo sino «eliminar el obstáculo» que puede suponer para la transmisión de informaciones para que se cumplan las obligaciones fiscales.

Y es que, de acuerdo al informe de la OCDE, el establecimiento de estándares internacionales y la vigilancia activada ha hecho que mucha gente decida pagar en los últimos dos años.⁴⁹

Podemos concluir que estamos en un momento muy importante ya que en los últimos 20 años, no ha existido una voluntad tan clara por parte de los países y de los Organismos Internacionales para acabar con los Paraísos Fiscales como actualmente, avalada por el G20 la OCDE y el Foro Mundial sobre la transparencia.

49 El ranking de países donde la lucha contra la evasión ha sido más eficaz desde otoño de 2009 lo encabeza Italia, con 5.600 millones de euros recaudados, seguido de Estados Unidos con 2.000 millones de euros (2.700 millones de dólares), Alemania con 1.800 millones de euros y Francia con 1.000 millones de euros. A continuación figura Canadá, con 620 millones; Corea del Sur, con 510 millones; Brasil, con 315 y España con 260 millones de euros www.abc.es/20111025/economia/abci-ocde-201110251412.html

2. EL PARAÍSO FISCAL.

2.1. Concepto de paraíso fiscal

No existe una definición de paraíso fiscal. El concepto de paraíso fiscal no es algo estático sino dinámico, todo depende del estándar internacional adoptado en un momento determinado, bien por un estado en concreto, bien por un Organismo Internacional, o bien por la evolución del propio fenómeno.

Sin embargo, si es importante tener una definición de paraíso fiscal, si se quieren tomar medidas anti paraíso y plasmarlas en normas. Nos encontraríamos sino ante un concepto jurídico indeterminado, fuente de inseguridad jurídica.

Vulgarmente el concepto de paraíso fiscal es el de una jurisdicción en la que o bien no se pagan o se pagan muy pocos impuestos. Esto lógicamente tiene muchos matices, puesto que es frecuente que en la misma jurisdicción convivan dos regímenes fiscales diferentes uno para los habitantes que suele ser gravoso y otro para los no residentes a los que se les aplicarían los beneficios propios de los paraísos fiscales.

Así pues inicialmente se configuraba el paraíso fiscal como un lugar pasivo, un refugio, un puerto, donde se remansaban los beneficios. Pero el mismo carácter dinámico del fenómeno ha hecho evolucionar la actividad de estas jurisdicciones hacia compromisos activos en la circulación de los flujos financieros del tráfico internacional, configurándose como centros de actividad económica fundamentalmente financiera y reconvirtiéndose en centros “offshore” a los que posteriormente nos referiremos.

Los paraísos fiscales son jurisdicciones, que aplican este tipo de políticas tributarias, con la intención de atraer inversiones extranjeras para fortalecer su economía. La mayor parte son pequeños países que cuentan con pocos recursos naturales o industriales y encuentran en esta actividad, normalmente financiera, una nueva industria alternativa.

Los paraísos fiscales han atraído, especialmente durante las últimas décadas, a un número creciente de inversores extranjeros. Generalmente se trata de ciudadanos⁵⁰ y empresas que huyen de la carga fiscal de sus países de residencia, en busca de condiciones tributarias más favorables.⁵¹

Tradicionalmente el contribuyente, sea persona física o jurídica, asume fácilmente el pago de un 5,10 y hasta el 15% de sus rentas o plusvalías, si se incrementa el tipo se desincentiva al pago y se incentiva la búsqueda de jurisdicciones más favorables.

Hasta ahora hemos visto que la principal característica de un paraíso fiscal consiste en una política tributaria favorable a la inversión extranjera. Pero no es ni mucho menos la única. Existen una serie de peculiaridades adicionales que hacen que un país pase de ser considerado de simple territorio de baja tributación a un verdadero paraíso fiscal.

Así podemos destacar la confidencialidad como una segunda característica esencial de los paraísos fiscales.⁵²

50 El presidente de la marca Louis Vuitton Moët Hennessy (LVMH), el empresario francés Bernard Arnault, que anunció que había solicitado la nacionalidad belga, tiene domicilio en Bruselas desde 2011, confirmó el diario La Libre Belgique

51 En Europa, los tributos que paga una persona física o empresa pueden suponer casi un 50% de sus ingresos. Recientemente en Francia, el presidente Hollande ha anunciado un impuesto de hasta el 75%, para las rentas superiores al 1.500.000€.

52 Los datos personales de propietarios y accionistas de empresas no figuran en los registros públicos, o bien se permite el empleo de representantes formales (llamados nominees). Existen estrictas normas de secreto bancario. Los datos de los titulares de las cuentas sólo se facilitan a las autoridades si existen evidencias de delitos graves como el terrorismo o el narcotráfico. No se firman tratados con otros países que conlleven intercambio de información bancaria o fiscal.

No obstante el fenómeno ha evolucionado ante el requerimiento de información de los Organismos Internacionales, puesto que la mayor parte de los Paraísos quieren entrar en los estándares internacionales para que no se les apliquen las medidas anti paraíso.

Sin embargo, la línea divisoria entre ser o no ser un paraíso fiscal es a menudo muy difusa. La catalogación en una u otra categoría por parte de la OCDE u otros organismos, a menudo responde más a intereses políticos y económicos de sus miembros que a criterios puramente objetivos, aunque esto actualmente está cambiando.

La globalización y el desarrollo de las comunicaciones, también han afectado al fenómeno de los paraísos fiscales, con internet ya no es necesario desplazarse a lejanos lugares para constituir una sociedad o abrir una cuenta bancaria. Se han abaratado enormemente los costes de gestión, por lo que en la actualidad invertir en un paraíso fiscal está al alcance de casi cualquier persona.

2.1.1. Centros offshore y paraísos fiscales

Offshore es una palabra anglosajona que significa alejado de la costa o mar adentro. Este calificativo se aplica a diferentes tipos de actividades que se realizan en alta mar como por ejemplo la explotación de plataformas petrolíferas o de obtención de energía eólica.⁵³

En el lenguaje financiero se utiliza el término offshore, para describir cualquier actividad económica o inversión que se realiza fuera del propio país de residencia. Se puede tratar de productos muy variados: cuentas bancarias, pólizas de seguros, inversiones inmobiliarias, sociedades extranjeras, fondos de inversión, etc.

⁵³<http://paraisos-fiscales.info/offshore.html> 2009-09-11

A partir de los años 80, se fue restringiendo la aplicación del término offshore a determinados tipos de negocios. Se entendía que para poder hablar de una auténtica inversión extraterritorial ésta debía producirse en algún país o territorio que ofreciera determinadas ventajas con respecto al propio lugar de residencia. Hablamos de beneficios fiscales, facilidad de trámites para constituir sociedades, estrictas leyes de privacidad o de secreto bancario entre otros.

Estas condiciones se dan en los llamados paraísos fiscales, por lo que se han llegado a identificar paraísos fiscales con centros Offshore. La palabra se emplea para describir a toda la industria y servicios que se ha desarrollado alrededor de los paraísos fiscales y otros territorios de baja tributación.

Quizás la difícil línea divisoria entre paraíso fiscal o centro offshore, como hemos mencionado anteriormente, sea la concepción del centro offshore como un centro activo en el tráfico internacional, frente al antiguo concepto de paraíso que suponía un cierto carácter pasivo, cuyo objetivo era simplemente ocultar beneficios y patrimonios, en un lugar de baja tributación.

Parece bastante sencillo establecer cuando una operación económica puede considerarse extraterritorial y cuando no. Pero en la realidad la línea divisoria a menudo no está tan clara. Diversos organismos⁵⁴ publican listas de los estados que son considerados paraísos fiscales. Sin embargo, al margen de éstos, existen numerosos territorios que de alguna u otra manera ofrecen ventajas al inversor extranjero. Estas no siempre tienen que ser de carácter fiscal⁵⁵.

54 OCDE, GAFI, diferentes ONG TAX Justice Network, Oxfam CCDF Terre solidaire etc...

55 Países como Suiza o Letonia, se han destacado, por ejemplo, por sus estrictas leyes de secreto bancario. Otro ejemplo es Irlanda, que ofrece importantes beneficios fiscales para las profesiones relacionadas con las artes creativas (escritores, cantantes, etc..).

De este modo, muchos inversores aprovechan resquicios legales y las características especiales de algunos países considerados onshore, para utilizarlos como si fueran auténticas jurisdicciones offshore.

2.1.2. La lista de los paraísos fiscales

Las listas de la OCDE.-

La OCDE elaboró en el año 2000, una lista con 35 países o jurisdicciones, que se consideraban como paraísos fiscales

Con respecto al listado inicial del año 2000, se han producido muchos cambios. Primero fueron retirados de la lista Chipre, Malta, Mauricio y Seychelles. Estas dos últimas son dos jurisdicciones offshore muy populares y su exclusión resultó cuanto menos sorprendente.

En 2002, esta lista de países se redujo a siete paraísos fiscales identificados como no cooperativos. A raíz de la crisis financiera y bancaria de 2008/2009, la atención internacional se ha centrado en el criterio de intercambio de información en la banca, para calificar a una jurisdicción como de baja tributación o paraíso fiscal.

Desde el año 2000, el Foro Global ha sido el marco multilateral en el que se han llevado a cabo los trabajos en materia de transparencia e intercambio de información tanto por los países de la OCDE como por los países no miembros.⁵⁶

56 Los antecedentes y las etapas más importantes del Foro han sido: En 1996 La Cumbre del G7 en Lyon en 1996. En 1998 un informe de la OCDE, frente a las prácticas fiscales perjudiciales y los paraísos fiscales, que incluye una definición de los paraísos fiscales. En el 2000: la OCDE publica una lista de paraísos fiscales.

En 2002: el compromiso de poner en funcionamiento los estándares de calidad en el intercambio de información a los que puedan incorporarse las diferentes jurisdicciones

El objetivo principal de la Fórum Global ha sido el desarrollo de estándares de transparencia e intercambio de información a través del Modelo de Acuerdo de Intercambio de Información Tributaria en 2002 y la publicación de un informe de la aplicación de la normas relativas a los datos contables de actualización .Esto va a permitir un sistema de cambio de información eficaz, y fiable en virtud de las reglas fijadas por el Grupo Mixto especial, formado por expertos desde el 2005.

Además, el Foro Global desde 2006, produce anualmente una evaluación del marco legal y administrativo para la transparencia y el intercambio de información en más de 80 jurisdicciones.

El 2 de abril de 2009,⁵⁷ la OCDE publicó un informe de progreso que se componía de tres listas. Una primera lista (llamada "lista blanca"), que consistía en países que aplicaban efectivamente los acuerdos de intercambio de información. Una segunda lista (llamada "lista gris") relacionaba una serie de países que han tomado el compromiso. Por último, la tercera lista (llamada "lista negra") se destinan a países que no habían hecho compromisos, lista que por otra parte no incluía a nadie pocos días después de su publicación.

para ser parte del Foro Global recién creado. Desde el año 2006 se lleva a cabo una evaluación anual de los países que integran dicho Foro Global.

57 Durante el año 2009, la OCDE redobló su presión sobre los territorios incluidos en la llamada "lista gris" y que según su consideración no habían implantado suficientemente los estándares de transparencia fiscal. Se exigió un mínimo de 12 convenios firmados para poder abandonar la lista de paraísos fiscales. Muchos países se han comprometido desde entonces y algunas de las jurisdicciones más clásicas como Gibraltar, Mónaco, Liechtenstein, Guernesey, Jersey, la Isla de Man o San Marino han podido abandonar la "lista gris". También lo han hecho las Islas Caimán, las Islas Vírgenes Británicas (BVI), Turks y Caicos, Antigua y Barbuda, Belice, Bahamas y Samoa, entre muchos otros.

Para pasar la lista "gris" a la "lista blanca, el criterio era que se firmaran al menos doce acuerdos de intercambio de información. El impulso que se dio en menos de un año, fue de trescientos acuerdos (incluidos los cincuenta entre los paraísos fiscales entre sí mismos) que se firmaron. En su informe de fecha 14 de enero de 2010,⁵⁸ la OCDE no

registra ningún paraíso fiscal más y que además no piense cooperar en el intercambio de información. Los acuerdos deben ser ratificados y aplicados. El Foro Global sobre

OECD PROGRESS REPORT

A PROGRESS REPORT ON THE JURISDICTIONS SURVEYED BY THE OECD GLOBAL FORUM IN IMPLEMENTING THE INTERNATIONALLY AGREED TAX STANDARD*

Progress made as at 18 May, 2012 ([Original Progress Report 2nd April 2009](#))

Jurisdictions that have substantially implemented the internationally agreed tax standard			
Andorra	Curacao	Japan	St Kitts and Nevis
Anguilla	Cyprus	Jersey	St Lucia
Antigua and Barbuda	Czech Republic	Korea	St Vincent and the Grenadines
Argentina	Denmark	Liberia	Samoa
Aruba	Dominica	Liechtenstein	San Marino
Australia	Estonia	Luxembourg	Seychelles
Austria	Finland	Macau, China	Singapore
The Bahamas	France	Malaysia	Sint Maarten
Bahrain	Germany	Malta	Slovak Republic
Barbados	Gibraltar	Marshall Islands	Slovenia
Belgium	Greece	Mauritius	South Africa
Belize	Grenada	Mexico	Spain
Bermuda	Guernsey	Monaco	Sweden
Brazil	Hong Kong, China	Montserrat	Switzerland
British Virgin Islands	Hungary	Netherlands	Turkey
Brunei	Iceland	New Zealand	Turks and Caicos Islands
Canada	India	Norway	United Arab Emirates
Cayman Islands	Indonesia	Panama	United Kingdom
Chile	Ireland	Philippines	United States
China	Isle of Man	Poland	Uruguay
Cook Islands	Israel	Portugal	US Virgin Islands
Costa Rica	Italy	Qatar	Vanuatu
		Russian Federation	

Jurisdictions that have committed to the internationally agreed tax standard, but have not yet substantially implemented					
Jurisdiction	Year of Commitment	Number of Agreements	Jurisdiction	Year of Commitment	Number of Agreements
Tax Havens²					
Nauru	2003	(0)	Niue	2002	(0)
Other Financial Centres					
Guatemala	2009	(11)			

Jurisdictions that have not committed to the internationally agreed tax standard			
Jurisdiction	Number of Agreements	Jurisdiction	Number of Agreements
All jurisdictions surveyed by the Global Forum have now committed to the internationally agreed tax standard			

* Readers are referred to the outcomes from the Global Forum peer reviews for an in-depth assessment of a jurisdiction's (a) legal and regulatory framework (Phase 1 reviews) and (b) implementation of the standard in practice (Phase 2 reviews). [<http://www.oecd.org/tax/transparency>].

¹ The internationally agreed tax standard, which was developed by the OECD in co-operation with non-OECD countries and which was endorsed by G20 Finance Ministers at their Berlin Meeting in 2004 and by the UN Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters at its October 2008 Meeting, requires exchange of information on request in all tax matters for the administration and enforcement of domestic tax law without regard to a domestic tax interest requirement or bank secrecy for tax purposes. It also provides for extensive safeguards to protect the confidentiality of the information exchanged.

² These jurisdictions were identified in 2000 as meeting the tax haven criteria as described in the 1998 OECD report.

transparencia e intercambio de información con fines fiscales se ha revitalizado para supervisar la aplicación efectiva de este proceso.

El Foro incluye ahora 120 países miembros, que se comprometieron a aplicar la norma internacional y ser juzgados por sus pares.

En la actualidad, de acuerdo con el último informe de progreso de la OCDE sólo se consideran paraísos fiscales Nauru y Nioué.

La OCDE además ha creado un grupo llamado "otros centros financieros" que si bien no se etiquetan directamente como paraísos fiscales, si se consideran como insuficientemente transparentes en temas fiscales.⁵⁹

La lista de la Union Europea.-

La Comisión Europea ha redactado en junio de 2015 una “**lista negra paneuropea de jurisdicciones de terceros países no cooperativas en materia fiscal**”, como parte de un Plan de Acción fiscal en su estrategia de lucha contra la evasión y la erosión de las bases imponibles, aunque no se encuentran entre ellos Gibraltar o Luxemburgo. La lista de los treinta países considerados paraísos fiscales por la Unión Europea son los siguientes:

EUROPA	ASIA	AFRICA	AMERICA	OCEANIA
ANDORRA	BRUNEI	LIBERIA	ANGUILA	ISLAS COOK
MONACO	HONG KONG	MAURICIO	ANTIGUA Y	NAURU

59 A 14 de Septiembre de 2011, esta segunda lista incluía todavía a Guatemala y Uruguay. Hoy sólo figura Guatemala.

			BARBUDA	
LIECHTENSTEIN	MALDIVAS	SEYCHELLES	BAHAMAS	NIUE
GUERNSEY			BARBADOS	ISLAS MARS- HALL
			BELIZE	VANUATU
			BERMUDA	
			ISLAS VIRGE- NES BRITANI- CAS	
			ISLAS CAIMAN	
			GRANADA	
			MONSERRAT	
			SAN VICENTE Y GRANADINAS	
			SAN CRISTO- BAL Y NIEVES	
			ISLAS TURCAS Y CAICOS	
			ISLAS VIRGE- NES EEUU	

Es una lista que recoge los países considerados como paraísos fiscales en al menos 10 de los estados miembros.

Las listas del “GAFI”.-

Otro organismo que ha elaborado, en el ámbito financiero listas de paraísos fiscales es el GAFI (FATF).⁶⁰

Este organismo que se encarga de proteger al sistema financiero con normas que tratan de evitar el blanqueo de capitales y la financiación de terrorismo, establece una serie de listas⁶¹ de países clasificados de acuerdo con el grado de cooperación.

La última lista facilitada en 2013, figuran como países no cooperativos Irán y Corea del Norte.

Del mismo modo figuran como países de cooperación deficiente:

- Ecuador
- Ethiopia
- Indonesia
- Kenya
- Myanmar
- Pakistan
- Sao Tomé and Principe
- Syria
- Tanzania
- Turkey
- Vietnam
- Yemen

60 Oslo, Noruega, 21 de junio de 2013 - El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es el órgano de establecimiento de normas mundiales contra el lavado de dinero y contra la financiación del terrorismo (ALD / CFT).

61<http://www.fatf-gafi.org/countries/>

Las listas de paraísos de la revista Forbes.-

Otra lista a mencionar sería la publicada por la revista Forbes en 2010, en relación a los 10 paraísos fiscales más interesantes para invertir.⁶²

Para tratar de delimitar que era un paraíso fiscal, en colaboración con la ONG Tax Justice Network, la revista Forbes, en su artículo publicado, establece la búsqueda de los mejores paraísos fiscales en base a dos criterios, la opacidad, es decir el secreto que ofrece la jurisdicción a sus usuarios no residentes, y el segundo requisito era determinar los lugares donde se pudieran mover activos financieros con gran facilidad.⁶³

Para ello crearon una "lista de listas" mirando la lista de paraísos fiscales durante un período de más de 30 años y seleccionando, en términos generales, todos los que aparecían en dos listas o más durante ese período. Entonces el equipo de Forbes, investigó datos sobre una amplia gama de variables.⁶⁴

Luego se seleccionaron doce criterios como indicadores clave de opacidad, como el de si hubo secreto bancario formal o no, si las cuentas debían figurar en un registro público, cuántos acuerdos de intercambio de información tenían las jurisdicciones etc...

62<http://www.paradisfiscaux20.com/media-paradis-fiscaux/forbes-les-meilleurs-paradis-fiscaux>

63 La organización "Tax Justice Network" publica todos los años su "Financial Secrecy Index" cuyo criterio más importante es el Índice de opacidad (Opacity Component Value) que arroja una idea muy clara de la confidencialidad de cada jurisdicción
<http://www.financialsecrecyindex.com/>

64<http://www.forbes.com/2010/07/06/tax-havens-delaware-bermuda-markets-singapore-belgium.htm> /

En base al criterio de opacidad se elaboró una primera lista: Suiza, Malasia (Labuan), Barbados, Bahamas, Vanuatu, Belice, Brunei, Dominica, Samoa, Seychelles, Santa Lucía, San Vicente y Granadina y Turcos y Caicos.

Posteriormente en base a la circulación de flujos de activos financieros de acuerdo con la información del Fondo Monetario Internacional. Los 10 primeros aquí fueron:

El Reino Unido (ciudad de Londres), EEUU (Delaware), Luxemburgo, Suiza, Islas Caimán, Irlanda, Hong Kong, Singapur, Bélgica y las Bermudas.

Si se combinan estas dos listas aparece una lista final de las diez mejores jurisdicciones como paraísos fiscales y son:

El U.S. (Delaware), Luxemburgo, Suiza, Islas Caimán, el U.K. (ciudad de Londres), Irlanda, Bermudas, Singapur, Bélgica y Hong Kong.

Es curioso comprobar cómo la opacidad no hay que ir a buscarla a paraísos lejanos, ya que en EEUU se ofrece este servicio, además de las facilidades en el movimiento de activos financieros. Por otra parte Londres en su milla financiera figura como un gobierno en sí mismo con opacidad garantizada, y eso que está en un país de la Unión Europea.

Listas comparativas.-

A continuación figura una comparativa de las listas sobre paraísos fiscales elaboradas por OCDE, Francia, GAFI, Tax Justice Network y el Parlamento Europeo.⁶⁵

⁶⁵ Información CCFD Terre solidaire <http://ccfd-terresolidaire.org/>

Selon l'OCDE*, il reste 5 territoires non-coopératifs*.

Selon le GAFI*, il existe 41 pays qui restent propices au blanchiment d'argent (dont 10 sur liste noire pour n'avoir pas démontré suffisamment leur volonté de répondre aux recommandations de l'institution).

Selon Berey, il y a 18 territoires qui ne coopèrent pas avec le fisc français.

Selon le réseau *Tax Justice Network** (TJN, réseau d'ONG et de chercheurs auquel participe le COFD-Terre Solidaire), il existe au moins 54 territoires qui cultivent un fort degré d'opacité**.

Tableau 1

Liste des territoires non-coopératifs de l'OCDE (10 août 2011)	Liste française des territoires non-coopératifs (29 avril 2011)	Liste des juridictions à hauts risques et non coopératives du GAFI (24 juin 2011)	Liste des territoires opaques de Tax Justice Network (Octobre 2011)	Liste du Parlement européen (rapport Hamon) (Mars 2009)
				Afrique du Sud
			Andorre	Andorre
		Angola		
	Anguilla		Anguilla	Anguilla
		Antigua et Barbuda	Antigua et Barbuda	Antigua et Barbuda
			Antilles néerlandaises	Antilles néerlandaises
		Argentine		
			Aruba	Aruba
			Autriche	
			Bahamas	Bahamas
			Bahrein	Bahrein
		Bangladesh		
			Barbade	Barbade
	Belize		Belize	Belize
			Bermudes	Bermudes
		Bolivia		
			Botswana	
	Brunei	Brunei	Brunei	Brunei
		Cambodge		
		Corée du Nord		
	Costa Rica		Costa Rica	Costa Rica
		Cuba		
				Djibouti
	Dominique		Dominique	Dominique
			Emirats arabes unis (Dubai)	Emirats arabes unis (Dubai)

* Tous les termes munis d'un astérisque sont expliqués dans la glossaire.

2. Plus de 60 % d'opacité selon le FBI 2011

Liste des territoires non-coopératifs de l'OCDE (10 août 2011)	Liste française des territoires non-coopératifs (29 avril 2011)	Liste des juridictions à hauts risques et non coopératives du GAFI (24 juin 2011)	Liste des territoires opaques de Tax Justice Network (Octobre 2011)	Liste du Parlement européen (rapport Hamon) (Mars 2009)
		Equateur		
				Etats-Unis
		Ethiopie		
		Ghana	Ghana	
			Gibraltar	
	Grenade		Grenade	
				Guam
Guatemala	Guatemala		Guatemala	Guatemala
			Guernesey	Guernesey
		Honduras		
			Hong Kong	Hong Kong
				Iles Fidji
			Ile de Man	Ile de Man
			Iles Caïmans	Iles Caïmans
	Iles Cook		Iles Cook	Iles Cook
				Iles Mariannes du Nord
	Iles Marshall		Iles Marshall	Iles Marshall
				Iles Salomon
	Iles Turques et Caïques		Iles Turques et Caïques	Iles Turques et Caïques
			Iles Vierges américaines	Iles Vierges américaines
			Iles Vierges britanniques	Iles Vierges britanniques
		Indonésie		
		Iran		
			Japon	
			Jersey	Jersey
		Kenya		
				Kiribati
				Labuan
			Liban	Liban
	Liberia		Liberia	
			Liechtenstein	Liechtenstein
			Luxembourg	
			Macao	Macao
			Malaisie (Labuan)	
			Maldives	Maldives
		Moroc		
			Mozambique	Mozambique
				Micronésie
			Monaco	Monaco
		Mongolie		
Montserrat	Montserrat		Montserrat	Montserrat
		Myanmar		
		Namibie		

Liste des territoires non-coopératifs de l'OCDE (10 août 2011)	Liste française des territoires non-coopératifs (29 avril 2011)	Liste des juridictions à hauts risques et non coopératives du GAFI (24 juin 2011)	Liste des territoires opaques de Tax Justice Network (Octobre 2011)	Liste du Parlement européen (rapport Hanon) (Mars 2008)
Nauru	Nauru	Népal	Nauru	Nauru
		Nicaragua		
		Nigéria		
Niue	Niue			Niue
	Oman			
		Pakistan		
				Palcos
	Panama		Panama	Panama
		Paraguay		
	Philippines	Philippines	Philippines	Philippines
				Polynésie française
				Porto Rico
			Saint Marin	
			Sainte Lucie	Sainte Lucie
			Saint-Kitts-Et-Nevis	Saint-Kitts-Et-Nevis
				Saint-Marin
			Samoa	Samoa
		Sao Tomé et Príncipe		
			Seychelles	Seychelles
			Singapour	Singapour
		Soudan		
		Sri Lanka		
	St Vincent & Grenadines		St Vincent & Grenadines	St Vincent & Grenadines
			Suisse	Suisse
		Syrie		
		Tadjikistan		
		Tanzanie		
		Thaïlande		
				Tonga
		Trinitad et Tobago		
		Turkménistan		
		Turquie		
				Tuvalu
		Ukraine		
Uruguay			Uruguay	Uruguay
			Vanuatu	Vanuatu
		Venezuela		
		Vietnam		
		Yémen		
		Zimbabwe		

sur fond gris : territoires dont la part d'activité des services financiers offshore dans le total mondial est supérieur à 0,1 %

en gras : territoires figurant sur la liste noire du GAFI, les autres figurant sur la liste grise

Lista de paraísos según Tax Justice Network (nov 2009), G20 lista de 2012, y Francia ultima lista para 2012.⁶⁶

ANNEXE 1

Listes des paradis fiscaux selon le TJN, le G20 et le gouvernement français.

LISTE DE TAX JUSTICE NETWORK (NOV. 2009)		LISTE G20 2012	LISTE FRANÇAISE 2012
ANDORRE	ISRAËL	BOTSWANA	BOTSWANA
ANGUILLA	JERSEY	BRUNEI	BRUNEI
ANTIGUA & BARBUDA	LETONIE	COSTA RICA	GUATEMALA
ANTILLES NÉERLANDAISES	LIBAN	GUATEMALA	ÎLES MARSHALL
ARUBA	LIBERIA	LIBAN	MONTSERRAT
AUTRICHE	LIECHTENSTEIN	LIBERIA	NIEUE
BAHAMAS	LUXEMBOURG	PANAMA	NAURU
BAHREÏN	MACAO	TRINIDAD ET TOBAGO	PHILIPPINES
BARBADE	MALAISIE (LABUAN)	ÉMIRATS ARABES UNIS	
BELGIQUE	MALDIVES	URUGUAY	
BELIZE	MALTE	VANUATU	
BERMUEDES	MAURICE	LIECHTENSTEIN	
BRUNEI	MONACO	SUISSE	
CHYPRE	MONTSERRAT		
COSTA RICA	NAURU		
DOMINIQUE	PANAMA		
ÉMIRATS ARABES UNIS	PAYS-BAS		
ÉTATS-UNIS (DELAWARE)	PHILIPPINES		
GIBRALTAR	PORTUGAL (MADÈRE)		
GRENADE	ROYAUME UNI (CITY)		
GUERNESEY	SAMOA		
HONG KONG	SEYCHELLES		
HONGRIE	SINGAPOUR		
ÎLE DE MAN	Soudan		
ÎLES CAÏMANS	ST VINCENT ET GRENADINES		
ÎLES COOK	STE LUCIE		
ÎLES MARSHALL	SUISSE		
ÎLES TURQUES ET CAÏQUES	URUGUAY		
ÎLES VIERGES AMÉRICAINES	VANUATU		
ÎLES VIERGES BRITANNIQUES			
IRLANDE			

Como podemos ver hay tantas listas como países, organismos o instituciones, a los que acudamos, así como podemos llegar a la conclusión que es una lista cambiante donde entran y salen países dependiendo de la evolución del fenómeno y del momento en que hagamos la investigación.

⁶⁶ Información CCFD Terre solidaire <http://ccfd-terresolidaire.org/>

2.1.3. La lista de los centros off-shore

Un “centro offshore” es un lugar desde el que operan entidades offshore, y que también suele identificarse como “zona de baja tributación” y con “paraísos fiscales”.

En cuanto a la lista de centros offshore, existen muchas jurisdicciones que ofrecen ventajas fiscales similares o poseen leyes de privacidad o secreto bancario incluso superiores, a las de los paraísos fiscales clásicos. Existen muchas listas en las que se incluyen países y territorios offshore, elaboradas tanto por Organismos Públicos y privados, así como también las propias páginas de internet que promocionan su utilización como la lista que figura a continuación.⁶⁷

La presente lista de centros financieros offshore incluye tanto los países considerados oficialmente paraísos fiscales por la OCDE, así como todas aquellas jurisdicciones o territorios que ofrezcan incentivos fiscales de naturaleza similar. También se recogen los estados que por las características de su sistema legal o bancario están directamente relacionados con los negocios offshore.

Lista de jurisdicciones offshore

Alderney	Guatemala	Nigeria
Andorra	Guernesey	Niue
Anguilla	Hong Kong	Norfolk
Anjouán	Hungría	Nueva Zelanda
Antigua y Barbuda	Irlanda	Omán
Antillas Holandesas	Islandia	Países Bajos

⁶⁷<http://www.paraisos-fiscales.info/lista-de-centros-financieros-offshore.html> 2012-09-11.

Aruba	Israel	Panamá
Australia	Jamaica	Puerto Rico
Austria	Japón	Reino Unido
Bahamas	Jersey	Rep. de Chipre del Norte
Bahréin	Jordania	República Dominicana
Barbados	Labuán	Saint Kitts
Belice	Letonia	Samoa
Bermudas	Líbano	San Marino
Botswana	St. Vincent y Granadinas	Liberia
Brunei	Liechtenstein	Santa Lucía
Caimán, Islas	Luxemburgo	Sark
Campione	Macao	Seychelles
Canadá	Macedonia	Singapur
Chipre	Madeira	Somalia
Costa Rica	Malta	Suiza
Dinamarca	Man, Isla de	Tanger
Cook, Islas	Maldivas, Islas	Suecia
Dominica	Marshall, Islas	Trinidad y Tobago
Emiratos Ara- bes Unidos	Mauricio	Turks y Caicos, Islas
Estados Uni- dos	Mónaco	Uruguay
Filipinas	Montenegro	Vanuatu

Las sociedades offshore son empresas que se caracterizan por estar registradas en un país, normalmente un paraíso fiscal, en el que no realizan ninguna actividad económica o comercial. Por este motivo se les llama también sociedades no residentes.

Estas compañías están controladas por empresas o ciudadanos extranjeros, que llevan a cabo sus negocios en otras partes del mundo y que utilizan el centro offshore únicamente como domicilio legal de la sociedad.

Las sociedades offshore también presentan algunos inconvenientes. En ciertos países se han puesto en marcha medidas anti-paraíso que impiden a las empresas radicadas en paraísos fiscales participar en determinadas inversiones o negocios y les aplican un régimen de transparencia fiscal, es decir, que sus beneficios son imputados directamente a los accionistas, incluso aunque se decida no repartir dividendos. En el caso de utilizarse directores o accionistas fiduciarios, algunas gestiones documentales también pueden complicarse. En especial los bancos querrán determinar quién es el beneficiario real (beneficial owner) de la sociedad, para lo cual requerirán que se aporte documentación que lo pruebe.

2.1.4. Criterios seguidos para definir un paraíso fiscal

Criterio que ha seguido la OCDE para establecer una lista de paraísos fiscales.-

Como hemos dicho, no existe a nivel internacional una definición clara de que se entiende por paraíso fiscal. Aún más podemos decir que el concepto de paraíso en los últimos años ha variado sustancialmente, ya que se ha ido vaciando su contenido y dulcificando sus límites.

Desde un punto de vista general se considera que un paraíso fiscal es un territorio o Estado que se caracteriza por aplicar un régimen tributario especialmente favorable a los ciudadanos y empresas no residentes, que se domicilien a efectos legales en el

mismo. Típicamente estas ventajas consisten en una exención total o una reducción muy significativa en el pago de los principales impuestos.⁶⁸

Según la OCDE, cuatro son los factores clave para determinar si una jurisdicción es un paraíso fiscal.⁶⁹

- Si la jurisdicción no impone impuestos o éstos son solo nominales. La OCDE reconoce que cada jurisdicción tiene derecho a determinar si imponer impuestos directos. Si no hay impuestos directos pero sí indirectos, se utilizan los otros tres factores para determinar si una jurisdicción es un paraíso fiscal.
- Si hay falta de transparencia.
- Si las leyes o las prácticas administrativas no permiten una falta de información para propósitos fiscales con otros países en relación con a contribuyentes que se benefician de los bajos impuestos.
- Si se permite a los no residentes beneficiarse de las rebajas impositivas, aun cuando no desarrollen efectivamente una actividad en el país.

Criterios que se siguen habitualmente las diferentes jurisdicciones para definir los paraísos fiscales.-

Para la definición legal de Paraísos Fiscales se han utilizado habitualmente dos bloques de sistemas:

Aquellos que se basan en la tributación efectiva o nominal del país de origen, bien sea como en el caso alemán⁷⁰ bien por remisión al tipo interno como en el caso inglés⁷¹ o francés.⁷²

68 Wikipedia, enciclopedia libre http://es.wikipedia.org/wiki/Paraíso_fiscal 2011-09-07.

69 OECD Tax Heaven Criteria (<http://www.oecd.org/document/63/0,3343>) 2011-09-07.

Existe otro sistema de definición que se hace mediante una referencia genérica, esto es propio de los países latinos, y producen un alto grado de inseguridad en el tráfico fiscal, como es el caso Belga en los que exclusivamente se remiten a que se trate de un país fiscalmente privilegiado.

Existe otro sistema para determinar los países que tienen la consideración de paraísos fiscales, y es mediante el sistema de listas.

España inicialmente ha seguido este sistema, en Julio de 1991, se publicó una lista de 48 países. El efecto que tiene el estar incluido en esta lista, no es otro que el ser objeto de las normas anti paraíso que endurecen las presunciones y los elementos de prueba, para las relaciones existentes con un residente en paraíso fiscal.

Criterios seguido en 2013 por Francia para definir los paraísos fiscales.-

En Francia, con Nicolás Sarkozy (2007-2012), volvieron los paraísos fiscales a estar en el centro de la atención política y mediática. Una de las últimas medidas y adoptadas por Francia fue definir en el derecho francés el concepto de territorio no cooperante (NCST) y elaborar una lista⁷³. Esto es una novedad porque hasta ahora sólo existía una

70 Que considera países de baja tributación aquellos en los países en que el tipo aplicable sea inferior al 30%,

71 En el caso inglés se consideran Paraísos Fiscales aquellos donde la tributación sea inferior en un 50% a la tributación que correspondería en Inglaterra.

72 En el caso francés cuando la carga fiscal sea de al menos un tercio menos del que le hubiera correspondido en Francia.

73 La lista de NCST se publicó por orden del 17 de febrero de 2011, e incluye dieciocho jurisdicciones: Anguila, Belice, Brunei, Costa Rica, Dominica, Granada, Guatemala, Islas Cook, Islas Marshall, Liberia, Montserrat, Nauru, Niue, Panamá, Perú, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas

referencia a "regímenes fiscales preferenciales" en el Código General de Impuestos (CGI).⁷⁴

La lista se actualizará anualmente a partir del 1 de enero para reflejar

- los acuerdos celebrados recientemente (sobre todo en Francia).
- la eficacia de los acuerdos para el intercambio de información existentes
- el examen de las leyes estatales llevada a cabo por el Foro Mundial

Los países podrán ser excluidos de la lista así como podrán entrar en la misma otros países. Si se incluye un nuevo país a la lista de no cooperantes, los efectos no tendrán eficacia hasta el 1 de enero del año siguiente (un año después), mientras que la salida de la lista produce efectos inmediatos.

2.1.5. Definición actual de Paraíso fiscal de acuerdo con la legislación española.-

Tienen la consideración de paraíso fiscal los países y territorios que se determinen reglamentariamente, y, mientras tanto, los previstos en el RD 1080/1991 art.1 redacción RD 116/2003, es decir los 48 países que se enumeraban inicialmente, es decir que seguía el criterio de listas cerradas, si bien la ley 36/2006⁷⁵ introduce novedades.

74 También es una pequeña revolución pues aparece ahora en el artículo 238-0 A del CGI siendo una referencia directa a lo que algunos se refieren como "ley blanda" de la OCDE.

75 La L 36/2006 disp.trans.2ª señala que "en tanto no se determinen reglamentariamente los países o territorios que tienen la consideración de paraíso fiscal, tendrán dicha consideración los países o territorios previstos en el art.1 del RD 1080/1991. Dejarán de tener la consideración de paraíso fiscal aquellos países o territorios que firmen con España un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria en el que expresamente se establezca que dejan de tener dicha consideración, desde el momento en que estos convenios o acuerdos se apliquen". Se afirma también, a modo de cláusula de «recaptura», que los países o territorios a los que se

Mantiene el sistema de lista por determinación reglamentaria, pero establece la posibilidad de salir de la lista reglada en caso de firma de un Convenio de doble Imposición o un Acuerdo de Intercambio de Información con cláusula expresa. Por lo tanto ya es una lista abierta.

Se recogen dos nuevos conceptos complementarios; la nula tributación y el intercambio de información efectivo. Determina que reglamentariamente se fijaran supuestos de limitaciones al intercambio y que las normas de cada tributo podrán desarrollar especialidades.

El reglamento que desarrolla la ley está en el RD 1804/2008; en la Disposición adicional segunda, que recoge las limitaciones en el intercambio de información tributaria.

Desde el 1-12-2006, el régimen de lista de paraísos fiscales se complementa con las nociones de territorios de nula tributación y de efectivo intercambio de información tributaria.⁷⁶

refiere el párrafo anterior volverán a tener la consideración de paraíso fiscal a partir del momento en que tales convenios o acuerdos dejen de aplicarse.

76 Se podrán considerar que existen limitaciones en el intercambio de información tributaria con un país o territorio:

Cuando transcurridos seis meses sin haberse aportado la información requerida y previo un segundo requerimiento de información respecto al mismo contribuyente, no se aporte la información en el plazo de tres meses.

Cuando transcurridos más de nueve meses desde que se formuló el requerimiento de información, el país o territorio en cuestión no preste colaboración alguna.

Cuando un país o territorio, se niegue a aportar la información requerida, no estando fundamentada la negativa en alguno de los supuestos establecidos en la disposición del convenio para evitar la doble imposición Internacional o en el acuerdo de intercambio

La Ley 26/2014 ha modificado el criterio para considerar una jurisdicción como paraíso fiscal, donde se vuelve al criterio inicial de considerar sólo paraíso fiscal a los países incluidos en la lista, pero que ya no tiene carácter abierto sino que expresamente tiene que indicarse la entrada o salida de al misma.

La lista podrá actualizarse de acuerdo con los criterios siguientes:

1. La existencia con dicho país o territorio de un convenio para evitar la doble imposición internacional con clausula de intercambio de información, un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en materia Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa enmendado por el Protocolo 2010, que resulta de aplicación.
2. Que no exista un efectivo intercambio de información tributaria en los términos previstos por el apartado 4 de esta disposición adicional.

de información en materia tributaria que regula la posibilidad de denegar un requerimiento de información tributaria.

Cuando la información que se proporcione a la administración tributaria española no permita conocer los datos que constituyen el objeto del requerimiento de información tributaria, bien porque sea distinta a la requerida o bien porque resulte ser incompleta.

El Director de la AEAT podrá determinar aquellos países o territorios con los que, se considere que no existe efectivo intercambio de información tributaria debido a las limitaciones del mismo.

Asimismo el Director de la AEAT podrá determinar que con un país o territorio vuelve a existir efectivo intercambio de información tributaria debido a que las limitaciones del mismo han desaparecido.

En ambos casos, la publicación en el BOE de la resolución correspondiente determinará la eficacia de tales consideraciones.

3. Los resultados de las evaluaciones inter pares realizadas por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales.

Por lo tanto la lista no se puede actualizar automáticamente sino que se requiere la expresa exclusión de la lista, en base a los tres criterios antes mencionados, pero la Dirección General de Tributos señala que el contenido del RD 1080/1091 actualizado conforme a los criterios introducidos por el RD 116/2003, se mantiene vigente incluso tras la modificación de la ley 26/2014 tras el 1 de enero de 2015

En principio se consideraban paraísos fiscales de acuerdo con la legislación española:

En EUROPA-

Isla de Man. -I. de Guernesey y de Jersey. -Principado de Andorra. -Gibraltar. -Gran Ducado de Luxemburgo. -Principado de Liechtenstein. -Principado de Mónaco. -República de San Marino. -República de Malta. -República de Chipre.

En AMÉRICA-

Anguilla. -Antigua y Barbuda. -Las Bahamas. -Barbados. -Bermudas. -Islas Caimanes. - Antillas Holandesas. -Aruba. -República de Dominica. -Granada. -Jamaica. -Montserrat. -San Vicente y las granadinas. -Santa Lucía. -Trinidad y Tobago. -Islas Vírgenes Británicas. -Islas Vírgenes de EEUU. -República de Panamá. -Islas Turks y Caicos. -Islas Malvinas.

En AFRICA-

República de Liberia. -República de Seychelles. -Islas Mauricio.

En ASIA-

República Libanesa. -Reino Hachemí Jordano. -Emirato de Bahrein. -Emiratos Árabes Unidos. -Sultanato de Omán. -Macao. -Hong-Kong. -República de Singapur. -Sultanato de Brunei. -Islas Marianas.

En OCEANÍA-

República de Naurú. -Islas Salomón. -República de Vanuatu. -Islas Fiji. -Islas Cook.

En la actualidad son paraísos fiscales de acuerdo con la legislación española:

Gibraltar, Guernesey (1), Jersey (1,) Liechtenstein, Mónaco, Bahreín, Brunei, Islas Cook (1), Fiyi, Jordania, Macao, Islas Marianas, Omán, Líbano, República de Nauru, República de Vanuatu, Islas Salomón, Anguila, Antigua y Barbuda, Bermudas (1), Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán (1), Granada, Islas Malvinas, Montserrat, República de Dominica, San Vicente y las Granadinas (1), Santa Lucía (1), Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes (EEUU), Mauricio, Libia, Seychelles.⁷⁷

En la actualidad están rubricados 102 convenios para evitar la doble imposición, estando en vigor 89. Los otros 13 se encuentran en distintas fases de tramitación (Andorra, Azerbaiyán, Bahreín, Bielorrusia, Cabo Verde, Catar, Montenegro, Namibia, Nigeria, Omán, Perú, Siria y Uzbekistán), además se han renegociado los Convenios de doble imposición con Austria, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, India, México y Reino Unido.

Han dejado de ser paraísos fiscales por suscribir CDI con España los siguientes:

1. Emiratos Árabes Unidos; se firmó el convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el Patrimonio, hecho en Abudabí el 5 de marzo de 2006. (BOE 23-enero-2007)

77 Notas (1) Países con los que España está en proceso de negociación para firmar un Acuerdo de Intercambio de Información. (2) Países con los que España está en proceso de negociación para firmar un CDI

2. Jamaica; se firmó el convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y Protocolo, hecho en Kingston el 8 de julio de 2008. (BOE 12-mayo-2009)

3. Malta; se firmó el convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta, hecho en Madrid el 8 de noviembre de 2005. (BOE 7-septiembre-2006)

4. Trinidad y Tobago; se firmó el convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta, y Protocolo, hecho en Puerto España el 17 de febrero de 2009. (BOE 9-diciembre-2009)

5. Luxemburgo. -El 31 de mayo de 2010 se publicó en el BOE el protocolo que modifica el Convenio de Doble imposición entre España y Luxemburgo, junto al Convenio se ha producido un intercambio de notas que constituyen un acuerdo entre ambos países y que quedará integrado en el Convenio.

A partir de dicha fecha, se aplicará lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la Ley 36/2006 y Luxemburgo dejará de tener la condición de paraíso fiscal.

El protocolo tiene por objeto modificar el Art. 27 referido al intercambio de información del Convenio firmado el 3 de junio de 1986.

Con la nueva redacción del Art. 27 se añaden los apartados 4 y 5. El apartado 4 prevé expresamente que el Estado contratante requerido deberá emplear las medidas para recabar la información de que disponga aun cuando la información solicitada no sea necesaria para sus propios fines tributarios. El ap. 5 aclara que un Estado contratante no podrá denegar el intercambio de información previo requerimiento únicamente porque la información obre en poder de instituciones financieras o de cualquier perso-

na que actúe en calidad de representante o fiduciaria, o porque esté relacionada con acciones o participaciones en una persona.

6. Panamá. -(BOE 4 de julio-2011), su protocolo establece que entrará en vigor el 25 de julio de 2011. El intercambio de información está recogido en su Art. 26 en términos casi idénticos al Art. 26 del Modelo de Convenio de la OCDE.

Sin embargo lo más relevante es que el intercambio de información afecta a la información bancaria y la información relativa a Trust y Fundaciones...

El ap. 5 del Art. 26 establece que un estado contratante no podrá negarse a proporcionar información únicamente porque se encuentre en poder de bancos, otras instituciones financieras, o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria o porque esté relacionada con derechos de propiedad o la participación en una persona.

Previamente a un requerimiento de información se deben haber agotado todas las fuentes de información disponibles bajo la propia legislación fiscal interna. En ningún caso, se puede tratar de requerimientos masivos (fishing expeditions)

El protocolo especifica que el art 26 no obliga a ninguno de los estados contratantes a intercambiar o proporcionar información de forma automática o espontánea, sino que deberá ser bajo requerimiento.

7. Barbados, con fecha 14 de septiembre de 2011, se ha publicado en el BOE, entrando en vigor un mes después

8. El Convenio con la República de Singapur entro en vigor el 2-2-2012, si bien sus disposiciones se aplicarán a partir del 1-1-2013, fecha en la cual ha dejado de tener la consideración de paraíso fiscal ⁷⁸

9. El Convenio con Hong-Kong, entró en vigor el 13-04-2012, con cláusula de intercambio de información.

10. El Convenio con Chipre. Publicado en el BOE el 26/05/2014(firmado en Nicosia el 14 de febrero de 2013).

Han dejado la lista de paraísos fiscales por concluir un acuerdo de intercambio de información

1 Aruba; Se firmó un Acuerdo sobre el intercambio de información en materia tributaria entre el Reino de España y el Reino de los Países Bajos en nombre de las Antillas Holandesas, hecho en Madrid el 10 de junio de 2008. (BOE: 23.11/.09)

2. Antillas Neerlandesas; Se firmó un Acuerdo sobre el intercambio de información en materia tributaria entre el Reino de España y el Reino de los Países Bajos en nombre de las Antillas Holandesas, hecho en Madrid el 10 de junio de 2008. (Bonaire, San Eustaquio y Saba), (BOE: 24.11.09) Curaçao (BOE: 24.11.09) Bonaire, (Antiguas Antillas Holandesas) San Eustaquio (Antiguas Antillas Holandesas) Saba (Antiguas Antillas Holandesas) San Martin (BOE: 24.11.09)

3. Andorra: BOE (23/11/2010)⁷⁹; Este convenio permitirá a España hacer solicitudes de información sobre personas concretas y para las cuales se pueda demostrar una clara

⁷⁸ (CDI con Singapur Art. 26.2)

⁷⁹ El tratado de intercambio de información fiscal entre España y Andorra, quedó oficialmente formalizado, mediante una firma pública entre la Vicepresidenta Económica del Gobierno Español, Elena Salgado y el Jefe del Gobierno andorrano Jaume Bartomeu

sospecha de fraude fiscal. A cambio, España dejará de considerar a Andorra como un paraíso fiscal, lo que tendrá como consecuencia que ya no le sean aplicadas las normas anti-paraíso de la legislación española. Esta normativa prevé que cualquiera de los territorios listados como paraísos fiscales dejarán de serlo, si acceden a la firma de un tratado de intercambio de información fiscal.

4. Las Bahamas. (15/07/2011) se publicó el TIEA entre España y la Commonwealth de las Bahamas, el contenido de la información que se puede solicitar está recogido en el Art. 5, el acuerdo entra en vigor el 17 de agosto de 2011.

5. San Marino.(BOE,6/06/2011);se realizó el acuerdo en Roma el 6 de septiembre de 2010, y entrará en vigor el 2 de agosto de 2011.

Sólo se regula el intercambio de información previa solicitud no el espontáneo, se prevé el suministro de información bancaria, otras instituciones financieras y de cualquier persona que actúe de fiduciario así como información sobre la propiedad legal y efectiva de sociedades de capital, sociedades de personas ,fideicomisos, fundaciones “Anstalten” y otras personas.

Acuerdos rubricados aunque todavía no han entrado en vigor 80;Bermuda: rubricado, 30/09/2009;Islas Caimán rubricado, 23/12/2010;Islas Cook, rubricado, 06/08/2011;Santa Lucía, rubricado 23/05/2011;San Vicente y las Granadinas, rubricado, 18/05/2011;Islas del Canal (Isla de Man, rubricado 23/05/2012 y Guernesey, rubricado 21/05/2012) y Gibraltar; Macao, 27/06/2013,y Mónaco, 06/03/2013⁸¹

80 Carolina del Campo Azpiazu; notas en el Curso de Alta fiscalidad financiera, celebrado en el IEF en Madrid en Marzo de 2012 a fecha 2012-04-05.

81 Lista actualizada de las jurisdicciones que mantienen la calificación de paraíso fiscal a efectos fiscales españoles:• Chipre (2);• Gibraltar;• Guernesey (1);• Jersey (1);• Liechtenstein;• Mónaco;• Bahreín;• Brunei;• Islas Cook (1);• Fiyi;• Jordania;• Macao;• Islas Marianas;• Omán;• Líbano;• República deNauru;• República deVanuatu;• Islas Sa-

lomón;• Anguila;• Antigua y Barbuda;• Bermudas (1);• Islas Vírgenes Británicas;• Islas Caimán (1);• Granada;• Islas Malvinas;• Montserrat;• República de Dominica;• San Vicente y las Granadinas (1);• Santa Lucía (1);• Islas Turcas y Caicos;• Islas Vírgenes (EEUU);• Mauricio;• Libia;• Seychelles.

Notas;(1) Países con los que España está en proceso de negociación para firmar un Acuerdo de Intercambio de Información.(2) Países con los que España está en proceso de negociación para firmar un CDI

2.1.5.1. Los territorios de nula tributación

Son territorios de nula tributación aquellos en que no se aplique un impuesto idéntico o análogo al IRPF, al IS o al IRNR, según corresponda⁸². Tendrán la calificación de impuesto idéntico o análogo los tributos que tengan como finalidad la imposición de la renta, siquiera parcialmente, con independencia de que el objeto del mismo lo constituya la propia renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de esta. En el caso del IRPF, también tendrán dicha consideración las cotizaciones obligatorias efectivamente satisfechas a un sistema público de previsión social con coberturas análogas a las atendidas por la Seguridad Social (RD 1804/2008 disp.adic.1ª).

La relevancia de considerar a un territorio de “baja tributación” es la aplicación de la presunción de residencia en España del art 8,1 LIS.

En cuanto a la “identidad” de impuestos, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21-12-2006,⁸³ plantea una cuestión que afecta a varios preceptos del IS y del IRPF, aun-

82 Se considerará que se aplica un impuesto idéntico o análogo cuando el país o territorio de que se trate tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición internacional que sea de aplicación, con las especialidades previstas en el mismo”.(Disposición adicional primera “Definición de paraíso fiscal, de nula tributación y de efectivo intercambio de información tributaria” de la Ley 36/2006 de Medidas de Prevención del Fraude Fiscal)

83 Una empresa española y con residencia en España era titular, a través de una sociedad gestora instrumental, de un campo de explotación de petróleo en Dubai. Dubai cuenta en su ordenamiento fiscal y exige un «Income Tax» que grava las rentas obtenidas en aquel país con un 84%. La empresa española incluyó las rentas en su declaración del Impuesto de Sociedades y acreditó el pago del impuesto de Dubai. El ejercicio fiscal es el de 1992.

La Inspección y el TEAC niegan la aplicación del artículo 24.4 del IS/1978 (RCL 1978, 2837) que regulaba el método de imputación o deducción para evitar la doble imposición. Y ello basándose en las siguientes razones:

-El impuesto de Dubai no es «idéntico o análogo» al IS español porque grava la «producción» y no calcula los beneficios de forma parecida al impuesto español por lo que la naturaleza de ambos impuestos no es similar y para llegar a esta conclusión se basan en que los ingresos son estimados y que los costes que se toman en cuenta son los ligados a la producción pero no los gastos generales, de obtención de rentas, financieros, etc. Es un impuesto indiciario.

-Se sugiere que la empresa española no resulta gravada en Dubai por los beneficios derivados de la comercialización del petróleo porque el impuesto dubaití sólo atiende a la producción.

-Que Dubai tiene la consideración de paraíso fiscal (RD 1080/91 de 5 de julio [RCL 1991, 1761] y otros textos posteriores).

La Audiencia Nacional despeja todos los planteamientos de la Administración, los referidos a la documentación -traducción, legalización de documentos, etc.- como al contenido de la propia ley de Dubai en torno al «Income Tax».

La Audiencia Nacional desmonta el planteamiento de la Administración de forma sistemática y establece, como premisa mayor, la afirmación, de que la analogía no es identidad. Premisa que obliga a continuación, a perfilar jurídicamente que es un impuesto «análogo». Y a este empeño dedica la Audiencia toda la Sentencia.

Finalmente, se detiene a comparar los impuestos de Dubai y el IS basándose en la naturaleza de ambos. Contra la idea de que Dubai grava la producción solamente y no incluye todos los ingresos ni tiene en cuenta todos los gastos, por lo que la renta tomada en cuenta en Dubai es distinta de la que grava el IS, la Audiencia Nacional empieza por corregir las afirmaciones de la Administración sobre el alcance del «Income Tax» -con examen del texto legal- para concluir que el impuesto dubaití es menos escueto, en punto a rentas gravadas, que lo que apunta la Inspección y sigue el TEAC. No sólo grava la producción o extracción sino un beneficio que se deriva de que el crudo obtenido se vende a las refinerías españolas a mayor precio que el de obtención y es este beneficio lo que grava Dubai y no la producción. Pero, en cualquier caso, «el hecho de que el impuesto se calcule sobre ingresos estimados y no reales, que es en parte cierto...» no desnaturaliza el carácter impuesto análogo al IS español. Ello equivaldría a decir que las «estimaciones objetivas», los ingresos estimados, incluso ficticios, que se toman en consideración, etc., privan de su naturaleza a nuestro IS Y podría, la Audiencia, haber seguido con la enumeración de ciertos regímenes especiales (navieras, entidades parcialmente exentas, etc.).

Con este paso dado por nuestra legalidad, la analogía entre el impuesto extranjero y el español no requiere sino atender a la finalidad objetiva del impuesto: gravar la renta total o de forma parcial o, como dice el Modelo de la OCDE, cualquier parte de la renta. Atendida la finalidad, es indiferente si el objeto es la propia renta o el tributo se determina por métodos indiciarios o por los ingresos.

Llegados a este punto, la Sentencia se atiene a la lógica de su razonamiento y deja en segundo plano las invocaciones de la Administración acerca de la parcialidad del impuesto de Dubai por no tener en cuenta la totalidad de las rentas y gastos y su carácter estimatorio al gravar sólo la producción. Rebate tales invocaciones porque no son enteramente ciertas y sí tendenciosas, pero, en todo caso, son indiferentes para calificar el impuesto como «análogo» al IS español.

Es muy importante lo que ha puesto en luz la Sentencia porque limpia el camino de discusiones sobre la naturaleza de los impuestos -y otros tributos- aunque algunas figuras impositivas puedan, todavía, dar lugar a la polémica. Se despeja, por ejemplo, el ámbito de aplicación de los Convenios de doble imposición respecto de los impuestos españoles: no ofrece duda que incluirá los impuestos territoriales como algunos municipales, y los indiciarios como el Impuesto sobre Actividades, o el IS de las navieras por tonelaje, los impuestos que graven manifestaciones de renta cualquiera que sea el método de exacción -retención, impuesto a cuenta-, o algunos impuestos municipales que atiendan a índices o señales externas e, incluso, ha habido casos de tasas que gravaban la renta aunque, parece, que en estos momentos es más difícil que se susciten problemas en torno a su inclusión en un determinado Convenio -como ya sucedió en algún momento pasado-.

La legislación surgida después de la Ley 6/2000 de 13 de diciembre hace coincidir la legislación interna española con la contenida en los Convenios de doble imposición suscritos por España en punto a la analogía o similitud de impuestos y con ello se añade claridad. Según Peñalosa, realmente extraña que se haya suscitado la cuestión y el TEAC la haya hecho suya defendiendo la tesis de la Inspección cuando ya la Ley 6/2000 era conocida puesto que la Resolución del TEAC es de 2003. Y todavía resulta más llamativa tal Resolución cuando la DGT contesta a sendas consultas -referida a Costa Rica y Guatemala- muy parecidas al supuesto de hecho que aborda la Sentencia de la Audiencia Nacional y que argumenta de forma igualmente similar al fallo.

La respuesta a las consultas sintetizan los requisitos de la analogía entre impuestos de la forma siguiente:

- Que la renta se «sujete» a gravamen en el extranjero.

que en este último impuesto se utiliza también, como equivalente al vocablo «análogo», el de «similar». En los Convenios de doble imposición suscritos por España se sigue el Modelo de la OCDE que dedica el artículo 2 a delimitar el ámbito objetivo del Convenio, es decir qué impuestos abarca. En este precepto se prevé que se aplicará

-Que el impuesto extranjero grave la renta aunque sea a través de figuras impositivas que no utilicen directamente la renta como medición de la base imponible.

-El nivel de gravamen no tiene por qué ser equivalente y ni siquiera aproximado con el español. Basta que exista.

-Tampoco las bases imponibles tienen que calcularse de igual forma. Concretamente el impuesto costarricense no incluye las ganancias patrimoniales ni las rentas procedentes del extranjero (aplica el principio de territorialidad pura).

En Guatemala cabe la posibilidad de tributar con carácter definitivo con un 5% sobre el volumen facturado.

Aunque la Audiencia dedica una larga y fundada argumentación acerca de la consideración de Dubai como paraíso fiscal, es éste un punto que reviste, un interés menor. En efecto, Dubai está incluido entre los territorios considerados paraísos fiscales según el RD 1080/91 de 5 de julio (RCL 1991, 1761) y tanto la Inspección como el TEAC entienden que su calificación como tal se debe a que no tiene un sistema fiscal análogo al español. La apelación, al carácter de paraíso de Dubai para llevar adelante su propósito de no aplicar a la empresa el método del art. 24.4 para evitar la doble imposición no procede. La Audiencia Nacional dice a este respecto que «resulta igualmente desafortunada la apelación tanto por la Inspección como por el TEAC a la hora de resolver la reclamación contra la liquidación promovida en instancia única, al Real Decreto 1080/91 de 5 de julio...» y, a continuación, relata con pormenor en qué casos la obtención de rentas en un paraíso puede tener consecuencias fiscales para concluir que «no se alcanza a comprender con facilidad cuál es la razón por virtud de la cual tanto la Inspección como el TEAC objetan entre otros motivos para excluir la viabilidad de la procedencia de aplicar la deducción establecida en el artículo 24.4 la consideración de los Emiratos Árabes Unidos como paraíso fiscal, dato irrelevante para resolver la presente controversia si se tiene en cuenta tanto la naturaleza y objeto social de la empresa ahora demandante, su domicilio y residencia fiscal en España. La declaración de los ingresos obtenidos en el extranjero en el país de residencia, España, y la índole de la actividad económica determinante de la obtención de tales ingresos, alejada por completo de cualquier finalidad de evadir el cumplimiento de los deberes fiscales».

igualmente «a los impuestos futuros de naturaleza idéntica o análoga que se añadan a los actuales o que los sustituyan».

2.1.5.2. El efectivo intercambio de información

Existe, a juicio de la ley, efectivo intercambio de información tributaria con aquellos países o territorios a los que resulte de aplicación:

- Un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, siempre que en dicho convenio no se establezca expresamente que el nivel de intercambio de información tributaria es insuficiente a los efectos de esta disposición;
- Un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria, siempre que en dicho acuerdo se establezca expresamente que el nivel de intercambio de información tributaria es suficiente a los efectos de esta disposición.

Reglamentariamente, se establecen los supuestos bajo los cuales el Director de la AE-AT, mediante resolución, puede considerar que existen limitaciones con un país o territorio en el intercambio de información tributaria (RD 1804/2008 disp. adic 2ª).

Sin perjuicio de lo previsto en materia de intercambio de información en los convenios de doble imposición suscritos por España, el Ministerio de Economía y Hacienda procederá, en los términos que reglamentariamente se establezcan, al intercambio de información con trascendencia tributaria, en materia de los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades, Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas y sobre el Valor Añadido, con las autoridades competentes de los otros Estados miembros de la Comunidad Económica Europea conforme a las Directivas del Consejo número 77/799 CEE y 79/1070 CEE, de 19 de diciembre de 1977 y de 6 de diciembre de 1979, respectivamente». El Real Decreto 1326/1987, de 11 de septiembre, establece el procedimiento de aplicación de las Directivas sobre intercambio

de información tributaria Desarrollados determinados aspectos procedimentales por Orden de 9 de febrero de 1988 (BOE de 7 de marzo).⁸⁴

Se han firmado Acuerdos en materia de intercambio automático de información sobre los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (aplicables por Acuerdos en forma de canjes de notas⁸⁵). En la normativa relativa al Impuesto sobre la Renta de No Residentes. La disposición adicional 2.ª de la Orden Hac/3626/2003, de 23 de diciembre (BOE del 30, modificada por la disposición final 2.ª de la Orden EHA/2339/2005, de 13 de julio BOE del 19), que aprueba determinados modelos de declaración del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, contiene modelo de certificado de residencia fiscal en España, a expedir por las entidades gestoras a solicitud del interesado, para acreditar la condición de residente en España a efectos de la aplicación de un Convenio para evitar la doble imposición suscrito por España. La disposición adicional 1.ª Del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes establece que los conflictos que pudieran surgir con otros Estados en la aplicación de los convenios y tratados internacionales se resolverán de acuerdo con los procedimientos amistosos previstos en los propios convenios o tratados, y el Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, aprueba el Reglamento de procedimientos amistosos. Sin embargo estos acuerdos no son suficientes como para sacar al país con el que se ha firmado el acuer-

84 “Disposición adicional vigésima octava”. Ley 36/2006 de Medidas de Prevención del Fraude Fiscal

85)De 11 de abril de 2005 con Países Bajos, en nombre de Aruba (BOE de 28 de junio y 28 de noviembre de 2005); con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en nombre de Islas Caimán (BOE de 28 de junio de 2005); con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en nombre de Montserrat (BOE de 28 de junio de 2005); con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en nombre de Islas Vírgenes (BOE de 29 de junio de 2005); con Isla de Man (BOE de 29 de junio de 2005); con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en nombre de Islas Turcas y Caicos (BOE de 29 de junio de 2005); con Países Bajos, en nombre de Antillas Holandesas (BOE de 30 de junio y 28 de noviembre de 2005); con Isla de Jersey (BOE de 30 de junio de 2005); con isla de Guernesey (BOE de 30 de junio de 2005); y con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en nombre de Anguila (BOE de 30 de junio de 2005)

do en materia de intercambio automático de información sobre los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses de la lista de paraísos fiscales.

2.2. Características de los paraísos fiscales

Podemos llegar a la conclusión de que no existe un criterio objetivo y preciso que nos permita definir a los Paraísos Fiscales. Se trata de un concepto relativo, por lo que un estado puede presentar ciertos aspectos que le confieran la categoría de Paraísos Fiscales para determinado grupo de personas o incluso de operaciones, y por otro lado su régimen fiscal puede ser muy riguroso, esto ocurre en general con los habitantes residentes

La legislación francesa hacía prevalecer el concepto de empresa sometida a un régimen fiscal privilegiado o incluso de operación realizada por una empresa sometida a un régimen fiscal privilegiado, antes de referirse a Paraísos Fiscales

Consideramos que es más lógico atender a la naturaleza de la operación y si ,esta está realizada por persona física o jurídica para llegar a la conclusión de que la operación esta acogida a un régimen fiscal privilegiado.

Desde un punto de vista amplio podemos considerar a los Paraísos Fiscales como entidades territoriales dotadas de una soberanía fiscal; con su correspondiente poder financiero y poder tributario, donde la tributación es baja o simplemente no existe y donde por consecuencia las empresas o los particulares no residentes son incentivados para transferir sus beneficios o sus rentas a fin de sacar una ventaja financiera sustancial.

Podríamos destacar tres grupos de características que hoy suelen aparecer como comunes a los diferentes Paraísos Fiscales y son:

Ausencia o favorable nivel de imposición

Es lógicamente el primer punto de vista que el inversor de Paraísos Fiscales va a tener en cuenta; podríamos distinguir a su vez:

- países donde no existe imposición alguna tanto para los residentes, como para los no residentes.
- países en los que el bajo nivel de tributación está reservado a los no residentes ,como en el caso de sociedades que no tengan ninguna actividad comercial o financiera en el territorio ,de ahí la denominación de "off shore".
- países en los que la baja tributación se aplica tan solo a determinadas operaciones, como por ejemplo a determinadas categorías de rentas, a ciertos tipos de operaciones o a cierto tipo de sociedades por ejemplo el holding.

En algunos países como en el caso de Francia, la Administración Fiscal ,sostiene el criterio de comparación con la fiscalidad interna para determinar si un contribuyente está sometido a una legislación favorable (de Paraísos Fiscales) o no.⁸⁶

Tradicionalmente los Paraísos fiscales, no firmaban acuerdo de Convenio de Doble imposición, para evitar la obligatoriedad del suministro de información a requerimiento de los firmantes del acuerdo, pero esto ha evolucionado en la actualidad. No obstante podemos reconocer que incluso en determinados convenios, la obligatoriedad del su-

86 Así pues en el Art.238 A del CGI (Código General de Impuestos) indica que "las personas se considerarán sometidas a un régimen fiscal privilegiado en el Estado o territorio considerado si no son grabadas por impuestos sobre las rentas o beneficios notablemente menos elevados que en Francia".

La Administración Francesa ha concretado más esta disposición con un criterio más preciso, cual es el de considerar una carga fiscal de al menos un tercio de la francesa, para que el contribuyente no sea considerado como sospechoso de haber utilizado uno de los Paraísos Fiscales para beneficiarse de una imposición más favorable de la que le hubiese correspondido en Francia. Todo ello se complementa con una relación de posibles Paraísos Fiscales definida desde 1975 y a la que se aplica lo dispuesto en el mencionado Art. 238 del CGI.

ministro de información con el tiempo llega a ser letra muerta, por la inactividad del país en cuestión para suministrar la información solicitada.

Existencia de una legislación financiera y comercial atrayente

Una condición muy importante es que se asegure al inversor que el secreto bancario está garantizado. En general los Paraísos Fiscales protegen de manera extensiva la confidencialidad de las operaciones que se desarrollan en su territorio sea en virtud de la ley, de la jurisprudencia o simplemente de la práctica administrativa. En general podemos decir que los negocios bancarios y financieros en particular están muy protegidos.

Por otra parte la presentación de las cuentas anuales de las sociedades no es a menudo obligatoria; la legislación sobre las sociedades en general presenta una gran libertad y flexibilidad de tal forma que se permite crear rápidamente y sin costosas formalidades, sociedades simplemente domiciliadas, es decir, registradas en el país, pero que en realidad no tienen allí su sede, y que no ejercen allí actividad comercial alguna. A estas sociedades se les llama de diferente forma sociedad buzón, (boîte aux lettres, letter box company) o bien sociedades ficticias (sham corporation, société fictive) dado que este tipo de sociedades no tienen ni medios de gestión ni actividad económica. Estas sociedades frecuentemente son efímeras y se limitan simplemente a tener un buzón para recibir la correspondencia, en un banco, en el despacho de algún abogado o de un contable

También se caracterizan los Paraísos Fiscales por tener sistemas jurídicos muy flexibles, en general de derecho anglosajón, aunque algunos sean de derecho civil, de corte latino, pero aún así al final suelen adaptarse a las peculiaridades del derecho anglosajón que en definitiva es mucho más flexible que el continental.⁸⁷

87 Existen algunos casos curiosos como el sistema fiscal de Madeira, en donde a la hora de crear los trusts, nos encontramos con una norma portuguesa que utiliza en su

La ausencia de un régimen de Control de Cambios es algo muy importante a tener en cuenta en los Paraísos Fiscales. En muchos países hay un doble sistema de control de cambios según se refiera a un residente o a un no residente o que se trate de la moneda nacional o de divisas extranjeras. En general podemos afirmar que los residentes son sometidos al control de cambios y los no residentes sólo son sometidos cuando realicen operaciones con moneda nacional.

La ausencia de un régimen de control de cambios tiene por objeto el facilitar el uso de los Paraísos Fiscales por personas que quieran allí establecer entidades refugio para efectuar operaciones en el extranjero. Una sociedad constituida en Paraísos Fiscales como no residente y cuya actividad se sitúa normalmente en el exterior no suele tener regulación restrictiva del control de cambios.

Dentro de la legislación financiera y fiscal atrayente, suele existir una cierta agresividad por el país de destino a la hora de captación de capitales y de organizar una verdadera promoción de las virtudes y ventajas, económicas, financieras o fiscales de los mencionados Paraísos Fiscales

Estabilidad política y económica

Un Paraíso Fiscal es un estado o un territorio en el que la estructura política es sólida o no puede existir. Este es un punto muy importante de caracterización del paraíso fiscal, dado que si el futuro de los capitales transferidos es incierto y si el país está política, económica o socialmente revuelto las ventajas fiscales de momento son a la larga ilusorias.

redacción términos de derecho mercantil anglosajón y se remite a la jurisprudencia de los tribunales ingleses a la hora de interpretar el concepto de trust.(N.A.)

También es importante en otro orden de ideas que el país sea fácilmente accesible, con un buen sistema de comunicaciones, dado que la comunicación y la información son fundamentales en el mundo actual. Así pues son fundamentales unas buenas comunicaciones aéreas o marítimas así como servicios postales, telefónicos, télex, fax etc., esto es fundamental en el campo de transacciones bancarias. Aunque hoy los avances técnicos como el internet, no hacen preciso el desplazamiento físico para realizar operaciones, que pueden realizarse en tiempo real desde cualquier punto del mundo.

En el plano económico el país tiene que tener una moneda estable y una organización financiera y bancaria acorde con las necesidades.

Es evidente la conveniencia de una red bancaria desarrollada y fiable que ofrezca los servicios de especialistas financieros y de juristas para confirmar el entorno de un Paraíso Fiscal dado que las estructuras de servicios son esenciales.⁸⁸ Los Paraísos Fiscales clásicos tienden a dar al sector bancario un lugar importante y la mayor parte de ellos emprenden una política de incentivos de actividades bancarias off shore, que responde a la actividad bancaria del residente y del no residente. Generalmente la actividad del no residente no está sometida al cumplimiento de determinadas obligaciones, como la constitución de reservas, el beneficio de un régimen fiscal más ligero, y no está sometida al control de cambios u otro tipo de controles. Se beneficia del secreto bancario y de la confidencialidad de sus operaciones.

La prosperidad de los Paraísos Fiscales está fundada en gran parte en la presencia de bancos extranjeros cuyas actividades proporcionan a estos países ingresos. El paraíso fiscal beneficia en cierta medida a la contratación de personal local y compra o alquiler

88 Como ejemplo podemos destacar que el desarrollo experimentado desde 1970 por las islas anglo-normandas (Jersey, y Guenersey) no es extraño al hecho de la implantación en las islas de los bancos americanos, y después los europeos más importantes, con vistas a la planificación fiscal (tax planning).

de instalaciones locales. Las actividades financieras crean por otra parte una infraestructura que puede servir también a actividades lícitas así como a operaciones fraudulentas.

Sin embargo todas estas características genéricas cuando acudimos al caso concreto, para saber si estamos o no ante Paraísos Fiscales son de poca ayuda, ya que de hecho los países más agresivos desde el punto de vista fiscal incluyen zonas que no entrarían en la típica definición, como pueden ser los típicos centros de colocación de sociedades “pantalla” intermedias como Delaware en EEUU., Holanda, respecto a operaciones de intermediación.

2.3. Clases de paraísos fiscales.

André Beauchamp, uno de los tratadistas que más se han ocupado de los Paraísos Fiscales hace una clasificación de seis tipos de Paraísos Fiscales⁸⁹.

a) Zero Havens.; Países en los que no existe imposición de las rentas ni plusvalías de capital. Por ejemplo: Bahamas, Bahrein, Bermudas, Caimán, Vanuatu Nauru, Saint-Vincent, Turks y Caicos, Mónaco.

b) Países en los que el impuesto sobre las rentas o beneficios se establece tomando en consideración la base territorial. Es decir se eximen las operaciones realizadas fuera del territorio. Este sería el caso de Costa Rica, Hong Kong, Liberia, Malasia, Filipinas, Venezuela, Panamá o el mismo Reino Unido para las sociedades no residentes como veremos en su momento.

c) Países con tipos bajos. Se entiende en estos casos, para operaciones "off shore" o correspondientes a operaciones realizadas fuera del territorio por no residentes. Algu-

⁸⁹ Andre Beauchamp "Guide Mondial des Paradis Fiscaux "

nos ejemplos serían: Liechtenstein, Suiza, Islas Vírgenes Británicas o las Islas del Canal (Jersey Guernesey) Man, Irlanda y las Antillas holandesas.

d) Países con ventajas específicas a las Sociedades Holdings o a las sociedades "off shore". Sería el caso de Luxemburgo, Holanda o Singapur con condiciones específicas

e) Países que ofrecen exenciones fiscales a las industrias creadas para desarrollar la exportación. Irlanda por ejemplo.

f) Países que ofrecen ventajas específicas y diversas. Por ejemplo Antigua, Anguila, Barbados, Granada y Jamaica.

Como podemos darnos cuenta en esta clasificación de Beauchamp se toman en cuenta no sólo los clásicos Paraísos Fiscales sino también otros de "tributación atenuada" lo que nos lleva a la vieja discusión de fijar los límites reales de un Paraíso Fiscal, lo cual es muy difícil.

Esta clasificación es arbitraria pues como tendremos ocasión de ver más adelante, muchos de estos países pertenecen a dos o más categorías. Además no hay que olvidar los llamados Paraísos Fiscales secundarios ya que una gran cantidad de los países que podríamos llamar de fiscalidad normal pueden convertirse para determinados operadores y para determinadas operaciones en Paraísos Fiscales, a continuación analizaremos algunos paraísos fiscales significativos.

Otra clasificación tradicional de los Paraísos Fiscales ha sido la que distingue según sean para personas físicas o jurídicas.

A) Paraísos fiscales para personas físicas:

Aunque esta clasificación a veces no sea importante puesto que frecuentemente los Paraísos Fiscales lo son tanto para personas físicas o jurídicas, tenemos que destacar

que los Paraísos Fiscales de personas físicas son escogidos por éstas, para fijar su residencia ya sea real o no, continúa o discontinúa con el fin de obtener mediante el domicilio fiscal, los beneficios inherentes a su situación personal.

Ante esa situación, a un Paraíso Fiscales de ese tipo se le van a exigir por parte del interesado unas características de habitualidad que no se requieren de aquellos Paraísos Fiscales en los que no se precisa su estancia o que incluso no deberá pisar jamás para obtener los beneficios buscados.

Por ello a las características antes mencionadas que tienen genéricamente los Paraísos Fiscales tenemos que añadir, el clima, la situación geográfica, las facilidades de comunicación, el coste del transporte, la infraestructura de habitabilidad etc... Todas estas características hacen que no sea muy abundante el número de Paraísos Fiscales para personas físicas.

El ciudadano que trata de encontrar un Paraíso Fiscal para residir en el espera encontrar un país en el que la imposición sea nula o poco elevada tanto en el impuesto sobre las rentas, sobre las ganancias de capital, y sucesiones o bien buscan un sistema fiscal que aunque grave las rentas o ganancias de capital obtenidas en el territorio de aplicación del impuesto, exoneren los obtenidos en el extranjero; este sería el caso de países que exoneran determinada categorías de contribuyentes como por ejemplo, las pensiones en Costa Rica, en Chipre o Panamá, la exoneración a escritores y artistas en Irlanda etc.. También puede ocurrir que existan países donde determinadas categorías de rentas o de ganancias de capital, se benefician de tipos de gravamen bajos o incluso no se someten en absoluto a imposición. Por último no hay que olvidarse de los Paraísos Fiscales que tienen establecidos convenios con países de elevada imposición y mediante estos tratados se va a permitir al contribuyente beneficiarse de reducciones más o menos importantes sobre los impuestos en los países donde han sido producidas o distribuidas determinadas rentas.

Existen pocos Paraísos Fiscales donde puedan fijar su residencia las personas físicas, podríamos citar a título de ejemplo a Andorra, Mónaco, Suiza ,las Bahamas o incluso Gibraltar, dada la proximidad de lugares que si bien no tiene una fiscalidad tan favorable por su proximidad pueden permitir el conjugar un Paraíso Fiscal para la administración de bienes y un lugar con clima adecuado y con condiciones que permitan un alto nivel de calidad de vida donde fijar la residencia, aunque no sea de derecho sino de hecho ,nos referimos a Gibraltar y España y más concretamente la Costa del Sol como lugar idóneo donde fijar la "no-residencia" con todas las ventajas fiscales que eso conlleva.

B) Paraísos fiscales para personas jurídicas.

Son mucho más numerosos que en el caso de las personas físicas. Tanto para las sociedades como para las personas físicas suele ser sencillo establecer contactos, adquirir o formar instituciones jurídicas en los Paraísos Fiscales sin necesidad de desplazarse personalmente a ellos en muchos casos. Incluso está prevista en determinadas legislaciones la posibilidad de designar un administrador titular (alternate director o administrateur remplaçant) que va a representar a los interesados con plenos poderes.

Por otra parte existen una autentica red de abogados, asesores, sociedades fiduciarias y banqueros locales, conectados con grupos u organizaciones internacionales que aseguran el buen funcionamiento de las estructuras creadas y operaciones tramitadas por su mediación.

Existen determinados países que intentan ayudar su propia economía atrayendo a sociedades, pero no a las personas físicas ligadas a ellas, con el fin de que el posible beneficio de la intermediación quede en los propios agentes locales, como en el caso de Irlanda. Otros países como es el caso de Holanda han aceptado tradicionalmente la creación de sociedades holding siempre y cuando se creara la estructura básica en el país, lo que a la larga ha originado el establecimiento de órganos de decisión y de em-

presas locales, que han ayudado a que estén domiciliados en los Países Bajos grupos importantes de multinacionales.

Podemos citar aunque tan solo sea a título de ejemplo a Panamá, Hong Kong, Las Islas del Canal, Liechtenstein, las Islas Vírgenes Británicas y últimamente Singapur.

Por último podríamos distinguir como ya hemos indicado anteriormente entre paraísos fiscales primarios, entre los que nos encontraríamos a los clásicos Islas Vírgenes Británicas, Gibraltar, Bahamas, Islas Caimán, destino final de capitales y rendimientos, y los paraísos fiscales secundarios, aquellos que en sí mismos no lo son ni para los ciudadanos ni para los no residentes, pero que, facilitan el paso, mediante una legislación conveniente, y facilidades administrativas, hacia los paraísos primarios. Es el lugar idóneo para implantar sociedades pantalla que canalicen rentas y capitales hacia otros destinos.

Lo que no hay que olvidar es que el usuario de unos paraísos fiscal no va buscando normalmente un traje de confección, sino uno a medida de sus necesidades. Por ello podemos ver que el concepto de paraíso fiscal, es algo que cambia constantemente y el usuario se adapta a ello.

Así pues vemos que como consecuencia de las filtraciones que han existido en la banca Suiza⁹⁰, una considerable proporción de clientes se han marchado a Singapur. Las inversiones en la India se realizan desde Isla Mauricio, hoy al menos, lo que no quiere decir que si en un futuro se tomaran medidas restrictivas en relación con dichas inversiones estas cambiarían de procedencia.

Por otra parte los esfuerzos para que las multinacionales dejen de desviar dinero a través de paraísos fiscales están teniendo poco éxito, mientras que los centros “offs-

90 Caso Falciani, empleado que ha filtrado información de clientes de la HBSC

hore” aumentaron su parte en inversiones extranjeras directas (91), nuevamente el año pasado.⁹²

No obstante, según el informe Mundial de Inversión, divulgado por la agencia económica UNCTAD, el abordar solo el problema de los centros financieros ‘offshore’ claramente no es suficiente, y no soluciona el problema principal.

Curiosamente mientras la inversión se hunde en muchas economías, hay un país que está en auge: las Islas Vírgenes Británicas, que con una población de 30,000 habitantes, actualmente es el quinto mayor receptor de FDI en el mundo.⁹³ Como es lógico esto se debe al no gravamen del beneficio declarado por las multinacionales en dicho territorio y por las facilidades con que cuenta la isla debido al elevado número de bancos, para reinvertir de nuevo los beneficios y las nuevas inversiones.

Los flujos de inversión a paraísos fiscales semejantes se dispararon en los últimos cinco años, desde un promedio de 15,000 millones/dólares en el período 2000-2006 a 75,000 yd por año en 2007-2012. “Las economías de los paraísos fiscales ahora representan una parte de los flujos de FDI globales, que se ha incrementado en un 6%. En tanto, los flujos tradicionales de FDI compras corporativas transnacionales las inversiones de capital en el extranjero han caído.”⁹⁴

91 (FDI, por su sigla en inglés)

92 Según un informe de Naciones Unidas.

93 El archipiélago caribeño recibió casi 65,000 millones de dólares (mdd) flujos de inversión en el 2012, un poco menos que Brasil, en el cuarto lugar, y 10 veces más el monto que recibió de FDI en el 2006.

94 Entre los más afectados figuran países ricos de la zona euro como Bélgica, que recibió 103,000 mdd en 2011 pero perdió dinero en 2012 mientras los inversores se retiraban. Los Países Bajos sufrieron un revés similar aunque menor, mientras que el total de 49.000 mdd de FDI que recibió Alemania en el 2011 cayó a menos de 7,000 millones el año 2012.

La inversión extranjera directa global se hundió un 18% a 1.35 billones de dólares en el 2012 y es posible que se sitúe en un nivel similar en 2013.⁹⁵

En los paraísos fiscales, la amplia mayoría de los flujos de FDI no están destinados a proyectos en el país. En cambio, son desviados de nuevo al país originario.⁹⁶ Eso podría significar que el FDI global es incluso más débil de lo que parece, ya que una gran parte vuelve al país originario.

Un fenómeno que cada vez es más frecuente es que las inversiones se canalizan a través de “entidades de propósito especial”⁹⁷. Las compañías multinacionales establecen sociedades pantalla para por ejemplo manejar riesgo de tipo de cambio o facilitar la financiación de una inversión.⁹⁸

El problema de las transferencias de beneficios intercompañías y la consiguiente erosión de las bases imponibles, es una realidad que empieza a tener una dimensión tan importante que ha originado la preocupación de los organismos internacionales.

95 Según el informe de la UNCTAD prevé flujos globales de inversión de 1.2 bdd para el próximo año y 1.8 bdd en el 2015.

96 “Por ejemplo, los tres destinos principales de flujos de FDI de la Federación Rusa - Chipre, los Países Bajos y las Islas Vírgenes Británicas- coinciden con los tres principales inversores en la Federación Rusa”, según el informe UNCTAD.

97 EVS en terminología de la OCDE

98 El flujo de dinero a esas entidades en solo tres países -Hungría, Luxemburgo y los Países Bajos- totalizó 600,000 mdd en 2011, eclipsando los 90,000 mdd de flujo a los paraísos fiscales.

Pese a que la OCDE está intentado frenar el flujo de FDI a paraísos fiscales, la cifra total “no parece estar disminuyendo”, según el informe de la UNCTAD⁹⁹, en parte porque las grandes compañías aún necesitan un lugar para enviar su dinero.

2.4 Descripción de algunos paraísos fiscales.-

Como hemos podido ver múltiples son las listas de paraísos fiscales y centros offshore, vamos a intentar referirnos a algunos de ellos, aunque no estén en listas oficiales, o se encuentren en la Unión Europea y sean de reconocida solvencia. No hay que olvidar las estructuras que apoyan los paraísos fiscales forzosamente han de pasar por países con una buena red de Convenios de Doble Imposición. Por ello vamos a referirnos a cuatro países que se encuentran fuera de todas las listas de paraísos fiscales, que están en la Unión Europea y que son piezas fundamentales en la canalización de los beneficios de los grandes inversores, para su finalización en los deseados paraísos fiscales, o bien ellos mismos ejercen como anfitriones de mercados financieros no controlados, como en el caso del Reino Unido y el Euromercado, o incluso como en el caso de Luxemburgo caminan siempre que pueden por las lagunas grises de la legislación, lo que ha originado constantes reclamaciones y advertencias de sus vecinos comunitarios.

2.4.1. El modelo irlandés

Según Powell,¹⁰⁰ Desde hace más de dos siglos Irlanda era uno de los países más pobres de Europa. Sin embargo, durante la década de los noventa, Irlanda alcanzó una tasa de crecimiento económico sobresaliente.¹⁰¹

⁹⁹ *World Investment report 2012 UNCTAD*

¹⁰⁰ *Benjamin Powell es candidato al doctorado en Economía en George Mason University y académico en Cambio Social en el Mercatus Center. Este artículo sobre el caso irlandés se publicó en inglés en el Cato Journal, Vol. 22, N° 3 (invierno 2003).*

¹⁰¹ *Powell Benjamin Libertad económica y crecimiento: El caso de Irlanda;*

A principios de los setenta, Irlanda logró algunos avances con respecto a la liberalización comercial y se adhirió a la Comunidad Económica Europea en 1973. Sin embargo, la mayor parte del período desde 1973 hasta 1986 se caracterizó por políticas keynesianas que la condujeron a una crisis fiscal.¹⁰²

Las políticas fiscales expansionistas tuvieron el efecto de colocar al gobierno en una difícil condición fiscal. El gobierno había incurrido en déficit sustanciales asociados con la primera crisis petrolera, principalmente con el propósito de financiar la acumulación de capital hasta 1977, lo cual causó un creciente déficit en la cuenta corriente (103).

Después de 1977, el gobierno emprendió una expansión fiscal aún menos sostenible, lo cual indujo a que la deuda del sector público creciera de un 10 por ciento del PNB al 17 por ciento, a pesar del aumento de los impuestos.¹⁰⁴

El gobierno reaccionó a principios de los ochenta aumentando los impuestos a la renta y al consumo para tratar de reducir el déficit presupuestario. Aunque el déficit primario se redujo a la mitad, la relación deuda/PIB continuó subiendo y para 1984 los aumentos adicionales de impuestos no parecía una solución viable para la situación fiscal de Irlanda (105). El nivel de deuda acumulada en 1986 era 116 por ciento del PIB. (106)

102 . *A partir de la primera crisis petrolera de 1973 y continuando hasta la segunda crisis de 1979, Irlanda trató de aumentar la demanda agregada mediante el incremento de los gastos del gobierno—una política que fracasó en su intento de reactivar la economía Irlandesa. Esto nos podría recordar la política seguida por Rodríguez Zapatero en España en el año 2010 con el plan “E”.*

103 (Honohan , “The Irish Banking Crisis Regulatory and Financial Stability Policy” 2010).

104 *Las tasas de interés internacionales eran más altas que nunca, y los prestamistas requerían que Irlanda pagara un alto porcentaje por riesgo país. Las tasas de interés en Irlanda eran un 15 por ciento más altas que en Alemania (Considine y O'Leary) 1999:*

105 (Lane 2000).

Los altos niveles de endeudamiento público, los pagos de intereses y los gastos pusieron al gobierno irlandés en una precaria situación fiscal.

Era preciso un cambio radical de políticas era necesario debido a la crisis fiscal por la que atravesaba Irlanda. Considerando que Irlanda era un miembro del Sistema Monetario Europeo (SME) y había disminuido con éxito su tasa de inflación del 19.6 por ciento en 1981 al 4.6 por ciento en 1986, monetizar la deuda a través de la inflación no era una opción viable (107). El aumento de los impuestos ya había fracasado en resolver la crisis a principios de los ochenta. Sin poder aumentar los impuestos ni la tasa de inflación, la única opción que se le presentaba a Irlanda para resolver su crisis fiscal era reducir los gastos gubernamentales.

Luego de recortar los gastos del gobierno en 1987, se preparó el presupuesto para 1988 que contenía los recortes de gastos más grandes que había visto Irlanda en 30 años. (108). Las reducciones en los gastos del gobierno sacaron a Irlanda de su crisis fiscal. El déficit primario se eliminó en 1987, y la relación deuda/PIB empezó a disminuir marcadamente de su punto más alto en 1986. (109).

Con el tamaño del gobierno en la economía reducido, el clima macroeconómico estabilizado, y las políticas de libre comercio que habían existido por décadas, la economía de Irlanda empezó a crecer a una tasa del 4 por ciento en 1989 (110).

106 (Considine y O'Leary) 1999.

107 (Lane 2000).

108 .El gasto corriente se redujo en un 3 por ciento y los gastos de capital se recortaron en un 16 por ciento (The Economist 1988:)

109 .A finales de 1990, la deuda pública era menos del 100 por ciento del PIB (Honohan 1999).

110 .(Jacobsen 1994).

Una vez que Irlanda resolvió sus problemas fiscales, existía la posibilidad de que iniciara nuevamente su imparable política fiscal expansionista. La firma del Tratado de Maastricht en 1992 ayudó a que pareciera más creíble y permanente el compromiso de Irlanda de seguir políticas fiscales sanas. El tratado les exigía a sus miembros mantener déficit fiscal menor que el 3 por ciento del PIB, y fijar una meta del 60 por ciento en la relación deuda/PIB al inicio de la Unión Económica y Monetaria en 1999. Estas provisiones limitaron la capacidad de Irlanda de emitir deuda para expandir el gasto del gobierno.

La inflación era otra opción para financiar una expansión del gasto público. Irlanda ha sido miembro del SME desde sus inicios en marzo de 1979. Hay una tasa de cambio fijo entre la moneda irlandesa y la de otros miembros del Sistema Monetario Europeo, limitando la posibilidad de seguir una política monetaria expansionista e inflacionaria. Con compromisos que limitaban su capacidad para financiar el aumento del gasto a través de inflación o emisión de deuda, la única otra opción disponible era aumentar los impuestos.

En Irlanda se aplicaban altos tipos impositivos antes de que se impusieran límites a las políticas monetarias o de endeudamiento¹¹¹. Pero en el 2003 la tasa estándar bajó al

111 .Irlanda tenía tasas máximas marginales altas tales como de un 80 por ciento en 1975 y un 65 por ciento en 1985. Durante los noventa, las tasas impositivas personales y corporativas disminuyeron dramáticamente, y las tasas arancelarias continuaron decayendo. En 1989 el impuesto a la renta estándar bajó de un 35 por ciento a un 32 por ciento, y la tasa máxima marginal disminuyó del 58 por ciento al 56 por ciento (EIU 2000). La tasa estándar bajó al 24 por ciento y la máxima bajó al 46 por ciento en el año 2000. Estas tasas se redujeron para el 2001 al 22 por ciento y al 44 por ciento, respectivamente. La tasa del impuesto estándar para las corporaciones cayó de un 40 por ciento en 1996 al 24 por ciento para el 2000. Existía también un impuesto especial del 10 por ciento a las corporaciones para las empresas manufactureras y empresas relacionadas con servicios de comercio internacional, o localizadas en el Centro Internacional de Servicios Financieros de Dublín o en la zona libre de Shannon ((EIU 2000: 29). La Comisión Europea presionó a Irlanda para que eliminara este impuesto corporativo especial del 10 por ciento. En un acuerdo con la Comisión Europea, Irlanda se compro-

100

12.5 por ciento. Durante el período comprendido entre 1987 y el 2000, Irlanda alcanzó y sobrepasó los niveles de vida del resto de Europa¹¹²

Posteriormente la crisis financiera del año 2008, afectó directamente a los bancos irlandeses y a la economía del país, lo que ha originado en 2011 la necesidad de un plan de rescate¹¹³ por parte de la Unión Europea.

Sin embargo, y pese a las presiones de sus socios comunitarios, el gobierno irlandés parece empeñado en mantener el tipo del Impuesto sobre Sociedades en el 12,5%. El gobierno irlandés ha presentado en sus presupuestos para 2016 una reducción en el I. de sociedades, estableciendo un tipo de gravamen del 6,25%, pero solo a los beneficios derivados de patentes y de la propiedad intelectual.

El sistema jurídico y fiscal irlandés.-

metió a elevar la tasa especial del 10 por ciento, pero al mismo tiempo a bajar la tasa del impuesto estándar.

112 . Hubo un fuerte crecimiento a principios de los noventa y un marcado crecimiento de "tigre" a finales de esa década cuando el crecimiento del PIB promedió más del 9 por ciento desde 1996 hasta el 2000.

113 El rescate de Irlanda ha dado lugar al anuncio de un duro plan de ajuste, con despidos de funcionarios, reducción del salario mínimo (que era uno de los más altos de Europa, superado sólo por Luxemburgo), el retraso de la edad de jubilación, e importantes subidas de impuestos, como el IVA, cuyo tipo se incrementa al 22% en 2013 y al 23% en 2014. En 2008 ya había elevado el tipo del IVA, desde el 21 hasta el 21,5%, pero la caída de las compras realizadas desde Irlanda del Norte obligó a dar marcha atrás a finales de 2010. Ahora el Reino Unido ha anunciado una subida hasta el 20%, con efectos de enero de 2011, y eso facilita la subida también en Irlanda, como ya ha hecho España (subiendo primero desde el 16% hasta el 18% y posteriormente subiendo hasta el 21% en 2012).

El sistema jurídico irlandés desde un punto de vista general está muy próximo al británico. Existen dos tipos de sociedades las “partnerships”, parecidas a las sociedades colectivas personalistas, y las “limited company”, sociedades en las que la responsabilidad de los asociados está limitada al montante de sus aportaciones. Por otra parte se pueden crear Trust sin dificultad, incluso por no residentes, si bien la elección para la creación de este tipo de entidades se inclina por las islas anglonormandas.¹¹⁴

El régimen fiscal de las personas físicas.-Las personas físicas en Irlanda están sujetas a la tributación de la renta mundial, el tipo de gravamen oscila entre el 20 y el 42%.Las reducciones de la base imponible son generosas, 1.520€ para un soltero y 3.040€ para los casados. No existe la deducción familiar.

El régimen fiscal de las personas jurídicas.-Irlanda ofrece dos regímenes atractivos uno para las sociedades no residentes, y el otro aplicable a ciertas actividades ejercidas en territorio irlandés. El tipo de gravamen es desde 2003 el 12,5%.

1. Régimen de sociedades no residentes.-Las sociedades de capital irlandés tienen la particularidad que escapan al gravamen en territorio irlandés si tienen su sede de dirección y administración situadas fuera de Irlanda¹¹⁵, siempre y cuando no ejerzan actividad alguna dentro del territorio irlandés. Por lo tanto este tipo de sociedades, si tienen sus juntas generales o sus reuniones del consejo de administración fuera de Irlanda escapan al gravamen irlandés, al ser consideradas “off shore”.

Este tipo de sociedades no puede en ningún caso beneficiarse de los Convenios para evitar la doble imposición suscritos por Irlanda, por lo tanto los terceros países donde estas sociedades ejerzan su actividad, podrían aplicar su derecho interno en cuanto a

114 *Isla de Man ,Jersey y Gernesey*

115 *(central management and control)*

la tributación de los rendimientos obtenidos por estas sociedades “off shore”, sin que se pudieran acoger al convenio.

El traslado del domicilio social de este tipo de sociedades fuera de Irlanda se considera como una disolución desde el punto de vista jurídico, considerándose como una atribución de activos y un reparto de beneficios a los accionistas con las consecuencias fiscales consiguientes.

2. Régimen favorable para ciertas actividades desarrolladas en suelo Irlandés.-

Hasta los años 80, Irlanda tenía un sistema fiscal similar al de otros países anglosajones, con unos tipos de tributación altos, con un sistema para evitar la doble imposición basada en un método de imputación, así como una ausencia de incentivos a la exportación de capitales, de bienes y servicios.

A mediados de los 80 se introdujeron ciertas medida incentivadoras de la inversión, para lo que se crearon tres regímenes especiales: los dos primeros se otorgaban previa solicitud a través de un certificado expedido por el Ministerio de Economía:

1. International Financial Services (IFSC); aplicable a empresas situadas en el Customs House Docks Área de Dublín.
2. Shannon Free Airport Zone (SFAZ); aplicable a empresas situadas en una zona predefinida alrededor del aeropuerto de Shannon.
3. Régimen especial para la fabricación de bienes; aplicable a todo el territorio irlandés. La doctrina administrativa y jurisprudencial irlandesa ha ido definiendo que actividades podían calificarse como de fabricación.

Las sociedades a las que eran de aplicación estos regímenes disfrutaban de:

Un tipo reducido de gravamen del 10% en el Impuesto de sociedades en relación con las rentas derivadas de las siguientes operaciones.

- Para las “IFSC”; 1) financieras, 2) de seguros a la inversión realizadas para clientes que no tengan la condición de “ORDINARY RESIDENTS” en Irlanda y 3) operaciones de naturaleza similar si contribuyen al desarrollo del área como centro financiero internacional.
- Para las “SFAZ”; 1) reparación y mantenimiento de aviones, 2) operaciones comerciales que contribuyan al uso o desarrollo del aeropuerto y 3) operaciones auxiliares respecto de las anteriores o respecto de la producción de bienes.
- Para el Régimen de fabricación de bienes; actividades manufactureras en sectores cualificados.¹¹⁶

La Comisión Europea llegó a un acuerdo con Irlanda y esta se comprometió a no otorgar más autorizaciones de regímenes IFSC y SFAZ y a no aplicar el régimen de fabricación de bienes a partir de 31 de diciembre de 2002.¹¹⁷

Los regímenes especiales anteriormente existentes fueron sustituidos por un régimen fiscal de aplicación general, aprobado expresamente por la Comisión Europea, cuyas principales características son las siguientes:

- Tipo de gravamen del 12,5 % para los rendimientos calificados como “Trading income”.¹¹⁸

116 Los tres regímenes mencionados fueron declarados regímenes fiscales perniciosos por el grupo del Código de conducta (Comité Primarolo) de la comisión europea, cuyo informe de conclusiones fue presentado al ECOFIN el 29/11/99.

117 No obstante se estableció un régimen transitorio hasta el 31 /12/2005

- Deducción de los impuestos pagados en el extranjero (eliminación de la doble imposición jurídica mediante un método de imputación ordinaria) con el límite del impuesto sobre sociedades que correspondería pagar en Irlanda.
- Los rendimientos pasivos (“passive income”) tributan al 25%, si bien pueden aplicarse sobre la cuota íntegra correspondiente una deducción por doble imposición. En el caso de dividendos (siempre considerados dividendos pasivos), puede deducirse también el impuesto subyacente. En determinados casos, también pueden ser rendimientos pasivos los intereses, los cánones y rentas de bienes inmuebles.
- Las ganancias patrimoniales de activos afectos a la realización de actividades que dan lugar al “trading income” tributan al 20%. El resto de las ganancias patrimoniales tributan al 25%.
- Con efectos de 2004 se ha mejorado el tratamiento de dividendos y plusvalías de fuente exterior:
- Se mejora el régimen de deducción por doble imposición internacional en relación a los dividendos de fuente extranjera:

118 Es un régimen aplicable desde 1-1-2003. No existe una definición de trading income. No obstante si existen ciertas características o indicios, configurados a otros efectos a lo largo de los años en base a criterios jurisprudenciales que sirven para otorgar dicha calificación a las actividades que desarrolle una empresa (badges of trades”). Dichas características son fundamentalmente las siguientes: La naturaleza empresarial del negocio: intención de obtener beneficios. Y de asumir riesgos. La frecuencia y número de las transacciones que se realicen.

La existencia real de la compañía. Que tenga suficientes medios materiales y humanos; cualificación de sus empleados etc... (No basta la mera tenencia de un activo para calificar las rentas como “trading income”). Realización de transacciones con terceros ajenos al grupo: ingresos y gastos procedentes de clientes y proveedores.

Es posible solicitar una opinión a las autoridades irlandesas (Revenue Commissioners) acerca de la naturaleza del “trading income”. De una actividad concreta.

- Se mantiene el sistema de imputación pero se amplía la deducción del impuesto subyacente pagados por filiales a cualquier nivel (antes solo se aplicaba hasta el segundo nivel).
- Creación de un sistema de “cesta” ¹¹⁹ que permita agrupar los dividendos percibidos por la matriz irlandesa de diferentes países, de manera que el cálculo de la deducción para evitar la doble imposición se realice de manera global, con ciertos requisitos sobre el porcentaje de participación.
- Se introduce un sistema de exención de ganancias patrimoniales obtenidas en la transmisión de participaciones en sociedades extranjeras con actividad empresarial, condicionado al cumplimiento de unos requisitos (tras la aprobación por parte de la Comisión Europea desde una perspectiva de las ayudas estatales).¹²⁰

En cuanto a otros aspectos relevantes de la fiscalidad irlandesa hoy podemos destacar;

La inexistencia de normas de transparencia internacional.

¹¹⁹ (*onshore pooling system*)

¹²⁰ *Solo aplicable respecto de participaciones en entidades residentes en la Unión Europea o en un país con el que Irlanda tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición y siempre que se traten de entidades que desarrollen actividades empresariales (cary on trade) o formen parte de un grupo con tal característica.*

Se exige una participación sustancial en la filial, entendiendo por una tal participación en los derechos económicos del 5%.

Periodo de mantenimiento de la inversión de 12 meses durante los 2 años anteriores a la fecha de transmisión.

Se excluye la aplicación de la exención respecto de participaciones en sociedades inmobiliarias con bienes inmuebles sitos en Irlanda.

La subcapitalización no tiene legislación específica, si bien los intereses pagados por un préstamo deberá ser “comercialmente razonable” (no existen definiciones ni reglas para su cálculo) o el exceso será tratado como un dividendo encubierto tanto si las entidades son residentes como si son no residentes.

Existe la deducibilidad de gastos financieros vinculados a la adquisición de participaciones en entidades extranjeras, si bien con ciertas restricciones y requisitos.

En general se puede decir que no existe una regulación específica sobre precios de transferencia.¹²¹

Tradicionalmente la inversión extranjera en Irlanda se ha concentrado en Grandes compañías norteamericanas (blue chips). Casi la mitad de las empresas extranjeras asentadas en Irlanda son de origen estadounidense.

¹²¹ Si un no residente “closely –connected” con un residente, ejerce un control sustancial sobre dicho residente y en las transacciones entre ambos, el residente obtiene beneficios inferiores a los normales de mercado, la Administración podrá valorar la operación. No obstante, los términos “conectado” y “control sustancial”, no se definen en la ley y, en la práctica son muy pocos los ajustes por precios de transferencia en Irlanda.

La Administración puede valorar a precio de mercado las operaciones realizadas por las compañías sometidas a los regímenes especiales IFSZ, SFAZ o de fabricación de bienes, cuando entienda que han adquirido bienes o servicios por debajo del precio normal de mercado o los han vendido por encima de dicho precio a una compañía asociada (normas inversas de precios de transferencia). Estas disposiciones no se aplican a los casos de préstamos inter compañías.

No existe una definición legal de “precio normal de mercado”, ni normas o doctrina administrativa que desarrolle tal concepto. No obstante en la práctica la Administración utiliza los criterios establecidos en las Directrices de la OCDE.

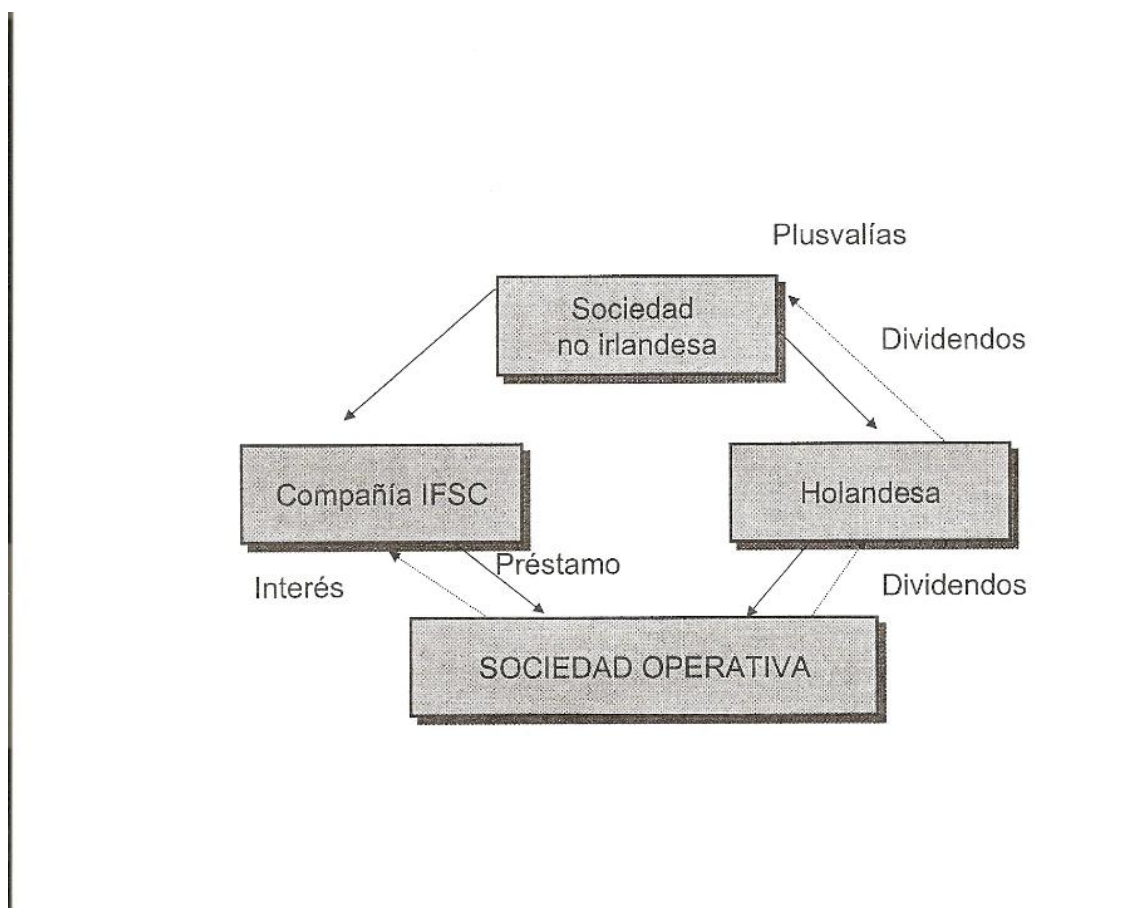
Si el precio satisfecho por un residente a un no residente se considera excesivo en temas comerciales (uncommercially high), el exceso puede entenderse no deducible, con arreglo al principio de deducibilidad de los gastos directamente y exclusivamente vinculados a la actividad del sujeto pasivo.

- Compañías tecnológicas:
- Sector secundario; industria de las tecnologías (acogidas al IFSC o SFAZ)
- Sector terciario: compañías de software y consultoría e integración de sistemas. Irlanda es el mayor exportador de programas del mundo (acogidas a beneficios fiscales derivados de la explotación de intangibles.
- Entidades financieras (acogidas al IFSC): más de la mitad de los grandes bancos mundiales operan en Irlanda .Característica de su operativa: Operaciones de financiación a gran escala. Dirigidas a compañías e instituciones. No compiten con el mercado irlandés (no se dedican a préstamos personales ni captación de depósitos).

Queda claro, que un número importante de sociedades, se ubican en territorio Irlandés por las muchas facilidades que se conceden a las sociedades offshore, con un sistema fiscal laxo, poco definido en algunos conceptos jurídicos, con el ánimo de beneficiar a las grandes compañías. Vamos a ver a continuación una serie de estructuras de funcionamiento, de sociedades que utilizan Irlanda para su “Tax planning”

Esquema 1.-

El esquema de funcionamiento tradicional consiste en una sociedad operativa normalmente situada en un país de la unión europea, participada por una entidad holandesa que percibe los dividendos, y con préstamos obtenidos de una compañía IFSC Irlandesa que percibe los ingresos financieros procedentes del préstamo a la sociedad operativa, que a su vez se deduce los gastos financieros como gastos fiscales. Tanto la sociedad IFSC irlandesa como la sociedad holandesa que obtiene los dividendos estarán participadas por una entidad no residente.



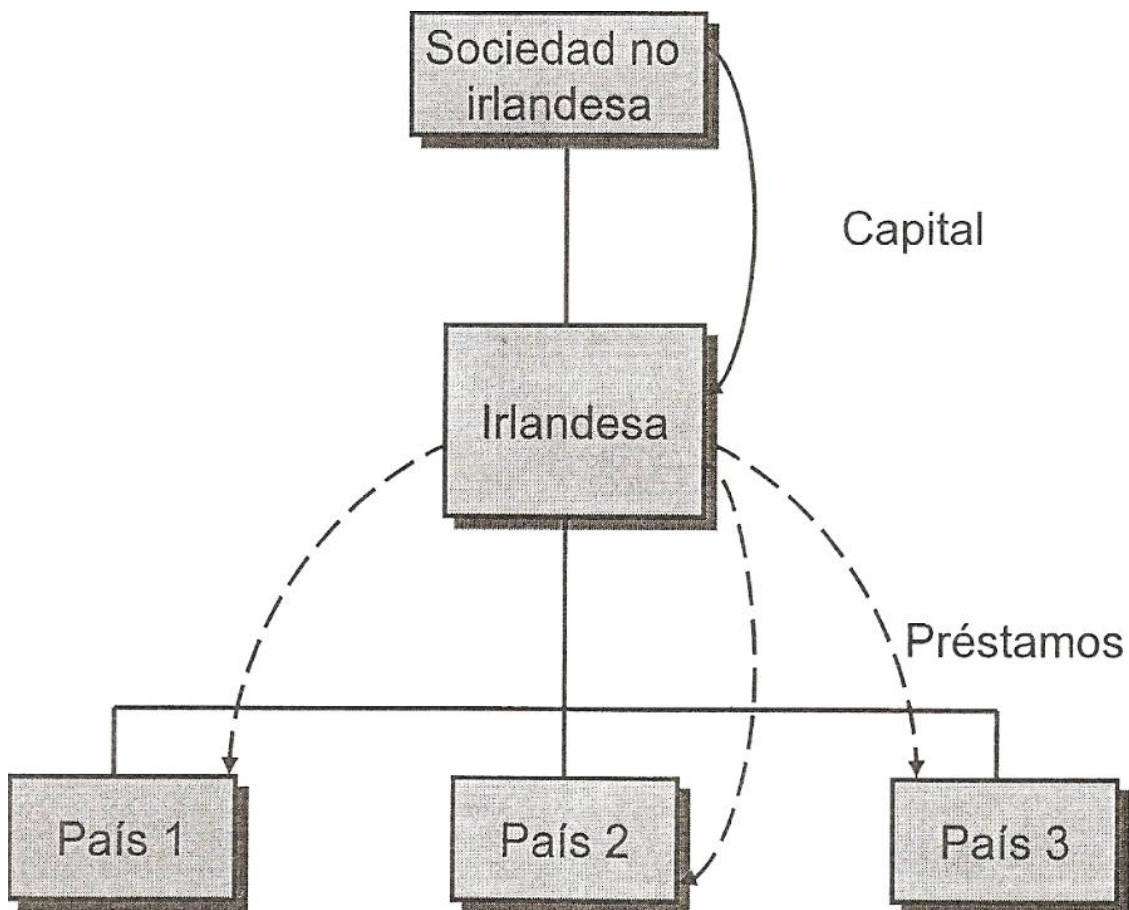
Se obtienen los siguientes beneficios fiscales:

1. Deducción de gastos financieros en la sociedad operativa a tipos altos y tributación en Irlanda al 10%.
2. Optimización fiscal en supuestos de desinversión.

3. Diferimiento en la sociedad inversora de la tributación de los dividendos.

Esquema 2.-

Un nuevo sistema operativo consiste en la creación de una entidad no residente que opera en Irlanda y participa al 100% de una entidad Irlandesa que a su vez concede préstamos a la empresa del grupo.

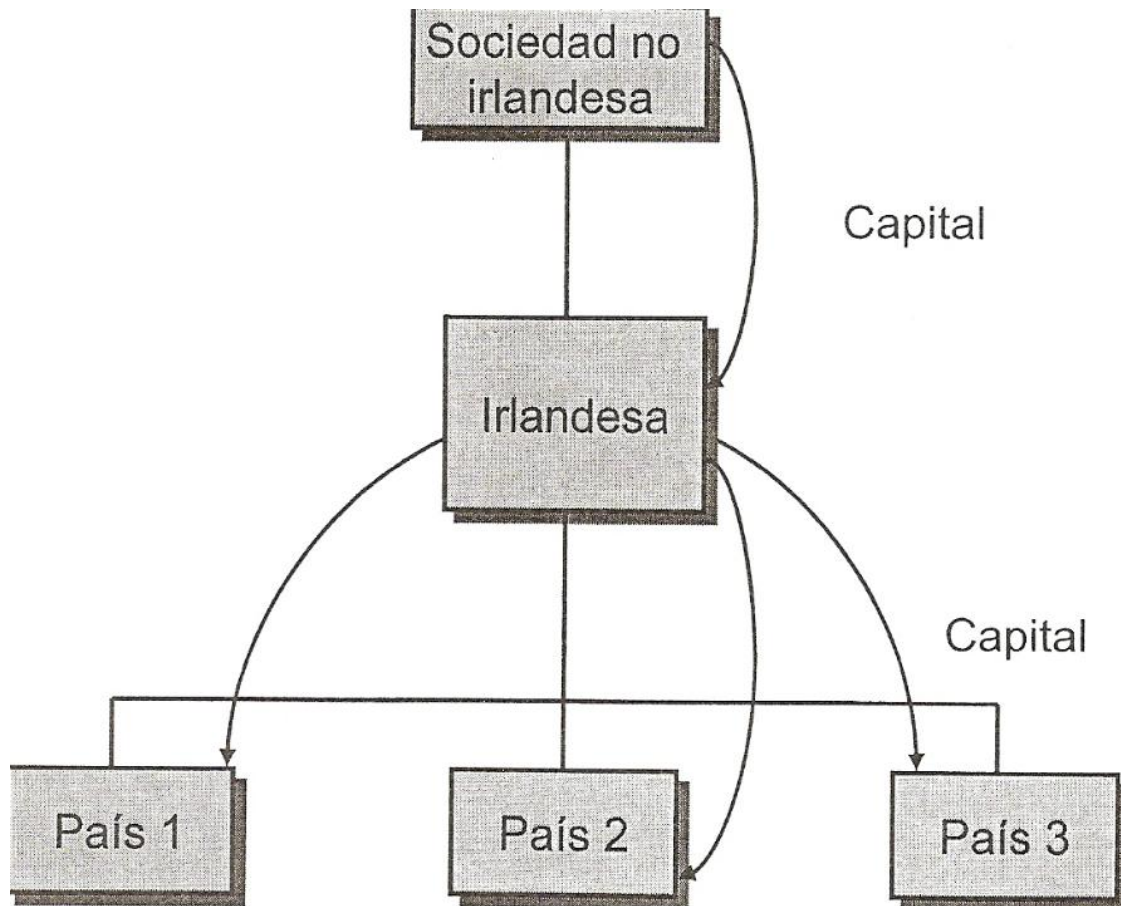


Con ello los beneficios fiscales obtenidos son:

1. Deducción de los gastos financieros en sociedades operativas a tipos altos y tributación en Irlanda al 12,5%, con deducción de la retención soportada en origen
2. Según el país de residencia del socio inversor, exención en Irlanda en la distribución de dividendos al socio por la Directiva Matriz Filial o por convenio.
3. Según país de residencia del socio inversor, exención de dividendos en el país de la sociedad inversora (en caso contrario posibilidad de diferimiento si no se distribuyen).

Esquema 3.-

Otro esquema de planificación sería el de una entidad no residente en Irlanda que participa al 100% de una sociedad Irlandesa, que a su vez participa de una serie de sociedades ubicadas en la Unión Europea.



Los beneficios obtenidos serían los siguientes:

Posibilidad de utilizar la amplia red de convenios Irlandesa para reducir las retenciones en la fuente en la distribución de dividendos.

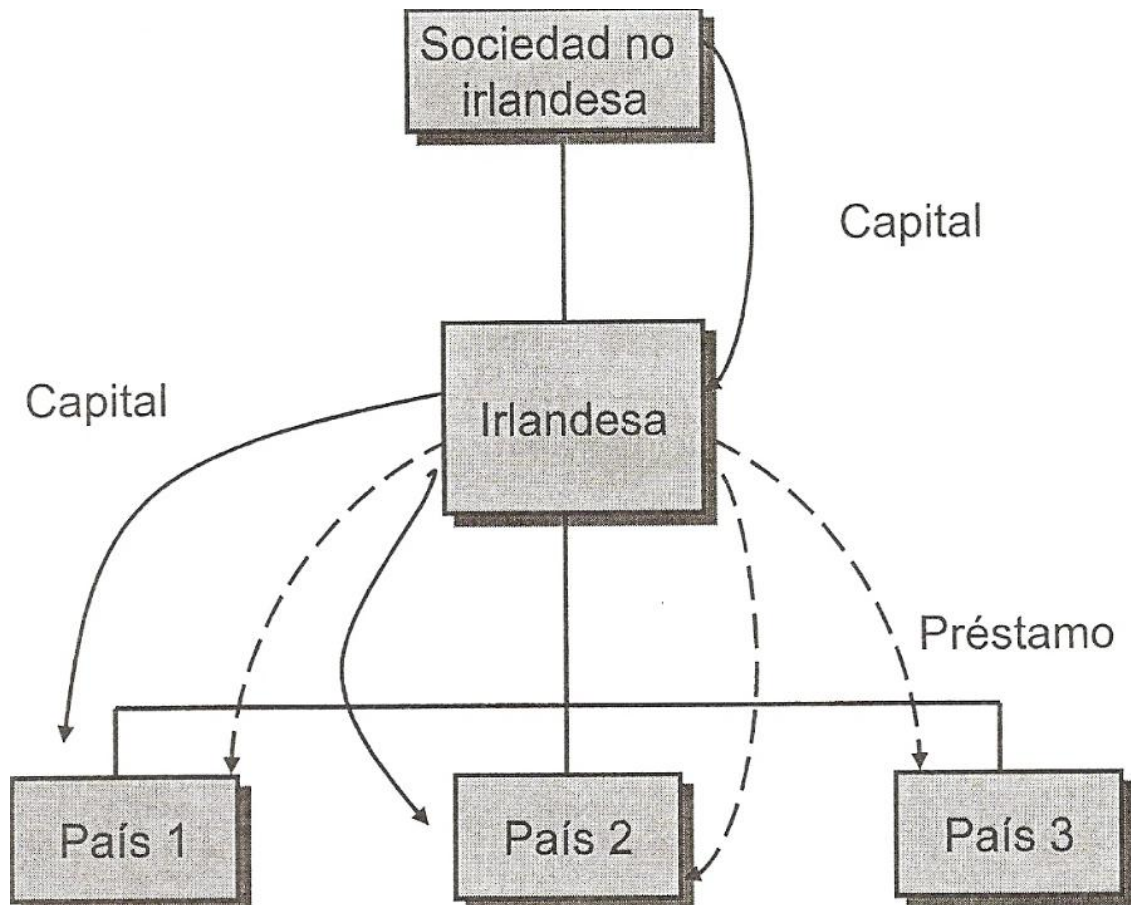
Posibilidad de diferir la tributación por el socio inversor.

Tributación al 25%, con deducción por doble imposición jurídica y económica a cualquier nivel, calculada globalmente (mezcla de impuestos)

Posibilidad de exención de las ganancias generadas en la venta de las participaciones.

Esquema 4.-

También un cuarto esquema sería el de una sociedad no residente en Irlanda, que participa al 100% en una sociedad Irlandesa y esta participa en sociedades ubicadas en la Unión Europea y al mismo tiempo si procede, concede préstamos a las mismas.

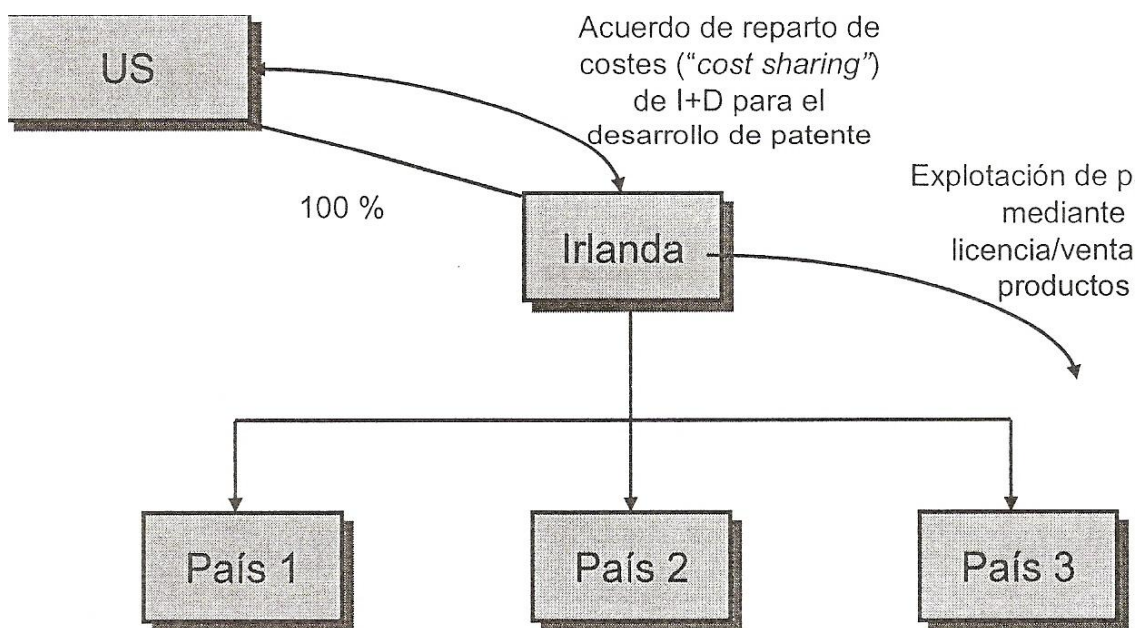


Los beneficios obtenidos en este caso serían:

La estructura reúne las mismas ventajas que las dos anteriores.

Además, permite concentrar en una sola entidad la utilización de recursos procedentes de la distribución de dividendos.

Esquema 5.-



Los beneficios fiscales de esta estructura son los siguientes:

- Deducción de gastos a tipos altos en sociedades locales y tributación en Irlanda al 12,5% de los cánones/beneficios obtenidos en la explotación de la licencia con deducción de retenciones en la fuente soportadas en su caso.
- Aprovechamiento de incentivos a la realización de I+D.
- Deducción fiscal de la amortización de inversiones en I+D
- No tributación en EEUU por Transparencia Fiscal Internacional (122).

Novedades fiscales a partir del 2010.-

Si bien el tipo general por el impuesto de sociedades en Irlanda es bajo (el 12,5%), el problema es que muchas de las multinacionales que han elegido Irlanda para canalizar a través de ella sus ventas en Europa no pagan siquiera el 12,5% sobre sus beneficios, y

122 Palacios Perez José y Lopez de Haro Ramón (2005) "El caso irlandés: la utilización de Irlanda en las inversiones productivas o financieras internacionales. Otros Centros Financieros Internacionales."

además evitan, o al menos retrasan el pago del impuesto en su país de origen (a menudo Estados Unidos) hasta que reparten dividendos. Ello se consigue a través de una estructura de planificación fiscal que se conoce como «Double Irish» (doble irlandesa) porque se utilizan dos sociedades constituidas en Irlanda (123)

Muchas de las compañías más conocidas en la comercialización de software, buscadores de internet y empresas de telecomunicaciones (como Microsoft, que incluso ha conseguido en 2006 de las autoridades americanas un acuerdo previo en materia de precios de transferencia, Google u Orange) al parecer utilizan o han utilizado esquemas de este tipo, que se consideran en principio legales.¹²⁴

123 Véase Joseph B. DARVY y KELSE y LEMASTER, *Double Irish more than doubles the tax saving: hybrid structure reduces Irish, US and worldwide taxation*, *Practical US/International Tax Strategies*, vol. 11, núm. 9, 15 mayo 2007

124 . La estructura es la siguiente:

-La multinacional (en adelante MNE) constituye una filial irlandesa (que llamaremos F1 o Irish Holding), gestionada desde un paraíso fiscal (como las Bermudas o las Islas Caimán);

F1 constituye otra sociedad también irlandesa, de responsabilidad limitada (que llamaremos F2 o Irish Ltd.), pero esta vez gestionada desde Dublín, con locales y empleados, que está íntegramente participada por F1; es decir, es una subfilial (filial de segundo grado) de la multinacional que utiliza esta estructura.

MNE vende el software o la propiedad intelectual o industrial de que se trate a F1, que es una sociedad no residente en Irlanda dado que su gestión se lleva a cabo fuera del país

En ocasiones se firma entre MNE y F1 un contrato para el desarrollo conjunto del software o de la propiedad industrial o intelectual de que se trate, pactándose que el producto de esos trabajos (por ejemplo, una nueva versión del programa informático, o del buscador) se explotará por MNE en su país, y por la holding en el resto del mundo.

La holding (F1) licencia o alquila el software o la propiedad intelectual o industrial a Irish Ltd. (F2) a cambio de un canon, siendo esta última la que fabrica y vende los programas informáticos, o cobra la publicidad que se inserte en el buscador en el ámbito

geográfico al que tiene derecho, o vende los productos basados en la propiedad intelectual o industrial de que se trate.

Los ingresos que Irish Ltd. (F2) obtiene de las ventas o de la publicidad están sujetos al 12,5% del Impuesto sobre Sociedades irlandés, pero son deducibles los cánones pagados a F1 en contraprestación a la licencia, lo que minora la base del impuesto, aprovechándose además, del escaso desarrollo del régimen irlandés de precios de transferencia. De este modo Irish Ltd. (F2) consigue reducir el gravamen sobre su renta muy por debajo del 12,5%. Irish Holding (F1), situada en un paraíso fiscal, tampoco paga apenas impuesto sobre la renta, si es que existe en su lugar de residencia. Y al no ser residente en Irlanda tampoco paga impuesto sobre sociedades en dicho país.

En cuanto al gravamen irlandés sobre los no residentes, tampoco hay retenciones (WHT) sobre los cánones pagados a F1 ya que la norma interna irlandesa grava en general los cánones derivados de patentes, pero considera no sujetos los cánones en los demás casos. Además, se suele intercalar entre F1 y F2 una BV holandesa y de esta forma la Directiva sobre intereses y cánones asegura la inexistencia de WHT

Por su parte MNE evita, o al menos retrasa el impuesto, ya que Irish Holding (F1) no reparte dividendos, y se trata de una persona jurídica independiente. Naturalmente, ello exige evitar las normas sobre transparencia fiscal internacional que puedan existir en el país de residencia de MNE, que a menudo es Estados Unidos, el cual ha sido pionero en este ámbito.

Aun así, en un ejemplo como el que manejamos, parece ser que tales normas no resultan aplicables, o al menos no están siendo aplicadas hasta la fecha, si F2 es una sociedad limitada con un único socio. El tal caso dicha sociedad limitada, que es una persona jurídica a efectos de Irlanda (pues no se trata de una partnership), sin embargo se trata como transparente o inexistente (disregarded entity) a efectos del impuesto americano, considerándose el conjunto de F1 y F2 como una única entidad residente en Irlanda, que se beneficia plenamente del convenio de doble imposición.

Se crea de esta forma una estructura «híbrida» (con calificación distinta según se mire desde Estados Unidos o desde Irlanda). A efectos de la ley irlandesa F1 y F2 son dos sociedades independientes, considerándose la primera de ellas como no residente (porque su sede de dirección efectiva no está en Irlanda), y la segunda como residente en Irlanda. En cambio, en Estados Unidos el conjunto de F1 y F2 es tratado como una sola entidad residente en Irlanda (porque la normativa americana no se basa en la sede de dirección efectiva, sino en el lugar de constitución). Por tanto las operaciones entre F1 y F2 son irrelevantes para el impuesto americano, porque se entienden realizadas dentro de una misma entidad. Y dicha entidad única no paga impuestos en Estados

A continuación presentamos un esquema de una infografía¹²⁵ donde se explica el funcionamiento de la tributación de Google, aprovechando esta estructura que hemos comentado¹²⁶.

La OCDE se ha preocupado en la problemática que se plantea con la utilización de híbridos¹²⁷, recientemente en el estudio presentado al G20 en su lucha contra la erosión de las bases imponibles y la transferencia de beneficios.¹²⁸

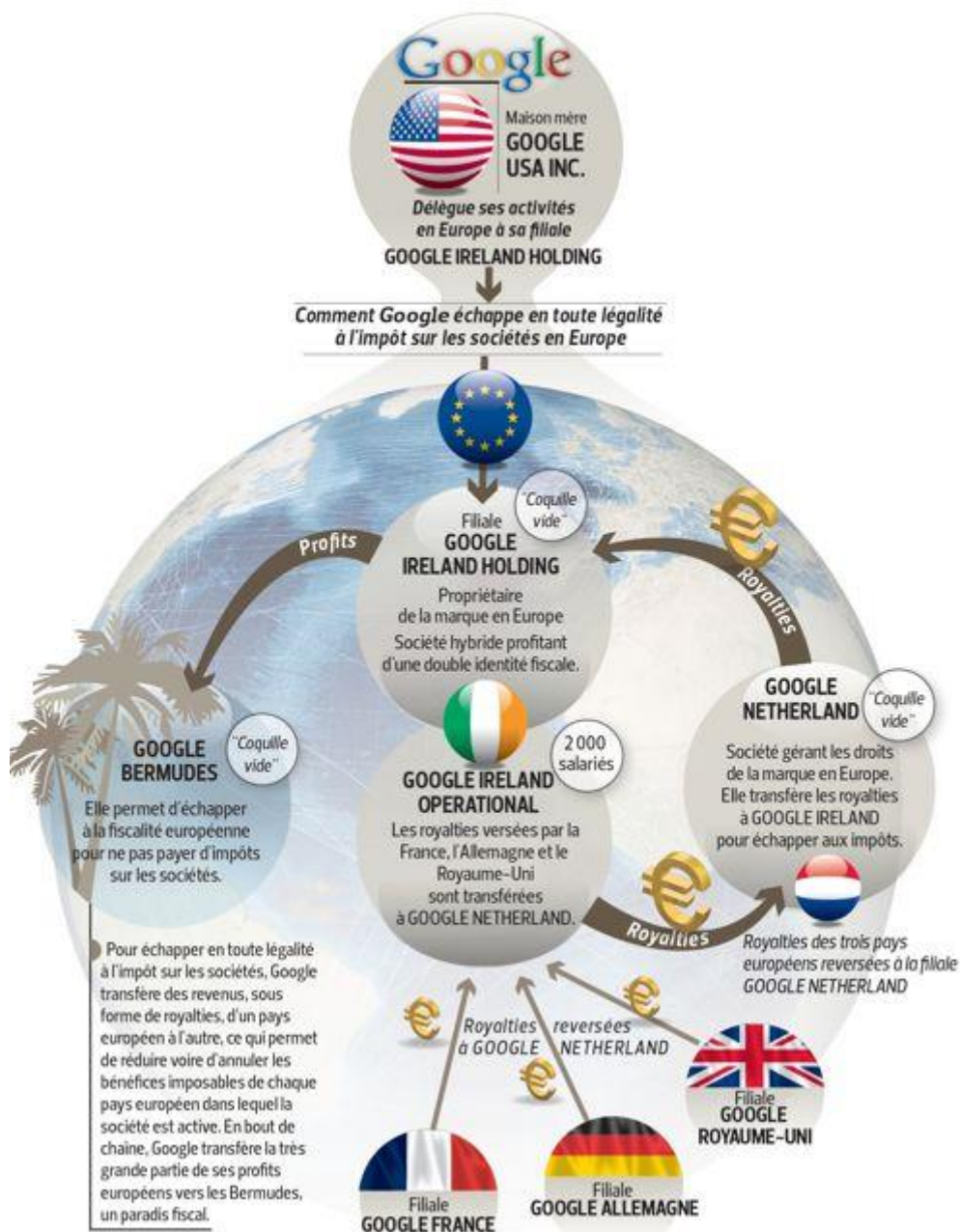
Unidos hasta que el beneficio se repatría, ya sea vendiendo F1 o parte de ella, o a través de un reparto de dividendos.

125 publicada en internet por Paradis Fiscaux 2.0,

126 En Estados Unidos ha habido intentos de introducir modificaciones que impidan o limiten esta estrategia pero no han fructificado hasta la fecha. Otros países defienden un impuesto específico, una de cuyas modalidades consiste en un gravamen sobre la publicidad en internet. Francia, que ya tenía un impuesto sobre la publicidad en periódicos, radio y televisión, proyectó introducir un impuesto de este tipo a través de la Ley de Presupuestos para 2011. Se trata de una iniciativa que ha levantado críticas entre los partidarios de la libertad en la red, que intenta justificarse en la conveniencia de evitar discriminaciones entre la publicidad en internet y la publicidad en otros medios, pero a nadie se le oculta que está destinada a evitar prácticas como la que venimos describiendo, hasta el punto de que esta iniciativa se conoce como «impuesto Google» (Google Tax).

127 Dispositifs hybrides: Questions de politique et de discipline fiscales OCDE, 2012

128 Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. OCDE 2013



129

En cualquier caso, conviene observar que el problema también afecta a los países en que se vende la publicidad o se venden los productos de que se trate, pues si los clientes son empresas, se generan gastos deducibles o inversiones fiscalmente amortizables, y los correspondientes ingresos de la Irish Ltd. no pueden gravarse porque lo im-

129<http://www.paradisfiscaux20.com/media-paradis-fiscaux/fiscalite-locde-sattaque-a-google-amazon-ou-apple>

pide el convenio, si actúa sin establecimiento permanente. Aparte de la competencia desleal que se genera en relación con los competidores residentes en el mercado en que se vende, o en otros países europeos distintos de Irlanda, que en el caso español soportan además un impuesto relativamente alto en comparación con otros países de nuestro entorno.(130)

El régimen de los impatriados en Irlanda.-

Al igual que en el Reino Unido, en Irlanda existe un régimen especial de impatriados, que pretende atraer capital humano ofreciendo incentivos fiscales a los profesionales desplazados al país durante un cierto período de tiempo.

El régimen se basa en la consideración de dichos profesionales como residentes fiscales en Irlanda a efectos de aplicación de los correspondientes convenios de doble imposición, si bien no tributan en aquél país por las rentas y ganancias patrimoniales de fuente extranjera.

Se consideran rentas de fuente extranjera los rendimientos del trabajo relativos a contratos de trabajo en los que se cumplan las siguientes condiciones.-

- Que exista un empleador extranjero
- Que el contrato se someta al derecho extranjero
- Que el salario se satisfaga fuera de Irlanda y del reino Unido.

Al citado régimen se le añaden otros incentivos como:

130 Ramón Falcón y Tella. (2010) *Publicación: Quincena Fiscal Aranzadi num. 22/2010 (Editorial). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010.*

La exención de entregas de acciones de la empresa a los trabajadores mediante programas aprobados de reparto de beneficios (límite de 12.700€ y mantenimiento mínimo de 3 años).

La exención de las rentas derivadas de planes de opciones que cumplan determinadas características. Únicamente se tributará por la ganancia patrimonial derivada de la enajenación de las acciones (la diferencia entre el precio de adquisición y de venta) al tipo fijo de este tipo de rentas, el 20%.

La exención de determinadas retribuciones en especie tales como aportaciones a planes de pensiones, gastos de desplazamiento en transporte público y de traslado de centro de trabajo etc...

2.4.2. El caso holandés

Descripción.-

El Reino de los Países Bajos ("Kingdom of the Netherlands") está constituido por tres territorios: Países Bajos ("The Netherlands"), Antillas Holandesas ("Netherlands Antilles") y Aruba. Las Antillas Holandesas están constituidas por cinco islas caribeñas: Curaçao, Saint Maarten, Saba, Donaire y Saint Eustaquius.

Las Antillas Holandesas y Aruba son territorios autónomos de ultramar del Reino de los Países Bajos y, como tales, asociados a la Unión Europea. Gozan de plena autonomía en asuntos internos y sus ciudadanos tienen pasaporte europeo y libertad de entrada, residencia y trabajo, entre otros derechos de la Unión Europea. Aplican, asimismo, el arancel único comunitario y, por tanto, pueden exportar sus productos libremente a la UE o a terceros países considerándose que tienen origen UE.

Sin embargo, las Antillas Holandesas y Aruba no forman parte del área fiscal europea y no son territorio de aplicación de los impuestos de los Países Bajos ni de la Unión Europea.

El gobierno de los Países Bajos tiene competencias sobre la defensa y asuntos exteriores de los tres territorios (Países Bajos, Antillas Holandesas y Aruba). Es por ello que la firma de tratados internacionales, como puede ser un Acuerdo de Intercambio de Información en materia tributaria, se lleva a cabo por el Reino de los Países Bajos en nombre de las Antillas Holandesas o de Aruba (131).

Países Bajos

Estructura impositiva estatal de los Países Bajos

Los principales impuestos estatales vigentes en los Países Bajos son:

- El Impuesto sobre Sociedades
- El Impuesto sobre las Personas Físicas
- El Impuesto sobre el Valor Añadido

Forman también parte del sistema holandés de ingresos públicos las contribuciones de empleadores y empleados a la Seguridad Social.

Desde 1-1-2006 ha desaparecido el Impuesto que gravaba operaciones muy similares a las grabadas por la modalidad operaciones societarias del Impuesto español de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

131 Antillas Neerlandesas Se firmo un Acuerdo sobre el intercambio de información en materia tributaria entre el Reino de España y el Reino de los Países Bajos en nombre de las Antillas Holandesas, hecho en Madrid el 10 de junio de 2008.

Aruba y Antillas Holandesas son jurisdicciones en las que no se aplica la legislación de los Países Bajos en materia tributaria. Existe, desde 1964, un Convenio fiscal entre los tres territorios que afecta a los impuestos sobre la renta, capital, sucesiones y donaciones, actos jurídicos documentados y vehículos de motor.

Las Antillas Holandesas han salido de la lista de paraísos fiscales española, por concluir un acuerdo de intercambio de información.¹³²

Los Países Bajos como vehículo para operar con paraísos fiscales

Dentro de lo que en el argot tributario se conoce como Planificación fiscal (“Tax Planning”), los Países Bajos han jugado y siguen jugando un papel muy importante. No hay una única razón para ello, sino un conjunto de circunstancias que han favorecido la utilización de este territorio en la planificación fiscal internacional. De entre las múltiples razones históricas podemos destacar las siguientes¹³³:

132 1 Aruba; Se firmó un Acuerdo sobre el intercambio de información en materia tributaria entre el Reino de España y el Reino de los Países Bajos en nombre de las Antillas Holandesas, hecho en Madrid el 10 de junio de 2008. (BOE: 23.11./09) 2. Antillas Neerlandesas; Se firmó un Acuerdo sobre el intercambio de información en materia tributaria entre el Reino de España y el Reino de los Países Bajos en nombre de las Antillas Holandesas, hecho en Madrid el 10 de junio de 2008. (Bonaire, San Eustaquio y Saba), (BOE: 24.11.09) Curaçao (BOE: 24.11.09) Bonaire, (Antiguas Antillas Holandesas) San Eustaquio (Antiguas Antillas Holandesas) Saba (Antiguas Antillas Holandesas) San Martín (BOE: 24.11.09)

133 CARLOS SERRANO PALACIO IGNACIO GARCÍA-VILLANOVA RUIZ “Así pues, puede afirmarse que la normativa de los Países Bajos ha ido encaminada a fomentar la utilización de su territorio como vehículo para canalizar flujos de dinero internacional con una reducida tributación. En ocasiones esta normativa es utilizada por grandes corporaciones multinacionales para repatriar fondos, evitando la doble imposición que se produciría si la misma renta se gravase en el Estado en el que reside la matriz de un grupo y en el estado de la fuente en el que obtiene la renta a través, por ejemplo, de una filial. En otras ocasiones, sin embargo, son utilizadas para lograr situaciones de desimposición, e incluso para blanquear rentas procedentes de actividades delictivas”.

- La existencia de un entorno económico estable e instituciones sólidas y con gran reputación.
- Un régimen mercantil adecuado y dinámico.
- Su pertenencia a la UE.
- El tratamiento fiscal favorable concedido a las rentas de intereses, dividendos, royalties y ganancias de activos financieros.
- El régimen de “rulings” o consultas, que permite dotar a las empresas de una gran certeza jurídica.
- Su amplísima red de tratados internacionales para evitar la doble imposición.
- Y, por último, las especiales relaciones con países y territorios considerados por el ordenamiento tributario español como paraísos fiscales, como son las Antillas Holandesas y Aruba.

A la hora de analizar las estructuras fiscales que utilizan a los Países Bajos como vehículo de canalización de fondos hay que tener en cuenta la situación internacional vigente en cada momento. Los Países Bajos han sabido adaptar su normativa para mantener los privilegios de su economía sin que se haya considerado a este territorio como un paraíso fiscal. No obstante, de los sesenta y seis regímenes fiscales de países y territorios de la UE identificados como perjudiciales por el Informe Primarolo, diecisiete correspondieron a los Países Bajos, Antillas Holandesas y Aruba:

Así se consideraron en los Países Bajos como perjudiciales los siguientes regímenes:

- Cost Plus Ruling
- Resale Minus Ruling
- Intra Group Finance Activities
- Holding Companies
- Royalties

- International Financing Activities
- Finance Branch
- US Foreign Sales Companies Ruling
- Informal Capital Ruling
- Non Standard Rulings (including Greenfield-rulings)

En Aruba:

- Offshore Companies
- Exempt Companies (AVVs)
- Free Zones
- Captive Insurance

Y en las Antillas holandesas:

- Offshore Companies
- Captive Insurance
- Free Zones

Régimen mercantil: “Private companies” (BV) y “Public companies” (NV). Las Instituciones Financieras Especiales (SFI) y los “trust office”

En los Países Bajos son varias las formas societarias que se pueden utilizar para desarrollar un negocio. Podemos dividirlos en dos grandes grupos¹³⁴:

Con personalidad jurídica (“legal entities”): “associations” (asociaciones), “cooperatives” (cooperativas), “mutual insurance association” (asociaciones mutuas de seguros),

¹³⁴ Hernandez Vigueras Juan; *La Europa Opaca de las Finanzas*, Icaria Editorial, 2005

“public companies” (sociedades anónimas), “private companies” (sociedades limitadas), sociedades europeas y “foundations” (fundaciones).

Sin personalidad jurídica (“non-legal entities”): “general partnerships”, “limited partnerships” y “mutual funds” (fondos de inversión mobiliaria, fondos mutualistas, etc...).

Sin embargo, las modalidades más utilizadas son las “Private companies” (BV, en holandés), las “Public companies” (NV, en holandés) y las “Partnerships” (ya descritas, con carácter general, anteriormente). Las principales características de las dos primeras son las siguientes:

“Private companies”¹³⁵ que son el principal instrumento utilizado por las sociedades holding, presentan rasgos muy similares a las sociedades de responsabilidad limitada de la normativa mercantil española y puede destacarse de ellas lo siguiente:

- Su capital social (el mínimo capital desembolsado es de 18.000 €) está dividido en acciones, que no se pueden transferir libremente salvo a otros socios, cónyuges o análogos y a la propia BV.
- Los socios no responden personalmente de las deudas de la sociedad, sólo responden del capital.
- No están permitidas las acciones sin voto ni aquellas que no den derecho a participar en beneficios.
- Se pueden satisfacer dividendos a final de año o durante el año si se incluye esta posibilidad en la constitución de la BV. El único requisito general para esta distribución durante el año es la existencia de suficientes reservas libres.
- Se permite la prima de emisión, por lo que hay gran flexibilidad para aportar recursos a la sociedad o para reembolsárselos a los accionistas.

¹³⁵ (BV, en holandés),

- No hay limitaciones especiales para que los extranjeros sean socios o administradores de estas entidades.

“Public companies”¹³⁶ que pueden considerarse como equivalentes a las sociedades anónimas de la normativa mercantil española y cuyo capital (el mínimo desembolsado es 45.000 €) está dividido en acciones, sin que existan limitaciones a su transmisibilidad. El resto de características es, en general, similar a las de las BVs.

Hay que destacar, asimismo, otra serie de figuras mercantiles propias de la normativa neerlandesa como son las SFI,s, los “trust office” y las sociedades “holding”.

El Banco Central Holandés registra como Instituciones Financieras Especiales¹³⁷ (“Special Financial Institutions”, SFI) a una serie de compañías “buzón” y estructuras de negocios con fines de reducción de impuestos. Podríamos entender por tales (las SFI,s) aquellas compañías o instituciones con sede en Holanda y cuyas acciones son poseídas, directa o indirectamente, por no residentes, y cuya función es obtener fondos fuera de Holanda para prestarlos o invertirlos fuera de Holanda. La mayoría de estos fondos son prestados o invertidos en entidades del grupo al que pertenecen. Lógicamente, los

136 (NV, en holandés),

137 No hay datos disponibles de las SFI,s existentes a partir de 2002 pero, partiendo de las 12.500 existentes en esa fecha, según datos del Banco Nacional de los Países Bajos, y analizando su evolución en el período 1977-2001, podrían alcanzar la cifra de 17.000 a principios de 2007. La mayor parte del volumen de operaciones realizado por las SFI,s corresponde a un pequeño número de ellas (100 a 125), controladas por multinacionales a través de los que se ha dado en denominar “cuarteles generales de papel”. La forma jurídica que adoptan estas SFI, s es habitualmente la de sociedades de responsabilidad limitada (BV) y la mayoría (80%) están gestionadas por una “trust office”. Datos obtenidos del estudio Michiel van Dijk, Francis Weyzig & Richard Murphy, *The Netherlands: A Tax Haven*, noviembre 2006, en base a datos del Banco Nacional de Holanda.

activos en el exterior de estas instituciones casi coinciden con los pasivos en el exterior de las mismas.¹³⁸

No debe confundirse el concepto de “trust office” con el jurídico de “trust” del derecho anglosajón, ya que el primero se refiere a aquellas compañías prestadoras de servicios de gestión societaria.¹³⁹

Las Holdings holandesas (140) no se diferencian especialmente de las sociedades holdings reguladas por otros países europeos¹⁴¹, aunque se caracterizan porque no se les exigen apenas requisitos respecto de su sustancia económica y, en muchos casos, las de propiedad extranjera, por ser gestionadas por una “trust office”. Algunos países

138 Según datos del FMI proporcionados a la OCDE, en 2011 se realizaron unas inversiones directas a los Países Bajos por importe de 3.207 millones de euros de los que 582, se invirtieron en sociedades normales y 2.625 en entidades especiales, siendo posteriormente las desinversiones en Holanda en el mismo ejercicio de 979 millones y de 3023 millones respectivamente.

139 Los servicios de gestión prestados son por ejemplo; poner a disposición de sus clientes un domicilio (generalmente el domicilio de la “trust office” coincide con el de la SFI), la organización de las juntas generales de accionistas, la llevanza de libros y demás requisitos formales obligatorios así como las funciones de gestión típicas de una empresa sin una sustancia económica tradicional. Realmente, las “trust offices” prestan servicios que en muchas ocasiones son la única sustancia económica de la que disponen estas entidades financieras. Como consecuencia de la Ley de Supervisión de las Trust Offices (WTT, 1-3-2004), corresponde al Banco Central Holandés la supervisión de este tipo de entidades a las que se les exige, entre otras cuestiones, que dispongan de una licencia, que estén gestionadas por una persona física y que informen sobre la identidad de sus clientes. A 30 de junio de 2006 había 132 “trust offices” con licencia para operar.

140 Son aquellas sociedades cuya actividad es participar en otras entidades jurídicas, bien con una finalidad exclusivamente financiera o bien con objeto de influir en la gestión de las sociedades en que participan (holding de control).

141 (la holding española, la ETVE, se encuentra regulada en los artículos 116 a 119 del TRLIS)

exigen cierta sustancia económica a las entidades neerlandesas para permitirles tener acceso a los beneficios de los convenios para evitar la doble imposición, sin embargo, esas cláusulas anti abuso no se encuentran en la mayoría de los tratados negociados por los Países Bajos.

Por último, conviene indicar que son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades holandés:

- Las Compañías públicas (NV).
- Las Compañías privadas (BV).
- Las “Open Limited Partnership”, que se caracterizan porque los partícipes pueden disponer de sus participaciones sin autorización del resto de partícipes. El resto de “partnerships” (tanto generales como limitadas) no son gravadas como compañías sino que tributan en sede de los partícipes.
- Las Cooperativas y similares.
- Las Compañías de seguros y similares.
- Las Asociaciones y Fundaciones que desarrollen un negocio.
- Los Fondos.

Tipos de gravamen en el Impuesto sobre Sociedades neerlandés

Tras la última reforma, que entró en vigor el 1-1-2007, los tipos de gravamen del Impuesto sobre Sociedades neerlandés se han visto reducidos, en línea con lo que está sucediendo en la mayoría de los países europeos. Así, con la incorporación de los países del Este, la media del tipo de gravamen de la UE se ha reducido enormemente¹⁴²

Con la última modificación de tipos habida en los Países Bajos, éstos son los siguientes:

142 . Destacan los reducidos tipos existentes en Eslovaquia y Polonia (19%), Lituania (18%), Irlanda (12,5%), Letonia (15%) o Chipre (10%).

- Un primer tipo del 20% para los primeros 25.000 € de beneficio.
- Un segundo tipo del 23,5% para los beneficios entre 25.000 y 60.000 €.
- Un tipo del 25,5% para los beneficios superiores a 60.000 €

La propuesta inicial preveía una reducción mayor, sin embargo, eso podría haber supuesto la aplicación de normas sobre transparencia fiscal internacional¹⁴³ como consecuencia de alguno de los Convenios de los Países Bajos (por ejemplo, Japón), lo cual eliminaría las ventajas buscadas con la reducción de tipos al aplicarse unos tipos mayores en las filiales residentes en otros países.

También se ha producido una reducción del tipo general de retención sobre dividendos del 25% al 15%. Esta reducción va a afectar, fundamentalmente, a los dividendos de países con los que los Países Bajos no tienen un Convenio para evitar la Doble Imposición.

Eliminación de la doble imposición económica

La regla general en la mayoría de países occidentales es que los beneficios obtenidos por una empresa son gravados en sede de la empresa y también posteriormente, cuando dichos beneficios son distribuidos en forma de dividendos (la retención es el mecanismo utilizado habitualmente para gravar los beneficios en el momento de la distribución) o cuando se obtienen ganancias por la transmisión de la participación en la entidad que obtuvo los beneficios. Es decir, se produce una doble imposición económica, gravándose una misma renta en dos sujetos distintos. En el ámbito internacional es bastante frecuente que esta situación se dé entre dos entidades que pertenecen a un mismo grupo. La mayoría de los países han introducido, en los últimos años, en sus normativas algún tipo de mecanismo para evitar o disminuir esta doble

143 (“*controlled foreign companies rules*”)

imposición económica cuando se alcanza un porcentaje de participación adecuado, además de otros requisitos¹⁴⁴.

Los Países Bajos fueron uno de los pioneros en esta materia a través de unos regímenes internos que, si bien han sufrido cambios debido a la presión de los Organismos que luchan contra las prácticas fiscales perniciosas (OCDE, UE,...), han mantenido la esencia de los regímenes originales.

En el caso de entidades residentes y establecimientos permanentes en Países Bajos, se pueden distinguir las siguientes medidas para evitar la doble imposición relativa a rentas empresariales y ganancias de capital:

Para las personas sujetas al Impuesto sobre Sociedades se puede distinguir: Dependiendo del Convenio, se pueden distinguir los siguientes métodos:

- Método de exención con progresividad.
- Método de crédito al impuesto.

Los Convenios más nuevos se remiten a los métodos de la norma interna. Las medidas unilaterales previstas en la normativa interna: se aplicarán cuando no haya un Convenio para evitar la doble imposición o cuando, existiendo dicho Convenio, éste no recoja medidas para evitar la doble imposición para algún tipo de rentas. Sólo son aplicables a residentes aunque, en base a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, también podría entenderse que son aplicables a establecimientos permanentes de entidades residentes en otro país de la UE.

Hay tres métodos:

144 CARLOS SERRANO PALACIO IGNACIO GARCÍA-VILLANOVA RUIZ “Competencia fiscal perniciosa. Estado actual de la normativa española y el caso holandés”; IEF; Agencia Estatal de Administración Tributaria

- Exención con progresividad: aplicable a la renta de fuente extranjera obtenida a través de un establecimiento permanente que esté sujeta a imposición en la fuente, aunque no se satisfaga efectivamente el impuesto.
- Crédito del impuesto: aplicable a rentas pasivas de actividades económicas obtenidas a través de establecimientos permanentes. El crédito no puede superar el impuesto extranjero ni el impuesto neerlandés que correspondería al 50% de la renta.
- Deducción del impuesto extranjero como un gasto: cuando no sea aplicable otro método (Ej.: ganancias de capital no obtenidas a través de establecimiento permanente).

Para las personas físicas¹⁴⁵:

Cuando tienen una participación significativa (normalmente un 5%), se les aplica un tipo de gravamen fijo (25%) inferior a la tarifa del impuesto sobre la renta (a través del “Box 2” del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas).¹⁴⁶

En cuanto a la eliminación de la doble imposición en materia de dividendos de fuente extranjera, con carácter general, no hay métodos unilaterales previstos en la norma interna, aunque hay tres excepciones:

145CARLOS SERRANO PALACIO IGNACIO GARCÍA-VILLANOVA RUIZ Competencia fiscal perniciosa. Estado actual de la normativa española y el caso holandés;;IEF;Agencia Estatal de Administración Tributaria

146 En el resto de casos no se gravan los dividendos como tales. Lo que hace el Impuesto sobre las Rentas de las Personas Físicas en el “Box 3: income from savings and investment” es gravar al tipo del 30% una cantidad considerada como rendimiento del ahorro y de inversiones. La cantidad a la que se aplica este porcentaje es el 4% de los activos netos.

- Régimen de la “participation exemption”, que será analizado en el epígrafe siguiente, al ser el régimen de mayor importancia.
- Beneficios obtenidos de participaciones de inversión de baja tributación a las que no le es aplicable la “participation exemption”.
- Dividendos de países en vía de desarrollo, a los que se les aplica un método de crédito al impuesto. Para ello es necesario que los dividendos estén sujetos a tributación en la fuente (haya o no retención) y que no se obtengan a través de un establecimiento permanente en el país en vías de desarrollo. El crédito no puede exceder del impuesto extranjero pagado, del 25% de los dividendos recibidos, de la parte del impuesto neerlandés que le correspondería a esos dividendos o del impuesto sobre sociedades neerlandés total.

Régimen de la “Participation Exemption” en Holanda

Los Países Bajos no son el único país que cuenta con un régimen de exención para participaciones cualificadas. Muchos otros países tienen este tipo de regímenes, como sucede en España, pero lo que sí es cierto es que en pocos países este tipo de regímenes tienen la antigüedad y tradición del régimen holandés.

El régimen de la “Participation Exemption” holandés ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. La última modificación de importancia entró en vigor el 1-1-2007.

Este régimen supone la exención en el Impuesto sobre Sociedades para los dividendos, diferencias en moneda extranjera y ganancias de capital provenientes de acciones. Asimismo, están exentos de retención los dividendos que se satisfagan a entidades residentes y establecimientos permanentes (EP, s) en Países Bajos cuando la entidad que los reparta se haya beneficiado del régimen de “participation exemption”.

Desde 1-1-2007, los requisitos se han endurecido y para tener derecho a la aplicación de la “participation exemption” han de cumplirse los siguientes requisitos de forma conjunta:

- La perceptora ha de poseer, al menos, el 5% del capital nominal desembolsado de la filial, o de los derechos de voto si la filial está establecida en la UE y el Convenio para evitar la doble imposición con ese Estado establece una reducción a la retención de dividendos en función de los derechos de voto. También se tendrá derecho al régimen especial, aunque se tenga un porcentaje inferior al 5%, si una sociedad filial posee una participación o unos derechos de voto de al menos el 5%. También se aplica a “mutual funds”, cooperativas y “open limited partnerships”, con idéntico porcentaje de participación en sus fondos o en sus beneficios.
- No más del 50% de los activos de la filial pueden ser participaciones de cartera que no sean necesarias para el negocio de la filial. Las participaciones inferiores al 5% son siempre calificadas como inversiones de cartera.
- La filial ha de estar sometida a gravamen en su estado de residencia a un tipo mínimo del 10%, de acuerdo con las normas de los Países Bajos. Esta regla, sin embargo, no se aplica a filiales cuyo activo esté compuesto en, al menos, el 90% por inmuebles.¹⁴⁷

Este régimen tiene menor importancia por la existencia de la Directiva matriz-filial (148) que, con carácter general, establece la exención en sede de la matriz en la UE de

147 A través del test de activos se evita que la “participation exemption” se aplique a participaciones consideradas inversiones de baja tributación. Una participación es considerada como tal cuando no se cumplen la segunda y tercera condiciones anteriores para aplicar la “participation exemption”. Si no se cumple alguna de estas dos últimas condiciones, se establece un crédito impositivo del menor del 5% de los beneficios brutos o del impuesto sobre sociedades neerlandés que correspondería a dichos beneficios. No obstante, cuando la filial se encuentra en otro Estado Miembro, el crédito se eleva a todo el impuesto pagado, siempre que se cumplan los requisitos de la Directiva matriz-filial y ninguna de las dos entidades resida fuera de la UE como consecuencia de la aplicación de un convenio con un tercer Estado.

148 Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes

los beneficios distribuidos por su filial en la UE, así como la no sujeción a retención en la fuente por dicha distribución. Sin embargo, el porcentaje de participación exigido por la Directiva fue inicialmente del 25% (20% a partir de 2004, 15% a partir de 2007 y 10% a partir del 1-1-2009) (149), frente al 5% exigido para la aplicación de la “participation exemption”. Además, la exención de la Directiva no se aplica a las ganancias patrimoniales derivadas de la venta de la participación en la filial, cosa que sí sucede en la “participation exemption”.

Otras peculiaridades normativas a tener en cuenta

Las transferencias de activos entre una entidad y un establecimiento permanente, con carácter general no están sujetas a gravamen. Sin embargo, cuando la transferencia de activos implique la pérdida de la condición de residente, sí se grava la posible ganancia, valorando dichos activos a valor de mercado.

Los ingresos y pérdidas de establecimientos permanentes situados fuera de los Países Bajos se computan en la casa central residente en los Países Bajos.

Para el cómputo de medidas que eviten la doble imposición, tanto los beneficios como las pérdidas de fuente extranjera se computan país a país. Es decir, para este cómputo los beneficios procedentes de un país no se compensan con los beneficios procedentes de otros. Además, las pérdidas de un año reducen los beneficios que dan derecho a medidas que eviten la doble imposición en años futuros evitando, así, que las pérdidas de fuente extranjera se computen dos veces.

Legislación interna sobre retenciones

149 Según la Directiva del Consejo CE 123/2003, de 23 de diciembre que modifica a la Directiva del Consejo CEE 90/435.

Los intereses y los cánones no están sometidos a retención en los Países Bajos. No obstante, los rendimientos de los créditos participativos son tratados como dividendos y no como intereses, salvo en algunos Convenios en los que algunos bonos de participación en beneficios, que podrían ser considerados como créditos participativos, son tratados como intereses.

En la liquidación de sociedades, la diferencia entre el valor de mercado de los activos y pasivos y el valor de los fondos propios constituirá un dividendo cuando se distribuya.

En los Países Bajos se aplica un tipo de retención del 15% ¹⁵⁰ sobre dividendos, procesos liquidativos y otros tipos de distribuciones de beneficios, salvo que se aplique un tipo más reducido como consecuencia de la existencia de un Convenio para evitar la doble imposición (la mayoría de los casos). Son excepciones a la obligación de retener las siguientes:

- Si los dividendos cumplen los requisitos de la “participation exemption”, no están sujetos a retención siempre que el beneficiario sea residente o un establecimiento permanente en los Países Bajos.
- Tampoco hay obligación de practicar retención si las dos entidades, distribuidora y beneficiaria, tributan en el régimen fiscal de grupos.
- En el caso de que se cumplan los requisitos de la Directiva UE Matriz-Filial, no habrá tampoco obligación de practicar retención cuando se distribuyan dividendos a una sociedad residente en la UE.

En el ámbito interno se aplica el sistema de crédito al impuesto, por el que el impuesto retenido puede ser objeto de deducción en el impuesto sobre sociedades del perceptor. No se aplica esta deducción en el caso de que el receptor no sea el beneficiario final. Tampoco se aplica esta deducción en el caso de beneficios distribuidos que estén exentos. En su caso, darán lugar a una devolución.

150 (25% antes del 1-1-2007)

Respecto a los dividendos de fuente extranjera, no se aplican deducciones en el Impuesto sobre Sociedades si se cumplen los requisitos de la “participation exemption”. No obstante, respecto de esos dividendos de fuente extranjera obtenidos por los residentes, se permite un crédito al impuesto de retenciones neerlandés por las retenciones soportadas en el extranjero. El importe del crédito será el menor de:

- El 3% de los dividendos redistribuidos,
- El 3% del importe bruto de los dividendos de fuente extranjera recibidos o
- La retención practicada en el extranjero.

Para ello es necesario que se haya aplicado en el país de la fuente de los dividendos una retención de, al menos, el 5%, que en el momento de la distribución a la entidad holandesa ésta tuviese una participación de, al menos, el 25% en el capital desembolsado de la distribuidora de los dividendos y que a esos dividendos distribuidos a la entidad residente en Países Bajos se les aplique el régimen de la “participation exemption”. La deducción se practicará en el impuesto sobre retenciones holandés en el momento en el que la entidad holandesa redistribuya los dividendos que recibió de fuente extranjera y que soportaron la retención en el extranjero. Es decir, la entidad holandesa retiene al pagar dividendos pero no ingresa su importe total al Estado sino que deduce el crédito al impuesto conseguido cuando percibió los dividendos.

Extensa red de Convenios para evitar la doble imposición

Los Países Bajos tienen una extensa red de Convenios para evitar la doble imposición. Su primer convenio fue firmado con Bélgica en 1933. La política negociadora de convenios de los Países Bajos se centra en el no sometimiento a retención, o sujeción a tipos bajos, de los dividendos, intereses y cánones.

Los Convenios, o bien declaran la exención, o bien aplican tipos reducidos de retención sobre dividendos, intereses y cánones. El impuesto extranjero puede ser deducido me-

diente el método del crédito al impuesto. No obstante, el contribuyente puede, bajo petición, deducirse en la base imponible la retención practicada en el extranjero sobre dividendos, intereses y cánones como gasto deducible, en vez de aplicarse el método del crédito al impuesto.¹⁵¹

Tratado trilateral Países Bajos, Antillas Holandesas y Aruba

Desde 1964 existe un Convenio Fiscal (152) entre los tres territorios integrantes del Reino de los Países Bajos (Países Bajos, Antillas Holandesas y Aruba). Bajo este Tratado, los Países Bajos han establecido un tratamiento fiscal ventajoso para sus operaciones con los paraísos fiscales de Aruba y Antillas Holandesas.

El artículo 11 establece que los dividendos obtenidos por un residente en uno de los países o territorios y debidos por una sociedad residente en otro de los países o territorios pueden someterse a imposición en el primero de ellos. Es decir, se gravarán en el país de residencia del beneficiario efectivo.

Además, dispone el artículo 11,3 que es posible una retención en la fuente que no sea superior al 15%. No obstante, en determinadas circunstancias ese tipo será inferior:

151 Existe cláusula “tax sparing” (permite deducir una cantidad aunque el impuesto no se haya satisfecho en la fuente) en más de una decena de convenios – en paréntesis la fecha de expiración de la cláusula- (Brasil, China, México –13/11/09-, Mongolia – 1/1/14-, Pakistán, Filipinas, Sri Lanka, Surinam, Túnez 1/1/11-, Venezuela –1/1/08- y Zambia). En muchos casos la duración es de 10 años prorrogables de forma tácita, salvo que uno de los Estados proponga otra cosa.

152 Tax Regulation for the Kingdom of The Netherlands, originario de 28 de octubre de 1964 y modificado por Leyes de 5 y 12 de diciembre de 1985 (entrada en vigor 1-1-1986), la Ley de 13 de diciembre de 1996 (entrada en vigor 1-1-1997) y la Ley de 14 de diciembre de 2001 (entrada en vigor 1 de enero de 2002).

- Será del 7,5% si el beneficiario tiene su capital dividido en acciones y posee al menos un 25% del capital desembolsado de la entidad que debe los dividendos.
- Será del 5,5% si, además del cumplimiento de la condición anterior, los dividendos están sujetos a un Impuesto sobre beneficios a un tipo, al menos, del 5,5% en el país de la entidad que obtiene los dividendos.

El protocolo anexo, firmado el 9 de enero de 1996, trata de establecer las condiciones para que no se abuse ni se haga un uso inadecuado de este artículo. Para ello dispone que, cuando una sociedad residente en Antillas o en Aruba reciba dividendos de una entidad residente en Países Bajos a los cuales les sea aplicable una retención a un tipo reducido, según el artículo 11, para el cálculo de los ingresos sometidos a gravamen en Antillas o Aruba sólo se permitirá la deducibilidad de intereses bancarios hasta el límite del 75% de ese dividendo. No se admiten los intereses de préstamos “back to back”, es decir, de aquellos que desde un punto de vista económico provienen de la propia entidad aunque jurídicamente provengan de una tercera entidad utilizada para ello. No obstante, se establecía que en aquellos casos que hubiese un acuerdo de una sociedad con las Antillas Holandesas o con Aruba anterior a 1-1-1996, por el que los dividendos eran gravados por un importe inferior, el protocolo sólo se aplicaría a partir del momento en que expirase la validez del acuerdo.

En 2001 se produjo una modificación del Convenio, estableciendo que, cuando la beneficiaria de los dividendos sea una entidad en las Antillas Holandesas y la deudora sea una entidad en los Países Bajos, el tipo reducido será del 8,3% siempre que se cumpla:

- Que el beneficiario tenga su capital dividido en acciones y posea al menos un 25% del capital desembolsado de la entidad que debe los dividendos.
- Que el gravamen de los dividendos, ya sea formal o de hecho, sea tenido en cuenta en Antillas Holandesas de tal manera que el gravamen conjunto por retenciones y por impuesto sobre beneficios no sea inferior al 8,3%.

Una cantidad correspondiente a tal retención (8,3%) será transmitida al Gobierno de las Antillas Holandesas sin retraso y sin condiciones adicionales. Si con posterioridad, en la liquidación correspondiente al año, no se cumplen las condiciones anteriores, se regularizará esa transferencia de fondos.

En el Convenio también se regula, entre otros, el régimen de las ganancias por la enajenación de acciones, de los intereses y de los cánones (artículos 12 a 14).

Régimen de grupo de entidades de países bajos

Se aplica cuando una sociedad residente participa directa o indirectamente en, al menos, un 95% en una o varias sociedades residentes. Bajo ciertas condiciones, también pueden formar parte del grupo sociedades no residentes y establecimientos permanentes en Países Bajos de no residentes. A continuación se recogen sus principales características.

El régimen permite la compensación de pérdidas entre las entidades del grupo. Sin embargo, las pérdidas de ejercicios en los que una entidad no formaba parte del grupo sólo pueden compensarse con beneficios de esa sociedad.

También permite la libre distribución de activos, pasivos y dividendos entre sus miembros sin estar sometidos a gravamen. La disolución del grupo fiscal puede dar lugar a gravámenes como consecuencia de las reservas ocultas derivadas de la transferencia de activos entre entidades del grupo.

Hay limitaciones a la deducibilidad de intereses de préstamos provenientes de una sociedad vinculada cuando se utilizan para la adquisición de acciones de una entidad residente. Esta limitación no se aplica a préstamos obtenidos para una sucesión de negocio.

Al disolverse el grupo las pérdidas se mantienen en la matriz a menos que se solicite a la Inspección que se permita la deducción en la sociedad en que se generaron.

Régimen del “interest box”

Se puede aplicar el régimen especial, cuando:

- Un contribuyente neerlandés tuviese una participación superior al 50% en una sociedad.
- Una sociedad tuviese una participación superior al 50% en un contribuyente, sea cual sea su forma jurídica, neerlandés.
- Un tercero tuviese una participación superior al 50% tanto en una sociedad como en un contribuyente neerlandés. Si el tercero es una persona física se exigen una serie de requisitos adicionales.

En el régimen de la “caja de intereses”, que sería opcional, el resultado de la compensación de los ingresos por intereses y de los gastos por intereses se gravaría a un tipo reducido del 5%. Este tipo se consigue ya que, del resultado de la compensación de ingresos y gastos por intereses sólo se incluye en la base imponible la 5/25,5 parte, y se gravaría al tipo general, por lo que el tipo efectivo sería del 5%.

No obstante, se establece una limitación ya que el saldo de intereses (una vez compensados ingresos y gastos) que se puede beneficiar de este régimen no puede superar el resultado de multiplicar el tipo de interés fiscal (determinado trimestralmente) por el capital medio de la sociedad en ese período. El exceso sobre ese máximo tributaría íntegramente al tipo general del impuesto.

Régimen del “patent royalty box”

Este régimen entró en vigor el 1-1-2007, al ser admitido por la UE, y está basado en un sistema similar al del “Group Interest Box”, es decir, compensación de ingresos y gastos procedentes del intangible. Sus características principales son las siguientes:

Las rentas procedentes de la explotación de la propiedad intelectual (patentes) que han sido desarrolladas por la propia entidad serán gravadas a un tipo efectivo del 10%. El tipo efectivo se consigue al integrarse únicamente en la base imponible la 10/25,5 parte de este tipo de rentas.

El régimen es opcional y sólo se aplica a la propiedad intelectual desarrollada a partir de 2006. No se aplica a marcas ni a logotipos.

La elección se hace a nivel de empresa y no de grupo, y se decide la aplicación o no, activo por activo. Es decir, la decisión de aplicar este régimen no tiene por qué afectar a toda la propiedad intelectual del contribuyente.

A diferencia del “interest box”, se han de incluir todos los ingresos derivados del intangible, ya provengan de una entidad del grupo o de una entidad que no pertenece al grupo.

Existe un límite respecto a las rentas que pueden beneficiarse de este régimen: la base gravada al 10% no puede exceder de 4 veces el coste de elaboración de la patente. El exceso se integrará íntegramente en la base del impuesto y se gravará al tipo general del impuesto.¹⁵³

¹⁵³ A diferencia de lo que sucede con el reciente régimen español, en el caso de los Países Bajos los ingresos gravables se tienen en cuenta netos, mientras que en España se tiene en cuenta el importe bruto. Así, para unos ingresos de 200 y unos gastos de 75, en España primero se reducen al 50% los ingresos y luego se restan todos los gastos, y a ese resultado se le aplica el tipo de gravamen (30%), por lo que el tipo efectivo en España para este caso sería $(200 * 0,5 - 75) * 0,30 / 200 = 3,75\%$ de los ingresos brutos ó 6% de los ingresos netos. Sin embargo si los gastos son menores el tipo efectivo también cambia. Este mismo caso según el “patent box” neerlandés supone un grava-

En 2008 se ha introducido una modificación al régimen holandés, de tal forma que se ha ampliado su alcance ya que para aplicar el régimen no es estrictamente necesario que se haya obtenido una patente, sino que bajo ciertas condiciones también se podrá aplicar cuando se hayan realizado gastos de investigación y desarrollo. Sólo se aplicará a gastos de investigación y desarrollo incurridos a partir de 31-12-2007.

Régimen de fondos de inversión

Un nuevo régimen, aplicable previa petición del obligado tributario, establece la posibilidad de que los fondos de inversión estén exentos del Impuesto sobre Sociedades. Para que se pueda aplicar han de cumplirse una serie de requisitos, entre los que destacan:

- La institución debe tener más de un partícipe.
- La institución debe invertir colectivamente, lo que supone que los costes y riesgos sean repartidos entre más de un partícipe.
- Sólo puede invertir en instrumentos financieros cualificados.

La participación en un fondo de inversión exento no da derecho a la “participation exemption”, salvo en el caso de sociedades de inversión inmobiliaria que, a nivel consolidado con sus filiales, tengan invertido, al menos, el 90% de su activo en bienes inmuebles.

Las participaciones en estos fondos deben ser valoradas anualmente a valor de mercado. Las ganancias que se produzcan como consecuencia de la valoración, estén o no realizadas, serán gravadas en sede de los partícipes, sin embargo, esta norma no se

men de $(200-75) \cdot 10/25,5 \cdot 0,25,5 = 12,5$. El tipo efectivo sería $12,5/125 = 10\%$ de los ingresos netos.

aplica a los partícipes que posean, al menos, el 5% de una sociedad de inversión inmobiliaria.

Los fondos de inversión a los que se les aplique la exención estarán también exentos de la obligación de retener.

“Rulings”

El origen de las “rulings” se encuentra en 1975, en un pleito entre una sociedad holandesa y el Tesoro holandés por la tributación de dos filiales alemanas de la sociedad holandesa. Pese a ser favorable al Tesoro su resolución, el Tesoro se vio obligado a emitir una recomendación sobre cómo debían tributar determinadas estructuras en el futuro, publicando así la primera “ruling”.

El régimen de “rulings” fue modificado como consecuencia de que el Informe Primarolo lo considerase práctica fiscal perniciosa. En particular, fueron así consideradas las “rulings” de coste incrementado, de precio de reventa y de margen fijo para las actividades intragrupo (la mayoría de estas “rulings” se basan en modelos publicados).

Actualmente, el régimen de “rulings” es más exigente, distinguiéndose dos tipos:

“Advanced Tax Rulings” (ATPs), relativas fundamentalmente a la aplicación de la “participation exemption” a compañías holdings intermedias, a estructuras híbridas internacionales (es decir, aquellas cuyas rentas tienen una diferente calificación en los distintos países afectados) y a la ausencia de establecimiento permanente en los Países Bajos.

“Advanced Pricing Agreements” (APAs), relativas a precios de transferencia, al igual que sucede en España con los acuerdos previos de valoración.

En el nuevo régimen se han eliminado los márgenes fijos, se exige una mayor sustancia económica y ya no se utilizan modelos generales de “rulings” sino que se establecen caso por caso. Los principales requisitos exigidos por la normativa actual para obtener una “ruling” fiscal son:

- Al menos el 50% de los gestores de la compañía deben ser residentes en Holanda.
- Las decisiones importantes sobre la gestión de la compañía deben ser tomadas en los Países Bajos.
- Los libros se deben llevar en los Países Bajos.
- La principal cuenta bancaria y la contabilidad deben estar en los Países Bajos.
- La compañía debe gestionar los riesgos financieros.

Compensación de pérdidas

De acuerdo con la normativa fiscal holandesa, las sociedades pueden compensar sus pérdidas con beneficios de un ejercicio anterior o de nueve posteriores (el régimen anterior permitía una compensación retroactiva de 4 años y sin límite respecto a beneficios futuros).¹⁵⁴

La financiación de grupos.-

Los Países Bajos recibieron la luz verde de la Unión Europea para la introducción de un nuevo régimen fiscal para las actividades de financiación de los grupos que gravaría al 5% los ingresos procedentes de las actividades del grupo de ingresos por financia-

154 Las pérdidas de instituciones de inversión o de sociedades que cesan en sus operaciones totalmente sólo pueden compensarse con beneficios futuros si al menos el 70% de sus acciones pertenecen a las mismas personas físicas. Lo mismo sucede si se reduce la actividad en más del 70% y se mantiene la propiedad del 70 % de las acciones.

miento. Este nuevo régimen se conoce como el Régimen de Grupo Caja de interés (en adelante "Régimen GIB").¹⁵⁵

El 15 de junio de 2008, el Gobierno holandés publicó un documento que contenía los posibles cambios fiscales para el año 2010. Los cambios propuestos se referirían, entre otros, al Régimen de GIB. Las principales características se referían a:

Los ingresos de las actividades del grupo, por la actividad de financiación sólo tributaría un 5 / 25,5 (2009 - aproximadamente el 20%) que estarían sujetos al impuesto sobre sociedades holandés. Con la tasa normal del impuesto de sociedades de 20 a 25,5%, la tasa efectiva de impuestos por lo tanto alrededor del 5% (2009).

Será un régimen obligatorio (en lugar de un régimen opcional como se propuso en la legislación de 2007). Esto significa que, básicamente, todos los contribuyentes del impuesto de sociedades holandés están obligados a aplicar el régimen de GIB los ingresos procedentes de las actividades del grupo, que se consideren de financiación.

El régimen de GIB aplica a las categorías siguientes ingresos:

- Los ingresos por intereses y los costos en relación con los préstamos otorgados a empresas vinculadas, así como los ingresos y gastos con respecto a los intereses y los instrumentos de cobertura de divisas en relación con los préstamos de esos grupos;

155 .El 8 de julio de 2009 el Comité Europeo ha dado su aprobación para el nuevo régimen de financiación de los grupos holandeses. El régimen de GIB ya estaba incorporada en la Ley neerlandesa del Impuesto sobre Sociedades en 2007 (artículo 12 quarter CITA), pero la entrada en vigor fue suspendido pendiente de aprobación por el Comité Europeo.

- Los ingresos y los costos de las inversiones de cartera que se reservan para las adquisiciones futuras, así como los ingresos y gastos con respecto a los intereses y los instrumentos de cobertura de divisas en relación con dichas inversiones;
- El costo de los intereses y otros gastos en relación con los préstamos obtenidos por entidades vinculadas, así como los ingresos y gastos con respecto al interés y la moneda instrumentos de cobertura relacionados con los préstamos de esos grupos;

Fluctuaciones en el valor de los activos y pasivos antes mencionados.

El término "partes relacionadas" está vinculado a "control" (en lugar de una participación del 50% de interés contenida en la legislación de 2007) con referencia a la NIC 27 (requisito de consolidación) y la NIC 31 (control de las participaciones).

Cabe señalar que los gastos financieros, cualquiera que sea la ubicación de la sociedad del grupo, dentro o fuera del país, que sean consecuencia de préstamos al grupo también se gravan a sólo 5 / 25,5 (2009 aproximadamente el 20%) que se incluirán en la base imponible

Desde 2003, el Gobierno holandés ha puesto en marcha diversas medidas para mejorar el entorno fiscal en los Países Bajos para mejorar la inversión extranjera. Las medidas incluían

- Una reducción de la tasa del Impuesto sobre Sociedades de alrededor de 29 a 34,5% en 2003 hasta 20 a 25,5% en 2009;
- Una flexibilización del régimen de exención de la participación en 2007 (abolición "sujetas al requisito de impuestos" y "no de la cartera de prueba");
- La introducción de un impuesto totalmente extremo abierto exento invertir régimen de fondo

- Y una relajación del régimen fiscal holandés para el régimen existente para los fondos de inversión en 2007;
- La introducción del régimen fiscal especial para el ingreso a las patentes (el régimen de caja de las patentes) en 2007.

La primera introducción del régimen de GIB tuvo lugar en 2007, pero muchos no esperaban que el régimen de hecho se llevara a cabo. Sin embargo, mientras los países europeos con regímenes favorables para las actividades de financiación de los grupos (como Irlanda y Luxemburgo) se han visto obligados por la Unión Europea a abolir sus "regímenes especiales" a finales de 2010, parece que Holanda ha encontrado un hueco, al hacer el nuevo régimen obligatorio y mediante la aplicación del tipo impositivo normal. Los Países Bajos parecen haber encontrado una manera de crear un incentivo atractivo sin necesidad de crear un régimen fiscal especial que pueda considerarse en contradicción con los principios de la UE y la legislación.

El gobierno holandés ha decidido ofrecer un descuento en el impuesto de sociedades mediante un impuesto sobre las actividades de financiación de los grupos. El hecho de que este régimen establece una tasa impositiva efectiva más baja que en otros países miembros de la UE (por ejemplo, Chipre -10% - o Irlanda -12,5%), es la consecuencia de una decisión política por parte del Gobierno holandés, que no puede ser impugnada por otros miembros de la UE. Ya que al ser de carácter general, no puede considerarse como una medida perjudicial para el resto de los estados de la Unión Europea, ya que ellos tienen la jurisdicción necesaria para bajar sus tipos impositivos hasta el límite que deseen.

Efecto de estas medidas sobre la financiación de los grupos.-

En primer lugar, están las empresas holandesas base, que incluyen las multinacionales que tienen actividades importantes fuera de los Países Bajos.

En la medida en que financian sus filiales holandesas con los préstamos dentro del grupo, el efecto del nuevo régimen, es neutral, en contra de la ventaja de pagar sólo 5% de impuesto sobre los ingresos de financiación de los grupos, se encuentra el inconveniente de que la filial holandesa por sus impuestos pagados en Holanda, sólo se permite deducción de los pagos de intereses en comparación con un tipo impositivo del 5%.

En la medida sin embargo, que se financien con los fondos holandeses que financien a empresas del grupo en el extranjero, la ventaja es evidente. Si bajo el régimen actual los ingresos por intereses se gravan a la tasa normal (20 -25,5% en 2009), bajo el nuevo régimen de la tasa efectiva de impuestos será sólo el 5%. Sin lugar a dudas un beneficio de bienvenida para el establecimiento de negocios en Holanda en estos tiempos oscuros. El gobierno holandés espera como consecuencia de los beneficios ofrecidos, que multitud de empresas desmantelen sus estructuras en otros países y se instalen en territorio holandés para financiar a la empresa del grupo.

La tasa de Holanda el 5% es generalmente mejor que las tasas ofrecidas por otros países (alrededor del 10% en el mejor de los casos) como Irlanda, Luxemburgo, Suiza o Chipre, va a suponer un beneficio innegable para atraer empresas, ello sumado a que los otros beneficios de los Países Bajos (amplia red de tratados fiscales, exención de la participación, personal altamente cualificado, infraestructura y excelente), se puede esperar que muchas empresas extranjeras se decidan a trasladar sus actividades de financiación de los grupos a los Países Bajos. Una huelga de los paraísos fiscales clásicos y una victoria para un miembro de los "altos impuestos" de la comunidad.

Novedades adoptadas por la legislación holandesa en materia de fiscalidad a partir de 2010.

Holanda tiene claro cuál es el camino para salir de la crisis: presión fiscal constante en fiscalidad directa e indirecta, combinado con incentivos fiscales a los sectores más

dinámicos: I+D+i, y atracción de holdings a su territorio con la consiguiente creación de puestos de empleo en estas profesiones.

Holanda es uno de los mayores centros de negocios del mundo por tener una fiscalidad para las sociedades muy atractiva, lo que motiva que la mayor parte de las inversiones con origen en Estados Unidos y destino en Europa se canalicen mediante una sociedad holandesa (las BV o NV).¹⁵⁶, de ahí que uno de los mayores inversores en España sea Holanda. Todo eso se debe a una fiscalidad para las sociedades holding muy baja mediante una serie de mecanismos.¹⁵⁷

1. La "Innovation box ": El 1 de enero de 2007, Holanda establece la "patent box" que es un régimen fiscal donde los beneficios derivado de la explotación de las patentes tributarán a un tipo en el Impuesto sobre Sociedades Holandés del 10% con un máximo de 4 veces los costes de desarrollo capitalizados. Además, el tipo reducido sólo era aplicable a las rentas de la propiedad intelectual patentada y no a los ingresos de software, las marcas y logotipo.

Con el fin de aumentar el uso de la "patent box" se transformará en la "Innovation Box". Los cambios más importantes son los siguientes:

- El tipo del IS se reducirá al 5%;
- Se amplía su ámbito objetivo al I + D de actividades para las que no existe una patente puede ser (por ejemplo, el desarrollo y la explotación de software);
- La Amortización de los costes de desarrollo de determinados activos se encuentra temporalmente ampliada en el 25,5% en lugar del 10% normal;
- Desaparece el tope para el uso de la "Patent Box".

156 Holanda es uno de los mayores inversores en España.

157 La exención de dividendos (lo que se conoce como Participation exemption), la "patent box" y la "interest box".

La transformación de la "Patent Box" en el "Interest Box" hará que sea más atractivo para realizar actividades de I + D en los Países Bajos. Y es una seria competencia para regímenes fiscales similares como el de Luxemburgo o Bélgica.

2. La Participation exemption: Se ha propuesto que la exención de los dividendos obtenidos por la sociedad neerlandesa (es decir que los dividendos y las plusvalías de participaciones en entidades no residentes en Holanda, de sociedades del grupo no se graven, muy similar al art. 21 TRLIS español) y se flexibilice, eliminando los requisitos preexistentes, así la exención se aplicará a la participación si el objetivo es que la filial realice una actividad real y suponga una inversión y no simplemente una inversión "pasiva", es decir sin voluntad de realizar actividad alguna. Si este test objetivo no se supera, la renta de la filial puede beneficiarse de la exención de la participación en el caso de que se satisfaga uno de los dos requisitos actuales (test de activos o test de tipo de tributación). Estas pruebas de revisión están diseñadas para hacer más fácil calificar la exención de la participación.

3 Modificación de la retención en la fuente de los dividendos repartidos por una empresa holandesa (Dividend withholding tax): Como resultado de la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia, el Secretario de Estado de Hacienda ha aprovechado la ocasión para modificar la normativa del withholding tax (es decir de la retención en origen de los dividendos de fuente holandesa para países terceros); así los dividendos pagados a los accionistas en Islandia y Noruega, ahora estarán sujetos a las mismas normas que los dividendos pagados a los accionistas en la Unión Europea.

4. Modificación en la compensación de las pérdidas de las sociedades

Anteriormente se permitía trasladar las pérdidas obtenidas en el ejercicio, a años anteriores y en su caso solicitar la devolución de lo ingresado¹⁵⁸. O bien podía trasladar la compensación de pérdidas a los nueve años siguientes. Ahora ante la existencia de la crisis, se ha establecido que los contribuyentes pueden aplicar las normas actuales, o elegir (en su declaración de impuestos) retrotraer las pérdidas para los tres años anteriores o trasladar las pérdidas a los seis años siguientes. Si se opta por retrotraer pérdidas a los tres años anteriores se establece un límite de 10.000.000 euros al año. Esta medida se aplicará a las pérdidas sufridas en los años 2009 y 2010.

5. Modificación del régimen de amortizaciones para el impuesto de sociedades.

Las inversiones en 2009 y 2010 pueden ser libremente amortizadas en dos años (en cualquier porcentaje previsto siempre que no exceda del 50% al año).

6. Establecimiento de un tipo de interés reducido sobre los intereses percibidos por prestamos intergrupo.(Group Interest Box)

En 2007 se introdujo en Holanda el Interest Box, es decir por los intereses se pagaba un tipo inferior al general. Esa medida se paralizó a la espera de la autorización de la Comisión de la Unión Europea, lo que sucedió posteriormente, por lo que se introduce efectivamente en 2010, aunque con los cambios de la UE.

Así se configura Holanda, como lugar idóneo para ubicar una estructura societaria compleja, y pagar muy pocos impuestos, de ahí su utilización masiva en dichas estructuras (de ahí que todo Grupo empresarial tenga una filial en Holanda, o en Suiza o en Irlanda). Además Holanda -a diferencia de otros Estados- tiene una extensa red de

158 (Es decir si en el 2008 pague impuesto, pero en el 2009 tuve pérdidas se podía pedir que me devolvieran parte del dinero pagado en 2008, en caso en que fuera a perder el derecho a la compensación)

Convenio de Doble Imposición desde hace mucho tiempo que tiene ventajas a la hora de tributar.¹⁵⁹

Antillas holandesas

Aspectos generales

Las Antillas Holandesas se encontraban dentro la lista de territorios que el Real Decreto 1090/1991, de 5 de julio, consideraba como paraísos fiscales¹⁶⁰. Hoy ya no se consideran dentro de la lista de paraísos fiscales por haber firmado un acuerdo de intercambio de información.

159 . Así todas las plusvalías generadas por venta de sociedades entre ambos países tributan en el país de residencia, pongamos un ejemplo; Una empresa holandesa tiene un inmueble en España y lo va a vender, según el Convenio la plusvalía tributa en España y luego en Holanda -con deducción por doble imposición-, sin embargo si ese inmueble lo tiene una sociedad española que es 100% de la holandesa, y se vende la sociedad, según el Convenio la renta no tributa en España, pero si en Holanda... pero en Holanda por el régimen de Participation exemption tampoco tributa, es decir no hay tributación. De ahí que muchas operaciones de venta de activos se hagan desde Holanda. Sin embargo esto no es tan sencillo ya que para que esto aplique la filial tiene que tener una sustancia económica y un motivo de negocio, sino estaremos ante un treaty shopping -compra de tratado, es decir escoger un tratado que me guste sin motivo económico detrás. Lo mismo debe suceder si transferimos unidades negociales de un país a otro, con el agravante que debemos tener en cuenta las transferencias de dichas unidades según los criterios de los precios de transferencia establecidos por la OCDE.

160 Aruba; Se firmó un Acuerdo sobre el intercambio de información en materia tributaria entre el Reino de España y el Reino de los Países Bajos en nombre de las Antillas Holandesas, hecho en Madrid el 10 de junio de 2008. (BOE: 23.11/. /09)2. Antillas Neerlandesas; Se firmó un Acuerdo sobre el intercambio de información en materia tributaria entre el Reino de España y el Reino de los Países Bajos en nombre de las Antillas Holandesas, hecho en Madrid el 10 de junio de 2008. (Bonaire, San Eustaquio y Saba),

Podemos considerar los siguientes aspectos generales de su imposición directa societaria:

- Las sociedades residentes están sujetas a un Impuesto sobre Sociedades por su renta mundial, mientras que las no residentes tributan sólo por las rentas de fuente antillana.
- Las ganancias de patrimonio realizadas por las sociedades tributan al tipo general del Impuesto sobre Sociedades.
- No existen retenciones sobre dividendos, intereses ni cánones, aunque se ha aprobado una Ley que obliga a efectuar retenciones sobre los dividendos. Esta Ley está pendiente de entrar en vigor.

Tradicionalmente se ha denominado “The Dutch Sandwich o Antilles Route” (el sándwich holandés o la ruta de las Antillas) a la utilización del esquema consistente en una matriz con residencia en Antillas y con una filial en Holanda que controla el resto de filiales. Este esquema se ha utilizado para la recolocación de beneficios obtenidos en países de alta tributación a territorios de baja tributación, fundamentalmente a través de distribuciones de dividendos y pagos por intereses y cánones con un bajo o casi nulo coste fiscal.

El Impuesto sobre Sociedades

El Impuesto sobre Sociedades en las Antillas Holandesas sigue el mismo esquema que en la mayoría de los países occidentales. Las características más importantes desde el punto de vista de un estudio comparativo son las que afectan a supuestos de exención y a regímenes fiscales especiales e incentivos.

Hay una serie de entidades exentas del Impuesto sobre Sociedades:

Previa petición a las autoridades, determinadas sociedades de responsabilidad limitada que sólo realicen operaciones de concesión de préstamos o inviertan en valores o certificados de depósitos.

- Las Compañías dedicadas al tráfico aéreo y marítimo de personas y mercancías.
- Los Fondos de pensiones, salvo ciertas excepciones.
- Las Compañías estatales cuya actividad está relacionada con el petróleo.

Dentro de las entidades sometidas a gravamen, hay que distinguir:

- Compañías “onshore”: sociedades constituidas en Antillas que desarrollan actividades comerciales dentro y fuera de las Antillas.
- Compañías “offshore”: sociedades establecidas en las Antillas que sólo tienen accionistas no residentes, obtienen sus rentas de operaciones realizadas exclusivamente fuera de las Antillas y han obtenido una licencia de cambio. Estas entidades se pueden beneficiar de un régimen especial hasta el 2019.

Existe una gran cantidad de regímenes especiales e incentivos. Entre ellos se pueden destacar:

- La ya mencionada exención de sociedades de responsabilidad limitada dedicadas a actividades financieras (“Exempt limited liability companies”).
- Zonas Libres (“Free Zones”).
- Empresas manufactureras “onshore” constituidas en Antillas (“Manufacturing industries”): sujetas a un 2% de tipo de gravamen. Existen límites temporales a este beneficio.
- Compañías comerciales “offshore” (“offshore trading companies”): son entidades de no residentes que realizan actividades comerciales fuera de Antillas. No se permiten nuevas sociedades de este tipo pero las existentes siguen operando. Están sujetas a un tipo entre el 4.8 % y el 6 %. No obstante, estos tipos se

pueden reducir si se consigue un acuerdo (“ruling”) con la Administración tributaria.

- Régimen especial para Hoteles.
- Régimen especial para compañías dedicadas al tráfico aéreo y marítimo.
- Sociedades de inversión (“Investment holding corporations”): con unos tipos de gravamen entre el 2,4 % y el 3%. Se trata básicamente de entidades “offshore” cuya actividad exclusiva es la inversión en valores fuera de Antillas y cuyas acciones son propiedad de no residentes. Las ganancias por la venta de sus activos no están sujetas a gravamen, ni tampoco los dividendos recibidos si proceden de otra entidad “holding” de Antillas sujeta a este régimen.
- Entidades financieras: se aplica a entidades “offshore” cuya actividad consiste en la obtención de fondos de entidades vinculadas o de terceros para conceder financiación a entidades asociadas. Se les aplica un tipo entre el 2,5 % y el 3 %. No obstante, este tipo se puede reducir mediante un acuerdo (“ruling”) con la Administración tributaria.
- Fondos de Inversión (“Mutual Funds”): están exentos siempre que cumplan unas reglas establecidas en un “ruling” general (básicamente emplear 2 ciudadanos nacidos en Antillas y tener un activo de más de 50 millones de dólares y tener más de 50 partícipes; si no se cumple esta última regla se puede acceder también pero con unos límites más elevados de las otras dos condiciones).

Existen otros regímenes beneficiosos, sea mediante la exención o el gravamen a tipos muy bajos, como son:

- Las Sociedades inmobiliarias (“Real State Corporations”).
- Las Sociedades holding de patentes (“Patent holding-royalty corporations”).
- Las Entidades bancarias “offshore” (“Offshore banking companies”).
- Las Sociedades de seguros “offshore” (“Offshore insurance companies”).
- Las Sociedades cautivas de seguros (“Captive Insurance”).
- Las Sociedades con fines especiales (“Special purpose corporations”).
- Expertos extranjeros (“Foreign Experts”).

Aruba

Aspectos generales

Tiene un régimen similar al de Antillas Holandesas, aunque con alguna diferencia como es la existencia de retenciones en el pago de dividendos al tipo del 10%, salvo que sea aplicable el régimen de la “participation exemption”. No existe, sin embargo, obligación de retener sobre intereses ni cánones.

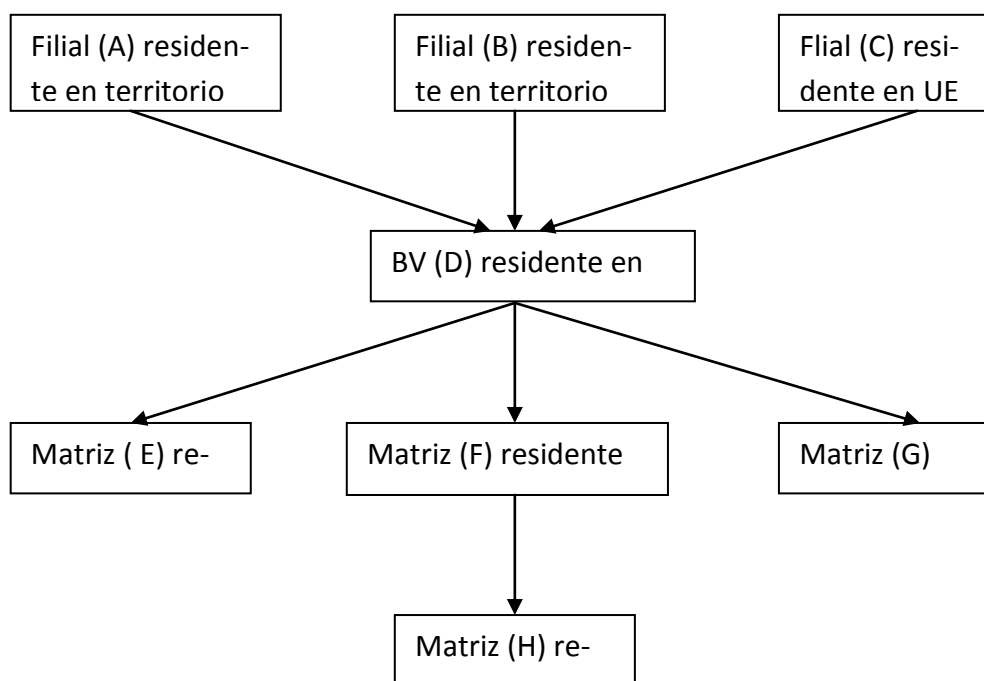
El Impuesto sobre Sociedades

Los principales incentivos y regímenes especiales en el Impuesto sobre Sociedades son:

- Exención del impuesto para beneficios hasta 2.400 florines.
- Zonas Libres.
- Regímenes “Offshore”:
- Empresas productoras.
- Hoteles.
- Sociedades de desarrollo de la tierra.
- Sociedades petrolíferas.
- Sociedades dedicadas al tráfico aéreo y marítimo.
- Sector de servicios financieros.
- Sociedades comerciales “offshore”.
- Corporaciones financieras “offshore”.
- Sociedades holding de patentes.
- Sociedades bancarias “offshore”.
- Holdings de inversión.
- Sociedades de seguros “offshore”.
- Sociedades cautivas de seguros.
- Expertos extranjeros.

Esquema de tributación de dividendos con interposición de una entidad de Países Bajos

A continuación, se expone la tributación de beneficios empresariales y dividendos mediante un esquema que recoge las principales estructuras utilizadas cuando se interpone una entidad en Países Bajos.¹⁶¹



Tributación en el país de la fuente (A, B ó C)

161 CARLOS SERRANO PALACIO IGNACIO GARCÍA-VILLANOVA RUIZ *Competencia fiscal perniciosa. Estado actual de la normativa española y el caso holandés*; IEF; Agencia Estatal de Administración Tributaria

Por Impuesto sobre Sociedades:

La filial (A, B o C) que obtiene beneficios que luego va a distribuir en forma de dividendos tributará por los beneficios de acuerdo con su normativa interna (impuesto análogo al IS).

Por Retenciones sobre los dividendos:

- Si la entidad que distribuye el dividendo reside en un país sin Convenio (B) con Holanda, los dividendos distribuidos estarán sujetos a retención según la normativa interna del país de la fuente.
- Si la entidad que distribuye el dividendo reside en un país con Convenio con Holanda (A), estará sujeta a retención al tipo del convenio (se distingue un tipo general y uno reducido para sociedades cualificadas). Normalmente entre el 15 y el 0%.
- Si la entidad que distribuye el dividendo reside en un país de la UE (C), no estará sujeta a retención si se cumplen los requisitos de la Directiva Matriz-Filial o si as  lo establece la normativa interna de ese territorio (si es más beneficiosa que la Directiva Matriz-Filial).

Tributación en Países Bajos

Por Impuesto sobre Sociedades:

- Los dividendos obtenidos por una entidad residente en Holanda (BV (D)) o por un establecimiento permanente en Holanda no est n sometidos a tributación por IS en Países Bajos si se cumplen las condiciones de la “Participation exemption”.

- Si no se cumplen los requisitos 2º y 3º de la “Participation exemption”, pero sí el primero (participación de al menos el 5%), se otorga un crédito sobre el impuesto de la matriz residente en Holanda del 5% en concepto de impuesto subyacente pagado por la filial. No obstante, si la filial es residente en un Estado miembro de la UE el crédito contra el impuesto alcanza la totalidad del impuesto satisfecho por la filial.

Por Retenciones sobre los dividendos:

Los dividendos pagados por la sociedad residente en Países Bajos (BV D) a su Matriz en un país con CDI (Ej.: Antillas) estará sujeta a una retención igual al menor del tipo previsto en el CDI o del previsto en la normativa interna neerlandesa. En el caso del tipo reducido del CDI con Antillas Holandesas están sujetos a una retención del 8,3%, importe que será enviado al Gobierno de las Antillas Holandesas.

Requisitos para aplicar el tipo reducido del CDI con Antillas Holandesas:

Que la entidad residente en Antillas (cuyo capital, al menos parcialmente, esté dividido en acciones) posea al menos un 25% en el capital social desembolsado de la entidad residente en Holanda.

Que el gravamen conjunto de los dividendos teniendo en cuenta la retención en Holanda y el IS en Antillas no sea inferior al 8,3%.

Si los dividendos se pagan por una sociedad residente en Países Bajos a una entidad residente en la UE (G) no estará sujeta a retención en Países Bajos si se cumplen los siguientes requisitos:

Que la entidad residente en la UE (G) esté sujeta a un impuesto sobre sociedades en su país de residencia y que tenga, al menos, un 5% en el capital de la filial holandesa (o un 5% de los derechos de voto cuando este criterio sea utilizado en el correspondiente

Convenio para evitar la Doble Imposición, CDI). Estos requisitos, introducidos en la norma interna y en vigor desde el 1-1-07, son más laxos que los exigidos por la Directiva matriz-filial.

Si no se cumplen los requisitos anteriores, los dividendos distribuidos por una sociedad residente en Países Bajos a una entidad residente en la UE (G) estarán sujetos al tipo previsto en el CDI, o al de la normativa interna holandesa (15%) si es menor.

Si la beneficiaria es residente en un territorio que no tenga CDI con Países Bajos se aplicará el tipo del 15%.

Cuando se practica una retención por un residente en Países Bajos (D) por unos dividendos pagados a un no residente (E, F ó G), el importe retenido debe ingresarse en la Administración holandesa. Sin embargo, el importe a ingresar puede ser menor que el efectivamente retenido si se dan una serie de requisitos. Si se cumplen los requisitos, la entidad retenedora en Holanda (D) deducirá (como crédito del impuesto) del importe a ingresar como consecuencia de la redistribución de dividendos a una entidad no residente (E, F ó G) procedentes de otra entidad no residente (A, B ó C) la menor de las dos siguientes cantidades:

- El 3% de los dividendos distribuidos por la entidad holandesa (D)
- El 3% de los dividendos brutos que previamente recibió la entidad holandesa (de A, B ó C).

Para tener derecho al crédito del impuesto será necesario que se den las siguientes circunstancias:

- En el momento de la distribución a la entidad residente en Holanda (D), ésta debe tener una participación de, al menos, un 25% en la no residente (A, B ó C).

- Los dividendos distribuidos a la entidad residente (D) en Holanda deben haber tributado en el país de la entidad que los distribuye (A, B ó C) a un tipo de, al menos, el 5%.
- Los dividendos recibidos por la entidad holandesa (D) deben estar exentos en Países Bajos por cualificar para la aplicación de la “participation exemption”.

Tributación en Antillas Holandesas

Por Impuesto sobre Sociedades:

- Los dividendos procedentes de sociedades residentes en Holanda están exentos del Impuesto de Sociedades en Antillas Holandesas, con tal de que se posea al menos un 25% en el capital social desembolsado.
- Si la filial es residente de un país distinto de Holanda está exento el 95% de los dividendos obtenidos por una entidad residente en Antillas Holandesas. El 5% que no está exento estará sujeto al tipo general.¹⁶²

Por Retenciones sobre los dividendos: Los dividendos pagados al extranjero no están sujetos a ningún tipo de retención.¹⁶³

Tributación en otro paraíso fiscal:

- Por Impuesto sobre Sociedades: Normalmente, se optará por un territorio que no aplique más que una tasa anual fija de importe muy reducido.

162 No obstante, una BV residente en Antillas podrá aplicar un tipo del 0% si se cumple que sólo se dedica a operaciones de inversión en valores y depósitos y está gobernada por una “trust company” registrada en Antillas o por un residente en Antillas.

163 Hay más de 2.600 BV’s y NV’s establecidas en Antillas Holandesas con filiales en Países Bajos, de las cuales unas 2.000 son “holdings” financieras.

- Por Retenciones sobre los dividendos: Normalmente, se optará por un territorio que no grave la distribución de dividendos.

2.4.3. Reino Unido

El Reino Unido ha venido siendo un paraíso fiscal para personas con domicilio en el extranjero, incluso aunque sean residentes en el país (residencia y domicilio son conceptos legales separados en el Reino Unido), pues no pagan impuestos sobre los ingresos extranjeros que no se remitan al Reino Unido.

El Impuesto sobre Sociedades está entre los más bajos de la Unión Europea. En general, una sociedad inglesa tributa por sus ingresos mundiales, pero existen varias posibilidades para llegar a una óptima tributación. Las rentas obtenidas por sociedades offshore no están sujetas en el Reino Unido, siempre y cuando no incurran en alguno de los supuestos previstos en la ley de las “Controlled Foreign Companies” (CFCs), que en definitiva es un sistema de transparencia fiscal internacional.

La forma jurídica más utilizada es la Private limited. Una sociedad inglesa de este tipo debe tener, como mínimo, un accionista que puede ser una persona física o jurídica. Los detalles de los accionistas aparecen en el Registro público, pero el anonimato puede ser mantenido por el uso de accionistas fiduciarios o sociedades Holding. Adicionalmente, debe tener al menos un administrador y un secretario. El administrador único no puede ser también el secretario pero, si existen dos administradores, uno puede ser el secretario. El administrador puede ser una persona física o jurídica. La legislación local exige una dirección de la sede social dentro del Reino Unido y se debe nombrar un secretario de la sociedad que, por razones prácticas, debe residir en el Reino Unido.

El capital social puede ser cualquier cantidad. Normalmente 1.000 libras. No es necesario pagar impuesto (capital duty) por la autorización o emisión del capital social inicial

Controlled Foreign Companies (CFCs)

La legislación británica sobre las “Controlled Foreign Companies (CFCs)” desincentiva a las sociedades residentes en el Reino Unido a utilizar sociedades ubicadas en paraísos fiscales para pagar menos impuestos.

Cuando el Reino Unido figuraba en el séptimo puesto de países industrializados introdujo una serie de medidas para evitar la evasión fiscal internacional. A diferencia de otros sistemas fiscales la distinción entre dividendos activos y pasivos esta menos acentuada de tal manera que esta reglamentación no permite gravar sistemáticamente en el Reino Unido todas las rentas “inadmisibles” cualquiera que fuera la fuente.

Sin embargo como suele suceder en este tipo de reglamentaciones una sociedad residente bajo jurisdicción británica, puede evitar las disposiciones anti paraíso demostrando que realiza una verdadera actividad comercial con socios independientes, justificándolo fundamentalmente con la existencia de personal y de un establecimiento independientemente de que se pague poco o nada por dicha actividad.

Requisitos de la CFC:

1. Debe tratarse de una sociedad no residente¹⁶⁴ en el Reino Unido
2. La sociedad en cuestión debe ser controlada¹⁶⁵ por una o más personas o sociedades residentes en el Reino Unido.

164 Sociedades no residentes.-Tratándose de la definición de residencia fiscal de las sociedades en el Reino Unido, desde 1988 el criterio es el del lugar de constitución, con anterioridad podría ser considerado el lugar donde estuviera la dirección o el control de la misma. Por lo que podría ser considerada la sede de dirección efectiva el lugar de residencia de la sociedad.

165 Sociedades controladas: Se entiende un control directo o indirecto, implica que el control de la mayoría se lleva a cabo: Mediante derechos de voto;De capital;De derechos en la distribución de dividendos;De derechos en el caso de liquidación.Pero a partir del año 2000 se puede considerar que existe el control de una persona sobre una em-

3. El gravamen pagado por la sociedad debe responder a criterios de régimen fiscal privilegiado¹⁶⁶ según la legislación fiscal británica.

Consecuencias de la calificación de una sociedad como CFC.-

Si una sociedad residente en el reino unido participa en un 10% al menos de una sociedad considerada como CFC se le gravará en el reino unido sobre los beneficios obtenidos por la CFC. Sin embargo no se gravaran los rendimientos distribuidos por la sociedad extranjera si es inferior su participación al 10% (para determinar el cálculo se ha de tener en cuenta esta proporción, se tiene igualmente en cuenta lo distribuidos a personas o sociedades vinculadas).

Los accionistas pueden deducirse el impuesto pagado en el extranjero de los que tiene que ingresar en el Reino Unido, Igualmente podrán deducirse las retenciones efectuadas en el Reino Unido sobre los rendimientos de las CFC.

presa cuando tiene poder para gestionar una sociedad conforme a sus intereses, bien sea en base a los estatutos o a cualquier otro documento

Por otra parte que en principio no sería considerada controlada por residentes, será tratado como tal si: Dos personas controlan el conjunto de la sociedad. Una de ellas es residente en el Reino Unido y posee al menos el 40%, de intereses, derechos o poderes del conjunto. La otra persona no es residente a efectos fiscales en el Reino Unido y detenta al menos el 40% (pero no más del 55%) de los intereses, derechos o poderes que las dos personas detentan conjuntamente.

166 Sociedades en régimen privilegiado.-En cuanto a considerar que una sociedad no residente esta en un lugar de fiscalidad privilegiada, dependerá que de que el gravamen soportado sea inferior al 25% al que le correspondería en el Reino Unido. En la práctica afectara a los países con una tasa inferior o igual al 22,5% dado que en el reino Unido, el tipo aplicable es del 30% y el 19% para las compañías pequeñas "Small Companies".

Del mismo modo debemos indicar que las plusvalías obtenidas por la CFC no están sujetas por lo que no pueden ser gravadas en el Reino Unido.

Exclusiones de la reglamentación de la CFCs .-

La reglamentación preventiva hacia las CFC no se aplicara en las situaciones siguientes:

a) Cuando tienen una política de distribución aceptable.

Las CFCs que tengan una actividad comercial (trading companies) deben distribuir a sus accionistas al menos el 90% de los beneficios disponibles en el plazo de 18 meses siguientes al fin del ejercicio, en el curso del cual hayan sido realizados.

La misma regla se aplica a las otras CFCs calificadas como (non trading companies) en la misma proporción es decir el 90% de los beneficios imponibles excluidos las plusvalías y los impuestos satisfechos en el extranjero a partir de los ejercicios abiertos a partir de diciembre de 1993.

En esta disposición se basa en el régimen específico de las sociedades controladas por un pequeño número de propietarios (close companies) En efecto estos últimos son gravados como accionistas sobre una parte de los beneficios no distribuidos.

La filosofía de esta primera excepción del régimen de las CFCs es que los dividendos distribuidos a los accionistas británicos serán gravados, en todo caso en el Reino Unido. La ley de finanzas para 1999-2000 ha introducido una disposición que intenta terminar con esquemas que permitan transferir la propiedad de una filial británica a una CFC. A partir de 1999 las distribuciones operadas por una CFC no se consideran como política de distribución aceptable, si se trata de redistribuciones de dividendos de fuente británica que no hayan sido tomados en cuenta para el cálculo de los beneficios de la CFC imponibles localmente.

b) Sociedades cotizadas.-

Por analogía con otra regla que prevalece con las “close companies”, las sociedades en que las acciones estén en manos de particulares y coticen en Bolsa y representen más del 35% de los derechos de voto esta excluidas del campo de aplicación de las CFCs.

c) Se trate de actividades no sujetas.-Se requieren cuatro condiciones:

- Que tengan presencia real en los países de residencia (por ejemplo tener un local comercial y un número suficiente de asalariados, y no una presencia formal reducida a una simple dirección postal.
- Que su actividad principal no consista en el leasing, colocación de fondos, la gestión de participaciones o derechos de la propiedad industrial y que no se trate de sociedades re facturadoras.
- Que las actividades ejercidas no se reduzcan esencialmente a operaciones de negocio de mercaderías con sus socios residentes en el Reino Unido.
- Que una parte sustancial de los rendimientos de la sociedad no sea representados por dividendos obtenidos por la CFC salvo en el caso de que se trate de una sociedad Holding.

d) Inversores de buena fe

La legislación sobre la CFCs no se aplica cuando se trate de filiales extranjeras de empresas británicas cuando su localización no esté motivada para la evasión fiscal.

Está claro que es difícil de apreciar caso por caso los inversores en el extranjero de buena fe. Es por lo que el fisco británico ha publicado una lista de países (modificada en 1993). A diferencia de lo que han hecho estados como Alemania, Francia Japón o España, la primera parte de esta lista no menciona los paraísos fiscales pero enumera los países que están excluidos del campo de aplicación de la CFCs, mientras que la segunda lista si considera una serie de países que han instaurado regímenes considera-

dos como privilegiados por el Reino Unido y para los que se aplica la legislación de las CFCs.¹⁶⁷

Sin embargo el R.U. en su ánimo de obtener inversiones, y de ofrecer mejores condiciones fiscales ha revisado la normativa de las CFCs de tal forma que si las sociedades que reciben rentas del extranjero cumplen algunas de las siguientes condiciones no se les aplicaría las normas de la transparencia fiscal.¹⁶⁸

- Actividades; esta condición se cumpliría en el caso que la dirección de la CFC no se lleve desde el R.U.
- Capacidad; esta condición concurriría si en el caso de que las actividades desarrolladas en el R.U. se paralizaran, la CFC tuviera capacidad para seguir funcionando.
- Propósito Fiscal; este requisito se cumpliría en el caso de que los acuerdos llevados a cabo con “CFC” no tuvieran como propósito último minorar la tributación en el R.U.

No obstante hay que recordar que dentro del territorio británico, coexisten auténticos paraísos fiscales, como la Isla de Man, y las Islas del Canal, con regímenes fiscales privilegiados. El gobierno del Reino Unido pretende llevar a cabo una consulta que ponga fin al vacío legal que permite a tiendas como Amazon, Play, Cavi, Te Huta o HMV ven-

167 La legislación sobre la CFCs no se aplica cuando la sociedad en cuestión no ha distribuido más de 20.000 libras de beneficio imponible en el curso de ejercicio. No hay disposiciones que prevean la reducción de esta cifra en el supuesto de que se trate de varias sociedades ligadas. Se sube la cifra a 50.000 libras a partir de 1999.

168 Desde el ejercicio 2012

der y exportar videojuegos y hardware a precios muy inferiores a la competencia. Todas estas empresas operan desde la isla de Jersey, lo que les permite evadir impuestos, comprar grandes cantidades de objetos y así realizar ofertas inmejorables que tiendas del Reino Unido y por supuesto tiendas del resto de Europa (169)

2.4.4. Luxemburgo.

Es un país miembro de la Unión Europea, está situado en la vertiente centro-oeste de Europa. Está constituido por dos regiones naturales y cuenta con 3 distritos y 12 cantones. Tiene un área de 2,586 kms cuadrados y una población de más de 457 mil habitantes. Su capital es Luxemburgo y su moneda oficial el euro (EUR). Cuenta con distintos idiomas, entre ellos alemán y francés.¹⁷⁰

Luxemburgo es un centro de servicios financieros de gran prestigio. El sector de la banca offshore y de servicios financieros tiene una experiencia de muchos años y se encuentra debidamente regulado. Este país goza de una reputación excelente en lo que se refiere a confidencialidad y privacidad. El impuesto de sociedades efectivo es del 30,38%, no obstante, existen ventaja fiscales para determinadas sociedades.

169 .En mayo de 2011 el gobierno británico, de la mano del canciller George Osborne, examinó esta práctica que, según palabras del propio político, “supone una continua comercialización y uso de planes de evasión de impuestos muy agresivos”. Dicho vacío legal se aplica solo a los objetos por debajo de las 18 libras, los cuales no pagan el 20% de impuestos que cualquier tienda del país está obligada a aplicar. Está claro que la importación no solo afecta a las distribuidoras (que con más frecuencia, lanzan sus títulos al mercado sin todos los idiomas disponibles en el DVD o Blu-Ray; impidiendo así la importación), sino también al gobierno británico, que con el cambio en la legislación de impuestos podría percibir hasta 4 mil millones de libras en los próximos cuatro años.Ref

[http://www.hardgame2.com/www/noticia/60747/La importacion de videojuegos de sde el Reino Unido y sus paraísos fiscales a inves](http://www.hardgame2.com/www/noticia/60747/La_importacion_de_videojuegos_de_sde_el_Reino_Unido_y_sus_paraísos_fiscales_a_inves) 20110919

170<http://www.muchapasta.com/b/paraísos%20fiscales/Luxemburgo.php#> 2013 0805

Alberga más de doscientos bancos y más de 1.800 fondos de inversión. Su principal ventaja es la favorable fiscalidad para inversores y sociedades. Aunque esté en pleno corazón de la Unión Europea, los no residentes de Luxemburgo no pagan impuestos sobre la renta, ganancias de capital ni transmisiones patrimoniales.

La ley impide a las autoridades de otros países investigar a sus clientes a menos que existan pruebas de actividad criminal. Para acceder a servicios bancarios especiales hay que partir de sumas considerables.

En 2014 se ha destapado un escándalo, al conocerse los acuerdos secretos entre la administración Luxemburguesa y considerable número de grandes compañías¹⁷¹ para ubicar en el país la matriz de los grupos en la Unión Europea a cambio de un favorable trato en la tributación de los beneficios (menos del 1%).¹⁷²

Hay 2 tipos de sociedades importantes a mencionar en Luxemburgo; La Sociedad Patrimonial¹⁷³ de 1929 (Holding Company), que debe tener un capital social mínimo de 31,000 EUR y la Sociedad de Participación Financiera¹⁷⁴ de 1990 (Societe de Participation Financiere – Soparfi) que debe tener un capital social mínimo de 31,000 EUR.

171 Siendo las principales compañías implicadas; HSBC, Dexia, Oaktree, Hines, Palamon, Douhty Hanson, el Fondo soberano de Abu Dabi, Pepsi, Ikea, Burberry, Amazon, British American Tobacco y Mc Graw Hill (Standard&Poors)

172 Los acuerdos fueron negociados entre 2002 y 2010 por PricewaterhouseCoopers mediante “rulings” con la administración fiscal luxemburguesa.

173 La Sociedad Patrimonial tiene la forma jurídica de una SA, y se rige por la Ley del 31 de Julio de 1929. Necesita como mínimo 2 accionistas, cuyos detalles aparecen en el registro. Necesita también 3 directores, que no necesitan residir en Luxemburgo. Este tipo de sociedades están autorizadas a emitir acciones registradas, al portador, de preferencia y con o sin derecho a voto.

174 La Sociedad de Participación Financiera necesita como mínimo 2 accionistas, cuyos detalles no aparecen en el registro. Necesita también 3 directores, que no deben residir obligatoriamente en Luxemburgo. Este tipo de sociedades están autorizadas a emitir

Tanto la Sociedad Patrimonial como la Sociedad de Participación Financiera tienen la obligación de preparar y presentar cuentas auditadas. La Sociedad Patrimonial o Holding de 1929 está exenta de impuestos y sus actividades están restringidas a la posesión de acciones y ciertas otras inversiones. Los únicos impuestos que pagan son del 0.2% del capital pagadero cada año y del 1% del registro de capital inicial y sucesivos aumentos.

La Sociedad de Participación Financiera, Soparfi, es una sociedad sujeta al impuesto sobre sociedades, que tiene la obligación de pagar las tasas normales de impuestos y puede acceder a los beneficios de los convenios de doble imposición. El único impuesto que paga es del 1% del registro de capital inicial y sucesivos aumentos.

La Soparfi, como sociedad holding, se puede beneficiar de la exención por los dividendos y ganancias de capital que reciba de alguna filial en la que tenga una participación del 10% en los últimos 12 meses. Se puede obtener igualmente la exención en los dividendos percibidos cuando no se alcanza una participación del 10%, pero el precio de adquisición es de 1,2 millones de Euros, y en las ganancias de capital cuando el precio de adquisición es de 6 millones de euros.

Este tipo de sociedad puede realizar actividades comerciales, financieras e industriales

Para Andreu¹⁷⁵, Luxemburgo es el destino del futuro para los fondos de inversión y las SICAV'S españolas. "De los 15.000 fondos que se comercializan en Europa, 13.000 están ya domiciliados en Luxemburgo."¹⁷⁶

acciones registradas, al portador, de preferencia y con o sin derecho a voto. Esta sociedad es normalmente creada como una Sociedad Holding, si desea tener actividad, es necesario obtener autorización para hacer negocios.

175, Director de agentes y EAFIs de Andbank España

Vamos a ver a continuación, un verdadero paraíso fiscal reconocido en todas las listas y es un ejemplo de paraíso Gibraltar, que por su proximidad a España es muy utilizado, por los inversores de nuestro país, para después aproximarnos a otros tres clásicos que por sus volúmenes de inversión figuran en el top de los centros financieros cuales son Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán e Isla Mauricio, para finalizar con un paraíso que goza de patente de corso internacional ubicado en EEUU y nuevo paradigma de paraíso cual es el estado americano de Delaware.

2.4.5. Gibraltar

Vamos a analizar el caso de Gibraltar, que por su proximidad y su tradición de centro offshore y paraíso fiscal, lo configuran como un modelo de este tipo de operaciones internacionales en la planificación fiscal internacional.

Gibraltar es una península en el extremo sur de España, con una superficie de aproximadamente 7 kilómetros cuadrados. Está al lado de África aún en Europa, y tiene una posición históricamente estratégica en el cruce del Atlántico y el Mediterráneo.

Población; la población de Gibraltar es de aproximadamente 30.000 habitantes, aunque un número sustancial de la población activa acude a diario al trabajo desde las

176 Según este experto, el país está correctamente instrumentado para que no se produzcan duplicidades fiscales. "La estabilidad fiscal es una de sus mayores ventajas", comenta. Andreu añade, además, que el país está preparado para acoger traspasos de fondos, algo que en otros mercados internacionales no puede hacerse, porque no cuentan con la tecnología oportuna. "En Luxemburgo se puede invertir en SICAV's, SIF's (Special Investments Funds) y fondos UCITS (con pasaporte europeo). Todos ellos son vehículos fiscalmente eficientes", apunta Andreu. De hecho, Luxemburgo ocupa el segundo lugar en el ranking mundial por volumen de activos financieros gestionados. Administra un capital de 2,1 billones de euros, sólo superado por Estados Unidos.

casas cercanas en España. Un número de marroquíes, los expatriados británicos e indios viven en Gibraltar.

Gibraltar es un miembro de la Unión Europea en virtud del artículo 227 párrafo 4 del Tratado de Roma, en su calidad de territorio de cuyas relaciones exteriores asume un Estado miembro (Reino Unido) es el responsable.¹⁷⁷

En 1830, Gibraltar se convirtió en colonia de la Corona, con poder legislativo que reside en un Gobernador, Su Carta de Justicia creó un Poder Judicial independiente. Gibraltar es ahora un territorio dependiente del Reino Unido, con autonomía interna sobre la base de una Constitución de 1969. El Reino Unido sigue siendo responsable de la defensa, asuntos exteriores y seguridad interna.

Gibraltar tiene su propia Casa de la Asamblea, compuesta por quince miembros elegidos y dos miembros designados. Los dos principales partidos son el Partido Laborista Socialista de Gibraltar y los demócratas –sociales de Gibraltar.

El Primer Ministro que es nombrado por el Gobernador preside el Consejo de Ministros que se encargan de cuestiones como el comercio, el desarrollo económico, educación, servicios públicos y vivienda.

Gibraltar es políticamente estable y una colonia británica desde 1704 sus sistemas jurídicos se basan en el modelo Inglés, aunque por supuesto la legislación comunitaria se aplica en la mayoría de las áreas. Hay tres niveles de Corte, y un Tribunal de Apelación.

177 Gibraltar tiene un estatuto especial dentro de la Comunidad y está exenta del arancel aduanero común, la Política Agrícola Común y de Impuestos al Valor Añadido, Gibraltar es políticamente estable y el Gobierno actual promueve activamente Gibraltar como un centro de primera clase financiera internacional.

En diciembre de 2006, los gibraltareños han aceptado una nueva Constitución¹⁷⁸ para su jurisdicción, con el objeto dar una mayor autonomía del Reino Unido sobre sus propios asuntos internos

Gibraltar y España.-

España y Reino Unido han puesto en duda el estatus de Gibraltar durante casi 300 años, pero en abril de 2000, ambos gobiernos acordaron poner el tema de la soberanía a un lado y trabajar en cooperación en las tareas administrativas. En efecto, España accedió a aceptar la situación de Gibraltar en la Unión Europea, una cuestión sobre la que España había luchado durante muchos años.

A pesar de ese acuerdo, sin embargo, se propugnó por el Ministerio de Asuntos Exteriores español, la soberanía compartida de Gibraltar con el fin de que la Roca viniera a la soberanía española después de un período de tiempo.¹⁷⁹

178 La Constitución, fue aprobada en abril de ese año por el entonces secretario de Relaciones Exteriores del Reino Unido, Jack Straw, y Peter Caruana, y entre los dos principales partidos políticos de Gibraltar, El Reino Unido mantiene la responsabilidad internacional de Gibraltar. Sin embargo, la nueva constitución cede ciertos poderes que estaban anteriormente en posesión del gobierno británico de Gibraltar, y permite que la jurisdicción tenga su propio sistema judicial independiente.

179 A mediados de 2003 estaba claro que el estancamiento secular entre Gran Bretaña y España habían sido re-establecidos, y el ministro del Foreign Office británico en el momento, Denis MacShane sugirió que era poco probable que sea una solución a la cuestión de Gibraltar, por lo menos en treinta años. En 2004, después de la resistencia de España, Gibraltar fue incorporado en una circunscripción parlamentaria europea del Reino Unido, y sus ciudadanos votaron en consecuencia en las elecciones de 2004 MEP. El gobierno español recurrió, sin embargo, y en julio de 2005, comenzó una audiencia en el Tribunal de Justicia Europeo. Los españoles argumentaron que la legislación británica rompió el tratado fundacional de la entonces Comunidad Europea, ya que permite, que no europeos, ciudadanos de la Commonwealth voten en las elecciones de la UE. España también cree que el Reino Unido actuó de manera ilegal mediante la incorporación de Gibraltar en la circunscripción electoral occidental del sur del Reino Unido a los efectos de las elecciones europeas. Jack Straw y su homólogo español en el momento, Miguel Ángel Moratinos, hizo otro intento para resolver la cuestión de

En septiembre de 2006, un acuerdo sobre una serie de cuestiones pendientes relacionadas con Gibraltar se alcanzó entre el ministro del Reino Unido para Europa, Geoff Hoon, ministro español de Exteriores Miguel Ángel Moratinos y el Ministro Principal de Gibraltar, Peter Caruana. Las áreas cubiertas por los acuerdos incluían la ampliación del uso del aeropuerto de Gibraltar, la plena inclusión de Gibraltar en las medidas de la UE la liberalización del aire, el reconocimiento por España de Gibraltar del '350 'código internacional de llamadas y el desbloqueo por parte de España de Gibraltar teléfono móvil en itinerancia en España. Sin embargo, las relaciones parecían estar deteriorándose de nuevo en marzo de 2008, cuando un informe publicado en la prensa española sugirió que el gobierno español estaba considerando pedir a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) colocar Gibraltar en su "lista negra" de paraísos fiscales no cooperativos .¹⁸⁰

Las cosas parecían estar mejorando en 2009, cuando el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Reino de España, Miguel Ángel Moratinos, el secretario de Estado de Relaciones Exteriores y del Commonwealth del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, David Miliband, y el Ministro Principal de Gibraltar, Sr. Peter Caruana, celebraron la Tercera Reunión Ministerial del Foro de Diálogo en Gibraltar el 21 de julio de 2009, en los términos del comunicado conjunto del 16 de diciembre de

la soberanía en noviembre de 2004, cuando se reunieron en Madrid. Como resultado de la discusión, Straw y Moratinos acordaron discutir la creación de un nuevo foro para el diálogo que tendrá una agenda abierta y en el que Gibraltar podría exponer sus planteamientos en igualdad.

180 En un artículo de dos páginas publicado por el diario español El País, el gobierno español acusó a Gibraltar de manera directa de ayudar a facilitar el lavado de dinero y la evasión fiscal a través de su reticencia en las solicitudes españolas de asistencia en investigaciones sobre fraude y fiscal. El Primer Ministro de Gibraltar, Peter Caruana desestimó las acusaciones españolas, contando al periódico diario en el Reino Unido Telegraph: "Si el gobierno español está diciendo que las autoridades de Gibraltar no están cooperando con España en la forma de cooperar con otros países, entonces eso es simplemente falso. "

2004. Como se anunció en Londres, más participantes confirmaron su compromiso con la creación de una atmósfera constructiva de confianza mutua y la cooperación para el beneficio y prosperidad de Gibraltar y toda la región, haciendo especial hincapié en que la cooperación y la confianza mutua debe ser la norma entre Gibraltar y España.

El Gobierno de Gibraltar emitió un comunicado y una declaración, dando la bienvenida al progreso en las discusiones en una atmósfera cordial y constructiva. Anunció que se han logrado avances en seis áreas esbozó por primera vez durante la reunión de Londres 2008, es decir, el medio ambiente, servicios financieros y fiscalidad, justicia, cooperación aduanera y policial, educación, comunicaciones marítimas y seguridad, y cuestiones relacionadas con los visados.

En lo que respecta a la cooperación en servicios financieros y fiscalidad, España y Gibraltar destacaron su deseo de establecer las líneas normales y los métodos de cooperación incluida el intercambio de información en materia fiscal para ayudar en la investigación de delitos fiscales. Los países también acordaron establecer un enlace y el intercambio entre las autoridades reguladoras, y aumentar la cooperación sobre cuestiones fiscales y la lucha contra el blanqueo de capitales y políticas.¹⁸¹

En mayo de 2010, Peter Caruana destacó la disposición del territorio para entrar en un Acuerdo de Intercambio de Información Tributaria con España tan pronto como fuera posible.

181. "Hemos acordado que debe haber plena cooperación en el objetivo común de luchar contra el crimen ya sea local o internacional, y afrontar el reto particular del crimen organizado", señala el comunicado, y agregó: "El marco detallado que hemos aprobado hoy por lo tanto, enumera una serie de áreas en las que vamos a buscar acuerdos para asegurar que esto ocurra, incluido el intercambio de información, operaciones conjuntas, los canales simplificados y claros de comunicación y los procedimientos acordados. "

Gibraltar ya ha concluido un total de dieciocho TIEAs, clasificándolo la OCDE como un territorio que ha implementado sustancialmente los estándares acordados a nivel internacional en materia de transparencia e intercambio de información.

Mientras que las autoridades españolas han dicho que el acuerdo facilitará los esfuerzos hacia la reducción de la evasión de impuestos, el TIEA no se espera que disuada a las empresas de registrarse en Gibraltar. De hecho, el nuevo régimen de Gibraltar, el 10% del impuesto sobre sociedades, que entró en vigor a finales de 2010, es mucho más favorable que el español que es del 30%.

En 2012 España ha denunciado ante la Unión Europea el nuevo régimen fiscal de Gibraltar. El Gobierno alega ante la Dirección General de la Competencia de la CE que la normativa del Peñón vulnera los tratados y favorece el 'dumping fiscal'. El Gobierno español ha recurrido ante la Comisión Europea (CE) el nuevo régimen fiscal de la colonia (el denominado Income Gibraltar Act 2010), por considerar que es incompatible con la legislación comunitaria.¹⁸²

En su demanda ante la Comisión Europea, España alega que el régimen fiscal gibraltareño encubre un sistema de ayudas de Estado incompatible con los tratados europeos. En concreto, el nuevo régimen fiscal reduce del 22% al 10% el impuesto de sociedades —frente al 30% como media imperante en España— y se aplica solo sobre los ingresos generados o procedentes de Gibraltar, lo que beneficia a las empresas que registran su domicilio fiscal en la colonia pero desarrollan su actividad en España.

182. La demanda española se presentó 1 de junio de 2012, ante la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, que depende del comisario español Joaquín Almunia. Sin embargo, el departamento de Asuntos Exteriores no ha querido hacerla pública para no dificultar las negociaciones que mantienen los pescadores de la bahía de Cádiz y las autoridades del Peñón para volver a faenar en sus aguas circundantes, recuperando un acuerdo de 1999 que el nuevo ministro principal gibraltareño, Fabian Picardo, anuló unilateralmente en marzo.

Aunque hace años que las autoridades gibraltareñas proclaman que el Peñón ha dejado de ser un paraíso fiscal, hay pocas dudas de que el nuevo régimen impositivo busca fomentar la deslocalización de empresas con el anzuelo de las ventajas fiscales. Es decir, del dumping fiscal.¹⁸³

El nuevo régimen fiscal gibraltareño entró en vigor el 1 de enero de 2011, pero el Gobierno español no lo ha denunciado hasta ahora; entre otras razones, porque el Ministerio de Asuntos Exteriores quería esperar a que los tribunales europeos sentasen jurisprudencia sobre el régimen fiscal gibraltareño de 2002. España ya denunció en su día este régimen, que nunca llegó a entrar plenamente en vigor, ante la Comisión Europea, que le dio la razón, al considerar que el sistema previsto por el Peñón era selectivo desde el punto de vista regional, ya que imponía un tipo de impuesto de sociedades inferior al previsto en Reino Unido (que actualmente tiene un tipo medio del 24%); y material, pues favorecía a las compañías sin actividad real en la colonia. El Tribunal de Primera Instancia de la UE falló en 2008 a favor de Gibraltar, al reconocerle la capacidad para tener fiscalidad propia, pero una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la UE revocó la anterior en noviembre de 2011.¹⁸⁴

183. En la presentación oficial del Income Tax Act 2010 (ley de impuestos sobre ingresos) se dice sin ambages que, "combinada con la ausencia de impuestos sobre los beneficios del capital y de cualquier tipo de tasa sobre el patrimonio o las propiedades inmobiliarias, la abolición de impuestos sobre prácticamente todas las inversiones es un poderoso atractivo para aquellos ciudadanos o compañías que deseen relocizarse desde jurisdicciones con mayor presión impositiva".

184. La reforma de 2002 comprendía la derogación del antiguo sistema fiscal y el establecimiento de tres impuestos aplicables a todas las sociedades de Gibraltar, que consistían en una tasa de registro, un impuesto sobre el número de empleados y un impuesto por superficie ocupada, debiendo tenerse en cuenta que la carga impositiva correspondiente a los dos últimos impuestos no podría ser superior al 15% de los beneficios.

La Comisión decidió en el año 2004 que las propuestas notificadas para la reforma del sistema del impuesto de sociedades en Gibraltar constituían un régimen de ayudas de Estado incompatible con el mercado común y que, en consecuencia, dichas propuestas

Gibraltar y la Unión Europea

Gibraltar ha tenido una relación conflictiva con la UE, que la considera como una parte metropolitana del Reino Unido y le gustaría ver a sus bajos impuestos, 'offshore', abolidos. La Reforma impositiva de 2002 fue rechazada por la U.E.

no podían ser aplicadas. Además, consideró que la reforma propuesta era selectiva desde el punto de vista regional, en la medida en que instauraba un sistema que gravaba a las sociedades de Gibraltar generalmente con un tipo inferior al del Reino Unido.

*A raíz de los recursos interpuestos por el Gobierno de Gibraltar y por el Reino Unido, el Tribunal de Primera Instancia anuló la decisión de la Comisión. En su sentencia, dicho tribunal estimó que la Comisión no había seguido un método de análisis correcto en relación con la selectividad material del proyecto de reforma. En este contexto, la Comisión y España interpusieron sendos recursos de casación ante el Tribunal de Justicia al objeto de obtener la anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia. El Tribunal de Justicia estima que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al considerar que el proyecto de reforma fiscal no confiere ventajas selectivas a las sociedades extraterritoriales. El Tribunal de Justicia estima que la selectividad existe cuando, como en el presente caso, los criterios de imposición adoptados por un sistema fiscal permiten caracterizar a las empresas beneficiarias en virtud de sus propiedades específicas como una categoría de empresas privilegiada. De este modo, el Tribunal de Justicia observa que el régimen fiscal de Gibraltar conduce a una imposición que depende del número de trabajadores y del tamaño de los locales ocupados. Debido a la inexistencia de otras bases imponibles, la combinación de esas dos bases imponibles (que se basan en criterios, por sí mismos, de carácter general), excluye totalmente de cualquier imposición a las sociedades extraterritoriales, pues éstas no tienen empleados y tampoco ocupan local alguno. Estos criterios llevan a cabo por tanto una discriminación entre sociedades que se encuentran en una situación comparable a la luz del objetivo perseguido por el proyecto de reforma fiscal, a saber, el establecimiento de un sistema general de imposición para todas las sociedades establecidas en Gibraltar. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia concluye que el hecho de que las sociedades extraterritoriales no estén sujetas a la imposición, precisamente debido a las características propias y específicas de dicha categoría, permite considerar que aquéllas se ven favorecidas por ventajas selectivas (17 de noviembre de 2011. **Servimedia**. Madrid).*

Gibraltar anunció que se había establecido de plazo hasta 2010 (2007 para las nuevas empresas) para eliminar su régimen de exención del impuesto de sociedades después que la Comisión Europea dictaminara que el régimen infringía la normativa sobre ayudas estatales de la UE. Pero en respuesta, se anunciaron otros cambios importantes al régimen de impuesto de sociedades de Gibraltar, en el discurso de ministro principal Peter Caruana en junio del 2007.¹⁸⁵

El Tribunal desestimó el caso de la Comisión de la UE, y señaló que aunque el Reino Unido es representante de Gibraltar, Gibraltar, sin embargo, tienen autonomía fiscal del Reino Unido, y por lo tanto, puede introducir su propio sistema de impuestos

A mediados de 2010, el nuevo régimen era firme, y desde el 1 de enero de 2011, se establecía una tarifa plana de 10% de impuestos sobre las empresas residentes y no residentes en la Ley de Impuesto sobre la Renta nuevo.¹⁸⁶

Esta situación había sido denunciada como ya hemos visto anteriormente, por la Comisión de la UE, y recurrida, aunque la perdió en primera instancia.

No obstante el 15 de noviembre de 2011, La Gran Sala del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, anula la sentencia del Tribunal de Primera Instancia y confirma la Decisión de la Comisión de no autorizar al Reino Unido a ejecutar el proyecto de reforma del impuesto de sociedades de Gibraltar de 2002.

185 Sr. Caruana explicó que: "A mediados de 2010 el Gobierno introduciría una tasa impositiva corporativa baja. Esta es muy probable que se fijara en un 10%, pero en todo caso no superior al 12% Esto será similar a los acuerdos que ya existen en Irlanda, Chipre, Malta y otros países de la UE. "

186 . En octubre de 2010 Peter Caruana, en declaraciones a periodistas mientras asistía a la conferencia anual del Partido Laborista del Reino Unido en Manchester, dijo que Gibraltar había reformado con éxito el territorio, en un centro líder en servicios financieros, con el abandono de la imagen de "paraíso fiscal" europeo.

En agosto de 2002, el Reino Unido notificó a la Comisión la reforma prevista por el Gobierno de Gibraltar en relación con el impuesto de sociedades.¹⁸⁷

En 2004, la Comisión decidió, que las propuestas notificadas para la reforma del sistema del impuesto de sociedades en Gibraltar constituían un régimen de ayudas de Estado incompatible con el mercado común y que, en consecuencia, dichas propuestas no podían ser aplicadas¹⁸⁸

A raíz de los recursos interpuestos por el Gobierno de Gibraltar y por el Reino Unido, el Tribunal de Primera Instancia anuló la Decisión de la Comisión el 18 de diciembre de 2008.¹⁸⁹

187 Dicha reforma comprendía, en particular, la derogación del antiguo sistema fiscal y el establecimiento de tres impuestos aplicables a todas las sociedades de Gibraltar, a saber: una tasa de registro, un impuesto sobre el número de empleados y un impuesto por superficie ocupada (business property occupation tax, "BPOT"), debiendo tenerse en cuenta que la carga impositiva correspondiente a los dos últimos impuestos no podría ser superior al 15 % de los beneficios.

188 . En efecto, la Comisión consideró que tres aspectos de la reforma fiscal eran selectivos desde el punto de vista material: 1) el requisito de que las empresas obtuvieran beneficios antes de estar sometidas al impuesto sobre el número de empleados y al BPOT, ya que este requisito favorecería a las empresas que no lograsen beneficios; 2) el límite máximo del 15 % de los beneficios aplicado a efectos del impuesto sobre el número de empleados y del BPOT, ya que dicho límite máximo favorecería a las empresas que para el ejercicio fiscal de que se trate tuviesen beneficios bajos en relación con su número de empleados y los locales que ocupan; 3) el impuesto sobre el número de empleados y el BPOT, ya que ambos impuestos favorecerían, debido a su naturaleza, a las sociedades extraterritoriales que no tuviesen presencia real en Gibraltar y que, por ello, no son sujetos pasivos del impuesto de sociedades. Además, consideró que la reforma propuesta era selectiva desde el punto de vista regional, en la medida en que instauraba un sistema que gravaba a las sociedades de Gibraltar generalmente con un tipo inferior al del Reino Unido.

189 . En su Sentencia, dicho Tribunal estimó que la Comisión no había seguido un método de análisis correcto en relación con la selectividad material del proyecto de

180

En este contexto, la Comisión y España interpusieron los presentes recursos de casación ante el Tribunal de Justicia al objeto de obtener la anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia.

El Tribunal de Justicia estima que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al considerar que el proyecto de reforma fiscal no confiere ventajas selectivas a las sociedades extraterritoriales. En efecto, el Tribunal de Justicia considera que una carga fiscal diferente resultante de la aplicación de un régimen fiscal “general” no basta, en sí misma, para demostrar la selectividad de una imposición. Sin embargo, estima que esta selectividad existe cuando, como en el caso de autos, los criterios de imposición adoptados por un sistema fiscal permiten caracterizar a las empresas beneficiarias en virtud de sus propiedades específicas como una categoría de empresas privilegiada.¹⁹⁰

reforma. En efecto, según el Tribunal de Primera Instancia, para demostrar el carácter selectivo del régimen fiscal en cuestión, la Comisión habría debido demostrar que algunos de sus elementos revestían un carácter excepcional con respecto al régimen común o “normal” de Gibraltar. De este modo, la Comisión no podía, como hizo en su Decisión, considerar selectivas, medidas fiscales generales habida cuenta de sus efectos. Además, el Tribunal de Primera Instancia consideró que el marco de referencia para apreciar la selectividad regional de la reforma correspondía exclusivamente a los límites del territorio de Gibraltar, y no a los del Reino Unido.

190 . De este modo, el Tribunal de Justicia observa que el régimen fiscal de Gibraltar se caracteriza, en particular, por la combinación del impuesto sobre el número de empleados y del BPOT como únicas bases imponibles, lo que conduce a una imposición que depende del número de trabajadores y del tamaño de los locales ocupados. Debido a la inexistencia de otras bases imponibles, la combinación de esas dos bases imponibles (que se basan en criterios, por sí mismos, de carácter general), excluye totalmente de cualquier imposición a las sociedades extraterritoriales, pues éstas no tienen empleados y tampoco ocupan local alguno. Estos criterios llevan a cabo por tanto una discriminación entre sociedades que se encuentran en una situación comparable, de acuerdo con el objetivo perseguido por el proyecto de reforma fiscal, a saber, el esta-

181

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia concluye que la circunstancia de que las sociedades extraterritoriales no estén sujetas a imposición en Gibraltar no es una consecuencia aleatoria del régimen de que se trata, sino la consecuencia del hecho de que los dos impuestos sobre sociedades (en particular, sus bases imponibles) estén precisamente concebidos de forma que las sociedades extraterritoriales, que por su naturaleza, no tienen empleados ni ocupan locales, no estén sujetas a imposición. En consecuencia, el hecho de que las sociedades extraterritoriales no estén sujetas a la imposición, precisamente debido a las características propias y específicas de dicha categoría, permite considerar que aquéllas se ven favorecidas por ventajas selectivas.

En particular, el Tribunal de Justicia recuerda que, contrariamente al razonamiento seguido por el Tribunal de Primera Instancia, la calificación de un sistema fiscal como “selectivo” no está supeditada al hecho de que esté concebido de forma que el conjunto de empresas estén sujetas a las mismas cargas fiscales, pero algunas de ellas se beneficien de normas que establezcan excepciones y les concedan ventajas selectivas. Tal interpretación del criterio de selectividad presupondría que, para que un régimen fiscal pudiera calificarse de selectivo, debería estar concebido con arreglo a una determinada técnica jurídica. Este enfoque daría lugar a que las normas fiscales nacionales no estuvieran sujetas al control en materia de ayudas de Estado por el mero hecho de haber recurrido a otra técnica jurídica aunque produjesen los mismos efectos.

En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia decide anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia y confirmar la Decisión de la Comisión, que considera que el proyecto de reforma fiscal constituye un régimen de ayudas de Estado que el Reino Unido no está autorizado a ejecutar.

blecimiento de un sistema general de imposición para todas las sociedades establecidas en Gibraltar.

La facilidad de constitución de empresas en Gibraltar.-

Había en Gibraltar dos tipos principales de empresas: Empresa “no residente” y la Compañía Residente. Pero a partir de 1 de julio 2003, debido a la reforma, la división entre empresas residentes y no residentes en Gibraltar se suprime.

El Gobierno de Gibraltar anunció la introducción de una tasa cero del impuesto sobre los beneficios de la empresa para todas las empresas de Gibraltar ya sean locales o internacionales, si están haciendo negocios a nivel local o en el extranjero.

El principal beneficio de esta nueva ley es que los terceros (es decir, las autoridades extranjeras) no será capaz de distinguir entre las empresas "offshore" y "onshore". Se esperaba acabar en la reforma legislativa con la discriminación que estas empresas tenían. Sin embargo la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 15 de noviembre de 2011, puede dar al traste con esta reforma.

Las empresas Gibraltareñas.-

Las empresas de Gibraltar se utilizan fundamentalmente para el mantenimiento de la propiedad, la actividad comercial y de re-facturación, y para actuar como empresas de inversión.

Desde el momento de la solicitud, la incorporación de una sociedad de Gibraltar normalmente lleva unos 5 días, la mayoría de ellas tomadas por el Registro de Sociedades. La certificación adicional (Notario y Apostilla) puede tardar unos 2 ó 3 días más.

Incorporación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Ltd) al Registro: Hay que redactar la Escritura, los Artículos de Asociación y otros documentos obligatorios para registrar la sociedad en Gibraltar. Pagar el impuesto sobre el capital y las cuotas de registro, posteriormente los documentos será presentado en el Registro de Empresas de Gibraltar. Hay que tener un domicilio social y un administrador residente para la

sociedad en Gibraltar. Estos servicios son imprescindibles para cumplir con las mínimas normas locales. La creación de la empresa como persona jurídica se considera una vez que se ha obtenido el Certificado de Incorporación por Registro de Sociedades de Gibraltar.

Documentos; El conjunto de documentos corporativos para no residentes en Gibraltar siempre incluyen: el Certificado de Incorporación original, Escritura de Constitución, Artículos de asociación, Primer Acta (que muestra todos los nombramientos de los administradores y las asignaciones de acciones), copia de la “Declaración de Conformidad”, certificados de acciones. La documentación adicional puede incluir declaraciones o formas de transferencia de acciones, poderes notariales especiales, y resoluciones corporativas adicionales.

Nombre de la Sociedad; El nombre de la sociedad puede ser en cualquier idioma, siempre y cuando la traducción correspondiente haya sido aprobada por primera vez. El nombre debe terminar en Ltd o similar. Ciertas palabras están prohibidas tales como los nombres que sugieren el patrocinio de algún gobierno o país. La aprobación del nombre lleva menos de treinta minutos y un nombre se puede reservar durante 10 días.

Administradores; El administrador puede ser de cualquier nacionalidad. Los nombres de los directores aparecerán en registros públicos. Sólo es necesario un director. Se permiten los administradores nominativos. Es frecuente que el intermediario consiga un administrador. No es necesario el nombramiento de un administrador residente local

Accionistas; El accionista puede ser cualquier nacionalidad. Sólo es necesario un accionista. El accionista puede ser una corporación. Los accionistas nominativos están permitidos. No es necesario el nombramiento de un accionista residente local. Los nombres de los directores aparecerán en registros públicos

Secretario de la sociedad; todas las empresas de Gibraltar debe nombrar a un secretario residente, que puede ser una persona física o jurídica.

Capital Social; el capital social estándar es de 2.000 GBP £. Pueden decidirse cantidades mayores lo que implica pequeños aumentos en el impuesto sobre el capital social por pagar. No hay capital social mínimo y el capital social autorizado puede expresarse en cualquier moneda. No hay mínimo de capital social emitido, pero deberán expedirse dos acciones y dichas acciones deben tener un valor nominal. No es necesario el pago en una cuenta de acciones.

Domicilio Social; se debe tener el domicilio social en Gibraltar. Se puede adquirir una sociedad pre constituida. Todas las sociedades pre constituidas en Gibraltar se han incorporado al registro y han presentado informes anuales, si tienen más de un año de antigüedad. Están disponibles de inmediato y en posesión de toda la documentación legalmente exigible.

El procedimiento en Gibraltar para la transferencia de empresas pre constituidas, de acuerdo con las necesidades requeridas, y la antigüedad de la empresa que se solicita es el siguiente: Presentar la información básica de diligencia debida: copia del pasaporte y comprobante de domicilio; La firma de los formularios oficiales de los nuevos directores y secretario en el que dan su consentimiento para actuar. Puede tratarse de una empresa privada, que está lista para el comercio de inmediato, o puede tratarse de una empresa que tenga una antigüedad deseada.

Las sociedades establecidas están garantizadas para estar libre de cualquier deuda o responsabilidad. Se puede desear adquirir una empresa en funcionamiento por alguno de los siguientes motivos: La imagen corporativa se ve reforzada con la antigüedad. Conseguir una hipoteca para el edificio corporativo es más fácil si tiene la entidad mayor antigüedad. Otras empresas que hacen negocios con una compañía prefieren una empresa con solera y con marca acreditada, antes que una nueva marca. La creación de una historia para su negocio. Los Contratos de pujas a veces requieren una cierta

antigüedad para su empresa. La obtención de préstamos bancarios es más fácil cuando se puede demostrar que la sociedad tiene historia, la edad es lo que más importa. La obtención de tarjetas de crédito corporativas y los arrendamientos. Por ejemplo, algunas empresas informáticas y las empresas de arrendamiento sólo admiten contrataciones con sociedades que tengan 12 meses de antigüedad o más.

Queda de manifiesto la gran facilidad para la constitución de sociedades en Gibraltar, dado que en resumidas cuentas sólo se precisan:

- Sólo 5 días para constituir una LTD en Gibraltar y por un precio de unas 660 libras.
- Sólo 1 director, para una compañía Ltd.
- Directores que pueden ser de cualquier nacionalidad
- Sólo un accionista
- Accionistas que pueden ser personas físicas o jurídicas
- Esta permitido que el 100% de los accionistas sean extranjeros
- Un capital autorizado mínimo de tan sólo £ 2000

Gibraltar como centro financiero Offshore.-

Es conocido su prestigio en el mundo financiero y su experiencia en la formación y la gestión de entidades off- shore, de tenencia, de inversión y compañías de comercio, para los extranjeros y las corporaciones.

También son conocidas sus buenas condiciones fiscales. En 2005 la ley del presupuesto de Gibraltar, introdujo los cambios fiscales siguientes:

- Fue abolida la retención en los dividendos pagados por una empresa de Gibraltar a otra empresa de Gibraltar.
- Fue abolida la retención en los dividendos e intereses pagados por una empresa a un destinatario no residente;

- La necesidad de retener el impuesto de dividendos, de conformidad con el artículo 39 de la Ordenanza de Impuesto sobre la Renta fue abolida.

Gibraltar y los Fondos de inversión.

Hay un sector de gestión de inversiones vivo en Gibraltar, con más de 100 empresas con licencia de gestión de cartera a partir de 2010. Muchos de los bancos en Gibraltar también ofrecen servicios de gestión de inversiones, y también hay corredores de bolsa independiente.

En julio de 2003, el Reino Unido dio su aprobación para los derechos de pasaporte diseñado para permitir a las empresas locales realizar las inversiones en Gibraltar y para ofrecer servicios a las personas en otros estados miembros de la UE.

En diciembre de 2005, el Gobierno de Gibraltar y el Gobierno del Reino Unido firmaron un acuerdo sobre el pasaporte de servicios de inversión en el Reino Unido. El acuerdo permitió que los servicios de inversión pudiesen ser realizados por las empresas establecidas en Gibraltar con licencia para comercializar y vender sus productos y servicios en el mercado del Reino Unido.¹⁹¹

Las reformas en el impuesto de Gibraltar y la legislación sobre fondos, que ha determinado, la eliminación del régimen de sociedades exentas de impuestos como resultado de la presión de la Comisión Europea y la introducción de la experiencia del Régimen de los inversores de Fondos, han concedido a los inversionistas y sus asesores un simple y eficaz modo de planear los fondos de estructura y ha permitido a las empresas

191 . En 2005, Gibraltar introdujo fondos inversores experimentados en los servicios financieros (Fondos experimentados inversores). Se trata de fondos diseñado para profesionales, inversionistas de alto patrimonio neto o con experiencia, y la legislación ha dado lugar a un rápido aumento en el número de fondos en el territorio. El sector de fondos de cobertura también ha estado creciendo rápidamente

de Gibraltar y a los fondos acceder a los beneficios de la Directiva sobre matrices filial europea, y convertir Gibraltar en la jurisdicción de elección para la renta variable europea y los fondos privados de propiedad.⁽¹⁹²⁾

Existe un dilema clásico en cuanto a la naturaleza jurídica del Fondo (o cualquier otra estructura de inversión para el caso) y sobre los dividendos percibidos de sus empresas participadas sin estar sujetos a la doble imposición de retenciones; impuestos a nivel de empresa participada y del impuesto sobre sociedades en el fondo (o holding).

Mientras que cualquier obligación tributaria a menudo puede ser minimizada mediante el uso de los tratados fiscales y, con respecto a Europa en las empresas participadas, de acuerdo con la Directiva sobre matrices y filiales, es difícil encontrar una solución donde los beneficios de la inversión no sean gravados en la sede del domicilio de la empresa.

Jurisdicciones como Luxemburgo, los Países Bajos y Chipre se han utilizado con cierto éxito en la planificación fiscal, pero surgen diferentes problemas en cada solución. El "Sándwich holandés" en las Antillas Holandesas que se utiliza por ser una forma muy efectiva de obtener dividendos de la estructura europea sin ningún tipo de retención o gravamen del impuesto sobre sociedades, cada vez presenta más problemas en su utilización debido a los convenios de intercambio de información firmados por los países antillanos.

El uso en Luxemburgo de sociedades de cartera puede ser una solución eficaz, pero puede surgir un problema como consecuencia de la obligación en Luxemburgo de retener el impuesto sobre los dividendos a los accionistas a las empresas. Esto suele ser inaceptable para los inversores.

¹⁹² James G. Lasry abogado de Hassans firma internacional de Gibraltar

Otra solución es una estructura de dos o tres sociedades luxemburguesas por la cual las ganancias de las empresas de Luxemburgo se envían a sus inversores mediante la liquidación de la empresa y la interposición de otra compañía en su lugar. Luxemburgo no cobra impuesto de retención sobre el producto de la liquidación. Esto puede ser un método costoso para la distribución de beneficios.

Otra solución consiste en el uso de complicados préstamos de participación en beneficios que utilizan un tipo de interés que se corresponde con el nivel de ganancias sobre el capital. Los beneficios son por tanto distribuidos como pagos de intereses.

Gibraltar resulta la solución ideal para que los inversores puedan obtener dividendos de la sociedad luxemburguesa a través de una empresa o fondo establecido en una jurisdicción que, por un lado, no impone una retención a cuenta dividendos a sus inversores y por otro lado puede tomar ventaja de un mecanismo que le permite evitar la retención de impuestos sobre dividendos como resultado de un tratado tributario o la Directiva sobre matrices y filiales europeas. Los Fondos y las empresas establecidas en las Islas del Canal no tienen el acceso a la Directiva sobre matrices y filiales de las Islas del Canal no forman parte de la Unión Europea y por lo tanto deben recurrir a costosas y complicadas soluciones.

Si el fondo está ubicado en Gibraltar, y crea una subsidiaria en Luxemburgo, al fondo será de aplicación, los beneficios de los convenios fiscales con Luxemburgo, así como el acceso de la Sociedad Filial a la Directiva comunitaria entre Matriz-filial.

Como resultado, la distribución de dividendos por una sociedad pantalla en Luxemburgo a las empresas a su holding de Gibraltar no va a sufrir retención de impuestos. Por ejemplo, si el fondo invierte en una empresa alemana (como una dominante o al menos con una participación relevante como Matriz-filial según la Directiva subsidiaria), entonces la empresa alemana después de pagar los impuestos alemanes sobre sus ingresos, ya sea en los ingresos de alquiler en un edificio comercial de su propiedad o los ingresos comerciales de una empresa puede pagar sus dividendos a su matriz en

Luxemburgo sin tener que pagar ningún impuesto de retención alemán. Una vez que los dividendos de la compañía llegan a Luxemburgo, los beneficios pueden ser enviados en forma de dividendos a la Matriz de la Compañía de Luxemburgo, en Gibraltar sin sufrir ninguna retención fiscal en Luxemburgo.

En Gibraltar, los dividendos no se gravan cuando se generan a partir de los ingresos de una sociedad filial en Europa. No hay impuesto sobre las ganancias de capital, impuesto sobre el patrimonio o impuesto de bienes en Gibraltar. Además, no hay en Gibraltar retención de impuestos sobre los dividendos pagados a no residentes de Gibraltar accionistas de una empresa de Gibraltar. Los beneficios, por lo tanto, de la inversión alemana han sido efectivamente repatriados a los inversionistas en el fondo sin ningún tipo de gravamen de impuestos (con excepción del impuesto interno alemán sobre el beneficio empresarial).

La posición de Chipre es similar a la de Gibraltar, aunque muchos clientes parecen optar por la opción de Gibraltar, debido al régimen de fondos eficaz y la reputación de Gibraltar como centro financiero bien regulado. De hecho en mayo de 2007, el Fondo Monetario Internacional elogió a Gibraltar como una jurisdicción bien regulada que es superior a muchos de sus competidores más grandes. Además la debilidad del sistema chipriota ha quedado de manifiesto después de la crisis financiera de 2013.

Parte del quid pro quo con la Comisión Europea para la eliminación gradual del impuesto de Gibraltar del régimen de sociedades exentas es que la Unión Europea Comisión comunicó a los Estados miembros que la Directiva sobre matrices y filiales se debe aplicar a las sociedades de Gibraltar que tengan en ella su residencia fiscal en la forma en que se aplicaría a las empresas que son residentes fiscales en cualquier otro Estado miembro. Gibraltar esta dentro de la Unión Europea en virtud del artículo 299 (4) del Tratado de Niza,(193)y hasta hace poco, muchas jurisdicciones consideraron que, da-

193. James Lasry es director ejecutivo de una empresa dedicada a la gestión de fondos de inversión en gibraltar

do que Gibraltar no es un verdadero Estado miembro, no se podía aplicar la Directiva a las sociedades de Gibraltar. En la actualidad, algunas jurisdicciones están siendo conscientes de este hecho e incluso algunos han decidido no aplicar la Directiva a las empresas de Gibraltar en contradicción con la notificación de la Comisión.

Algunas jurisdicciones, incluyendo Luxemburgo, han considerado que si la compañía de Gibraltar tiene acreditada su residencia fiscal en Gibraltar y si tiene una participación relevante en una sociedad luxemburguesa, las autoridades luxemburguesas no gravan los dividendos pagados por una empresa de Luxemburgo a su matriz en Gibraltar.

La experiencia de Gibraltar del fondo de inversión (FEI) bajo el régimen de servicios financieros (Fondos experimentados inversores) desde 2005 (el Reglamento FEI) es una manera muy rápida y eficiente de dar cobertura a la estructura de un fondo, ya sea un fondos de inversión o un fondo de capital privado de bienes raíces para inversores con experiencia de administración de patrimonios.

Gibraltar y las ventajas en el Sector Bancario

En virtud de las normas comunitarias de libre circulación cualquier sucursal de un banco autorizado de la UE pueden establecerse en Gibraltar sujeto sólo a los procedimientos de notificación. Del mismo modo un banco de Gibraltar con licencia puede establecer sucursales en otros países europeos. La mayoría de los veinte bancos establecidos en Gibraltar son sucursales de los principales del Reino Unido, Europa o los bancos de EE.UU.

El sector bancario está bien establecido en Gibraltar, tanto en el mercado offshore como en el local. Las ventajas de la banca extraterritorial en Gibraltar incluyen su situación fiscal favorable, la falta de controles de cambio, excelentes comunicaciones, un gobierno estable, y miembro de la UE. Gran parte de la actividad bancaria en Gibraltar se dirige a la gestión de activos de banca privada, entre otras cosas porque Gibraltar se ha esforzado por atraer a su clientela en base a atractivos regímenes fiscales.

También se ha especializado Gibraltar en crear vehículos de protección de rentas y patrimonio. Ofrece el Fondo Fiduciario Internacional como vehículo más adecuado para un expatriado no residente para administrar su patrimonio, la ventaja es la renta exenta en el impuesto sobre la renta (subsídios, deducciones y exenciones).¹⁹⁴

Gibraltar y las facilidades para las sociedades de E-Commerce

Hay una especie de competencia entre un número de jurisdicciones offshore para ofrecer el más avanzado entorno de comercio electrónico para las empresas que buscan una base off-shore de parte o la totalidad de sus operaciones. Gibraltar pretende ser una de las jurisdicciones preferida en esta competición. Ventajas de Gibraltar son su posición en la UE, tanto geográfica como estructuralmente, una base establecida de profesionales, de telecomunicaciones de calidad y excelentes instalaciones portuarias.

Si los problemas con España se resolvieran, los gibraltareños consideran que podría funcionar con un impuesto competitivo en el comercio electrónico como puerta de entrada a España y el resto de la UE tanto en el comercio ordinario de bienes adquiridos a través de internet, así como en el comercio electrónico

Por lo tanto se ofrecen la localización de sitios web en Gibraltar para llevar a cabo las funciones que antes se desarrollaban en otras jurisdicciones con altos impuestos tales como ventas y marketing, gestión de tesorería, prestación de servicios financieros, y sobre todo, la oferta de bienes digitales tales como música, vídeo, formación, softwa-

194 Reglas de 1992 si: el fideicomiso es creado por o en nombre de una persona no residente, y los ingresos o bienes se generan o proceden fuera de Gibraltar, o en el caso de los ingresos recibidos por un fideicomiso que, si hubiera sido recibida directamente por el beneficiario, no se hubiera sometido a imposición en virtud de la Ordenanza Impuesto sobre la Renta, salvo en el caso de un fideicomiso creado antes de 07/01/83, siempre y cuando no se trate de residentes de Gibraltar (como beneficiarios) las rentas percibidas estarían exentas.

re, etc., las empresas pueden aprovechar las bajas tasas de impuestos para establecer las bases de su funcionamiento.¹⁹⁵

En relación con las empresas de juego online, hay quince operadores funcionando en el Peñón, algunos de los cuales se encuentran entre los más importantes a escala mundial.¹⁹⁶

195 Un ejemplo de ello es el sector de juegos y apuestas: En 2000 y 2001 atrajo a muchos que huyeron de altos impuestos en el Reino Unido con el fin de establecer centros de servicio telefónico de apuestas off-shore.

En mayo de 2005, PartyGaming Plc, con sede en Gibraltar e-gaming empresa propietaria de la sala más grande multi-jugador de póquer en Internet, anunció los resultados financieros positivos antes de su salida a bolsa en la Bolsa de Valores de Londres. PartyGaming registró ingresos no auditados de \$ 602 millones en 2004, se derivan un beneficio antes de gastos de opciones sobre acciones de \$ 391 millones.

La competencia ha ido poco a poco empeorando por el clima de impuestos en el Reino Unido y cada vez el sector más internacional condujo a las apuestas y a muchos operadores de juegos on line entre 2006 y 2010, a Gibraltar. En agosto de 2009, Ladbrokes ha anunciado que haría lo mismo con William Hill y trasladarse a Gibraltar a finales del año, con el fin de mantener la competitividad internacional.

Previamente, las operaciones de Ladbrokes por apuestas que estaban en Londres se empezaron a grabar al 15% con un Impuesto sobre beneficios brutos y el 17,5% de IVA sobre el tráfico de consumo, así como del impuesto de sociedades. En Gran Bretaña los corredores de apuestas también tienen que pagar por las ganancias en las carreras de caballos ingleses un 10%.

Luego, en agosto de 2010, los juegos E-empresas, Party Gaming y Bwin anunció la firma de un acuerdo de implementación de fusión para crear la mayor empresa del mundo que figuran juegos en línea, con sede en Gibraltar.

196 Ladbrokes, Víctor Chandler, Eurobet, Stan James, Baw International Limited, Carmen Media Group, St Minver, Trafalgar Betting and Gaming, Digibet, Globet.com Group, International Betting Association Limitad, Mansion, ElectraWorks, FuturesBetting.com. y Cassava Enterprises Limited.

PartyGaming, que opera en la colonia a través de ElectraWorks Limited, controla diversos espacios de juego en internet como PartyPoker, StarluckCasino y PartyBingo y lidera más de la mitad del mercado mundial de póquer en la red. La compañía inició su andadura en 1997 y tiene sede en Gibraltar.¹⁹⁷

Otra de las compañías destacadas que opera en Gibraltar es Baw International Limited, filial de Betandwin.com Interactive Entertainment AG que gestiona el negocio operativo del grupo Betandwin desde el Peñón a través de una licencia de apuestas de deporte y casino. La empresa matriz fue fundada en diciembre de 1997 con el objetivo de crear productos de juego en línea para el mercado global de internet. Tiene un millón de usuarios registrados.

Víctor Chandler, una de las pioneras de las apuestas deportivas por internet, es otra de las empresas potentes del sector asentadas en la Roca. No en vano, tiene clientes en más de setenta países.

Gibraltar y las ventajas para los expatriados y Jubilados

Gibraltar es un lugar de toda la vida popular de los consultores internacionales, y contratistas independientes, y su creciente sector de las cuentas offshore para un importante número de trabajadores extranjeros. Sin embargo, es también un destino popular para los jubilados activos, (que son atraídos no sólo por el estilo de vida que se ofrecen, sino por el régimen fiscal atractivo).

Los nacionales de Estados miembros de la UE tienen derecho a entrar, vivir y trabajar en Gibraltar. Inicialmente se proporciona una visa de seis meses, y luego un permiso

197 El póquer se ha convertido en especial en una máquina de hacer dinero para las compañías de apuestas, que estiman que el mercado mueve entre 5.800 y 10.000 millones de euros al año y registra un crecimiento anual del 20 por ciento.

de cinco años de residencia renovable, siempre que hayan encontrado un empleo adecuado o hayan iniciado un negocio. Los permisos de trabajo no se pueden negar a los ciudadanos de la UE.

Si son de otras nacionalidades los peticionarios, tienen que solicitar la residencia bajo la Ordenanza de Control de la Inmigración y el permiso es expedido por el Gobernador. Las directrices del gobierno indican que un solicitante de residencia debe estar dispuesto y ser capaz de comprar una propiedad de tamaño suficiente para acomodar a su familia, debe estar en buen estado de salud, y debe tener recursos económicos suficientes. El Gobierno parece más favorable a admitir a los solicitantes que compran una propiedad de lujo en Gibraltar.

El titular de un permiso de residencia no tiene que vivir en Gibraltar y no obtiene automáticamente el derecho a la seguridad social o de ciudadanía. Sin embargo, los niños de los residentes podrán asistir a las escuelas locales y tienen derecho a los mismos beneficios que otros residentes locales.

Si un no-nacionales de la UE desea la "entrada" por adquisición de una propiedad de Gibraltar, por lo general debe tratar de encontrar un empleo, para lo cual recibirá un permiso de trabajo sólo si no hay gibraltareños capaces y dispuestos a llevarla a cabo. A estos individuos se les dará permiso de residencia por períodos cortos o largos dependiendo de la naturaleza de los trabajos para los que tienen un permiso. El gobierno puede negar a un no-nacional de la UE la posibilidad de comprar la propiedad residencial.

Los gibraltareños no necesitan permisos de trabajo, emitidos bajo el control de ordenanza sobre el empleo. Un permiso de trabajo no se puede negar a un ciudadano de la UE.

En junio de 2007 en el presupuesto de pasaporte, y las tasas de renovación se suprimieron a las personas mayores de 65 años.

Gibraltar: Residencia y Pago de impuestos.

Una persona es residente en Gibraltar y por lo tanto responsable por los impuestos sobre su renta mundial, si se encuentra en Gibraltar por más de 183 días al año.

A partir de 2008, cada contribuyente puede elegir para cada año fiscal entre dos sistemas de pago de impuestos, y elegir el que resulte en el pago de impuestos más bajo, cualquiera que fuere, pueden ser pagados a través del sistema PAYE.

El primer sistema es el sistema de asignación de base pre-existente, el sistema alternativo es un nuevo sistema de base de los Ingresos Brutos, en el que el contribuyente no recibe subsidios, pero paga el impuesto sobre los ingresos brutos a los siguientes tipos: 20% en el primer escalón hasta GBP 25.000, un 30% en los próximos GBP 75.000, y 40% por encima de GBP 100.000.¹⁹⁸

198 Hay personas que pueden establecerse tributando en condiciones específicas.-

Este régimen establece límites a la cuota del impuesto a pagar por determinados tipos de personas. Calificación (Categoría 2) Las personas que son particulares de alto valor; personas de calificación (categoría 3) y (Categoría 4) son los empleados expatriados de empresas exentas o beneficiarias.

Calificación (categoría 2) estas personas deben tener disponibles para su uso exclusivo aprobado alojamiento en residencia en Gibraltar. Asimismo, el Gobierno investiga para asegurarse de que el individuo tiene medios suficientes para mantenerse a sí mismo y su familia. Por lo tanto, se busca la evidencia de la riqueza, aunque no es necesario que la persona declare sus bienes en todo el mundo o las ganancias.

Calificación (categoría 3 y 4) las personas (hasta 2007) fueron los individuos extranjeros que posean conocimientos especializados no disponibles en Gibraltar. La empresa solicitó en nombre de la persona en el directorio de Centro Financiero y obtuvo un certificado que establece el impuesto a pagar por el individuo en GBP 15, 000, independientemente de su renta imponible. Teniendo en cuenta las actuales tasas de impuestos y subsidios en Gibraltar, esto significa que todos los ingresos devengados en exceso de GBP 27, 000 (aproximadamente) son libres de impuestos.

Gibraltar y el Intercambio de Información

Los Residentes actuales y futuros de Gibraltar deben tener en cuenta que el territorio se ajusta a las directrices de la OCDE del intercambio de información.

En octubre de 2009, Gibraltar fue colocado en la lista blanca de la OCDE de territorios que han implementado sustancialmente los estándares acordados a nivel internacional, habiendo firmado 13 acuerdos de intercambio de información (TIEA), siendo el último con Finlandia, Groenlandia y las Islas Feroe el 20 de octubre.

Los territorios que fueron colocados en la OCDE "lista gris" cuando se formó el 2 de abril están obligados a celebrar 12 TIEAs con el fin de ser considerado plenamente compatible con el estándar internacional sobre transparencia e intercambio de información.¹⁹⁹

La Categoría 3 fue abolida en 2007, y una nueva categoría denominada "Alto Ejecutivo que posee conocimientos especializados" (HEPSS) se estableció para los actuales titulares de categoría tres que ganan más de GBP 100, 000 por año y para los nuevos solicitantes que poseen habilidades no disponibles en Gibraltar y, en opinión del Gobierno, son de particular valor económico de Gibraltar, que va a ocupar un alto ejecutivo o la posición de la alta dirección, y que ganará más de GBP100, 000 euros anuales de ingresos en Gibraltar. El Impuesto se paga únicamente en el primer GBP 100, 000 por año de ingreso en el sistema de elección del impuesto dual. Los nuevos solicitantes no pueden haber sido residentes en Gibraltar en el período de tres años inmediatamente anteriores a la solicitud.

La Categoría 4 fue abolida para los nuevos residentes, con efectos del 1 de julio de 2007.

199 En un comunicado, el gobierno de Gibraltar, dijo que el territorio está "bien posicionado", no sólo por haber concluido el número requerido de acuerdos, sino también que el territorio llegó a la conclusión de acuerdos con importantes países de la OCDE. El gobierno señaló que en su última reunión, el G-20 dio cuenta de que no era sólo una

197

2.4.6. Las Islas Virgenes Britanicas.

El archipiélago de las Islas Vírgenes Británicas y las Islas Vírgenes Británicas (BVI) descubierto por Cristóbal Colón, se encuentra al norte de las Antillas Menores, a 100 kilómetros al este de Puerto Rico. Se compone de cuatro islas principales: Tórtola, Virgen Gorda, Anegada y Jost Van Dyke, más de cuarenta islas pequeñas. El área total es de unos 153 km².

La población es de 12.000 habitantes con cerca de 18.000 habitantes que viven en la isla principal de Tórtola. La capital, Road Town (6.800 habitantes) está situada al sur de Tórtola, a su vez conectada por un puente a Beef Island, donde está el aeropuerto principal (Beef Island). Diez únicas islas están habitadas. El idioma oficial es el Inglés y la moneda, el dólar de EE.UU. (\$ EE.UU.).

Las Islas Vírgenes Británicas, es uno de los miembros del "British Commonwealth", es un "territorio británico dependiente" y se rigen autónomamente desde 1967. El gobernador es nombrado por la Corona británica, que a su vez es asistido por un consejo de nueve miembros elegidos por cuatro años. El gobernador es responsable de la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad interna, la justicia y los servicios públicos. Sus poderes son compartidos con el Consejo Ejecutivo presidido por él mismo y consta

cuestión de la firma de 12 acuerdos, sino también de los que fueron firmados con, instando a los territorios no entrar en acuerdos exclusivamente con los países económicamente menos pertinentes a fin de rápidamente a cumplir con la cuota.

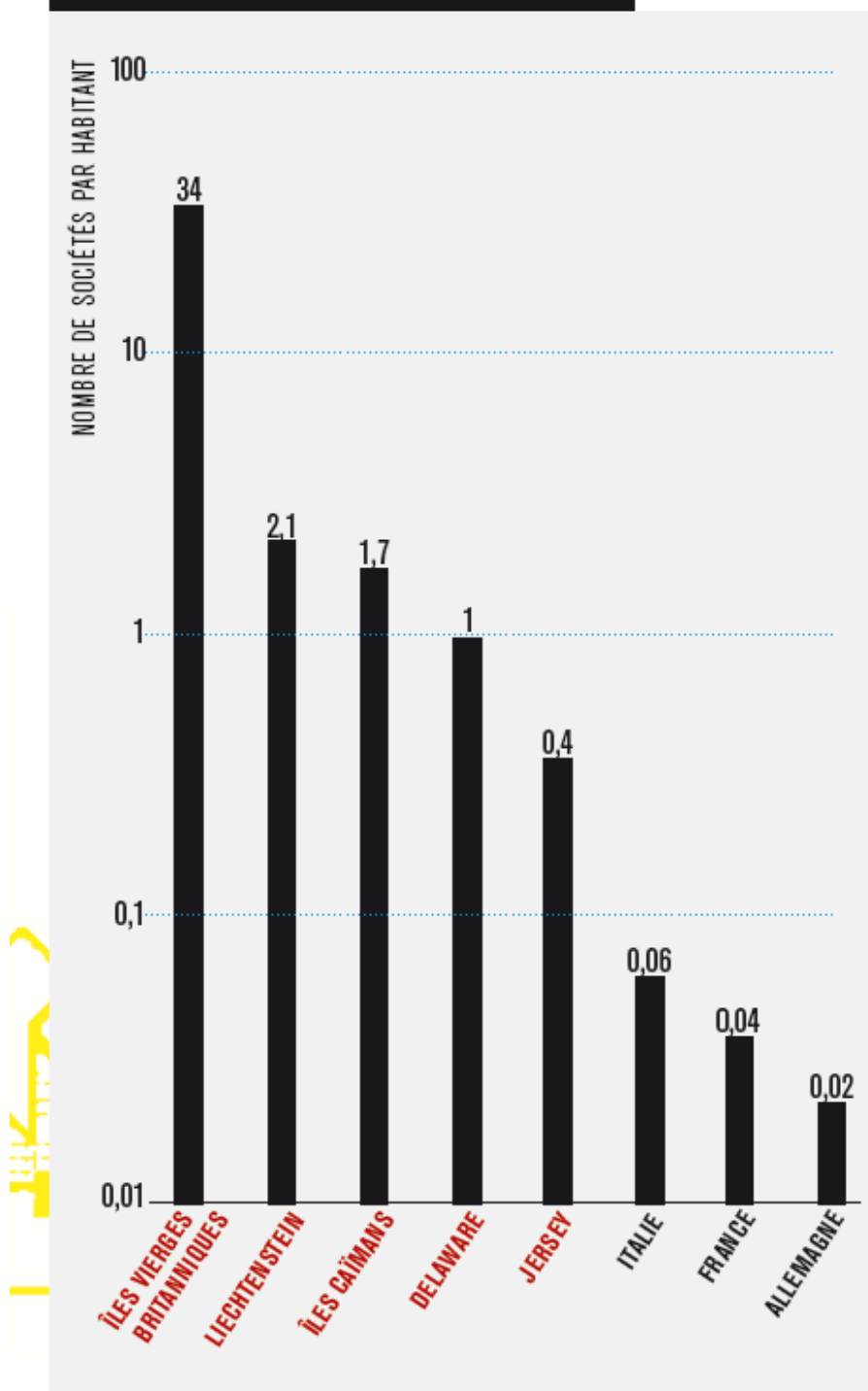
"Para Gibraltar no es un" juego de números". Estamos comprometidos con los principios subyacentes de los compromisos que hemos dado. Por lo tanto, además de estos 13 acuerdos firmados, ya hemos negociado y rubricado varios más, que se firmará en los demás países al completar sus procedimientos constitucionales internos para hacerlo. Nuestra oferta para firmar un TIEA con cualquier país quiere firmar uno de nosotros sigue abierta ", dijo el gobierno.

de un Primer Ministro y otros tres o cuatro ministros designados por el Gobernador previa consulta con el Ministro Principal y el Fiscal General.

La economía de las Islas Vírgenes británicas es uno de los más prósperos de cualquiera de los estados caribeños, con un PIB per cápita de alrededor de 38 500 dólares (2004)

Las Islas Vírgenes británicas son sumamente dependientes del turismo, que supone el 45 % de la renta nacional. Las islas son un destino popular para ciudadanos estadounidenses, con alrededor de 350 000 turistas que visitan cada año (1997). Sin embargo cada vez tiene una mayor importancia el sistema financiero ya que desde 1997 se han registrado 250.000 nuevas empresas.

NOMBRE D'ENTREPRISES PAR HABITANT



200

200 CCFD Terre solidaire "Economie Debousolee".- http://ccfd-terresolidaire.org/infos/partage-des-richesses/paradisfiscaux/info_2378

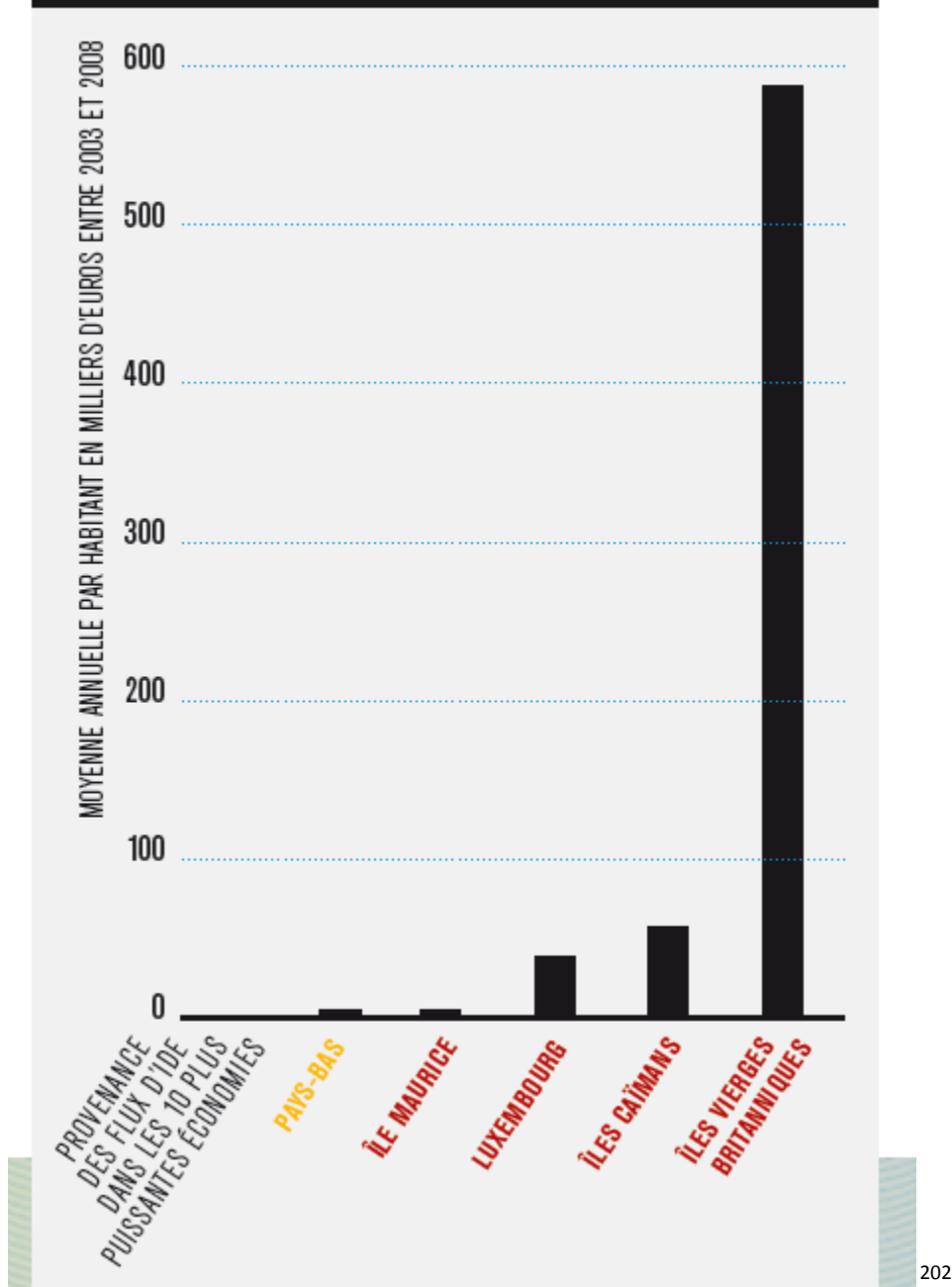
200

La economía está estrechamente unida con la de las Islas Vírgenes estadounidenses más grandes que hay al oeste, y la moneda de las islas es, desde 1959, el dólar de los EU.

En la actualidad ocupa el Ranking de uno de los principales países receptores de inversiones directas.²⁰¹

201 Encuesta de FMI en 2010. (Barbados, las Bermudas y las Islas Virgenes Británicas habrían recibido un 5,11% de la inversion mundial, mas que la recibida por Alemania, en ese año un 4,28%. Del mismo modo Las Islas Virgenes Británicas figuraban como el segundo principal inversor en China con el 14% después de Honh-Kong y antes que los EEUU con un 4%.

TOP 5 DES NATIONALITÉS QUI INVESTISSENT DANS LES 10 PLUS PUISSANTES ÉCONOMIES²



El Informe de progreso presentado por la OCDE al G20 presenta como país colaborador a las Islas Vírgenes Británicas, en el Foro de Transparencia Global.

202http://ccfd-terresolidaire.org/infos/partage-des-richesses/paradisfiscaux/info_2378

La realidad es que el ser un centro de recepción de inversiones y ser uno de los principales países inversores no responde a una casualidad, sino que confluyen las características de los paraísos fiscales en las Islas Vírgenes Británicas, por una parte opacidad, aunque en la actualidad se alinea en el Foro de Transparencia Global, para evitar el calificativo de paraíso fiscal, en segundo lugar una ausencia de impuestos y por último una gran facilidad a la hora de la constitución de sociedades según el modelo anglosajón. Todo ello se complementa con una buena red bancaria que facilita las transacciones financieras, y que han conseguido elevar estas Islas a uno de los primeros puestos de las preferencias de los usuarios de los paraísos fiscales.

La constitución de sociedades en las islas.-

La ley que sigue el modelo británico permite la creación sencilla y rápida de las empresas en el registro. El modelo más utilizado por los inversores es el de la "Compañía Internacional de Negocios" (IBC)²⁰³

No hay un mínimo de capital, por lo que se puede fijar su importe libremente²⁰⁴. Es necesario al menos un socio, bien sea persona física o jurídica aunque sea no residen-

203 El tipo de empresa se utiliza en las Islas Vírgenes Británicas es sin duda el International Business Company (IBC). Esquema se parecen mucho a la SARL o EURL Francia, con la diferencia de que podemos conseguir este tipo de empresas con un solo titular (persona física o jurídica). Los Socios (accionistas) no son responsables de las pérdidas más allá de la cantidad de capital de la empresa (lo mismo la SARL / EURL / SAS / SASU en Francia).

204 Los despachos profesionales de las islas aconsejan aportar un capital social mínimo de 50.000\$ USA dividido en las participaciones sociales que se deseen. No es preciso que las acciones tengan un valor determinado, en este caso el montante del capital no es necesario que sea mencionado, pero en este caso si es necesario precisar a las acciones emitidas por la sociedad.

te. Las acciones pueden ser nominativas y estar registradas ²⁰⁵. Se puede emitir acciones al portador ²⁰⁶ y que no estén inscritas en un registro, los detalles e información de los accionistas no tienen carácter público. Solo una investigación penal puede permitir levantar el secreto profesional.

Es necesario tener un director, aunque sea un no residente, y puede ser una persona física o jurídica, no se exige ninguna condición acerca de la nacionalidad, el director no puede ser socio, pero si hay un solo socio como accionista de la sociedad no puede ser la misma persona que el director. Los detalles sobre el director aparecen en el registro de las compañías ²⁰⁷ pero no puede ser hecho público. También se pueden encargar la dirección a directores profesionales nominados. La legislación local exige que se nombre en cualquier caso a un representante local. Se exige que la sede social este en las Islas, aunque la junta general de accionistas se pueda celebrar en cualquier parte del mundo.

No existen impuestos sobre los beneficios, ni tampoco sobre los dividendos distribuidos, ni tampoco sobre las rentas de capital, para las sociedades offshore. Existe sin embargo una prohibición expresa de realizar operaciones con las Islas Vírgenes beneficiándose en este caso de las exenciones impositivas de las offshore. No existe derechos de timbre o tasas locales, tampoco control de cambios, ni Impuesto. De Sucesiones, tampoco se gravan las ganancias de capital, no hay retenciones en la fuente sobre los intereses bancarios ²⁰⁸

Las Islas Vírgenes han firmado tratados para evitar la doble imposición con diversos países como Dinamarca, Noruega, Japón, Suiza y Suecia.

205 Companies Registrar des B.V.I. I

206 bearer shares

207 Equivalente al registro Mercantil.

208 Existe una tasa forfataria de 300 US\$ año

No está permitido la publicación del nombre de los socios de las sociedades, y no existe obligación de presentar cuantas anuales.

Se puede desarrollar cualquier actividad salvo la de banca seguros y reaseguros, salvo que se obtenga una licencia especial para el ejercicio de dicha actividad, tampoco se puede comerciar en las Islas Vírgenes Británicas o con sus habitantes tanto de forma directa como indirecta, ni se puede ejercer como proveedor a otras empresas de domicilios sociales o comerciales salvo autorización con título expedido en las Islas, así como cualquier otra actividad contra las buenas costumbres.

2.4.7. Las Islas Caimán.

Considerada un paraíso fiscal, la economía de las Caimán es una de las más sólidas del Caribe. De las casi 40.000 compañías que se encuentran registradas en la isla 600 son bancos, los cuales manejan 500 mil millones de dólares estadounidenses en activos²⁰⁹.

Las islas Caimán son el quinto centro financiero internacional. Los sectores más importantes son "la banca, la formación de fondos de cobertura y de inversión, la financiación estructurada y la bursatilización, de seguros cautivas, y en general las actividades corporativas."

Las Islas Caimán son el quinto centro bancario más grande del mundo, con US \$ 1.500 millones en pasivos bancarios. Hay 279 bancos²¹⁰, de los cuales 19 tienen licencia para realizar actividades bancarias con los clientes que viven en Caimán y clientes internacionales, los 260 restantes están autorizados para operar sobre una base internacional con sólo la actividad interna limitada.

²⁰⁹http://es.wikipedia.org/wiki/Islas_Caim%C3%A1n

²¹⁰ (a partir de junio de 2008)

Una de las razones para el éxito de las Islas Caimán como centro financiero extraterritorial ha sido la concentración de los principales proveedores de servicios de calidad. Estos incluyen las principales instituciones financieras globales²¹¹, más de 80 administradores, las firmas de contabilidad más importantes (incluidos los Cuatro Grandes Cuentas), la legislación y las prácticas en el mar²¹².

Desde la introducción de la Ley de Sociedades de Inversión en 1993, que ha sido copiado por las jurisdicciones de todo el mundo, las Islas Caimán se han convertido en líderes en alta mar en el mundo jurisdicción de fondos de cobertura. En junio de 2008 pasó de 10,000 inscripciones de fondos de cobertura, y durante el año finalizado en junio 2008 CIMA informó de una tasa de crecimiento neto del 12% para los fondos de cobertura.

A partir de mediados y finales de 1990 los centros financieros extraterritoriales, como las Islas Caimán, fue objeto de una creciente presión de la OCDE por sus regímenes fiscales supuestamente perjudiciales, donde la OCDE deseaba impedir que los regímenes de impuestos bajos tuvieran una ventaja en el mercado global. La OCDE amenazó con colocar a las Islas Caimán y otros paraísos fiscales en una lista negra y la imposición de sanciones contra ellos. Sin embargo, las Islas Caimán lograron evitar ser colocadas en dicha lista en 2000, comprometiéndose a realizar una reforma normativa para mejorar la transparencia y empezar a intercambiar información con los países miembros de la OCDE acerca de sus ciudadanos.

Las Islas Caimán habían aparecido previamente en la lista negra del GAFI en 2000.

²¹¹ (incluida la UBS y Goldman Sachs)

²¹² (incl. Maples & Calder y Ogier)

En el 2004, bajo la presión del Reino Unido, las Islas Caimán acordaron en principio aplicar la Directiva de Ahorros de la Unión Europea (EUSD), pero sólo después de obtener algunos beneficios importantes para la industria de servicios financieros en las Islas Caimán. En las Islas Caimán no están sujetos a las leyes de la UE, la aplicación de la EUSD es por medio de acuerdos bilaterales entre cada Estado miembro de la UE y las Islas Caimán. El Gobierno de las Islas Caimán de acuerdo en un modelo de acuerdo, que establece cómo la EUSD se llevaría a cabo con las Islas Caimán.

En un informe²¹³, en relación con la evaluación de la supervisión y regulación en la banca de las Islas Caimán, los seguros y los valores inmobiliarios, así como su régimen de blanqueo de capitales, señalaron los asesores del FMI su eficacia.²¹⁴

El 4 de mayo de 2009, el presidente de Estados Unidos Barack Obama declaró sus intenciones de frenar el uso de paraísos fiscales por parte de las corporaciones multinacionales. En su discurso, señaló a las Islas Caimán como un refugio fiscal. Al día siguiente, La Asociación de Servicios Financieros de las Islas Caimán presentó una carta abierta al Presidente en defensa de las Islas y su "rol en las finanzas internacionales y su valor para el sistema financiero de Estados Unidos.

Constitución de empresas en las Islas Caimán.-

213 Publicado por el Fondo Monetario Internacional (FMI), en marzo de 2005

214 "Un programa extenso de la norma legislativa, y el desarrollo de la directriz ha introducido un sistema cada vez más eficaz de regulación, tanto en la formalización de las prácticas anteriores y la introducción de procedimientos mejorados", señalaron asesores del FMI. El informe señaló además que "los beneficios de un sistema de control de la infraestructura bancaria bien desarrollado, con una experiencia internacional y mano de obra cualificada, así como abogados con experiencia, contables y auditores", y agregó que "la cultura de cumplimiento general en Caimán es muy fuerte, incluyendo la cultura de cumplimiento en relación con AML (anti-lavado de dinero) a las obligaciones "

Para constituir una empresa de responsabilidad limitada se requiere de tres accionistas de cualquier nacionalidad que hayan suscrito al menos una acción. La empresa puede ser propiedad tanto de un residente como de un no residente. El memorándum de la asociación debe de contener: el nombre de la empresa, su dirección en las Islas Caimán, sus objetivos, la relación de los accionistas que tienen responsabilidad limitada, y la cuenta de capital autorizado (que es necesario que esté totalmente desembolsado). Todo esto se presenta al Registro acompañado de los gastos por registrar. A no ser que la empresa tenga sus propios artículos, su administración estará regulada por lo estipulado en la Ley de Empresas (Company Law). En el caso de que no se hayan emitido las acciones al portador y los nombres de los beneficiarios de tales acciones tengan que ser objeto de un control de cambios. Esta información es confidencial. La compañía debe estar registrada en la oficina de las Islas Caimán con una placa en la puerta y deben de llevar a cabo una reunión anual de accionistas. Anualmente se han de archivar una relación detallada de los accionistas y sus holdings.

Ninguna empresa en las Islas Caimán tiene obligación de un control de cuentas ni están sujetas a ningún requisito con la auditoria. Si una empresa opera fuera de las Islas debe de registrarse bien como una empresa no residente o como una empresa "offshore".

Como empresa "offshore" no necesita de esta relación sobre los accionistas, y puede emitir las acciones al portador (a excepción de bancos y trust deben revelar los nombres de los accionistas al Inspector del Banco). Pueden emitir acciones al portador, con un control de cambios para los no residentes (bancos y compañías fiduciarias no pueden emitir acciones al portador). Sólo dos directores necesitan reunirse una vez al año en dichas Islas para celebrar las juntas.

Los gastos de estas empresas por registro es un 0.1% del capital registrado y dentro de una gama que va desde un mínimo de 858 \$ IC (1.000 \$ USA) por un capital de 750.000 \$ IC, a un máximo de 1.900 \$ IC). También deben de abonar un gasto anual de 0.05%

sobre el capital registrado (mínimo de 475 \$ IC, máximo 1.200 \$ IC) y un 0.05% por cualquier incremento en el capital registrado hasta un máximo de 1.200 \$ IC.

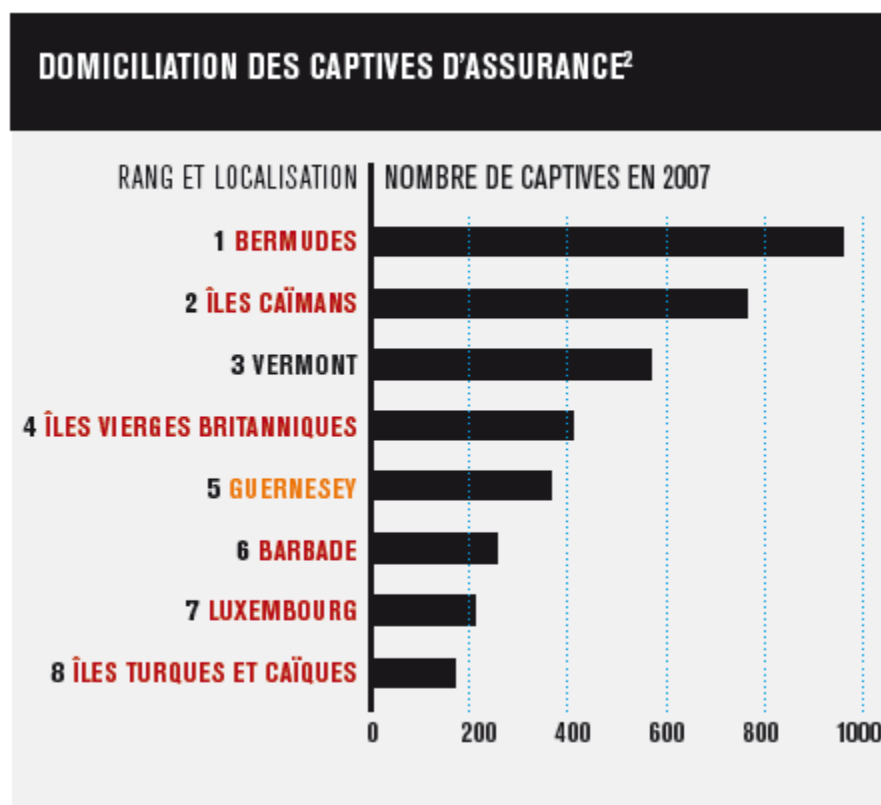
Aseguradoras

Antes de la Ley del Seguro de 1979, las Islas Caimán atrajeron a un número de compañías de seguros, tanto de cautivas como ordinarias. La ley regula tres tipos de aseguradoras:

La clase A, cuya licencia permite a los aseguradores locales como foráneos a constituir empresas de seguros generales en dichas islas.

Una ilimitada clase B permite a las aseguradoras exentas de montar una aseguradora, sino además negocios nacionales. La limitada clase B, permite a los aseguradores exentos a desarrollar una(s) actividad(es) aseguradora(s) específica(s).²¹⁵

215 Deben registrar los rendimientos anuales y los informes de las auditorías. Las aseguradoras están sujetas al pago de estas licencias, la clase A cuesta 5.000 \$ IC y; para ambos tipos de la B saleor 4.500\$ IC. Los costes anuales por la gestión de asegurar son de 5.000\$ IC. Según el tipo de empresas que se aseguren, las aseguradoras deben tener un mínimo valor neto que va desde los 100.000 \$ IC para las empresas aseguradas a corto plazo a los 300.000\$ IC para las que lo están a largo plazo. Toda la responsabilidad entorno a la administración jurídica recae sobre un superintendente del seguro que es nombrado por el Gobernador.



Como podemos ver en el cuadro las Islas Caimán ocupan el segundo lugar del mundo en cuanto a ubicación de compañías de seguro cautivas.²¹⁶

Antes de que entrara en vigor la ley de 1979 había cerca de 500 aseguradoras operando desde las Caimán. Tras la regulación el número descendió a 370 representando 4.5 bn \$ IC. Operan en conjunción con 30 managers, incluyendo algunos de los nombres más importantes del mundo del seguro. Desde enero de 1988 todos los nuevos cautivos deben nombrar un manager local, normalmente una compañía aseguradora cualificada. En 2007 figuraban matriculadas casi 800 compañías aseguradoras.

Bancos y Trust

216 CCFD Terre solidaire "Economie Debousolee".- http://ccfd-terresolidaire.org/infos/partage-des-richesses/paradisfiscaux/info_2378

Estas compañías se encuentran reguladas por la ley de 1966 referente a la regulación de los Trust y los Bancos (últimamente se ha modificado). Esta modesta ley, sorprendentemente ha resultado ser efectiva y el calibre de los bancos y trust es generalmente alto. A ciertos bancos foráneos se les ha rechazado los permisos tras una discreta investigación en torno a sus operaciones. Ahora hay un inspector a full time para los bancos y trust que controla al sector bajo la estrecha supervisión en base a los principios para la supervisión de los bancos foráneos establecida en el “Basle Concordat”. No hay un Banco Central.

Los bancos y los trusts de las Caimán están divididos en dos tipos de permisos:

La clase A, para las operaciones que los bancos y trusts realizan dentro como fuera de las Islas en las transacciones de oro y de divisas, la clase B, se limita a las operaciones realizadas fuera de las Islas; están excluidas las del comercio con las Islas. La clase A requiere la existencia de personal mientras que la clase B se realiza a través de agentes. La mayoría de los bancos y trusts disfrutan de la clase B, la gran atracción para los operadores norteamericanos está siendo la libertad de los mercados del Eurodólar. El coste anual para los permisos de la clase A son de 42.000 \$ IC, mientras que para la B es de 12.600 \$ IC. Para los bancos privados foráneos el coste Anual de permiso limitado de la clase B es de 6.000 \$ IC, este mismo permiso se requiere para la gestión de la empresa en fondos offshore. La aplicación de la licencia conlleva un gasto de 1.000 \$ IC.

Los trusts exentos y demás compañías

Cuando las Bahamas redactaron su legislación se inspiraron en la legislación de las Islas Caimán. Estas islas tienen una específica legislación sobre los trusts , consistente en la Ley de Trusts de 1987 complementada por la Ley de 1989 referente a las situaciones

fraudulentas²¹⁷ Los requisitos que se exigen para la creación y/o establecimiento de trusts locales son similares a lo contenido en la Ley británica de trusts de 1925 (Trustee Act of 1925). La normativa de las Islas difiere de la británica en lo referente al período de perpetuidad que son de 100 años y algún que otro aspecto más.

Un trust en las Caimán está regulado normalmente de forma discrecional y puede ser también normal o estar exento. Los trusts exentos de las Caimán resultan ser muy atractivos y gozan de una serie de importante ventajas; El trusts se puede escriturar en cualquier parte del mundo, no es necesario seguir una evaluación sobre los activos y no están sujetos a las restricciones sobre el incremento de capital. Al potencial beneficiario no se le cobra ningún impuesto por intereses hasta que los beneficios o el capital no sean transferidos a otro beneficiario. El requisito básico es que todos los beneficiarios sean residentes o tengan el domicilio fuera de las Caimán. Los trusts pueden aplicar por 50 años una tasa que garantiza la exención. Los derechos de los beneficiarios están conferidos en el Registro de Trusts, que necesitan que le manden su anterior autorización para el registro de un trusts exento.

Los costes por registrar son de 200 \$ IC más un coste anual de 100\$ IC (o los ingresos del trusts en su totalidad si son menos de 100 \$ IC).

Otras de las operaciones offshore que tienen cabida en las Caimán además de la propiedad y las operaciones marítimas, son la facturación de productos de un país a otro, la explotación de patentes y copyright, y la gestión en el desarrollo de proyectos en cualquier parte del mundo. La ley de 1989, copiada por las Bahamas, hizo posible establecer una protección de los activos de los trusts restringiendo el poder de los acreedores reservando las transferencias de los activos al igual que la protección de los activos de los trusts de las Caimán.

Fiscalidad

217(Fraudulent Dispositions Law).

Las Caimán son también un lugar muy popular para la liquidación de las herencias. No existe una imposición directa. Las Islas Caimán no tienen impuestos por ingresos, ni por asociaciones, ni por rendimientos de capital ni por retenciones y tampoco es un Estado franco. El gobierno obtiene sus beneficios de los aranceles (20% ad valorem), de los gastos de las empresas, del franqueo (incluyendo un 10% referente a la enajenación de las tierras valoradas en más de 250.000 \$ IC), un 6% de los impuestos provenientes del turismo sobre la factura de los bancos, los impuestos por los embarques y un impuesto para los votantes masculinos residentes entre los 18 y 60 años.

Algunas de las inversiones en infraestructuras han sido financiadas con créditos blandos desde el Gobierno Británico. Pero a largo plazo los nuevos recursos de los beneficios internos serán el motor para financiar el desarrollo de los proyectos. Mientras tanto, las compañías exentas pueden dar una garantía contra la tasación directa durante un período no superior a 30 años. En la práctica el período garantizado es normalmente de 20 años. Los trusts exentos pueden obtener la misma garantía hasta un máximo de 50 años a contar desde la creación del trust. La ausencia de impuestos ha significado que las Islas Caimán no tengan tratados impositivos. Los acuerdos con EE.UU. sólo cubren la asistencia legal en asuntos criminales.

2.4.8. Isla Mauricio.

Mauricio, oficialmente la República de Mauricio (en inglés: Republic of Mauritius; en francés: République de Maurice; en criollo mauriciano: Repiblik Moris), es un país insular ubicado en el suroeste del océano Índico, a 900 kilómetros de las costas orientales de Madagascar y aproximadamente 3.943 kilómetros al suroeste de la India²¹⁸.

218 Además de la isla de Mauricio, la república incluye las islas de San Brandón o Cargados Carajos, Rodrigues y las Islas Agalega. Mauricio forma parte de las Islas Mascareñas, juntamente con la isla francesa de La Reunión a 200 kilómetros al suroeste. <http://es.wikipedia.org/wiki/Mauricio>

Desde su independencia en 1968, Mauricio ha conocido una evolución fulgurante. La isla pasó de ser un país de bajos recursos e ingreso per cápita, en el que la economía se basaba en la agricultura, a ser un país con el estatus de país emergente y de constante desarrollo, con ingresos intermedios y en el que la economía diversificada reposa sobre un sector industrial y financiero en pleno crecimiento, sin olvidar la naciente industria del turismo. Durante este período de crecimiento económico, el país creció a una tasa del 5 a 6 % anual.

La estrategia de desarrollo llevada a cabo por el gobierno se centra en la inversión extranjera. Mauricio ha atraído a unas 9.000 sociedades offshore, de las que la mayoría se dedican al comercio en la India y África del Sur. En el sector bancario se han realizado inversiones por más de mil millones de dólares.

La OCDE y el FMI han establecido estadísticas de las inversiones realizadas desde diversos países, (IDES), así pues en 2010 Isla Mauricio aparece como el principal inversor en la India con un 24% del total

Fiscalidad.-

La jurisprudencia en la Isla Mauricio es rica. Ofrece seguridad jurídica y total confidencialidad de las estructuras de sociedades offshore que se creen en la misma. No se publican los nombres de los propietarios de las acciones.

Se puede crear una sociedad sin desembolsar el capital, siendo su funcionamiento parecido a las sociedades de responsabilidad limitada de Francia o cualquier otro país europeo

No existen impuestos sobre la renta, tan solo la obligación de llevar una contabilidad elemental.

Se puede nombrar un administrador único para una sociedad, que puede ser un no residente, persona física o jurídica, no es preciso una junta general anual de los accionistas, las reuniones se pueden celebrar en cualquier lugar por poderes, no se necesitan la presentación de cuentas anuales, no es preciso auditar las cuentas, se puede fácilmente trasladar la sede social de la empresa desde otro lugar o hacia otro emplazamiento, se constituyen en dos días una sociedad, no hay impuestos sobre la constitución ni sobre el capital social, los gastos de constitución son escasos, existe una confidencialidad total sobre los negocios de la entidad, sobre los socios, y sobre los comunicados.

Como hemos dicho se puede crear una sociedad muy rápidamente, en Isla Mauricio, de 2 a 5 días es el plazo, desde la recepción de los documentos y del pago obligatorio de la minuta a los profesionales intervinientes, que han de ser de Isla Mauricio forzosamente.

2.4.9. Delaware.

Es uno de los 50 estados de EEUU. A pesar de su pequeña extensión, Delaware es un gran centro financiero. Más de 200 mil empresas tienen su sede en el estado. Esto sucede gracias a las leyes estatales que conceden beneficios fiscales a las compañías que deciden instalar sus sedes en el estado, atrayendo incluso a muchas que operan principalmente fuera de él²¹⁹. Por ello, Delaware es también uno de los mayores centros bancarios de Estados Unidos

Hoy en día, más de la mitad de las 500 mayores fortunas y el 43% de las empresas que cotizan en Bolsa de Valores de Nueva York tienen su domicilio en Delaware. Este estado también se considera como el punto de partida ideal para conquistar el mercado de los EE.UU.

²¹⁹ Este hecho dio al estado el apodo de *The Land of Free-Tax Shopping*

La flexibilidad de la Ley de Sociedades, facilita y simplifica la creación y modificación de los estatutos de una sociedad anónima. Una abundante Jurisprudencia proporciona una seguridad mucho mayor que la de otros estados, y es muy flexible a la hora de adecuar su derecho a la realidad de las necesidades de las empresas

No hay impuesto sobre la renta, no existe nada más que la obligación de llevar una contabilidad aunque sea elemental, igual que existe la obligación de pagar una tasa por empresa a forfait anual.

Los diferentes tipos de empresas que hay en los Estados Unidos, existen en Delaware. "Close corporation" "Corporación sin fines de lucro." "Corporación S." "Sociedad de Responsabilidad Limitada" (LLC). "Corporación General."

Se puede crear una "Sociedad general" o "LLC" en caso de urgencia, en las cuarenta y ocho horas siguientes a la recepción de los documentos y el pago de honorarios profesionales (obligatorio) en los Estados Unidos

Los contenciosos sobre los asuntos internos de las empresas en Delaware son generalmente presentados en el Tribunal de Equidad de Delaware, que es un tribunal independiente de capital (en oposición a un tribunal de justicia).²²⁰

El estado de Delaware como paraíso empresarial no es reciente: siguiendo el ejemplo de Nueva Jersey, se establecen desde el siglo XIX leyes, para atraer empresas.

220 Debido a que es un tribunal de equidad, no hay jurados, y sus casos son atendidos por los jueces, llamado cancilleres. A partir de 2008, hay un canciller y cuatro Vicerrectores. El tribunal es un tribunal de primera instancia, con un canciller audiencia en cada caso. Los litigantes podrán recurrir contra las decisiones definitivas del Tribunal de la Cancillería a la Suprema Corte de Delaware.

En relación con la implantación de bancos en Delaware, hay una legislación muy permisiva, en cuanto al tipo de interés. Pero solo pueden hacer operaciones con entidades no residentes, puesto que si un banco de Delaware opera en otros estados americanos, entonces está sujeto a las mismas restricciones que el resto de los bancos.

De acuerdo con la "doctrina de asuntos internos" como regla general, las empresas que actúan en más de un Estado sólo están sometidos a las leyes de su estado en donde están registradas. Como consecuencia de ello, las empresas están sujetas casi exclusivamente a las leyes de Delaware, incluso cuando hacen negocios en otros estados. Entre otras razones, esto contribuye a la atracción de Delaware como un estado de constitución y registro de empresas.

Aunque la mayoría de los estados requieren que una sociedad con fines de lucro, tienen que tener por lo menos un director y dos oficiales, sin embargo, las leyes de Delaware no tienen esta restricción. Todas las funciones pueden estar en manos de una sola persona que también puede ser el único accionista. La persona, no tiene que ser ciudadano de EE.UU. o residente, también puede operar de forma anónima.

Delaware no cobra ningún impuesto sobre la renta a las empresas que no operan dentro del estado, esto es un auténtico paraíso fiscal para las sociedades offshore. Además tienen una política muy agresiva para que se implanten en su territorio los bancos.

Los Estados de EEUU pueden aplicar, un impuesto sobre los negocios de las empresas constituidas en él, y aquí los impuestos de franquicia en Delaware son en realidad mucho mayor que en la mayoría de otros estados que cobran poco o nada, de los impuestos sobre la renta de sociedades en la parte de la corporación de negocios de las operaciones realizadas en ese estado. La franquicia de los impuestos de Delaware proporciona alrededor de una quinta parte de los ingresos del estado.

En general las compañías que se constituyen en Delaware, que sean offshore revisten la forma de una sociedad de responsabilidad limitada (LLC) que es una forma flexible de la empresa que mezcla elementos de la asociación y las estructuras corporativas. Es una forma legal de la empresa que proporciona responsabilidad limitada para sus propietarios en la gran mayoría de los Estados Unidos, no es necesario que se constituyan con fines de lucro.

A menudo incorrectamente llamada " sociedad anónima de responsabilidad limitada, es una entidad de negocio híbrido que tiene ciertas características tanto de una corporación o una sociedad y una empresa individual (en función del número de propietarios que sean personas físicas o jurídicas). La característica principal de una LLC con acciones, es que comparte con una sociedad la transparencia fiscal del beneficio obtenido por la LLC. A menudo es más flexible que una corporación y está bien adaptado para las empresas con un único propietario.

Es importante entender que la responsabilidad limitada no implica que los dueños están siempre totalmente protegidos contra la responsabilidad personal. Los tribunales pueden a veces levantar el velo corporativo de las empresas (o LLC) cuando existe algún tipo de fraude o falsedad.

Desde el punto de vista del tratamiento de las rentas obtenidas por la LLC offshore en EE.UU. se considera como una transparencia fiscal Si hay un solo miembro de la empresa, a la LLC se la trata como una "entidad no sujeta por las rentas obtenidas, tras pasándose las bases del beneficio, al propietario individual que posteriormente la reflejara en su declaración de impuestos individual. Para las LLC con varios miembros, la LLC recibe el tratamiento de una sociedad²²¹. Los miembros de la LLC serán tratados como socios²²².

221 Debe presentar el IRS el Formulario 1065

222 .Cada uno recibirá un K-1 para informar de la participación en los ingresos de la LLC o la pérdida obtenida en la explotación de la LLC.

Como opción, la LLC también puede optar por pagar impuestos como una sociedad²²³, Puede ser tratada como un regular corporación "C"(con gravamen a la entidad de los ingresos de la anterior, a los dividendos o distribuciones a los miembros y los impuestos de los dividendos o distribuciones, una vez recibidos como ingresos por los miembros), o pueden optar por ser tratada como una corporación "S". Algunos comentaristas han recomendado una LLC impuestos como un S-corporación como la estructura de pequeñas empresas lo mejor posible. Combina la simplicidad y la flexibilidad de una LLC con los beneficios fiscales de una Sociedad-S

Para abrir una cuenta, el banco central no le pide el nombre de los beneficiarios de la empresa, pero a menudo requiere un depósito mínimo de 500 euros en la cuenta

Los "beneficiarios" (propietarios de acciones) pueden ser personas físicas o jurídicas. Los nombres de los socios no se publican en el registro público (Registro equivalente de Comercio y de Sociedades en Francia).

En Delaware, no se está obligado a llevar contabilidad y los libros. La "Sociedad General" y "SRL" no están obligadas ni a presentar sus cuentas en el registro público o el Departamento del Tesoro

Como ya hemos indicado, y siempre que la actividad se encuentra fuera de Delaware, no hay impuestos sobre el beneficio de sociedades o corporación, o los ingresos de las empresas asociadas (dividendos), sin IVA, impuesto de sucesiones por las acciones en poder de no residentes. Sólo una cuota anual a forfait por cada empresa.

En los últimos años, debido al avance de las comunicaciones, se ha ampliado el acceso a la creación de empresas offshore a las pequeñas y medianas empresas.

²²³Presentando el formulario del IRS 8832.

3. ESTRATEGIAS UTILIZADAS EN EL USO DE LOS PARAÍOS FISCALES.

3.1. Formas de utilización de las zonas de baja tributación.

Existen tres grandes preocupaciones de los países desarrollados respecto del uso que los ciudadanos pueden hacer de los Paraísos Fiscales, sin incluir la más sencilla de todas que consiste en marcharse directamente a un paraíso fiscal y fijar allí su residencia 224.

1. En primer lugar el uso por los propios residentes del país, de las operaciones internacionales a fin de minimizar los impuestos y el coste fiscal.

Evidentemente la primera preocupación de los diversos estados es una preocupación recaudatoria pues ve cómo puede quedarse sin percibir buena parte de los ingresos.

Normalmente puede hacerse sin la colaboración de un paraíso fiscal pero frecuentemente implica la utilización de uno de ellos.

Las formas de utilización suelen ser:

a) los esquemas circulares de inversiones.

El sistema consiste en que mediante sistemas circulares de inversión la plusvalía o el beneficio de una operación se quede fuera del gravamen de un País en el que reside el sujeto pasivo.

Son medidas que tratan de conseguir la evasión fiscal en base al secreto de información. En España esta ha sido fundamentalmente la causa de la creación en el IRPF de

224 Gutierrez de Pablo, Gonzalo; *Diversos aspectos de la planificación fiscal internacional y el uso de los paraísos fiscales. Análisis de algunas medidas de prevención; Impuestos nº 10 Mayo 1995, pag, 3 a 31.*

1991 del gravamen sobre inmuebles del 5%. Por tanto lo que se trataba de gravar esencialmente no era la utilización de inmuebles por no residentes, sino el gravamen a sociedades residentes en supuestos Paraísos Fiscales Gibraltar, Panamá, etc. detrás de las cuales figuran ciudadanos residentes que lo que pretendían es la evasión fiscal en base a ese secreto y confidencialidad de sus operaciones.

b) la acumulación de rentas, generalmente de capital, con el fin de posponer el gravamen por la legislación fiscal. Ha sido un sistema generalizado en cuanto a su utilización en España.

La utilización del sistema consiste en evitar la progresividad del impuesto en el Impuesto sobre la renta de las personas físicas o sobre el patrimonio, si bien últimamente para evitar esta posibilidad los legisladores han tendido a establecer un tipo de gravamen para las rentas del capital no progresivo.²²⁵

c) la recalificación de rentas sería otro modo de utilización.

En un futuro cuando el residente que ha ubicado sus beneficios en un paraíso fiscal quiera volver a utilizar los rendimientos de estos bienes procedentes de las rentas de capital, entonces se le grabarán y tendrán que tributar, si bien al cabo de unos años podría reconvertir los rendimientos en ganancias de capital con un tipo inferior de gravamen o quizá simplemente conseguir la exención por haber transcurrido el número de años correspondiente, o bien se podría utilizar los beneficios de los rendimientos por

225 Si se establece una estructura de inversión en el extranjero en los países adecuados que normalmente van a significar de un modo u otro la utilización de un Paraíso Fiscal, de forma tal que estos son los que tienen los bienes y obtienen las rentas, podrá bajar la tributación efectiva dependiendo de la estructura del patrimonio al 5, 10, 15 o 25 %, pero en términos generales rara vez más del 25% y en términos generales de media estaría en un tipo de gravamen del 10 o 15 %. No es una evasión fiscal en sentido estricto se basa en un diferimiento del impuesto.

una vía distinta a la distribución de dividendos en la sociedad de acumulación, por ejemplo vía préstamos.

Bien es cierto que los legisladores pueden tender, como en el caso español, a igualar el tipo de gravamen de las rentas de capital con el de las ganancias de capital, incluso en eliminar el I. Sobre el Patrimonio, pero esta medida hace recaer el mayor esfuerzo fiscal sobre los perceptores de rendimientos del trabajo o empresariales y a la larga ahonda las diferencias sociales en función de la naturaleza de las rentas percibidas.

Así se reconvierte una renta en ganancias de capital que es la forma más típica de recalificación de rentas, o la vuelta a utilizar estos rendimientos en España vía préstamos o inversiones.

Esto sería una vía secundaria de obtención de beneficios por residentes, de capitales situados en Paraísos Fiscales.

Todos estos esquemas bien sean de recalificación de rentas, posposición del gravamen, o utilización de sistemas circulares de inversión originan serios problemas para las administraciones fiscales, no sólo a la hora de la recaudación de los tributos, ya que los estados como hemos dicho anteriormente ven peligrosamente descender sus ingresos, sino porque afectan a la competitividad empresarial.

2. El segundo motivo de preocupación por los estados del uso de los Paraísos Fiscales, sería la utilización de esquemas internacionales basados en la cobertura que dan los Paraísos Fiscales para erosionar la base imponible de entidades de titularidad extranjera.

Nos referimos a las sociedades filiales, establecimientos permanentes de Entidades extranjeras que intentan disminuir la base imponible gravable respecto de las actividades realizadas en el país de Lafuente.

Este es el uso más generalizado y más conocido ya que existen varios mecanismos, basándose en la mera tenencia de activos y posponiendo el pago de impuestos, o bien mediante la generación de gastos deducibles que es el modo más utilizado.

Es evidente que a diferencia de lo que ocurría en la década de los 80, durante los años 90 los estados se preocuparon por poner una serie de defensas a las operaciones que se hacían con los denominados “Paraísos Fiscales” sea cual fuere el sistema elegido para su identificación, el estado español se sumo a esta tendencia y han ido apareciendo multitud de disposiciones que iban poniendo diferentes trabas, para impedir que se hicieran operaciones con los mencionados países.

Los tiempos cambian y la formulas empleadas también, hoy es difícil ver operaciones realizadas directamente con un país calificado de Paraíso Fiscal, y si existen tales operaciones son totalmente justificables. Por lo tanto la fórmula utilizada consiste en la utilización de empresas que son pantallas que canalizan sus rentas hacia países, mediante la utilización de convenios de doble imposición, a los refugios fiscales finales.

En el caso de las empresas multinacionales, el sistema frecuentemente utilizado son las operaciones entre sociedades vinculadas, y podríamos citar cuatro grandes bloques de operaciones que suelen utilizar las empresas multinacionales para trasladar su beneficio hacia refugios fiscales.

- El primero utilizado en las empresas de fabricación consiste en la venta de los productos a empresas vinculadas o las compras de materias primas a empresas vinculadas, por un precio superior al de mercado con lo que el beneficio se sitúa detrás de las fronteras del estado que pretenda gravarlo
- Un segundo bloque de operaciones consistiría en adelgazar la base imponible mediante el pago de intereses como consecuencia de préstamos entre vinculadas por el concepto de gastos financieros. No hay que olvidar que los mecanismos de subcapitalización no son aplicables entre países de la Unión europea, por lo que es fácil trasla-

dar el beneficio a cualquier país de la Unión vía gastos financieros. Incluso con financiación indirecta, mediante préstamos (Back to back loan)²²⁶

- Un tercer bloque de operaciones estaría integrado por la utilización de patentes y marcas, mediante el cual se consigue el pago de cánones a países que teniendo convenios de doble imposición después dan un tratamiento satisfactorio a las mencionadas rentas, véase el caso de Hungría o Irlanda.²²⁷
- Por último podríamos citar simplemente las operaciones de cargo de gastos por servicios diversos entre vinculadas, bien sea por acuerdo de reparto de costes, servicios generales, gastos de dirección, comisiones de compras o ventas etc.

Esto ha sido motivo de preocupación por parte de la OCDE, la Unión Europea y diversos Organismos internacionales, estableciéndose por parte de la OCDE desde 1995 una serie de directrices para regular las operaciones entre sociedades vinculadas ante los denominados “Precios de transferencia” preocupación seguida por la Unión Europea que ha creado un Foro sobre los Precios de Transferencia. La OCDE ha presentado al g20 recientemente²²⁸, un trabajo sobre la erosión de las bases imponibles y la transferencia de los beneficios, con una serie de propuestas para luchar contra el fenómeno²²⁹.

226 El préstamo de ida y vuelta consiste en depositar una cantidad en un banco, normalmente paraíso fiscal, y pedir posteriormente en otro país de alta fiscalidad, un préstamo a una sucursal del mismo banco, con la garantía de una carta de conformidad. Con lo cual se retorna el beneficio al paraíso fiscal como gasto financiero, con una pequeña comisión de la entidad bancaria.

227 “Double Irish with a Dutch sandwich”; New York times 28 de April de 2012;

228 Mayo de 2013

229 Base erosion and profit shifting (BEEPS) OCDE 2013.

El estado español ha reaccionado también ante esta preocupación adaptando nuestra legislación al contexto internacional, en particular a las directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro Europeo sobre precios de transferencia.

3. El tercer motivo de preocupación sería la posibilidad de eludir por parte de un no residente las retenciones (withholding tax) o más exactamente el impuesto paralelo que debe pagar el no residente por los rendimientos obtenidos en un país.

Aquí no se puede hablar de elusión fiscal, ya que nos referimos a países intermedios que tienen suscrito convenio de doble imposición, pero desde un punto de vista genérico podemos decir que no son Paraísos Fiscales ya que hay firmados Convenios.

Sin embargo, para conseguir por ejemplo la disminución de la tributación sobre los dividendos o sobre los intereses pagados por entidades mercantiles o sobre los cánones o bien sobre las ganancias de capital obtenidas por ventas de determinadas sociedades, es necesario utilizar un país con el que se haya firmado convenio para evitar la doble imposición, y que tenga una amable fiscalidad.

Los modos más utilizados son básicamente.

a) la creación de sociedades en estos países que tienen firmados convenios para evitar la doble imposición Holanda, Suiza, Luxemburgo.

Son países con un sistema de tributación bastante gravoso para los residentes, pero que establecen una serie de ventajas y beneficios a los no residentes para una serie de operaciones que son fundamentalmente:

1) la tenencia de acciones, la constitución de sociedades para tener participaciones significativas en otros países.

2) la canalización de rendimientos que de otra manera estarían sujetos a tributación V. royalties, cánones por el uso de la propiedad intelectual o industrial.

b) Los esquemas en estos casos suelen ser triangulares, con una sociedad en un paraíso fiscal de los tradicionales que es la poseedora de la propiedad intelectual, que licencia a una sociedad constituida en un país intermedio. Vg. Holanda o Irlanda, su canon a España.

Lo mismo cabe decir respecto a los intereses, donde con la norma de tributación "0", todos los países comunitarios son interesantes para hacer la triangulación, y en pagos de servicios, aunque en este caso es mucho más complicado.

Esto se trata de evitar por las legislaciones fiscales mediante medidas anti treaty-shopping, que intentan evitar que personas residentes en terceros países se aprovechen de los Convenios de doble imposición. Esta situación viene a veces originada por la propia legislación interna de los países, o incluso cada vez más por la propia legislación del ámbito comunitario, y no solo por los convenios internacionales, aunque esto lo trataremos más ampliamente cuando nos dediquemos a analizar las medidas anti Paraíso Fiscal.

Estos motivos de utilización de los denominados Paraísos Fiscales preocupan a las autoridades en primer lugar y como ya hemos dicho por la disminución de la capacidad recaudatoria que representan, pero tampoco hay que olvidar aspectos menos importantes, la segunda preocupación se deriva de lo que podríamos llamar un criterio de equidad comparativa y de generalización de la conducta del fraude. Así pues personas en igualdad de condiciones van a tributar de forma marcadamente distintas, normalmente mediante sistemas altamente artificiales, lo que origina una falta de equidad del sistema y genera un efecto comparativo que drena la confianza del contribuyente en el sistema, lo cual genera un efecto multiplicador en la sociedad de destino en cuanto al cumplimiento de las obligaciones fiscales y de su aportación económica al Estado.

En primer lugar hay un efecto de competitividad ya que hay personas que pueden acudir a las situaciones del mercado en mejores condiciones que otras. Así pues una multinacional puede intervenir en España con un tipo de gravamen menor que el de una empresa española residente en España, y por lo tanto con una mayor competitividad. Podrían existir muchos casos en que resultara conveniente a un español o empresa española convertirse en no residente para equiparar su competitividad a otras empresas, a través de un esquema con o sin Paraíso Fiscal incluido.

Otro efecto sería el ya mencionado de reducción de los ingresos del estado, así como la falta de equidad del sistema y como consecuencia la desconfianza del contribuyente hacia el mismo. La existencia de estos elementos de desestabilización hace que en la actualidad el gobierno de los diferentes países y por supuesto el de España estén preocupados por la proliferación de empresas que hacen uso de los Paraísos Fiscales o de países intermedios, bien sea por residentes o por no residentes, ya que en los últimos años este fenómeno ha tenido una escalada importante. Existen además algunos sectores como el inmobiliario en los que ha tenido una enorme importancia, sector que en nuestro país tiene una importancia trascendental juntamente con el turismo porque están íntimamente relacionados. Podemos decir, que si bien es cierto, que el uso de los Paraísos Fiscales se explica casi siempre por motivos fiscales, no es menos cierto que responde a veces a consideraciones de índole económica o comercial real.

Por último, también se sabe que se utilizan los Paraísos Fiscales para operaciones fraudulentas y susceptibles de sanciones penales como puede ser blanqueo de dinero procedente del narcotráfico o del crimen organizado, tráfico de armas etc...

Las inversiones de países de la UE en paraísos fiscales se dispararon en 2011. Las inversiones directas de los países de la Unión Europea (UE) en paraísos fiscales se elevaron en 2011 hasta los 58.900 millones de euros, lo que supone once veces más en compa-

ración con los 5.300 millones de euros registrados en 2010, según la última estadística sobre flujos de inversión directa en la UE de Eurostat²³⁰

En concreto, la mayor parte de los flujos de inversión directa en los denominados Offshore Financial Centers (OFCs) procedió de Luxemburgo, donde la cantidad asciende a 44.300 millones de euros, seguida de Reino Unido, desde donde salieron 10.000 millones de euros. En el caso de España, los datos no están disponibles o eran confidenciales.

Los paraísos fueron el segundo destino con mayor flujo de inversión directa en 2011, por detrás de EE UU.

Estos centros financieros fueron, según Eurostat, el segundo destino que mayores flujos de inversión directa recibió en 2011, por detrás de Estados Unidos, donde la cifra alcanzó los 110.700 millones de euros, cinco veces más que en 2010. Eurostat apunta que incluye en esta definición a 38 países, entre los que están, por ejemplo, Liechtenstein, La Isla de Man, Andorra, Gibraltar, Singapur, Bahamas o las Islas Caimán.

En general, la inversión directa de los países de la Unión Europea (UE) aumentó respecto a todos sus principales socios, a excepción de Rusia. Por ello, la inversión directa total pasó desde los 145.600 millones de euros hasta los 369.000 millones de euros. Por países, los mayores inversores fueron Luxemburgo con 110.400 millones de euros, Reino Unido (89.000 millones de euros), Alemania (34.000 millones de euros) y Francia (21.000 millones de euros).

EE UU, es el mayor inversor en la UE. Las principales inversiones directas en la Unión Europea procedieron de Estados Unidos (114.800 millones de euros), Suiza (34.300 millones de euros) y los OFCs (15.800 millones de euros). En su conjunto, las inversiones directas en la UE alcanzaron los 225.300 millones en 2011, más del doble en com-

²³⁰<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/statistics/themes> 2012-09-20

paración con los 103.900 millones de euros del año anterior, cuando registraron una "significativa caída".

En el caso de España, las inversiones directas en el extranjero alcanzaron, con los datos de los que disponía Eurostat, los 18.800 millones de euros, mientras que las procedentes del exterior ascendieron a 15.200 millones de euros.²³¹

3.2. Instrumentos que se utilizan para el uso de los paraísos fiscales

Una vez que hemos analizado cuales son sintéticamente las formas de utilización, el objeto y efectos del uso de los Paraísos Fiscales vamos a ver el modo de utilización de los mismos por personas físicas o jurídicas mediante el análisis de una serie de casos puntuales, que si bien admiten múltiples variaciones incluso interrelaciones entre unos y otros pueden ser significativos a la hora de ver desde un punto de vista práctico o experimental el modo de utilización por ciudadanos y empresas de los Paraísos Fiscales.

Podemos resumir los modos de utilización de los Paraísos Fiscales a través de cuatro instrumentos.

1. El domicilio fiscal
2. Las sociedades base (Base company o société écran)
3. Las sociedades instrumentales (conduit companies o société relais)
4. Las sociedades de prestaciones de servicios.

El domicilio fiscal.-

Los contribuyentes de países con una fiscalidad relativamente elevada pueden sentirse tentados de escapar de la gravosa imposición jugando con las posibilidades ofreci-

²³¹ EP Madrid; 13 JUN 2012 - 17:49 CET41.

das por la definición legal de residencia fiscal de su país, trasladando por completo su residencia al extranjero a un paraíso fiscal.

Si una persona física decide trasladarse a un paraíso fiscal, una gran parte de los países disponen en su normativa de disposiciones de salvaguardia, que o bien establecen un gravamen sobre el patrimonio del interesado o bien prolongan por un plazo de tiempo la condición de sujeto pasivo residente al contribuyente que tenga tal intención.²³²

Pero las economías de opción pueden obtenerse de una manera más cómoda que por la emigración, la motivación fiscal no es probablemente entonces la única ni la principal razón del cambio del país. Las reglas en materia de residencia fiscal varían de un país a otro. Es así generalmente en lo concerniente a ausencias de corta duración. Los residentes de países con una fiscalidad de nivel elevado pueden intentar jugar con estas diferencias de reglas para escapar al impuesto cambiando frecuentemente de residencia. Las personas físicas pueden simular su residencia por un largo periodo de tiempo en un Paraíso Fiscal incluso cuando ellos en la práctica hayan conservado lazos estrechos con su país de origen.

Así pues las legislaciones establecen disposiciones que refuerzan la vis atractiva de la “potestad imperium” del Estado para exigir los impuestos, en el caso de la determinación del domicilio fiscal, para establecer la condición de residente.²³³

232 En España el IRPF establece en su norma 8,2 que “no perderán la condición de contribuyentes por este impuesto las personas físicas de nacionalidad española que acrediten su nueva residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal. Esta regla se aplicará en el periodo impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cuatro periodos impositivos siguientes”.

233 Así pues la legislación española para el IRPF establece en el art 9 (ley 35/2006) los criterios determinantes de la residencia fiscal de las personas físicas. Se establece con carácter general la permanencia de 183 días en territorio español. No se computan la anuencias esporádicas, pero si el contribuyente acredite la permanencia en otro país, en el caso de un paraíso fiscal la Administración puede requerir un certificado que demuestre su residencia en dicho paraíso fiscal por 183 días. El segundo criterio es el

En algunos países de la unión Europea se establece un estatuto opcional para las personas físicas, que les permiten acogerse al régimen tributario que les parezca, dentro de las economías de opción.²³⁴

Aunque los CDI no establecen los términos definitorios de la residencia fiscal, sino que dejan éstos a las legislaciones nacionales de los dos Estados contratantes, sí influyen en este campo, tanto al limitar los efectos del tratado a las personas o entidades residentes fiscales en cada uno de los estados contratantes, que además cumplan los requisitos específicos en su caso requeridos por la norma bilateral²³⁵, como al establecer las disposiciones convenidas reglas específicas para dirimir los conflictos de doble residencia.

Los cambios artificiales de residencia incorporan dificultades particulares en los casos de sociedades en la medida en que la noción de residencia de una sociedad es muy difícil de definir; así pues es muy difícil a veces saber en qué lugar se sitúa la sede de la dirección efectiva de una sociedad y de apreciar si ha habido realmente un cambio en este último. Normalmente las legislaciones exigen que la entidad mercantil que se traslada o que se constituye en un Paraíso fiscal, tenga no solo la forma, sino también la sustancia, es decir que realice alguna actividad real, con personal que resida en el do-

donde resida el núcleo principal de la actividad o de sus intereses económicos, y por ultimo establece una presunción donde, salvo prueba a contrario se considera que el contribuyente es residente en territorio español si el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores que dependan de aquel residan habitualmente en España.

234 Dando satisfacción a la Recomendación de la Comisión Europea de 21 de diciembre de 1993, la normativa del IRNR español, estableció en 1999 por primera vez un régimen tributario opcional para los residentes de otros estados miembros de la Unión Europea que obtengan un notable volumen de sus rentas en España y por ello se hagan acreedores a trato fiscal personalizado

235 Arts 1 y 4 del MCOCDE

micilio fiscal fijado, para evitar las sociedades buzón con sólo presencia virtual en el Paraíso fiscal.²³⁶

En la tarea de interpretación de la noción de “sede de dirección efectiva” en el marco de la legislación doméstica deben de tenerse muy presentes los Comentarios al MCOODE en torno al concepto de sede de dirección efectiva, como criterio de solución de conflictos de doble residencia. La existencia de una economía globalizada y los adelantos tecnológicos, hacen poco operativo recurrir al lugar donde se reúne el consejo de administración para determinar la sede de dirección efectiva.

Por ello la doctrina de la OCDE actualizada a junio de 2008, se inclina por considerar la sede de dirección efectiva, el lugar donde radique el centro de decisión ejecutivo donde se encuentra la gestión clave (key management) y la toma de decisiones empresariales que normalmente coincidirá con el lugar donde se halle el personal más cualificado (the most senior person or group of persons).

Los CDI también se pronuncian en el caso de las personas jurídicas ante los supuestos en que se pudiera dar un conflicto por doble residencia. El criterio dominante para su resolución, siguiendo el MCOODE, es usualmente el vínculo de la sede de dirección efectiva, aunque pueden darse reglas especiales que van desde la constitución o nacionalidad hasta los procedimientos amistosos.

Además los CDI contienen normas especiales cuando al margen de la exigencia territorial, nos encontramos con entidades fiduciarias- trusts-, sociedades personalistas – partnerships-determinadas instituciones de inversión carentes de personalidad jurídica-

236 El legislador español en el art 8 del TRISOC establece que para que se considere una sociedad residente en territorio español se requiere se den alguna de las siguientes tres circunstancias, que se hubiesen constituido conforme a la legislación española, que tuviera su domicilio social en territorio español o que tenga su sede de dirección efectiva en territorio español. Considerándose a estos efectos cuando radique en territorio español el control y la dirección de las actividades.

ca etc. a los que se les puede exigir el cumplimiento de determinados requisitos para quedar al amparo del CDI.²³⁷

En esta línea podemos recordar en los Comentarios al MCOCDE en torno al art 1, en relación con las diferentes fórmulas propuestas para disuadir del uso de las “conduit companies” y sociedades base ubicadas en paraísos fiscales.

En general los entes sin personalidad jurídica fiscal se gravaran en sede de sus socios o partícipes y no tendrán la cobertura del correspondiente tratado. En el caso de las – partnership- la OCDE en su doctrina da un salto subjetivo, admitiendo en algunos supuestos su posible inclusión en el CDI²³⁸

En cuanto a las sociedades que fijan su domicilio fiscal en paraísos fiscales podemos recordar que:

El 94% de las empresas del IBEX, 33 de las 35 compañías que integran el índice bursátil, poseen actividades financieras en paraísos fiscales²³⁹

Según el estudio, elaborado a partir de la información que publican las compañías en sus juntas de accionistas, los 'paraísos fiscales' más usados por estas compañías que cotizan en el IBEX español, son Delaware (EEUU), con 115 domiciliaciones, seguido de

237 Así pues se han establecido norma anti abuso de convenio en algunos CDI como la exclusión de las sociedades HOLDING con Luxemburgo en el primer convenio firmado, la exclusión de ciertas entidades navieras en el CDI con Malta o las exclusiones del CDI de determinadas entidades en el caso de Malasia y Jamaica.

238 En este sentido citar un acuerdo amistoso entre España y EEUU relativo a las partner ships y entidades similares,(BOE 13 de agosto de 2009)

239 Según el informe de 2011 elaborado por el Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa.

Holanda, con 85; Luxemburgo, con 30; Irlanda, con 29; Suiza, con 24; Hong Kong, con 23; y las Islas Caimán, con 22.

Las empresas con mayor presencia en paraísos fiscales, a través de sociedades dependientes y participadas con domicilio en estos emplazamientos, fueron: Banco Santander (72), ACS (71), BBVA (43) y Repsol YPF (43).²⁴⁰

Las sociedades base.-

Las sociedades base son empresas que se sitúan en un país de baja fiscalidad o en un Paraíso Fiscal, para proteger sus beneficios y reducir sus impuestos en el país de origen de las rentas, que normalmente es de alta fiscalidad. Estas empresas suelen actuar facturando servicios de diversa naturaleza, como de gestión dirección, licenciando patentes y marcas o actuando como centrales de compras o ventas internacionales, bancos, comisionistas, compañías de seguro, empresas de internet, honorarios profesionales, etc.

Al margen de los aspectos fiscales la principal función de una sociedad pantalla es de preservar la agilidad de financiación de operaciones internacionales evitando las limitaciones y procedimientos onerosos impuestos por la legislación del país de residencia.

²⁴¹

Inicialmente, las rentas están protegidas de la imposición en el país de residencia del contribuyente, porque la sociedad base está constituida como una entidad dotada de

240 Carlos Cordero, director del estudio, ha destacado en la presentación del informe, que durante la crisis económica estas actividades, en vez de disminuir, han aumentado un 8% más respecto a 2010.

241 (por ejemplo control de cambios o sistema de autorización.

personalidad jurídica propia y reconocida como tal en el país de su domicilio fiscal. Siendo transferida la renta, a la sociedad base, escapa a la imposición mundial a la que el contribuyente esta normalmente sujeto en su país de residencia.

Aunque la renta pueda ser gravada normalmente bajo la forma de retención en la fuente, en el país de origen, si este último aplica un sistema de imposición territorial esta imposición, por un cierto número de razones, como puede ser la aplicación de un convenio de doble imposición puede ser nula o muy favorable por lo que puede ser obtenida una importante economía de impuesto, en este caso es cuando entra en funcionamiento la sociedad pantalla o instrumental.

La ventaja fiscal fundamental es que a voluntad del contribuyente los rendimientos puestos al abrigo del Paraíso Fiscal no son distribuidos. Los contribuyentes a menudo opinan que tan solo se trata de un diferimiento del impuesto. Sin embargo las autoridades fiscales pueden considerar que esta ventaja no está justificada puesto que se utiliza a la sociedad pantalla para desviar rentas del país de residencia del contribuyente o para bloquear en el extranjero rentas que habrían sido recibidas directamente por el contribuyente. Además el contribuyente puede evitar que la sociedad pantalla redistribuya las rentas prolongando así a medio o largo plazo el impuesto diferido.

Las rentas transferidas a una sociedad pantalla y sobre la que el contribuyente tiene derechos puede escapar a la imposición gracias a un mecanismo de protección al que algunos llaman de "segundo grado". Este resultado se consigue modificando la calificación del rendimiento para beneficiarse de las exenciones previstas en los convenios fiscales y por disposiciones internas del país de residencia del contribuyente, o utilizando diversas técnicas cual puede ser la reinversión bajo la forma de préstamos al accionariado o enajenación de una participación de la sociedad pantalla a fin de realizar las ganancias de capital que puedan o bien estar exentas o estar sometidas a un bajo tanto por ciento de gravamen.

Un mecanismo de evasión fiscal extendido consiste en establecer una sociedad pantalla (societe écran o base company) en un Paraíso Fiscal; la función de esta sociedad es la de recibir las rentas y de ponerlas al abrigo de la fiscalidad aplicable en el estado de la residencia del beneficiario.²⁴²

Por ejemplo un inventor que obtiene un producto determinado, puede hacerlo patentar por una sociedad pantalla que previamente está instalada en un Paraíso Fiscal; esta sociedad es la que concede la patente a terceros en los países desarrollados y a su vez percibe los cánones y royalties en vez de percibirlos directamente el inventor.²⁴³

En definitiva en la utilización de todos estos mecanismos siempre se utiliza la fiducia a fin de no dejar rastro. Además hoy el avance tecnológico permite la utilización de internet para abrir cuentas en cualquier parte del mundo hacer transacciones personalmente sin desplazamiento a paraísos fiscales, utilización de medios de pago tarjetas, teléfono etc. Con cargo a cuentas bancarias a nombre de terceros, ubicadas en lejanos países donde convenientemente se han remansado rentas y patrimonio lejos del alcance del imperium del estado del residente.

Las sociedades base buscan "prima faciae" el diferimiento del pago de los impuestos debidos en el estado de residencia del contribuyente. La sociedad base domiciliada en un Paraíso Fiscal recibe las rentas correspondientes al contribuyente, con lo que hasta

242 Pueden organizarse incluso montajes complejos poniendo en conexión varias sociedades conductoras; son las llamadas "steeping stones strategies o strategies de tremplin", en base a la utilización que hayan firmado los convenios de doble tributación más favorables.

243 Este viejo sistema se sigue utilizando por modernas compañías de internet como en el caso de Google y su ubicación en Irlanda con una sociedad pantalla, y la ubicación en Bahamas de una sociedad Base que licencia a la irlandesa. Las rentas así pues se sustraen a la imposición en el país de residencia del beneficiario con el simple hecho de poner una sociedad pantalla entre el mismo y el tercero que envía los royalties (ver Irlanda en capítulo II).

que no se distribuyan como dividendos al contribuyente no se devenga el impuesto en el país de su residencia.

Las rentas percibidas por la sociedad base, pueden tener su origen en el país donde están domiciliadas, en terceros países o en el propio país de residencia del accionista-beneficiario. En los dos primeros casos puede existir desde el punto de vista del país de residencia del accionista-beneficiario, diferimiento del impuesto por obligación personal correspondiente a rentas de fuente extranjera.²⁴⁴

En los supuestos en que únicamente exista diferimiento del impuesto del país de residencia este diferimiento puede transformarse en elusión si en el momento de redistribución de las rentas (dividendos) estas se "re caracterizan" de forma que se evite su tributación en el país de residencia (por ejemplo mediante la forma de un préstamo al accionista-beneficiario).

Las sociedades instrumentales o sociedades pantalla.-

Son sociedades de intermediación, su utilización permite al contribuyente residente en un estado, de hacer desviar a un Paraíso Fiscal, el flujo de renta que proceda de un tercer país a fin de beneficiarse de un régimen fiscal más favorable en los países donde los rendimientos tienen su origen. La ventaja fiscal se busca pues en los países del origen de las rentas y no en el de la residencia del interesado. Las sociedades instrumen-

244 .En este caso, (rentas de fuente del país de residencia del accionista beneficiario) puede existir y normalmente existe elusión del impuesto correspondiente a rentas de fuente nacional; en este caso para articular la elusión puede ser necesaria la utilización de una sociedad pantalla, o bien la utilización de un Convenio de doble imposición donde se prevea la exención de las rentas en cuestión en el país de la fuente por ejemplo intereses, incrementos de patrimonio etc.. o bien la utilización de alguna particularidad o "laguna" de la legislación de no residentes del país de residencia (por ejemplo el no gravamen de inmuebles detentados por sociedades no residentes, el no gravamen de intereses satisfechos a no residentes etc.

tales o como podrían traducirse del francés sociedades "relevo" se crean como hemos dicho con la finalidad de eludir impuestos en el país fuente de las rentas.

Actuando como sociedades intermediarias, se constituyen en un país que tenga suscrito convenio de doble imposición con el país de origen de las rentas, para remitir las mismas al beneficiario accionista residente de un país con el que el Estado fuente no tenga convenio. Para que la operación sea rentable se precisa que el país, donde se localice la sociedad, no grave las rentas percibidas; lo que se consigue domiciliándola no solamente en un Paraíso Fiscal, sino también en un país que exonere, bien por la ley nacional, bien por convenio, determinadas rentas de fuente extranjera ²⁴⁵

En la actualidad en la práctica, se suelen utilizar en Europa sociedades pantalla ubicadas en países comunitarios como Holanda²⁴⁶, Luxemburgo, Inglaterra²⁴⁷ o Irlanda²⁴⁸ al regular un tipo de sociedades financieras que tienen baja tributación en estos países, si canalizan rentas no originadas en ellos, y las rentas tienen su origen en la Unión Europea, ya que no existe tributación en la fuente en el caso del pago de intereses, aprovechándose posteriormente de su red de convenios para trasladar las rentas a paraísos fiscales, por ejemplo el denominado Sándwich Holandés con las Antillas Holandesas, o bien con las Bermudas, Islas Caimán Islas Vírgenes Británicas o Bahamas, que son los paraísos fiscales del Caribe que suelen ser más utilizados por compañías multinacionales de EEUU.

Como hemos dicho no es necesario que la sociedad instrumental, al contrario que la compañía base, este ubicada en un Paraíso Fiscal, o en un país que exonere rentas de-

245 (por ejemplo dividendos procedentes de participaciones importantes, "privilegio de afiliación").

246 V. Interest box (Holanda parte II)

247 V. la creación de sociedades pantalla en Gibraltar (Gibraltar parte II)

248 V. Double Irish. (Irlanda parte II)

terminadas de fuente extranjera, la sociedad instrumental puede estar domiciliada en un país de fuerte imposición que no otorgue ningún beneficio especial a las rentas de fuente extranjera, siempre que se haga una utilización indirecta de la sociedad instrumental.²⁴⁹

Tal es el caso de una sociedad domiciliada en un Paraíso Fiscal, que quiere colocar fondos en forma de préstamo, en un país con el que no tiene suscrito convenio de doble imposición o tiene normas anti paraíso fiscal; para evitar la imposición de intereses en dicho país, crea una filial (sociedad instrumental) en un tercer país a la que presta los fondos, para que a su vez preste dichos fondos al prestatario efectivo.

Las características que ha de reunir el país donde se establece la filial instrumental son:

1. Tener Convenio suscrito con el país de residencia del prestatario efectivo en el que se prevé, la exención de intereses en la fuente (los intereses satisfechos por el prestatario a la filial instrumental).
2. No gravar, o gravarlos levemente, los intereses satisfechos a los no residentes (los intereses pagados por la filial a su matriz).

En estos casos aún cuando el país de domicilio de la filial instrumental grave los intereses percibidos por la misma en el impuesto sobre sociedades a un tipo normal, en la práctica, la base imponible por tal concepto desaparece o tiende a cero por la deducción como gasto de los intereses que ha de pagar su matriz.²⁵⁰

La creación de sociedades instrumentales tiene por objeto beneficiarse de un régimen fiscal ventajoso o de una Convención Fiscal favorable. Se habla entonces de "Treaty Shopping" es decir es una estrategia en la que los eslabones de la cadena son implan-

249 *"stepping stone method" o "strategie de tremplin"*

250 *(prestamista efectivo).*

tados en los estados que ofrecen las máximas ventajas por la vía de las convenciones, en estos casos no se trata de Paraísos Fiscales en general salvo de la ruta antillana entre los Países Bajos y las Antillas Holandesas resultante de la convención fiscal entre estos dos países

Podemos citar como ejemplo de sociedades conductoras, las creadas en Holanda al amparo del sistema de “Interest box”, mediante el cual una empresa neerlandesa conductora de intereses es una empresa que media entre un prestatario y un prestamista con el fin de obtener ventajas fiscales de la concesión de un préstamo.²⁵¹

Otras dos condiciones de la UE “corporations”, son que deben cumplirse para la exención de la UE son los siguientes:

- El beneficiario efectivo de los intereses debe ser una empresa situada en otro Estado miembro o un establecimiento permanente de la UE de tal corporación, y es considerado como un residente de ese Estado miembro (por lo que no está fuera de la UE), y
- Y que tienen que estar sujetas a imposición en ese Estado miembro.

El régimen del Impuesto sobre Sociedades que entró en vigor en enero de 2007, en Holanda, introdujo algunas mejoras en la fiscalidad de los pagos de intereses dentro del grupo. Conocida como la “caja de interés”²⁵², la nueva ley; grabaría la diferencia

251 A partir del año fiscal 2004, la Directiva de la UE de intereses y cánones en vigor, estableció una retención del 0% a los pagos de intereses entre las empresas participadas establecidas en la UE. A estos efectos una empresa se considera participada si tiene participaciones cruzadas de al menos 25% o una tercera empresa tiene una participación directa mínima del 25%.

252 Interest box

entre los ingresos y los gastos procedentes de intereses dentro de un grupo a una tasa fiscal efectiva del 5%.²⁵³

La Comisión Europea más tarde llegó a la conclusión de que, a la luz de las observaciones presentadas y las modificaciones introducidas por las autoridades holandesas, la medida de caja de los intereses no constituía una ayuda estatal, ya que se aplicaba por igual a todas las empresas que recibían el interés de empresas relacionadas.

Otro caso a citar sería el de la Empresas de Tenencia de Valores Extranjeros (ET-VEs), modalidad que se creó en España para conseguir fijaran su residencia sus cuarteles generales importantes multinacionales, amparándose en la red de convenios de doble imposición que tenía España con los países americanos, pero una desafortunada redacción de la norma que regulaba su creación y funcionamiento, tan sólo logro, que se ubicaran en las sociedades creadas a tal efecto en territorio español, ingentes cantidades de gastos financieros “deducibles” y plusvalías no gravadas que junto a los dividendos obtenidos por las empresas filiales en Europa, se canalizaban a través de España a otros países comunitarios, normalmente Holanda, y finalizaban en un paraíso fiscal.

Sociedades de servicios.-

Normalmente están constituidas en los Paraísos fiscales a fin de reducir los gastos de funcionamiento, escapar a ciertos controles y por supuesto para minimizar la carga fiscal. Pueden tener por objeto prestaciones de servicios, pago de comisiones, estudios técnicos, de marketing, publicidad, informática o de asistencia técnica. El fraude o la

253 El esquema de caja de interés es opcional, pero los grupos que deseen acogerse a sus disposiciones deben aplicarlo en todas las empresas del grupo. Sin embargo, el gobierno holandés fue incapaz de aplicar plenamente el nuevo régimen debido a una investigación sobre las ayudas estatales de Comisión Europea en la nueva legislación. En enero de 2010, se anunció que la aplicación de la "caja de grupo de interés 'se aplazaba.

evasión se efectúan clásicamente por facturación de prestaciones puramente ficticias o por una remuneración exagerada a los servicios prestados. Pueden tratarse de sociedades de gestión de patentes, de sociedades auxiliares de servicio, de sociedades cautivas bien bancarias o de seguros, sociedades de mera re facturación, de transporte internacional con “pabellones de conveniencia”, o bien sociedades de artistas o deportistas. A todas ellas vamos a referirnos posteriormente analizando en su caso, ejemplos prácticos donde se pueda ver de una forma clara el modo de funcionamiento.

3.3. Procedimiento de creación de una sociedad en un Paraíso Fiscal: los centros offshore.

Para empezar a operar desde un paraíso fiscal se necesita en primer lugar, cambiar el domicilio fiscal, abandonar el país de origen y conseguir un domicilio en el mencionado paraíso fiscal. Pero esto no es lo normal, lo habitual es crear una sociedad, tanto si se es una persona física como si se es una persona jurídica o un grupo de sociedades.²⁵⁴

Tanto para comprar una sociedad ya en funcionamiento como para constituirla, podemos decir que generalmente se elige un modelo de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, constituida al amparo de un flexible régimen legal, inscrita en el registro del paraíso fiscal, con pocas obligaciones contables y fiscales, con socios nominativos o por acciones al portador, y unos directores que suelen ser, con carácter obligatorio, profesionales, domiciliados en el paraíso fiscal. El proceso de compra consiste principalmente en lo siguiente:

1. Determinar el nombre de la empresa; la corporación encargada de estas funciones, suministra al posible cliente una lista cerrada de empresas constituidas y registradas en Paraísos Fiscales. Dichas empresas suelen ser propiedad de la corporación y no

254. La información de este apartado 3,04 (Procedimiento de creación de una sociedad en un paraíso fiscal) se ha obtenido de la guía de paraísos fiscales y centros offshore. <http://www.paraisos-fiscales.info/index.html>

están activas u operativas. El cliente por lo general escoge aquella cuyo nombre se adecue más a la naturaleza de su negocio, así como la antigüedad requerida.

2. Inscripción en el Registro; todas las empresas en venta tienen que estar legalmente registradas en un Paraíso Fiscal. Aún así el lugar de registro no tiene porque ser el lugar donde se consolide la operación.

3. Fijar los Estatutos; casi todas las jurisdicciones donde están registrados los estatutos de las empresas en venta no aplican el concepto legal de la "ultra vires"(en las que el objeto social ha de estar explícitamente mencionado).Aprovechando esta libertad se suele mencionar lo que taxativamente no es objeto de la actividad empresarial.

4. Acordar una Ampliación de capital; las ampliaciones de capital en los Paraísos Fiscales suelen devengar impuestos a no ser que se hagan a cargo de las reservas. Por ello suele ser más interesantes aquellas empresas con el mayor capital social posible, aunque no esté desembolsado.

5. Accionistas; depende de la jurisdicción, pero pueden ser desde una persona o entidad jurídica a miles de accionistas.

6. Establecer la Dirección; dependiendo de la jurisdicción de que se trate, se puede exigir uno o más directores. Por lo general, las corporaciones que venden estas empresas suelen también ofrecer los servicios de personas que pueden asumir el cargo de directores con las condiciones que previamente se pacten.

7. En cuanto a la Contabilidad; por lo general no se exigen en las jurisdicciones de los Paraísos Fiscales, tampoco suelen exigirse, auditorías, ni registros contables especiales. Existen muy diversos sectores empresariales que pueden, aprovechando su expansión

comercial en el extranjero, utilizar eficazmente las posibilidades que un Paraíso Fiscal ofrece.²⁵⁵

Como hemos tenido ocasión de ver ha existido una evolución del concepto de paraíso fiscal, de un concepto más pasivo, referido al lugar donde se remansaban rentas y patrimonio al de centro offshore que se configura como un activo centro de negocios operativo en el tráfico internacional, aunque como sabemos no son fronteras definidas y responden a denominaciones de un momento determinado.

La primera cuestión es definir el centro offshore. Offshore u offshoring es un término del idioma inglés, que literalmente significa “en el mar, alejado de la costa”, pero es comúnmente utilizado en diversos ámbitos para indicar la deslocalización de un recurso o proceso productivo.²⁵⁶

Dentro de los centros offshore se pueden ubicar empresas de fabricación, comerciales o de servicios, entre ellas es frecuente encontrar compañías de seguro y bancos cautivos, es decir empresas dependientes de otras situadas en países de intachable fiscalidad.

3.3.1. Tipos de sociedades offshore

La forma más común de sociedad offshore es la llamada “IBC” (International Business Company), que significa compañía de negocios internacional. Este tipo de sociedad existe prácticamente en todas las jurisdicciones offshore, si bien en algunas bajo otras

255 Estadísticamente los sectores que principalmente los utilizan son: Arte. Agricultura. Banca y Finanzas. Construcción. Químico. Distribución. Electrónica. Gestión de Patrimonios. Seguros. Hostelería. Petróleo y gas. Propiedades. Transporte Marítimo. Project finance. Importación y exportación.

256. <http://es.wikipedia.org/wiki/Offshore> (04-04-2012)

denominaciones. Desde el punto de vista jurídico, normalmente adopta forma de sociedad de responsabilidad limitada o de sociedad anónima (corporación).

Otra forma de organización, existente sólo en determinadas jurisdicciones, es la "LLC" (Limited Liability Company) una especie de sociedad limitada, que es fiscalmente transparente, es decir, que sus miembros deben declarar los beneficios obtenidos con la sociedad en sus declaraciones de la renta individuales.

Por sus grandes ventajas, ya sean fiscales o de otro tipo, su enorme flexibilidad y la variedad de posibilidades de utilización que ofrecen, no es de extrañar que las sociedades offshore hayan crecido en popularidad y sean empleadas con profusión por particulares y empresas procedentes de los más diversos sectores de la economía.

La IBC o "International Business Company" es un tipo sociedad offshore existente en los paraísos fiscales, que se encuentra regulada por una legislación específica y especialmente favorable. Entre sus principales ventajas destacan la exención de impuestos, la dispensa de tener que presentar declaraciones o cuentas anuales y su simplicidad de constitución y administración.

La creación de una International Business Company es posible con un capital estrictamente nominal, es decir sin desembolsar físicamente ninguna cantidad. Se encuentra protegida también por estrictas normas de privacidad. De este modo los nombres de los propietarios o accionistas no aparecen en ningún registro público, ni en los documentos de constitución de la sociedad.

La International Business Company es un tipo de empresa dirigida a personas y empresas no residentes y por tanto tiene prohibido ejercer actividades económicas dentro del propio paraíso fiscal en el cual se ha constituido. Esto quiere decir que no puede hacer negocios con ciudadanos y empresas locales ni comprar una propiedad inmobiliaria en el país en el tenga su residencia.

Las posibilidades de realizar inversiones en el lugar de registro también se encuentran restringidas. No obstante, existen ciertas excepciones a esta norma. Así por ejemplo a una International Business Company sí se le permite abrir y mantener cuentas bancarias o contratar localmente ciertas prestaciones necesarias para su administración, como por ejemplo los servicios de asistencia legal, oficina virtual, consultoría o contabilidad. Por supuesto, la IBC puede realizar cualquiera de las mencionadas actividades sin limitación en el resto del mundo.

3.3.2. Estructura societaria de una IBC

En realidad en este aspecto las “International Business Companies” no se diferencian de los demás tipos de sociedades extranjeras o domésticas. Se constituyen en su mayoría como sociedades de responsabilidad limitada o en algunos casos también como sociedades anónimas.

Al igual que ocurre con las entidades mercantiles domésticas, el capital de la empresa se divide en participaciones que reciben el nombre de acciones (shares)²⁵⁷. Estas representan la cantidad aportada por cada accionista o su límite de responsabilidad en caso de que el capital no se haya desembolsado, además de su porcentaje de participación en la sociedad.

Los accionistas eligen a la junta directiva o “board of directors” la cual a su vez nombrará al director ejecutivo (managing director) o presidente, el cual será el encargado de gestionar las operaciones de la compañía.

3.3.3. Utilidades de la IBC

²⁵⁷ En la IBC las acciones se pueden emitir nominativas (a nombre del accionista) o en muchas jurisdicciones también como acciones al portador o “bearer shares”, que son títulos libremente transferibles

Se suelen utilizar este tipo de sociedades²⁵⁸ en montajes de estructuras de precios de transferencia, como sociedades refacturadoras. Por ejemplo en Hong-Kong se ubican muchas empresas cuya actividad consiste en la refacturación; compran en China a bajo precio y se factura a otra empresa del grupo la misma venta por un valor incrementado, sin que la mercancía tenga que entrar en el Paraíso fiscal y ubicando el beneficio de la operación en el mismo. Pero la mayoría de personas y empresas que constituyen una IBC no lo hacen con la intención de utilizarla para el comercio, sino como una sociedad holding. Es decir, para administrar bienes y propiedades de todo tipo. Mediante la sociedad offshore, consiguen evitar el pago de algunos tributos, como por ejemplo el impuesto de transmisiones o el impuesto sobre sucesiones, a la hora de traspasar, vender o legar una propiedad.²⁵⁹

La institución de la International Business Company existe en casi todas las jurisdicciones offshore. Si bien en algunos países se la conoce bajo otras denominaciones, sus características son similares.

Como ya hemos visto, en la mayoría de los paraísos fiscales es posible adquirir una IBC ya constituida y lista para usar. Son las llamadas “shelf companies”²⁶⁰. Se llaman así

²⁵⁸ “International Business Company” (compañía de negocios internacional)

²⁵⁹ Las actividades no comerciales más importantes para las que se suelen utilizar las “International Business Companies” son las siguientes: Registro de embarcaciones. Esto incluye desde grandes barcos comerciales mediante las llamadas banderas de conveniencia, como embarcaciones menores y yates de recreo. Registro de vehículos de motor, en especial automóviles de lujo o de colección. Administración de propiedad inmobiliaria. Administración de derechos de propiedad intelectual. Protección de activos y planificación de herencias. Sociedades de servicios personales, destinada a trabajadores por cuenta propia. Sociedades holding para el control de otras compañías y para distribución de beneficios y dividendos. Sociedades de inversión (mutual funds), entre ellas las sociedades de capital-riesgo (private equity or capital venture). Sociedades cautivas de reaseguro (captive Reinsurance companies). Compañías de telefonía protegidas (protected cell companies). Sociedades de juego on-line.

²⁶⁰ (shelf=estantería)

porque al igual que los productos en una tienda, están listas en la “estantería” para ser vendidas. La intención es poder ofrecer a clientes que necesiten una sociedad con urgencia, un servicio más rápido.

Por regla general su coste no es superior al de una IBC normal, excepto en el caso de las “vintage companies”. Se trata de “shelf companies” que se constituyen y se dejan envejecer durante un cierto tiempo, para poder venderlas a personas que por algún motivo necesitan una sociedad que ya tenga una cierta antigüedad.²⁶¹ Por ejemplo se suele solicitar una empresa de una cierta antigüedad para evitar pólizas de seguro más caras, o bien simplemente por imprimir solvencia y seriedad a la firma.

La Constitución de una sociedad offshore es un proceso relativamente sencillo y económico, sobre todo si se compara con la formación de empresas en países en los que todavía es necesaria la intervención de un notario. Los trámites se asemejan bastante a los que se requieren para constituir una sociedad limitada en un país anglosajón. Debido a la distancia y al desconocimiento de la normativa local, lo habitual es recurrir a los servicios de un agente formador de compañías o “company formation agent” para la constitución de una sociedad offshore. Este a su vez delegará el trámite en un consultor o agente local.²⁶²

El proceso de constitución de una sociedad offshore comienza cuando el agente local²⁶³, ya que es el que “suscribe” los primeros documentos, presenta al “registrar of companies” (registrador de compañías) los dos documentos necesarios para su formación. Se trata del “memorandum of association” (memorandum de asociación) y los “articles of association” (artículos de asociación).

²⁶¹ (ver Gibraltar)

²⁶² www.paraisos-fiscales.info/constitucion-de-una-sociedad-offshore.html 2012-09-20

²⁶³ que recibe el nombre de “incorporator o initial subscriber”

El “Memorandum of Association” recoge los datos básicos de la sociedad, como su nombre, su domicilio social, llamado “registered office” u oficina registrada, y el nombre de su representante local o “registered agent” (agente residente). Además suelen figurar en él otras informaciones básicas sobre la estructura societaria y accionarial de la empresa.²⁶⁴

Una vez finalizado el proceso de registro, lo que suele durar entre 24 y 48 horas, el “registrars of companies” emite el llamado “certificate of incorporation” (certificado de constitución) que da fe de la creación de la nueva sociedad. El proceso de constitución de una sociedad offshore propiamente dicho, finaliza aquí. Son sin embargo necesarios todavía una serie de pasos posteriores para que pueda comenzar sus operaciones.

Una vez obtenido el “certificate of incorporation” el incorporator tendrá que firmar un documento que designe al primer director o si son varios a la junta directiva, llamada “board of directors”. Este acto se conoce como “appointment of first director” (nombramiento del primer director). Tiene lugar inmediatamente después de la constitución de una sociedad offshore y es el momento desde el cual cesa el poder del incorporator y queda en manos de los directores (o director) la gestión de la compañía.

Los directores posteriormente celebrarán la primera junta de dirección²⁶⁵, durante la cual se tomarán las primeras decisiones corporativas. Se nombrará al presidente o director ejecutivo²⁶⁶, responsable de las operaciones diarias de la empresa. Cuando así se requiera también se designará otros cargos como el secretario (Secretary) o el tesorero (Treasurer), los cuales ejercerán como apoderados de la sociedad. En muchas ju-

264 Los “articles of association”, a veces también llamados “articles of incorporation o by-laws”, definen la estructura operativa básica de la nueva sociedad. Regulan asuntos como el poder de los directores, la celebración de juntas anuales o la custodia de cuentas y actas.

265 o “first meeting of the directors”

266 llamado “managing director, president o chairman”,

jurisdicciones “offshore” es posible que todas estas funciones sean desempeñadas por una misma persona.²⁶⁷

Para dar un mayor soporte documental a los nombramientos realizados en el “First meeting of the Directors”, se suele emitir un “certificate of incumbency” (certificado de titularidad) que es un documento que confirma la identidad de los apoderados de la compañía, normalmente el director ejecutivo y el secretario (si se cuenta con este cargo). Estos aceptarán su nombramiento por escrito mediante una “acceptance of appointment” (aceptación del nombramiento).

Los nombres del director o directores se inscribirán en el llamado “register of directors” (registro de directores), en el cual figurará el nombre de cada uno, su domicilio y otras indicaciones como nacionalidad o número de pasaporte.

Se entregarán a los socios las acciones o “stock certificates”, aprobados durante la primera junta de directores y que representarán el porcentaje de participación de cada accionista en la compañía. Los nombres de los accionistas se inscribirán posteriormente en el libro de depósito de acciones o “stock ledger”. En este registro también deberán inscribirse cualquier futuro cambio en la titularidad en el accionariado.

La emisión y entrega de acciones se formaliza en un documento llamado “vesting of shares”. Con estos documentos queda completada totalmente, la constitución de una sociedad offshore.

267 Otras decisiones que se suelen tomar en la primera junta de directores son la aprobación de los “articles of association” por los que se regirá la compañía, la regulación de las futuras juntas anuales, la aprobación del, sello corporativo o “corporate seal” o la elección del banco en el que se abrirá la cuenta de la empresa. Todas estas resoluciones se recogen en el acta o minuta de la junta de directores, llamado “minutes of the first meeting of the directors”.

3.3.4. Características de acciones y accionistas de sociedades offshore

La constitución de una sociedad “offshore” o “IBC”, se puede realizar mediante acciones nominativas, es decir que llevan impreso el nombre del accionista, o con acciones al portador, llamadas “bearer shares”²⁶⁸. Otra opción frecuente es la utilización de un llamado accionista fiduciario o “nominee shareholder”. Puede ser cualquier persona de confianza del propietario, pero lo normal es que la función la desempeñe un empleado del agente formador o “company formation agent” o algún abogado o profesional local designado para ello²⁶⁹.

Esta modalidad de constitución de una sociedad offshore requiere firmar un contrato adicional llamado “declaration of trust” (declaración de confianza) mediante el cual el accionista fiduciario reconoce que la titularidad y los derechos sobre la compañía y sus ingresos pertenecen propietario real o “beneficial owner”.

3.3.5. Directores fiduciarios de sociedades offshore

Se suele usar un director fiduciario o “nominee director”. Es una persona que figura en lugar del propietario real. El director fiduciario puede desempeñar funciones ejecutivas (firmar contratos, resoluciones, etc.) o ejercer como mero “hombre de paja”. Las operaciones de la compañía son manejadas por el propietario real. Para ello se redactará un poder notarial o “power of attorney”, el cual le facultará para poder llevar a cabo todas las operaciones de la compañía.

268. Estas últimas son libremente transferibles y cualquier persona que las posea será reconocida como legítimo dueño de la sociedad. Mediante las mismas es posible mantener en secreto la identidad de su propietario

269 Esta figura es empleada para mantener confidencial la identidad del propietario real (que se denomina “beneficial owner”) en los casos donde no se deseen usar acciones al portador, su uso tenga limitaciones o no esté permitido.

Sea el director quien realice directamente las funciones propias o las realice indirectamente el propietario real, el dueño deberá firmar al director fiduciario un “indemnity agreement” (acuerdo de indemnización), el cual no sólo desliga a éste de toda responsabilidad en relación a las operaciones de la compañía, sino que también establece la obligación a que se le indemnice en caso de daño económico, legal o de cualquier otro tipo. Por otro lado, el “nominee director” firmará una carta de renuncia o “letter of resignation” sin fecha, que entregará al propietario de la compañía, que puede así hacer efectiva su renuncia en cualquier momento que estime oportuno. De este modo no pierde el control sobre la compañía.²⁷⁰

Una LLC o “Limited Liability Company” es un tipo de sociedad híbrida, que en algunos aspectos funciona como una sociedad mercantil (Corporation) y en otros como sociedad civil (partnership) o empresario individual (sole proprietorship). Una sociedad civil o un empresario individual es un ente sin personalidad jurídica propia. Las operaciones se llevan a cabo en nombre del propietario o de los socios, los cuales también deberán hacer frente a las pérdidas u obligaciones de la sociedad con su propio patrimonio personal.

En una sociedad mercantil (ya sea sociedad limitada o anónima) por otro lado, la responsabilidad de los socios se limita a las cantidades que aportaron en el momento de la constitución de la sociedad. Esta tiene personalidad jurídica propia y por tanto tendrá que hacer frente a sus propias responsabilidades tanto a nivel legal como fiscal.

²⁷⁰ Si bien no es parte del proceso de constitución de una sociedad “offshore”, cabe mencionar brevemente el llamado “certificate of good standing” (certificado de buen estado), que es una certificación que emite el “registrar of companies” para confirmar que una sociedad, una vez constituida, sigue en funcionamiento y se encuentra al día en el pago de su tasa anual. Este documento se utiliza para diversos trámites, como por ejemplo la apertura de una cuenta bancaria. Se suele requerir cuando la sociedad tiene más de seis meses de existencia.

Sus beneficios serán gravados por el impuesto de sociedades. La única obligación fiscal personal que tendrán sus socios, es reportar los ingresos percibidos en forma de dividendos que la empresa haya repartido.

Como hemos comentado anteriormente, la LLC es un cruce o híbrido ente las dos anteriores formas de organización. En el aspecto de la responsabilidad, funciona como una sociedad limitada. En caso de deuda o insolvencia de la compañía, sus miembros solamente responderán por la cuantía de los capitales comprometidos en el momento de su fundación.

Por otro lado, desde el punto de vista fiscal, los miembros pueden solicitar que la “Limited Liability Company” sea tratada como una entidad fiscalmente transparente. Esto quiere decir que la sociedad no es considerada como sujeto imponible y por tanto no pagará sus propios impuestos. Los ingresos que obtenga se imputarán directamente a sus miembros. Estos deberán reportarlas en sus declaraciones de la renta personales. En el caso de que la LLC esté formada por un solo miembro, tributará como empresario individual (sole proprietorship) y si la componen varios miembros lo hará como una sociedad civil (partnership).²⁷¹

Con la LLC ese pretende, ofrecer a pequeños emprendedores y trabajadores por cuenta propia, la posibilidad de disfrutar de la protección de una sociedad limitada, pero sin las complicaciones administrativas que esta requeriría.²⁷²

271 Es frecuente que los socios de sociedades LLC ubicadas en Delaware, (EEUU.) sean a la vez sociedades residentes y no residentes, aun cuando sean del mismo propietario, por lo que parte de las rentas obtenidas tributarán en EEUU. Y las obtenidas por el no residente, normalmente con domicilio en un paraíso fiscal, tributarán en dicha jurisdicción, aun cuando al final hablemos de una misma persona física o de los mismos accionistas de la corporación.

272 La introducción de la “Limited Liability Company” es relativamente reciente y data de finales de los años setenta. El estado de Wyoming (en USA) fue el primero que la recogió en su ordenamiento mercantil y durante las siguientes dos décadas se extendió al resto de los Estados Unidos. Más recientemente, también algunas jurisdicciones

3.3.6. Ventajas de las “Limited Liability Company” sobre las sociedades convencionales

1. Tiene una constitución más sencilla; los trámites para constituir una “Limited Liability Company”, son más simples que los de una corporación ordinaria (sociedad limitada o sociedad anónima).

2. Tiene beneficios fiscales; una corporación tributará por el impuesto de sociedades. Posteriormente, si se reparten dividendos a los accionistas, estos volverán a pagar por éstos en sus declaraciones de la renta individuales. Con la LLC, el mismo beneficio sólo se declara una única vez, como ingreso personal. Esto puede resultar ventajoso en los casos en que el propietario se encuentre en un tramo impositivo bajo, es decir que el porcentaje de impuestos que le corresponde pagar por su nivel de ingresos no sea muy alto, o que parte de los beneficios sean de un accionista que resida en un paraíso fiscal.

3. Ofrece protección ante acreedores; en caso de un juicio por deudas o impagos, no es infrecuente que los tribunales ordenen incautar acciones o participaciones que el deudor pueda tener en sociedades mercantiles. De esto modo el acreedor se hace con los derechos que el deudor tenía en dichas compañías. Con una “Limited Liability Company” el caso es diferente. En este tipo de empresas no está claramente separado el capital de la gestión de la empresa, como ocurre por ejemplo en una sociedad anónima. Esto quiere decir que ganar control sobre las participaciones en la LLC, normalmente implicaría también ciertas responsabilidades en cuanto a la administración y las operaciones diarias de la compañía. De este modo se podría producir problemas en caso de existir varios socios, ya que éstos de repente se encontrarían con una persona totalmente ajena a la organización participando en su gestión.

offshore, como por ejemplo la isla de Nevis en el Caribe, la han introducido. Hablamos en ese caso de una offshore LLC.

Por este motivo en las LLC multi-socio, las cortes de justicia por lo general no permiten la incautación de las participaciones del deudor en la compañía, sino que se limitan a autorizar lo que se llama una “charging order”. Esta da derecho al acreedor a cobrar todos los dividendos que la empresa pague al deudor, hasta que la deuda esté saldada. Pero, una “charging order” no dará al acreedor un control directo sobre la sociedad. Es decir, que los demás socios podrían decidir no repartir dividendos e impedir de este modo el cobro de la deuda. Por este motivo la “Limited Liability Company” ofrece mayor protección ante los acreedores que una corporación normal.²⁷³

Para ciudadanos no residentes en los Estados Unidos, puede ser interesante constituir una LLC en USA. Como hemos visto, la sociedad puede elegir no ser gravada, pasando la responsabilidad de declarar los beneficios a sus miembros. En caso de ser estos extranjeros o no residentes, estos no tendrán obligación de pagar impuestos en USA, siempre y cuando no realicen negocios dentro del país. En estos casos también se exime a la LLC de presentar cuentas anuales auditadas.²⁷⁴

Una empresa domiciliada en Estados Unidos suele inspirar mayor confianza a los clientes que una IBC residente en un paraíso fiscal. Muchos cobros y pagos en Internet o relacionados con el comercio se producen a través bancos estadounidenses, por lo que contar con una sociedad y una cuenta bancaria en USA puede ahorrar importantes costes operativos. Otra característica es que una LLC, contrariamente a lo que ocurre

273 La LLC no se concibió en sus inicios como sociedad offshore. Sin embargo sus peculiares características y en especial el tratamiento que reciben por parte del IRS (la agencia tributaria norteamericana) permiten utilizarla de manera parecida a una IBC y, en algunos casos concretos, incluso con mayores ventajas.

274 Por regla general la doctrina que se aplica entiende que para entrar en la categoría de negocio local en EEUU debe contarse con algún tipo de establecimiento físico en el país, ya sea en forma de empleados, oficinas, o por ejemplo servidores propios. No se considera establecimiento tener una cuenta bancaria (excepto en algunos Estados como California) o contratar un servicio de alojamiento Web, por ejemplo. Por este motivo, las LLC norteamericanas se han hecho populares para ejercer actividades de comercio electrónico o de importación-exportación.

con las IBC, sí tiene permitido realizar negocios localmente aunque, como comentamos, si lo hace se verá obligada a declarar impuestos y presentar cuentas anuales.

Para los residentes en EEUU. Las “Limited Liability Companies” no ofrecen la ventaja de la exención de impuestos, aunque en algunos casos pueden utilizarse para reducirlos. Por otro lado, sí ofrecen una relativa protección del patrimonio debido a la “charging order”, por lo que es frecuente que se utilicen para administrar bienes muebles o inmuebles²⁷⁵

Para un ciudadano no residente en Norteamérica, constituir una IBC o una Offshore LLC no supone prácticamente ninguna diferencia. Al no existir este tipo de sociedad en su país de origen, por regla general se le aplicará el mismo criterio que a una sociedad o corporación convencional. Para un norteamericano sin embargo, lo interesante de constituir una Offshore LLC es que el IRS la tratará prácticamente igual que si fuera doméstica. Así podrá optar por ser considerada como fiscalmente transparente, pero obviamente ofrecerá un nivel de privacidad y protección legal muy superior. Cualquier litigante o acreedor que quiera proceder contra la LLC, deberá hacerlo en una jurisdicción extranjera y con una legislación que no le es favorable. Esto tiene como consecuencia que una acción en este sentido resulte mucho más complicada y costosa. No es de extrañar por ello que la LLC sea un instrumento ampliamente utilizado como primera defensa en la protección del patrimonio, en muchos casos también en combinación con un trust.²⁷⁶

275 Una “Limited Liability Company” norteamericana puede ser un instrumento muy válido para el comercio, no se trata de una auténtica sociedad offshore, por lo que no es el vehículo más adecuado para la protección de activos o del patrimonio, por ejemplo. Es verdad que algunos Estados tienen una legislación muy favorable a la LLC y que la aplicación de la “charging order”, como vimos, ofrece una relativa protección a su propietario. En muchos casos incluso está permitido el uso de la figura del “nominee director o director fiduciario”.

276 En cuanto a los lugares de constitución más populares destacan Delaware, Wyoming o Nevada, que cuentan con algunas de las legislaciones más favorables. En especial Delaware mantiene registradas un número muy importante de empresas de este

258

Formar una “Limited Liability Company” es un proceso realmente sencillo, muy similar a la constitución de una “IBC” .A continuación veremos todos los pasos necesarios. En este caso tomaremos como ejemplo una “Delaware LLC”, que es una de las más populares.

La formación de la nueva “Limited Liability Company” comienza con el envío del “certificate of formation” (certificado de constitución) a la “secretary of state” o secretaria del estado en el que se quiere constituir la LLC. Normalmente este trámite se realiza por vía telemática. El documento contendrá el nombre elegido para la LLC, el domicilio de su “registered office” (oficina registrada), su dirección de correspondencia y el propósito para el que se constituye la compañía. No es necesario que se defina una actividad concreta. Por ejemplo se puede definir como “participar en cualquier actividad legal”. Normalmente también se incluyen algunos artículos adicionales para establecer los derechos de los miembros de la “Limited Liability Company” o definir si la empresa tendrá duración limitada o es constituida con carácter de perpetuidad.

A la recepción del “certificate of formation” la secretaria del estado emitirá un justificante que, además del propio documento enviado, contendrá la hora y fecha de recepción y el número de expediente, el cual es asignado de forma automática. Este número llamado “business entity file number” (número de expediente de la entidad de negocio) es el número de registro con la secretaria del estado y por el que se identifica a la compañía. Con esto concluye la formación propiamente dicha de la Limited Liability Company.

tipo. Para constituir una offshore LLC, la jurisdicción más popular es la isla de Nevis, existiendo también en algunos paraísos fiscales dependientes de Gran Bretaña, como la isla de Man. Otra variante parecida es la LLP o Limited Liability Partnership, que sería algo así como una sociedad civil limitada que se puede constituir en Singapur o en el propio Reino Unido. En otros paraísos fiscales se ha introducido la figura de la LDC o “Limited Duration Company”, que es una especie de LLC pero con un tiempo de vida limitado.

Posteriormente se celebrará el “first meeting of the members” (primera junta de miembros) durante el cual se eligen los cargos más importantes que gobernarán la “Limited Liability Company”: managing director o director ejecutivo, el tesorero (treasurer) o el secretario (secretary). Los dos últimos son optativos y se permite que todos los cargos sean desempeñados por una única persona.

Normalmente, durante esta primera junta también se aprueba el formato de los “membership certificates” (certificados de membresía), que son el equivalente a las acciones de las corporaciones y que certificarán el porcentaje de participación en el capital de la LLC de cada miembro. Cabe destacar que estos certificados son siempre nominativos. No se admiten títulos al portador como en el caso de una IBC. No debemos olvidar que la LLC no es una sociedad offshore propiamente dicha, excepto en los casos en los que se constituye en un paraíso fiscal.

Otras decisiones que se pueden tomar durante la primera junta de miembros es la aprobación del sello corporativo, la resolución para abrir una cuenta bancaria y la aprobación del formato del operating agreement (acuerdo operativo)²⁷⁷. Todas estas decisiones se recogen en las “minutes of the first meeting of the members” (minutas de la primera junta de los miembros).

277 En cuanto al mencionado “operating agreement”, aunque no es obligatorio, es un documento de suma importancia para la administración de la “Limited Liability Company”. Viene a ser el equivalente a los “articles of association” en la IBC y su finalidad es regular la manera en la que se llevarán a cabo las operaciones cotidianas de la LLC. Define las responsabilidades y derechos de los miembros y del director ejecutivo. La importancia de este documento reside en que ante un juicio o una demanda supone la principal prueba de la separación de bienes y responsabilidades entre la compañía y sus propietarios. Por ello es fundamental que el “operating agreement” esté correctamente redactado, incluso en el caso de que exista un solo miembro. Especialmente si se quiere utilizar la LLC como vehículo para la protección de activos o existen riesgos de contraer deudas.

Se suele mantener bien documentada la separación de bienes de la LLC y su propietario o propietarios. Esto se consigue mediante una contabilidad detallada de las actividades de la compañía (incluso en los casos en los que no sea obligatoria) y formalizando mediante minutas de reuniones las decisiones más importantes.

Normalmente se realiza al menos una reunión anual y se levanta acta mediante las “minutes of the annual meeting of the members” (minutas de la junta anual de miembros). Conviene levantar actas adicionales cada vez que sea necesario tomar alguna decisión importante (apertura de una nueva cuenta bancaria, realización de una inversión etc.).

Un trámite que frecuentemente se requiere para las LLC es la solicitud de un “Employer Identification Number” o “EIN” (número de identificación del empleador). Es el equivalente corporativo del número de identificación fiscal de los particulares. Es conveniente disponer de un EIN incluso si la compañía no tiene previsto realizar actividades en Estados Unidos, ya que se requiere para diferentes trámites. Así por ejemplo, los bancos lo piden a la hora de abrir una cuenta. Este número se puede solicitar únicamente con fines identificativos y no implica ninguna obligación fiscal.²⁷⁸

3.3.7. El Trust

Es una institución del derecho anglosajón²⁷⁹, consiste en un contrato privado por el cual una persona transfiere un bien o derecho a otra persona de su confianza, con el

²⁷⁸ www.delawarellc.com/

²⁷⁹ Su primer antecedente histórico lo encontramos en el llamado contrato de fiducia romano, por lo que a menudo se habla de él como una relación fiduciaria. No obstante, es en la Edad Media y en el derecho inglés, donde adquiere sus principales características actuales. En aquella época era frecuente que caballeros que partían a guerras y cruzadas, transfirieran sus propiedades a un amigo u hombre de confianza. Este debía administrarlas en beneficio de la esposa y los hijos menores de edad del caballero, que en aquella época no podían ejercer el derecho de propiedad directamente. Normalmente

261

fin de que lo controle y administre en beneficio de terceras personas, normalmente familiares o allegados.²⁸⁰

La clave para comprender el funcionamiento del trust reside en la manera en que la ley inglesa, la llamada common law, interpreta el derecho de propiedad. En la common law se reconocen dos maneras diferentes de ejercer la propiedad. Por un lado existe “el legal ownership” o “legal estate”, es decir, la titularidad o propiedad legal de un bien. Por otro lado, el llamado “beneficial ownership” o “equitable estate”, que podríamos definir como el derecho de uso y disfrute. Este concede ciertos derechos sobre el bien a una persona distinta de su propietario legal.

Así se produce una situación compleja en la que el administrador es el propietario legal del bien, pero no tiene un dominio completo sobre el mismo, ya que a su vez tiene una obligación personal frente a los beneficiarios. Estos tienen derecho de recibir el bien,

te también recibía instrucciones sobre cómo proceder en caso de fallecimiento del caballero. Los repetidos abusos y expolios que se producían por parte de estos hombres de confianza, hizo que la “Court of Chancery”, que era la corte de justicia de la época, desarrollara una serie de normas para garantizar el cumplimiento de estas relaciones de confianza, que se denominaron como trusts. Es en ese momento cuando adquieren plena validez jurídica.

280 Intervienen en este peculiar contrato: Settlor (otorgante): la persona a la que originalmente pertenece el bien y que decide transferirlo; Trustee (administrador): persona o entidad encargada de administrar el bien; Beneficiary (beneficiario): la(s) persona(s) designada(s) para recibir las ganancias obtenidas con el bien y, al vencimiento del contrato, el propio bien; Assets (activos): es el bien o bienes objeto del contrato; Trust deed (escritura de constitución): el contrato privado en el que se recogen las condiciones que debe cumplir el trustee; Protector o appointor: Es una figura opcional que se puede designar para supervisar al trustee o al que incluso se le puede dar potestad de sustituirlo por otro en caso necesario. Normalmente el protector es una persona de confianza del settlor.

en el momento que se haya estipulado en la escritura de constitución, y en algunos casos también a utilizarlo y a disfrutar de él.²⁸¹

El trust es una figura jurídica íntimamente ligada a la common law y es aceptado en la mayoría de los países de influencia anglosajona, como lo son los Estados Unidos o los países de la llamada Commonwealth, antiguas colonias británicas. Por el contrario, es inexistente en prácticamente todos los estados que basan sus sistemas legales en el llamado código civil o derecho continental, es decir, la mayoría de los países de Europa (entre ellos España) y Latinoamérica.²⁸²

Así, se emplean diferentes tipos de trusts que sirven para los más variados propósitos. Por mencionar algunos ejemplos, en el mundo de los negocios pueden utilizarse para realizar inversiones conjuntas, para agrupar las participaciones de pequeños accionistas y así poder ejercer el derecho a voto en una junta de accionistas, para administrar las inversiones privadas de un cargo público y evitar el conflicto de intereses o para garantizar el correcto cumplimiento de una transacción importante.²⁸³

281 Si por ejemplo el objeto del contrato fuese una propiedad inmobiliaria, por ejemplo una casa, el “trustee” figuraría como propietario legal en la escritura de compra-venta. Su dominio sobre la casa no obstante, no sería completo, ya que a su vez tendría la obligación legal de transferírsela a los beneficiarios en el momento que se haya establecido previamente. Por otro lado, los beneficiarios, si se acordó de esa manera, también podrían tener el derecho a disfrutar de la casa, por ejemplo para vivir en ella.

282 El código civil entiende el derecho de propiedad como un dominio absoluto, en exclusiva, definitivo, y por tanto lo considera como algo indivisible. Es precisamente este concepto de doble propiedad, aceptado por la common law, lo que hace del trust un instrumento enormemente versátil, con muchísimas posibilidades y aplicaciones tanto en el ámbito privado como en las finanzas y el comercio.

283 Se suele conocer con el nombre de “plica o escrow” y su uso se ha popularizado últimamente debido a que se está utilizando para garantizar pagos y transacciones en Internet.

En el ámbito privado los trusts suelen utilizarse como alternativa o complemento al testamento ²⁸⁴o para administrar diferentes intereses privados y familiares. Esto último se realiza a través de los llamados “living trusts” o “inter vivos”, que puede tener muchas modalidades diferentes.²⁸⁵

Aunque esté constituido en el exterior, el trust por lo general manejará bienes y derechos que se encuentran situados en el país de residencia habitual del settlor o de los beneficiarios. Por ello también tendrá implicaciones legales y fiscales en dicho país. La falta de reconocimiento por parte de la legislación del país en el cual se encuentran situados los intereses económicos, y la diferente interpretación del derecho de propiedad, puede acarrear serios problemas jurídicos.²⁸⁶

Para tratar de ofrecer una solución a este tipo de problemas en las jurisdicciones de derecho continental, el 1 de julio de 1985 se presentó en la ciudad de la Haya el “convenio sobre la ley aplicable a los trusts y su reconocimiento”²⁸⁷. Este tratado finalmente entró en vigor el 1 de enero de 1992. Sin embargo hasta la fecha, han sido pocos países los que lo han ratificado. Aparte de Holanda y Luxemburgo, lo ha suscrito también Italia y, ya más recientemente en el año 1997, Suiza.

284 (*testamentary trusts* o “*mortis causa*”)

285 Durante las últimas décadas se ha hecho popular el llamado “*offshore trust*”, que recibe este nombre por estar constituido en un paraíso fiscal o jurisdicción offshore. Se emplea sobre todo con fines de reducción de impuestos y planificación fiscal. Frecuentemente también para proteger el patrimonio personal y familiar frente a potenciales acreedores o posibles demandantes (por diversos motivos como divorcios, conflictos laborales, etc.).

286 Estos se producen especialmente en aspectos fiscales, en los relacionados con la transmisión de bienes (especialmente los inmuebles) o en el transcurso de juicios o demandas por cualquier motivo. En este caso las decisiones judiciales, debido a la falta de legislación aplicable, a menudo son imprevisibles y poco favorables.

287 (*convention on the law applicable to trusts and on their recognition*)

Al margen del tratado, existen actualmente sólo tres países europeos bajo derecho continental que no sólo reconocen al trust, sino que lo han recogido en sus ordenamientos jurídicos. Aparte de Holanda, que permite la formación de una versión muy limitada del mismo, en los otros dos casos se trata de paraísos fiscales.

Por un lado Mónaco lo reconoce siempre y cuando haya sido creado fuera de sus fronteras e incluso permite constituirlo dentro del principado, cuando las personas que lo hagan sean ciudadanos de países que a su vez lo permitan también. Esto quiere decir que sólo pueden hacerlo los ciudadanos de países anglosajones. Pero es el principado de Liechtenstein la única jurisdicción de derecho civil en Europa, que lo acepta plenamente en su ordenamiento jurídico y permite además su constitución sin limitaciones.

Por otro lado, varios países latinoamericanos, han introducido en sus legislaciones una figura que se asemeja bastante al trust. Se trata del fideicomiso. Cabe destacar sin embargo que el fideicomiso, al ser típico de las jurisdicciones de derecho civil, está bastante más limitado en sus aplicaciones.

Esto es debido a que no reconoce la existencia de la doble propiedad típica en la common law que anteriormente comentábamos. Por este motivo su utilización se circunscribe generalmente al mundo de los negocios, en especial para la presentación de garantías en diferentes tipos de transacciones.

Pero si existe una entidad jurídica medianamente similar en el derecho continental lo es sin duda la llamada fundación privada. Las más conocidas son la panameña y la de Liechtenstein, aunque también existen variantes con más o menos restricciones en diferentes países europeos y caribeños. Estas fundaciones pueden ser empleadas de una manera muy eficiente, para la planificación fiscal y para la protección del patrimonio. Incluso pueden llevar a cabo, sin mayores problemas, las funciones de un fideicomiso.

Un “offshore trust” es aquel que se constituye fuera del país de residencia habitual de la persona que lo promueve (llamada settlor) y de los beneficiarios, en un paraíso fiscal. Sus características son básicamente las mismas que las de un trust anglosajón o común, pero al formarse bajo una legislación más favorable, ofrece una mayor protección jurídica y un mayor nivel de privacidad.²⁸⁸

3.3.8. Utilidad de la creación de un offshore trust

Debido a su gran flexibilidad puede emplearse para multitud de fines diferentes. Algunos de los más comunes son:

1. Reducción de impuestos

El offshore trust crea un marco jurídico especial en el que la propiedad de un bien queda separada en propiedad legal (legal ownership) y derechos de uso (beneficial ownership). Esta característica en algunos casos se puede aprovechar para conseguir ventajas fiscales, especialmente en combinación con otro tipo de entidades. Así por ejemplo es común que el trust mantenga acciones de sociedades offshore o controle una comunidad de bienes familiares.

2. Protección de activos

Mediante la constitución de un “offshore trust”, los bienes de la persona que lo promueve son transferidos a un “trustee” o administrador, por lo que legalmente dejan de pertenecerle. Esto hace que estén fuera del alcance de posibles acreedores o litigantes por otras causas como divorcio, enfrentamientos laborales, acusaciones de negligencia, etc. También es habitual utilizarlo para la separación de bienes entre esposos, especialmente en los casos en los que uno de los cónyuges realice actividades económicas que conlleven un riesgo alto de sufrir litigios o contraer deudas.

²⁸⁸ *Paraísos-fiscales.info* 23/01/2014

3. Planificación de herencias y sucesiones

Los trusts son una alternativa al testamento, ya que ofrecen una mayor flexibilidad a la hora de planificar el reparto de los bienes del fallecido entre los familiares y allegados. Evita el juicio sucesorio y sus correspondientes costes, y en ocasiones sirve para eludir derechos de consanguinidad forzada, que impiden la libre elección de los herederos.

Generalmente constituyen habitualmente un “offshore trust”, personas que tienen bienes (materiales o inmateriales) que proteger o que ejercen profesiones en las que corren riesgo de sufrir demandas judiciales. Como ejemplo podemos mencionar médicos, arquitectos, artistas, pero también personas corrientes que buscan planificar sus impuestos de manera más ventajosa o buscan un nivel superior de protección para sus bienes. Dejando una parte de los mismos en manos de un offshore trust, reducen el riesgo de que sean embargados o reclamados en el caso de sufrir una quiebra o insolvencia.

La mayoría se constituyen como inter vivos o living trusts y su función es la de administrar bienes y patrimonio del settlor a favor de los beneficiarios. Existen muchas variantes distintas, pero prácticamente todas tienen cabida en alguna de las siguientes categorías:

- Privados (private trusts). Son los más comunes y sirven para la administración de bienes familiares.
- Corporativos (corporate trusts). Tienen fines empresariales, frecuentemente para administrar planes de pensiones de empleados o inversiones.
- Caritativos (charitable trusts). Se constituyen en beneficio de organizaciones con fines sociales.
- De otros propósitos (purpose trust). Esta modalidad no tiene beneficiarios y puede establecerse para cualquier propósito claro, razonable y posible.

Por otro lado, el offshore trust puede además constituirse con diferentes características. Así puede ser:

- a. Revocable o irrevocable; según el otorgante tenga la posibilidad de anular o no el trust.
- b. De interés fijo (fixed interest) o discrecional (discretionary); En el primero los beneficiarios y sus intereses quedan fijados en el momento de redactar el contrato o trust deed. En el segundo caso, queda en manos del trustee o administrador la decisión sobre cómo repartir los bienes entre los diferentes beneficiarios.

En el caso del offshore trust si lo que se pretende es la planificación fiscal y la reducción de impuestos, por lo general la opción más segura será hacerlo como irrevocable y discrecional. Sólo de este modo el settlor se encuentra totalmente desvinculado de los bienes, y por tanto puede demostrar que ya no le pertenecen. Otra solución podría plantear problemas si se demuestra que el otorgante sigue de alguna manera teniendo la disponibilidad la decisión sobre los bienes. En un trust discrecional el trustee tiene un amplio poder de decisión, ya que queda en sus manos decidir cómo y de qué manera administrará y repartirá los bienes. No obstante esto no quiere decir que no tomará en consideración las indicaciones del settlor²⁸⁹ Como medida de control adicional, es frecuente establecer un protector para el “offshore trust”. Se trata de una persona de confianza del “settlor” que supervisará al “trustee” en sus funciones y que tiene la potestad de cesarle o sustituirle por otro en caso de estimarlo necesario.

289 Con esta finalidad, se suele redactar una carta confidencial y privada en la que el settlor expresará cómo desea que sea administrado el trust (inversiones, reparto de bienes, etc.) y que debe servir de guía al trustee en sus actuaciones. Esta carta recibe el nombre de “letter of wishes” (carta de deseos) y, aunque no es legalmente vinculante, es generalmente respetada por el trustee, siempre que su contenido sea legal y razonable. Esta letter of wishes puede ser actualizada periódicamente, para irse adaptando a las circunstancias cambiantes de los bienes o beneficiarios.

Por último, también será un factor determinante, la jurisdicción elegida para constituir un offshore trust. No sólo debe contar con una legislación favorable que lo proteja, sino también tener suficiente independencia jurídica y política, para que sus tribunales, dado el caso, resistan ante un ataque externo. Es precisamente en este punto en donde fallan muchos pequeños paraísos fiscales.

3.3.9 .El Fideicomiso

El fideicomiso²⁹⁰ se entiende como un contrato a través del cual una persona, que recibe el nombre de fideicomitente, fiduciante o constituyente, transfiere un bien o derecho a un tercero, llamado fiduciario. Este se convierte en titular legal del mismo, pero con el encargo de traspasarlo o distribuirlo entre uno o más beneficiarios (llamados también fideicomisarios), en el momento que se haya establecido en el contrato.

Se trata de una figura muy parecida al trust anglosajón, aunque con algunas diferencias importantes. Tanto trust como fideicomiso están inspirados en el contrato de fiducia que data del tiempo de los romanos, por lo que ambos se denominan negocios fiduciarios.²⁹¹

La principal diferencia entre ambos es que el trust nació bajo el derecho común británico o common law, el cual contempla un doble derecho de propiedad. Por un lado existe el llamado “legal estate” o “legal ownership” (propiedad legal), pero también el beneficial “ownership” o “equitable estate”, que viene a ser algo así como el derecho

290 La palabra fideicomiso procede del vocablo latino “fideicomissum”, que se descompone en “fides” (fe) y “comissus” (encargo o comisión). Es decir, un encargo que se hace de buena fe.

291 la tradición social y jurídica del trust es muchísimo mayor, pues ya era utilizado en la temprana Edad Media, mientras que el primer fideicomiso latinoamericano se recogió en la legislación de Panamá en 1925.

de uso y disfrute. Esta característica, es la que permite desdoblar los bienes en una doble propiedad, lo que abre múltiples posibilidades de utilización tanto en el área empresarial como en el particular.

El fideicomiso latinoamericano por el contrario, es una figura nacida dentro de la tradición jurídica continental, que se conoce como código civil. En este sistema judicial, que la mayoría de países latinoamericanos heredaron de España, no se contempla el concepto de la doble propiedad existente en la common law

.

El propietario absoluto del bien, al no existir un derecho de “beneficial ownership”, será el fiduciario, con la salvedad de que ejercerá el derecho de propiedad de manera temporal y que tendrá a su vez una obligación personal frente a los beneficiarios.

En realidad, lo que hace el derecho civil es interpretar el negocio fiduciario como un contrato de compra-venta (del bien objeto del fideicomiso) y otro contrato de garantía que recoge las obligaciones del fiduciario para con los destinatarios. Esto quiere decir que el beneficiario se convierte en un mero acreedor del fiduciario, condición que no le da la misma fuerza legal que tiene en un trust, donde es una especie de copropietario. Recordemos que ejerce una de las dos variantes de propiedad, en este caso el “equitable estate” o derecho de uso y disfrute.

Por otro lado, el trust también ofrece una seguridad jurídica mucho mayor que el fideicomiso. Ha de tenerse en cuenta que los jueces anglosajones tienen siglos de experiencia con los trusts, los cuales son una institución muy respetada y existe numerosa jurisprudencia sobre actuaciones judiciales que impusieron severas condenas a trustees por incumplimiento de sus deberes.

La mayoría de países latinoamericanos que han adoptado el fideicomiso le han impuesto además serias restricciones de utilización y formación.

Así, por ejemplo, en Argentina no se permiten negocios fiduciarios “mortis causa”, es decir, como alternativa al testamento. Muchos otros países, entre ellos la propia Argentina, México y Colombia, exigen que los fiduciarios sean entidades inscritas ante la comisión nacional de valores como bancos, instituciones de crédito o compañías de seguros.

Debido a todos los motivos anteriores el fideicomiso, aunque ofrece una cierta seguridad frente a embargos o acreedores, no es el vehículo ideal para la protección del patrimonio y es empleado sobre todo como garantía para el cumplimiento de diferentes tipos de obligaciones, en especial las de tipo crediticio.

Existen diversos tipos de fideicomisos; De inversión. Permite la participación de pequeños accionistas en inversiones a gran escala. De garantía. Funciona como sustituti- va la de hipoteca. Inmobiliario. Utilizado como garantía en proyectos de construcción. De administración o asistencia. Es la variante más clásica. Un bien se entrega a otra persona o institución, para que lo administre a favor de los beneficiarios. Testamentario. Constituye una alternativa al testamento. Educativo. Aportaciones que se realizan para sufragar los gastos educativos de los hijos en un futuro. Financiero. Actúa como vehículo de “securitización” o “titulización”. Las entidades financieras emiten títulos sobre activos crediticios, lo que les permite obtener liquidez inmediata.

Por supuesto existen muchas más posibilidades de utilización.²⁹²

292 Así, por poner un ejemplo, en México es popular el llamado Fideicomiso de administración de inmuebles en zona restringida. La legislación de ese país impide que extranjeros compren propiedad inmobiliaria en zonas fronterizas o costeras, por lo que es habitual recurrir a un fiduciario mexicano para poder adquirir la propiedad en su nombre, pero con derecho de disfrute para el propietario real.

3.3.10. La fundación privada

Los paraísos fiscales también pueden utilizarse no solo a través de una sociedad offshore o de un trust, sino que existe la posibilidad de la creación de una fundación privada, que en definitiva, es una entidad legal que nace de la donación de un patrimonio de una persona o empresa para unos fines determinados, los cuales se establecen en su acta fundacional. Se trata de una figura jurídica muy similar al trust o al fideicomiso, pero mientras los primeros son básicamente contratos regulados por la ley, la fundación privada es una entidad con personalidad jurídica propia, al igual que ocurre con las sociedades.

Las fundaciones pueden por tanto poseer bienes o derechos, abrir cuentas bancarias y tener sus propias deudas y obligaciones. La fundación privada se diferencia del resto de las fundaciones en que su propósito no es de interés público, sino que se constituye para fines de interés privado, lo que sólo está permitido en unos pocos países que cuentan con una legislación específica al respecto.

Por otro lado, comparándola con una sociedad mercantil, la fundación privada no tiene socios ni accionistas y no puede dedicarse a actividades comerciales o con afán de lucro, excepto si estas se producen de forma no habitual y sirven a sus propósitos generales.

Así por ejemplo, estaría permitida la venta de una propiedad inmobiliaria que posea la fundación, pero no podría dedicarse al negocio de compra-venta de inmuebles.

También están exceptuados de esta norma los llamados ingresos pasivos, es decir, intereses, rendimientos de acciones, letras o bonos, siempre y cuando sus dividendos se utilicen para financiar los objetivos de la fundación.

Figuras y documentos intervienen en una fundación;

El fundador; Es la persona o entidad (puede ser una empresa) que dona los bienes o derechos.

Los bienes; Llamados también el “corpus” (cuerpo). Pueden ser de cualquier naturaleza, incluyendo inmuebles, dinero en efectivo, títulos, etc. Lo más habitual es constituirlos con una aportación inicial de dinero, que puede coincidir con el capital mínimo exigido para la formación, y después ir transfiriendo otros bienes o activos con posterioridad.

Los beneficiarios; Son las personas en cuyo beneficio se realizan los propósitos de la fundación privada. El propio fundador también tiene la opción de establecerse como beneficiario. Por ejemplo puede establecerse como receptor de los beneficios de la fundación hasta su fallecimiento y que después pasen a otros beneficiarios.

El consejo fundacional; Es el órgano encargado de la administración y de llevar a cabo los propósitos de la fundación. Normalmente lo integran varias personas nombradas por el fundador. Pueden ser tanto personas físicas como jurídicas (empresas). El propio fundador, si así lo desea, puede formar parte del consejo fundacional.

El acta fundacional; Es el equivalente al acta de constitución o articles of association de las sociedades y por lo tanto el documento más importante. Suele ser obligatoria su inscripción en un registro público y contiene todos los datos relevantes sobre la fundación. Describe su propósito, identifica a los miembros del consejo fundacional y establece la forma de designar a los beneficiarios. Estos, no obstante no tienen que ser identificados en la propia acta, sino que se pueden establecer mediante un documento complementario y privado, que según la jurisdicción recibe diferentes nombres.²⁹³ Al igual que ocurre en los trusts, el fundador puede normalmente incluir una cláusula de revisión o revocación.

²⁹³ Así puede llamarse reglamento, estatuto complementario o “by laws”.

El reglamento o estatuto complementario; Es un documento muy similar a la llamada “letter of wishes”, utilizada en los trusts. En el mismo se identifican los beneficiarios y se establecen las condiciones en las que estos recibirán los beneficios o las utilidades de la fundación.

Las fundaciones privadas ofrecen también muchas opciones para la protección de la privacidad. Así el fundador puede permanecer en el anonimato utilizando un fundador y un consejo fundacional nominales. Es decir, personas que a cambio de una tarifa figurarán en los puestos mencionados. En estos casos fundador y consejo nominal suscriben un poder general de administración (general power of attorney). Mediante este documento en el que se nombra al fundador real Administrador General. De este modo mantiene el control sobre los bienes y la administración de la fundación.

Otra posibilidad es introducir la figura de un protector o un comité de supervisión, que se encargará de vigilar las actuaciones del consejo fundacional y que tiene la facultad de sustituirlo en caso necesario. Como se puede ver, existen múltiples alternativas diferentes

Principales fines de las fundaciones privadas.

Básicamente una fundación privada puede servir para los mismos propósitos que un trust o un fideicomiso. Mencionamos los principales a continuación:

- Alternativa al testamento. Ofrece mayor flexibilidad y permite evitar derechos de consanguinidad forzada, o sea, las leyes que obligan a entregar un porcentaje mínimo de la herencia a los familiares en primer grado.
- Fines familiares. Para garantizar pensiones, rentas vitalicias, para la educación de los hijos, mantenimiento de menores o incapaces, servir de beneficiaria y canalizadora de una póliza de seguros, etc.

- Para la protección de activos. El patrimonio de una fundación es por ley inembargable e insecuestrable, excepto en el caso de deudas contraídas por la propia fundación.
- Como alternativa a una sociedad holding. La fundación puede poseer acciones y títulos de otras entidades o sociedades. Asimismo puede administrar inversiones en bolsa, fondos de inversión, etc. y todo ello con un gran nivel de privacidad.
- Fines fiscales. Al constituir un patrimonio separado de su propietario, se pueden obtener ventajas fiscales.
- Garantías. Similar al fideicomiso. El bien que sirve de garantía se puede traspasar a la fundación y esta lo distribuirá al acreedor o al deudor según se haya saldado o no la deuda.

Tipos de fundaciones privadas más populares.

En muchos países es posible constituir una fundación privada. Así existen por ejemplo en Suiza, Austria, Holanda, Suecia o incluso en los Estados Unidos. Pero sólo en unos pocos lugares se ha desarrollado una legislación específica, que ofrece todas las garantías legales y que permite su utilización de manera eficaz por ciudadanos extranjeros. Veamos las más populares:

La fundación de Liechtenstein (Stiftung). Tradicionalmente la más popular y reconocida. Existe desde 1926.

El establecimiento de Liechtenstein (Anstalt). Una variante consistente en una entidad híbrida entre una fundación y una sociedad mercantil. Muy similar a la Stiftung, pero permite además realizar actividades de comercio.²⁹⁴

294 Por otro lado, también otros pequeños paraísos fiscales han empezado a aprobar legislaciones al respecto. Así ya cuentan con variantes de fundaciones las islas de St.

La fundación de interés privado panameña. Inspirada en la Stiftung de Liechtenstein, incorpora algunas innovaciones. Su menor coste y requerimientos de capital la han hecho crecer en popularidad.

La fundación privada es una alternativa al trust, en especial para los residentes en jurisdicciones bajo derecho continental (derecho civil), que no reconocen a esta figura. La constitución de una persona jurídica separada del fundador, así como la dificultad para establecer la identidad del mismo, hacen de la fundación una importante herramienta para la privacidad y la protección del patrimonio.

La fundación de Liechtenstein.-

La fundación de Liechtenstein o “Stiftung”, es una entidad legal que nace de la donación de un patrimonio de una persona o persona jurídica llamada fundador, que se empleará para un fin privado, previamente establecido²⁹⁵

La fundación de Liechtenstein, ofrece diferentes modalidades de constitución, siendo las más comunes las siguientes:

- La fundación de interés público²⁹⁶. El patrimonio donado y sus rendimientos se emplean en objetivos que benefician a la comunidad en general. Pueden de-

Kitts y Nevis, las Bahamas o las Antillas Holandesas. Sin embargo, ninguna de ellas ha alcanzado de momento la popularidad de las anteriormente mencionadas.

295 . La fundación, a pesar de no tener accionistas o miembros, constituye una persona jurídica separada del fundador y tiene por tanto sus propios derechos y obligaciones. La fundación de Liechtenstein no puede realizar actividades comerciales con afán de lucro, excepto si estas se producen de manera no habitual y sirven a los fines estipulados en su acta fundacional. Por ello es empleada principalmente el campo de la administración del patrimonio.

296 (gemeinnützige Stiftung)

dicarse a actividades como el fomento del arte, de la ciencia o el desempeño de labores caritativas.

- La fundación religiosa²⁹⁷. Dedicada a fines eclesiásticos.
- La fundación familiar²⁹⁸. Es empleada con fines de conservación y administración del patrimonio familiar, para garantizar la educación o el mantenimiento de los hijos u otras actividades similares. También puede emplearse eficientemente para la planificación sucesoria, como alternativa al testamento.²⁹⁹
- La fundación de cuidados personales³⁰⁰. Principalmente se constituyen para administrar planes de pensiones a favor de empleados e indemnizaciones para los supuestos de muerte e invalidez. Habitualmente la aportación de capital se efectúa de manera compartida entre empleado y empresario.

También podemos citar a la llamada fundación de inversión³⁰¹ que funciona en realidad como un vehículo de inversión colectiva. El fundador sería un banco o institución financiera y los beneficiarios los inversores.

Principales ventajas y usos de la fundación de Liechtenstein.

El proceso de constitución de una Stiftung es extremadamente discreto y tanto fundador como beneficiarios pueden permanecer en total anonimato. Esta característica, junto con su estatus de persona jurídica separada del fundador, la hace un vehículo muy eficiente para la protección de bienes familiares y para la planificación fiscal. Los

297 (*kirchliche Stiftung*)

298 (*Familienstiftung*)

299 Se distingue además entre fundaciones familiares puras (*reine*), dedicadas a las actividades aquí descritas únicamente, y mixtas (*gemischte*) que además pueden combinar los fines familiares con otros de interés público o eclesiástico.

300 (*Personalfürsorgestiftung*)

301 (*Anlagestiftung*),

bienes no sólo dejan de pertenecer al fundador legalmente, sino que la identidad de éste además puede permanecer oculta.³⁰²

Las fundaciones también pueden ser utilizadas para poseer acciones de otras sociedades. De este modo, aunque falleciera el propietario, la empresa podría seguir funcionando ya que la titularidad la ostentaría la fundación.

Como atractivo añadido, los beneficiarios no pagarán ningún impuesto sobre donaciones o sucesiones por los bienes que reciban de parte de la fundación, siempre y cuando no residan habitualmente en Liechtenstein.

Las fundaciones en Liechtenstein no son baratas.³⁰³ El capital mínimo para constituir una fundación de Liechtenstein es de 30 000 Chf (francos suizos), lo que equivale a

302 Esto tiene como consecuencia que a potenciales acreedores o a las autoridades fiscales les resulte muy complicada, por no decir imposible, establecer una relación entre fundador y patrimonio. Una de las principales críticas que recibe la fundación de Liechtenstein es precisamente que debido a su opacidad ha sido utilizada en numerosas ocasiones para actividades ilícitas o para el blanqueo de capitales. De hecho la fundación puede ser utilizada para ser titular de cuentas bancarias, que de esta forma se convierten prácticamente en anónimas.

Por otro lado, la fundación de Liechtenstein es un instrumento enormemente versátil para la planificación sucesoria, ya que permite regular de manera mucho más eficiente y detallada que un testamento, el destino del patrimonio tras la muerte del fundador. No sólo permite evitar el juicio sucesorio o derechos hereditarios forzosos, sino que además permite planificar al detalle y en total libertad el reparto de los bienes, tanto en la elección de beneficiarios como en su duración en el tiempo. Esta característica permite proteger a menores o incapaces y evitar que algún descendiente “manirroto” dilapide la fortuna familiar, por ejemplo mediante la asignación de un importe fijo al mes solamente.

303 Liechtenstein es uno de los paraísos fiscales más antiguos y con más prestigio. Al igual que ocurre en todos los negocios también aquí la solera se paga. No sólo la constitución de sociedades offshore y fundaciones es más cara que en otros países, sino que también los gastos de mantenimiento y honorarios de los profesionales requeridos están por encima de la media.

unos 24 700 dólares. Este importe puede desembolsarse en cualquier moneda reconocida e incluso es aceptable que se justifique este capital mediante una donación de bienes de un valor similar. En este caso se exige que el fundador realice un documento de cesión, el cual otorgue a la fundación poder legal para exigir los bienes una vez finalizada la constitución.

Aparte del capital se deberán abonar los gastos de inscripción o depósito en el registro de fundaciones ³⁰⁴ las certificaciones de los documentos y los honorarios del agente formador de compañías. ³⁰⁵

Como alternativa a la fundación de Liechtenstein ³⁰⁶, en el principado también es posible constituir un ente llamado “Anstalt” (que significa institución o establecimiento), que es una estructura híbrida entre una sociedad mercantil y una fundación. La Anstalt, contrariamente a la fundación, también puede participar en actividades comerciales de manera regular, por lo que abre todo un abanico de posibilidades interesantes.

La fundación de Panamá.-

304 (Stiftungsregister),

305 El coste total para una fundación con capital mínimo suele rondar los 4000 dólares. Los posteriores costes de mantenimiento anual son elevados también y pueden llegar fácilmente a los 6500 o 7000 dólares anuales, o incluso más. Este importe incluye todas las gestiones y servicios necesarios, directores locales, etc. A esto hay que añadir el impuesto sobre capital anual, que es el único que pagan las fundaciones de Liechtenstein. Este impuesto será del 1 por mil (0,0001%) sobre el montante del capital más las reservas que la fundación tenga acumuladas. El pago mínimo es de 1000 Chf. Para importes de capital superiores a 2 millones de francos suizos, el pago será del 0,75 por mil y para más de 10 millones del 0,50 por mil.

306 Como hemos visto, los costes son importantes, por lo que Liechtenstein se puede considerar realmente una jurisdicción offshore muy elitista y dirigida a captar las grandes fortunas. No es de extrañar que por ello que esté ganando mucho terreno una competidora más reciente, con una legislación muy similar: la fundación de interés privado panameña.

La fundación de Panamá es una institución que nace a partir de la donación de un patrimonio de una persona o entidad, llamada fundador, para unos propósitos de interés privado, recogidos en su carta o acta fundacional.

La así llamada fundación de interés privado es aprobada por la asamblea nacional de Panamá en 1995 y está inspirada en una figura jurídica muy similar: la fundación de Liechtenstein.

Las fundaciones según la legislación que las ampara, no pueden llevar a cabo actividades comerciales, a no ser que lo hagan de manera esporádica y que sirva al cumplimiento de sus fines fundacionales. No poseen miembros o accionistas, sino que son regidos por un órgano llamado consejo fundacional, el cual administra los bienes de la entidad a favor de uno o varios beneficiarios.

Las fundaciones son una herramienta muy versátil para ser utilizadas para la protección del patrimonio, la planificación sucesoria, la planificación fiscal o para ostentar el control accionario sobre otras empresas. Los diferentes usos de las fundaciones, así como las figuras que intervienen en su proceso de creación y administración, ya las analizamos en profundidad en nuestro artículo general sobre la fundación privada y en el dedicado a la fundación de Liechtenstein.

Una primera diferencia de la fundación de Panamá, con la Stiftung de Liechtenstein es que aquella establecía una diferencia entre fundaciones familiares, de interés común, mixtas y de tipo religioso. En el caso de Panamá, no se contempla esta diferencia, ya que con la descripción “de interés privado” se engloba a todas estas entidades.

Otra diferencia importante, es su coste de constitución y mantenimiento. El capital mínimo para constituir una fundación de Panamá es de 10 000 balboas (equivalente a la misma cantidad en dólares) solamente y dicho capital no es necesario desembolsarlo en el momento de la constitución, sino que puede ser aportado con posterioridad.

Mientras que la Stiftung debía pagar anualmente el impuesto sobre el capital, la variante panameña está completamente exenta de impuestos para cualquier actividad no realizada en Panamá, excepto un pequeño tributo llamada tasa única que debe ser satisfecha una vez al año. Su importe asciende a tan sólo 250 dólares.

Igualmente, los costes de creación y mantenimiento anual son ostensiblemente menores que en el caso de su predecesora de Liechtenstein. Una fundación de interés privado puede constituirse por unos 1500 dólares y su posterior mantenimiento anual puede estar alrededor de los 800 o 900 dólares. Estos importes ya incluyen el pago de la mencionada tasa única y los honorarios de los profesionales locales requeridos.

Proceso de constitución

Como ya hemos comentado, el nacimiento de una fundación de Panamá se produce con la donación del capital inicial por el fundador, ya sea mediante pago en metálico o con bienes materiales por un valor equivalente. El fundador, si lo desea, puede permanecer en el anonimato, encargando la tarea de la formación a un tercero: el fundador fiduciario o nominal.

El fundador (ya sea el real o el fiduciario) nombrará al consejo fundacional, que será el órgano que administre los bienes de la entidad. El consejo deberá estar integrado por mínimo tres personas naturales o una persona jurídica. No existen restricciones en cuanto a nacionalidad y el propio fundador, si lo desea también, puede formar parte del mismo. Debe tenerse en cuenta que en ese caso su nombre aparecerá también en los registros públicos.

Se designará además a un agente residente, que es un abogado o bufete de abogados que sirve de interlocutor ante las autoridades y es el encargado de recibir la correspondencia oficial. Frecuentemente también presta a la fundación servicios de oficina virtual y le sirve de razón social.

El acta fundacional será el documento más importante de la fundación. Contendrá como mínimo la siguiente información:

- •Nombre y domicilio de la fundación.
- •Nombre y datos de los miembros del consejo fundacional.
- •Nombre y domicilio del agente residente.
- •Descripción del capital fundacional.
- •Mención a los fines o propósitos de la fundación.
- •La forma de designar a los beneficiarios.
- •La duración de la fundación: temporalmente limitada o permanente.
- •El destino de los bienes en caso de disolución de la fundación.
- •La cláusula de revocación o modificación del acta fundacional, reservada al fundador.
- •Otras cláusulas a elección del fundador.

El acta deberá ser inscrita en el registro público, momento en el que la fundación de Panamá adquirirá plena personalidad jurídica. Cabe destacar que, para preservar el anonimato de los beneficiarios, estos no tienen por qué hacerse constar en el acta fundacional. Es suficiente indicar en ella el proceso de su designación. Los nombres y detalles sobre el reparto de bienes, pueden recogerse en un documento aparte y de carácter privado, llamado reglamento. El fundador, si lo desea, puede nombrarse a sí mismo como beneficiario.

En caso de utilizar los servicios de un fundador nominal o fiduciario, es frecuente conceder al fundador real un poder general de administración. Mediante el mismo, puede tener control sobre los fondos y la administración diaria de la fundación de interés privado.³⁰⁷

307 Otra alternativa es la utilización de la figura de un protector u órgano fiscalizador. Es una persona o entidad, nombrada a instancia del fundador, al que se le otorgan poderes de supervisión sobre el consejo fundacional. El protector velará por que se cum-

282

Características especiales de la fundación de Panamá

Como hemos visto, tanto fundador como beneficiarios pueden quedar en el anonimato, mediante el uso de un fundador nominal y el reglamento. Para mayor protección, Panamá cuenta con estrictas leyes de confidencialidad. Cualquier persona o institución que obtenga información relacionada con una fundación, incluyendo pero no limitándose a los miembros del consejo fundacional, protector o agentes residentes, deberán mantenerla en estricto secreto. El incumplimiento de esta norma dará lugar a sanciones económicas y penales.

Los bienes que pertenezcan a la fundación, no podrán ser embargados ni secuestrados por deudas de su fundador, de los miembros del consejo o de los beneficiarios. Sólo deberá responder a sus propias obligaciones. No obstante, la ley también protege a los acreedores ante transferencias fraudulentas del fundador, que tengan como objetivo el impago de deudas y obligaciones. Establece un periodo de tres años a partir de la cesión de los bienes, durante los cuales los posibles acreedores pueden ejercer sus derechos. Pasado este plazo, los bienes ya no podrán ser reclamados ni embargados.

La fundación de Panamá resulta una herramienta muy flexible para ser utilizada con fines testamentarios, ya que la legislación establece con claridad que no se reconocerá ningún derecho a herederos forzosos, que estos podrían tener al amparo de leyes de otros países.

Por último, también cabe destacar la facilidad de administración, que implica a que no existe obligación a presentar ningún tipo de cuentas anuales o reportes de actividad.

plan los fines de la fundación y los bienes se repartan a los beneficiarios según esté establecido. Tendrá la facultad de retirar o sustituir a cualquier miembro del consejo fundacional. El fundador puede también erigirse el mismo en protector y mantener así el control sobre el fundador fiduciario y el consejo

La fundación de Panamá es, en definitiva, una institución que ofrece una gran seguridad a quien la constituye, no sólo en cuanto a privacidad, sino también en lo que respecta a la protección jurídica.

3.3.11. La banca y los centros offshore: su funcionamiento

El sector bancario extraterritorial (offshore) tiene una creciente importancia es una actividad más que considerable. Los cálculos del FMI basados en datos del BPI sugieren que los activos extraterritoriales incluidos en los Estados financieros de las instituciones bancarias alcanzaban los 4,6 billones de dólares a fines de junio de 1999, lo que suponía aproximadamente la mitad del total de activos extraterritoriales.³⁰⁸

3.3.11.1 De los paraísos fiscales a los centros offshore

El Centro de análisis estratégico de París³⁰⁹ ha elaborado una nota acerca de la evolución experimentada por los paraísos fiscales, y su progresiva conversión en centros offshore. (310)

308 De ellos, 0,9 billones estaban en territorios del Caribe, 1 billón en Asia y la mayoría de los restantes 2,7 billones en centros financieros internacionales como Londres, Estados Unidos y Japón. En el caso de los Estados Unidos estaban amparados en las franquicias bancarias internacionales (International Banking Facilities (IBFs)) y, en el de Japón, en el Mercado "Offshore" Japonés (Japanese Offshore Market (JOM)) http://es.wikipedia.org/wiki/Para%C3%ADso_fiscal (04-04-2012)

309 El Centro de análisis estratégico de París "Centre d'analyse stratégique", es un organismo del Gobierno francés dependiente directamente del Primer Ministro; y que presta asesoramiento al Gobierno para sus orientaciones estratégicas en materia económica, social, medioambiental o cultural. <http://www.strategie.gouv.fr/> 2012-04-05

310 Note d'analyse 222 - Centres financiers offshore et système bancaire "fantôme" 04/05/11

Publica este organismo la nota 222, en mayo de 2010, de análisis sobre “Centres financiers offshore et système bancaire fantôme” (traducción francesa de la expresión shadow banking que en castellano traducimos por “sistema bancario en la sombra”).

El sumario comprende estos tres puntos. (311):

- Sobre el concepto de Paraíso fiscal.
- Sobre la conexión y la complementariedad existente entre los paraísos fiscales y los centros financieros offshore
- Sobre la integración financiera de los centros financieros offshore y la propagación del riesgo sistémico.

En esta nota se pone de relieve por su autora, (312), que la crisis financiera que se inició en 2008, ha puesto de manifiesto el papel decisivo que ha jugado en ella el sistema bancario fantasma. Ciertas instituciones han aprovechado las lagunas grises de la legislación para domiciliarse en los centros financieros offshore.

La autora defiende que el concepto que del paraíso fiscal tiene el legislador francés es muy limitado para definir realmente a una serie de territorios que son una fuente de evasión reglamentaria y jurisprudencial. Constituyen auténticos ángulos muertos de la legislación financiera.

En esta nota se pretende sacar a la luz el papel desempeñado por la banca offshore, mediante la utilización de instrumentos financieros, para explicar su conexión y complementariedad con los centros financieros clásicos, y que mediante procesos de ingeniería financiera se han podido sustraer a la normativa imperante en las jurisdicciones

311<http://www.strategie.gouv.fr/content/note-d%E2%80%99analyse-222-centres-financiers-offshore-et-systeme-bancaire-fantome> 2012-04-05

312Caroline Le Moign, *département Économie-Finances du Centre d’analyse stratégique*.

clásicas, sobre regulación del mercado financiero, control de riesgos, o la normativa fiscal, incrementado el riesgo sistémico. A pesar de los indicios que subrayan su papel en las estrategias financieras opacas, la falta de datos y de análisis operacionales impide a menudo ir más allá de la denuncia de ciertos Estados

En la Nota elaborada por el centro estratégico parisino se recomienda:-

“Elaborar una calificación multicriterio de los centros financieros offshore (fiscalidad, ratios prudenciales, peso del sistema bancario “fantasma” con el fin de mejorar la transparencia de la regulación fiscal y prudencial”. Con lo que se pone de manifiesto que la definición oficial internacionalmente de la OCDE de “paraíso fiscal” ha quedado vacía de contenido

- “Imponer a las entidades bancarias territoriales (onshore) que revelen la localización efectiva de su exposición última a los riesgos offshore”. Desde luego es una idea muy loable que podría aplicar ya el gobierno francés dando ejemplo a los demás socios europeos y llevándola al Consejo europeo.

- “Instaurar en el seno del Banco Mundial y del FMI una división encargada del riesgo sistémico, de la regulación financiera, incluida la que se crea en offshore”.

No hay que olvidar que el FMI dio por cancelado el concepto de centro financiero offshore y el programa específico que tenía con los mismos fines que se mencionan quedó subsumido en el programa general de información macro financiera de todos los países grandes y pequeños. Además, esa función sobre el riesgo sistemático la tiene asignada el llamado Consejo de Estabilidad Financiera radicado en el BIS, el Banco de Pagos Internacionales de Basilea.

- “Constreñir a las entidades bancarias a disponer de un capital de reserva adecuado en relación con su contribución al riesgo sistémico, tomando en consideración sus redes

de interdependencias". Un tema excluido de los acuerdos conocidos como Basilea III con las nuevas normas bancarias internacionales.

Ciertamente esta nota es más bien una declaración de intenciones, sin respaldo práctico, aunque si es positivo, la denuncia efectuada del cambio de imagen de paraíso fiscal hacia centro offshore. (313)

En EE.UU preocupa la utilización de los centros offshore, para su utilización como centros de planificación fiscal de una forma abusiva, por ello el International Research Service (IRS) ha publicado en su portal de internet unas notas sobre esta cuestión.³¹⁴

La presión de diversos organismos internacionales, especialmente la OCDE y el GAFI, ha conseguido que, en los últimos años, muchos paraísos fiscales, hayan accedido a hacer ciertas concesiones en materia de intercambio de información, especialmente en lo relativo a la colaboración en el esclarecimiento de delitos graves. También el sector bancario aplica a ahora estrictas políticas de identificación de sus clientes, conocidas como "due diligence". No obstante, en muchos casos la opacidad de estos territorios todavía es importante, así como lo son sus ventajas fiscales. Esto es aprovechado por sectores muy diferentes de la economía, desde ahorradores privados, pasando por inversores, empresas de importación y exportación, hasta grandes multinacionales, bancos y aseguradoras.

3.3.11.2 Las operaciones de la banca offshore

3.3.11.2.1. Importancia de la banca offshore en la actualidad

Los bancos tienen un papel clave en las economías de nuestro tiempo. Tradicionalmente, y desde la existencia del capitalismo, los bancos han tenido un rol crucial como in-

³¹³ Juan Jose Fernández Vigueras 1-06-2011 ; pagina de Attac España.

³¹⁴<http://www.irs.gov/businesses/small/article/0,,id=106568,00.html> (2012-04-16)

intermediarios financieros. Su negocio consistía en conseguir dinero y prestarlo cobrando por ello una comisión. Sin embargo, hoy esa función ha perdido importancia, y los bancos destinan ese dinero no tanto a prestarlo a las empresas sino a invertir en los mercados financieros. Ese dinero se invierte en acciones, bonos, obligaciones, etc. para poder revalorizarlo, y la forma habitual de hacerlo es constituyendo fondos de inversión colectiva. Los fondos no son más que “entidades” creadas por los bancos que recogen dinero de muchas fuentes (personas individuales, ahorro empresarial o incluso de otros fondos) y sumados se invierten en cualquier producto financiero.

Por otro lado la aparición de nuevos instrumentos financieros cuales son los “derivados” han favorecido las inversiones en el extranjero y la operatividad a través de la banca offshore.

Esta situación ha favorecido notablemente la dificultad de identificación de los propietarios, que a su vez se multiplica si se utiliza para ello un centro offshore.

3.3.11.2.2 Tipología de los fondos de inversión

- En primer lugar están los inversores institucionales, que a su vez están conformados por los fondos de pensiones, los fondos de inversión y las compañías de seguro.
- En segundo lugar están los fondos alternativos, conformados por los fondos soberanos, los fondos de cobertura o hedge funds, los fondos de capital riesgo y otros fondos especiales.
- Y en tercer y último lugar tenemos los fondos de riqueza privada, que gestionan grandes fortunas.

Las anteriores son las formas en abstracto que toman los fondos de inversión colectiva, pero luego cada país clasifica y regula cada tipo de forma distinta. Un tipo de fondo muy agresivo y nada regulado son los llamados fondos de cobertura o hedge funds,

³¹⁵que se constituyen en su mayoría en paraísos fiscales. Son gestionados por profesionales y tienen barreras de entrada muy altas para los inversores, alcanzando en muchos casos el millón de dólares, aunque en todo caso depende de la regulación concreta del territorio en el que se constituye.

Los hedge funds se distinguen del resto de fondos de inversión colectiva precisamente en su agresividad y exposición al riesgo. Por un lado no tienen limitaciones regulatorias de ningún tipo, y por otro lado suelen revelar posiciones muy elevadas de apalancamiento (ejemplo préstamos). Esto significa que cualquier fondo de inversión puede realizar operaciones no con su dinero sino con tanto dinero prestado como quiera. En caso de beneficio, la rentabilidad es mucho más alta, pero en caso de pérdida el problema es mucho más grave por el efecto contagio (los impagos se suceden unos a otros).Ello produce un riesgo sistémico, como se ha podido comprobar en la crisis financiera de 2008. Los hedge funds además son gestionados por profesionales que en gran parte vuelcan sus ganancias como inversión en el mismo hedge funds, comprometiéndose de forma más intensa con el futuro del fondo.Como consecuencia de todas estas características los hedge funds suelen arrojar altos niveles de rentabilidad.³¹⁶

La constitución en un paraíso fiscal de estos vehículos financieros, también incrementa la rentabilidad porque disminuye los costes de las operaciones (intereses, registros, etc. En cuanto a la gestión el 80% está en Nueva York, y la gran mayoría del resto está en Londres. Los gestores de estos fondos son, insistimos, los bancos, y además también son ellos quienes ofrecen servicios especializados a los hedge funds.

315 El primer hedge fund reconocido como tal se constituyó en 1949 en EEUU, pero su expansión más importante ha tenido lugar desde la segunda mitad de los años noventa.

316 El territorio de ubicación de los hedge funds suele ser distinto del territorio de gestión. En efecto, el 60% de los Hedge Funds en 2010 estaban localizados en paraísos fiscales (de hecho el 37% del total de hedge funds están en las Islas Caimán y el 27% en Delaware, es decir, Estados Unidos) Cfr; paraísos fiscales en la globalización financiera, Alberto Garzón Espinosa.Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Por otra parte, por la importancia que tienen los bancos en nuestra economía, suelen estar sometidos a supervisión estatal. Se les imponen normas financieras que intentan mitigar su exposición al riesgo y su actividad perjudicial, algo que se consigue examinando los balances contables de los bancos. Sin embargo, los centros offshore, y los paraísos fiscales funcionan en este caso como válvulas de escape. Los bancos pueden crear sucursales, filiales o incluso otras entidades independientes en los paraísos fiscales para evitar estas regulaciones. Así, aunque en realidad el riesgo está asumido en última instancia por el banco matriz (el que está en el país que sí tiene regulación) puede disponer de un enorme entramado de otras empresas de su propiedad que están operando desde los paraísos fiscales y que están asumiendo riesgos imperceptibles para los reguladores.

Cuando ocurre un evento como una quiebra en el paraíso fiscal o una crisis financiera generalizada los bancos tienen que asumir todas las pérdidas de sus entidades, trasladándose de forma inmediata a los países. Eso es exactamente lo que pasó a muchos bancos en la reciente crisis de las hipotecas subprime, ya que los fondos de inversión colectiva que gestionaban tuvieron importantes pérdidas no valían casi nada. Los bancos tuvieron que asumir las pérdidas y muchos entraron directamente en quiebra.

Precisamente es importante hacer notar que los paraísos fiscales jugaron un papel crucial en la gestación de la crisis financiera, ya que posibilitaron la expansión y disminución de activos tóxicos por todo el sistema financiero. Los bancos creaban fondos de inversión en los paraísos fiscales para realizar allí la titulización, es decir, para crear nuevos títulos financieros compuestos por la suma de otros productos financieros derivados de las hipotecas subprime. De esa forma los fondos de inversión servían para atraer inversores y proporcionar capital al banco matriz, con todas las ganancias en término de ahorro impositivo que ello conllevaba.

El término banca offshore o extraterritorial, se refiere a un tipo de entidades bancarias, normalmente situadas en paraísos fiscales, las cuales se encuentran reguladas por

leyes especiales que les conceden una mayor libertad en sus operaciones, además de un tratamiento fiscal más favorable. Se trata de instituciones dirigidas al cien por cien a captar depósitos e inversiones de personas y empresas no residentes y a las que no tienen acceso los ciudadanos del propio país.

Hay que destacar que no todas las entidades bancarias situadas en un paraíso fiscal son bancos offshore. También conviven con los mismos bancos normales u onshore, que prestan servicio a los residentes y que no están acogidos a la legislación específica antes mencionada.

3.03.01.11.03. Los nuevos instrumentos financieros.- Los derivados

El abandono en agosto de 1971 del sistema de tipos de cambio fijo acordados en Bretón Woods en 1944, junto con el cambio del tipo de interés por la oferta monetaria como variable de control por parte de las autoridades monetarias a finales de los años setenta, generó un aumento de volatilidad en los tipos de cambio y de interés que quedó reflejado en un incremento de la incertidumbre en el valor de los activos financieros en general, y como consecuencia, del riesgo de las entidades de crédito en particular debido al peso de estos activos en sus balances.

La comunidad financiera desarrolló una serie de instrumentos denominados genéricamente derivados, cuya fórmula teórica estaba ya previamente desarrollada, y que ofrecían la posibilidad de reducir el riesgo, y que podían ser utilizados como una nueva fuente de negocio complementario del tradicional de las entidades de crédito. (317)

El aumento del riesgo en el mundo financiero se mide por la volatilidad que es el estadístico considerado más relevante para evaluar la variabilidad de las rentabilida-

317 El primer desarrollo teórico de este tipo de productos corresponde a la tesis doctoral presentada en Francia en 1900 por el matemático Louis Bachelier "Théorie de la Speculation" Annales Scientifiques, 17 Ecole Normal Supérieur, pp21-86.

des. La volatilidad en los mercados financieros, es una medida de variabilidad de un precio de mercado (acciones, tipo de interés, de cambio) que cambia a lo largo del tiempo, siendo uno de los más importantes instrumentos utilizados para medir el riesgo de un activo financiero. Habitualmente la volatilidad se mide a través de la desviación típica de la serie estadística de distribución de los precios y se dice que es alta si el precio sufre grandes cambios en un corto período de tiempo.

Así pues mediante el uso de derivados financieros las entidades de crédito, los grupos de empresas, las sociedades y particulares pueden protegerse de los diferentes riesgos financieros como las fluctuaciones en el interés o en el tipo de cambio, pero también pueden utilizar estos productos, los derivados como una actividad más del negocio, sin vincularla a la protección de su riesgo financiero, por ejemplo especulando en mercados muy volátiles, y consecuentemente asumiendo los riesgos propios del uso de los derivados financieros.(318)

Entonces los derivados como instrumento financiero destinado a dar cobertura al riesgo de operaciones comerciales ordinarias, se convierte en un producto especulativo, y por lo tanto sometido a grandes riesgos, la posibilidad de obtener grandes beneficios, pero también de asumir grandes pérdidas.

El uso de este tipo de instrumento en su versión especulativa se ha generalizado en el mundo financiero, la banca offshore se ha convertido en un lugar idóneo donde ubicar estos instrumentos financieros, bien por grupos bancarios internacionales, como por empresas multinacionales o fondos de inversión “Hedge Fund” o simplemente por inversores particulares que se benefician de la laxa legislación en materia cambiaria, contable y fiscal que ofrecen estos centros al inversor.

318 Existen a demás de los derivados financieros, los derivados sobre activos reales (commodities); productos agrícolas, ganaderos, metales (preciosos o no) energía e índices bursátiles entre otros.

Esto ha originado la propagación del riesgo sistémico, y los efectos los estamos viendo desde la crisis de 2008, ya que los activos tóxicos o contaminados que generan grandes pérdidas son convenientemente ubicados en centros offshore, al resguardo de exigentes legislaciones fiscales y bancarias, sobre las contabilizaciones, valoraciones y provisiones correspondientes a los activos mencionados.³¹⁹

3.3.1.11.4. Definición de derivados.

No existe una definición universalmente aceptada de instrumento derivado, sino que en principio cualquier instrumento cuyo valor se deriva de una variable o instrumento más elemental, es un derivado.

Un derivado es un instrumento financiero, que sin requerir un desembolso inicial, o siendo este relativamente pequeño, se liquidará en el futuro a partir del efecto de la variación en el precio de una o más variables observables de mercado, genéricamente denominado activo subyacente sobre un importe nocional especificado en el contrato.
(320)

Los elementos que caracterizan a los derivados financieros son: el activo subyacente, el importe nocional, la forma de liquidación del derivado y el requerimiento, o no, de un desembolso en efectivo al contratar el derivado financiero.

319 A esto se refiere la nota 222 del Centro de Análisis Estratégico de Paris a la que hacíamos mención en el apartado 3, cuando advierte del problema creado en los centros offshore con los nuevos instrumentos financieros especulativos, que escapan a todo control de las entidades que tienen la supervisión de las empresas ubicadas en jurisdicciones intachables.

320 Norma 20.^ª3 e IAS 39,párr.9

El importe nocional es una unidad expresada en el contrato que puede ser, un importe expresado en una determinada moneda, o un número de valores (acciones bonos etc.)

El activo subyacente es en un contrato de derivado financiero un activo financiero o cualquier variable sobre un activo financiero pero no el activo financiero en sí mismo, cuyos cambios de valor responden a mercado. Por ejemplo un tipo de interés referenciado al Euribor o el precio de un valor por ejemplo el valor de cotización de unas acciones de telefónica un día determinado.

La liquidación de los contratos puede ser por diferencias que es la fórmula más frecuente y consiste en el pago en efectivo del valor del contrato en el momento de la liquidación, y la liquidación por entrega del activo, esta fórmula sólo es posible cuando el activo subyacente es un valor por ejemplo acciones, bonos, petróleo etc.

3.3.1.11.5 Mercados de productos financieros derivados.

Clasificación en función del tipo de activos

- Mercados financieros derivados sobre valores (acciones, bonos, índices etc.)
- Mercados financieros derivados sobre tipos de interés(a corto y a largo plazo)
- Mercados financieros derivados sobre tipos de cambio.

Clasificación según su reglamentación.-

- Mercados organizados; que son en los que se negocian contratos normalizados en cuanto a cantidades, vencimientos y plazos de entrega. Es necesario operar en estos mercados a través de un miembro autorizado. La liquidez y garantía de las operaciones está asegurada por la existencia de una Cámara de Compensación que garantiza el cumplimiento mediante la exigencia de un depósito mínimo inicial de garantía y la liquidación a las partes contratantes de las

pérdidas y ganancias en cada sesión de negociación, mediante el cargo y abono en los depósitos de garantía.

- Mercados no organizados; son conocidos como mercados a medida o mercados OTC ³²¹En ellos cada participante elige a su contraparte en función del riesgo del crédito que estas tengan. Se trata de mercados básicamente interbancarios y de grandes empresas, libre de reglamentación en cuanto a formalidades contractuales, sin necesidad de depósito de garantía.

3.3.1.11.6. Tipos de derivados financieros.

La comunidad financiera, con el fin de atender tanto a los especuladores como a los que desean cubrir sus riesgos de mercado, ha desarrollado una serie de productos que podemos agruparlos en cuatro categorías.³²²

- Contratos de compraventa a plazos:
- Contratos de futuro
- Permutas financieras
- Opciones

Desde el punto de vista del riesgo cubierto, los derivados financieros pueden ser agrupados en tres categorías

Contratos de tipo de interés; son contratos cuyo flujo de efectivo esperado se determinan conforme a un tipo de interés de mercado (por ejemplo el Euribor a tres meses)

321 Operaciones OTC (over the counter) operaciones a la medida

322 Jorge Perez Ramírez y Javier Calvo Gonzalez-Vallinas,.Instrumentos financieros.2006.Piramide

o cuyo activo subyacente es un instrumento financiero de deuda (por ejemplo una opción de compra de un bono del estado)

Este tipo de contratos se utiliza para cubrir el riesgo de la entidad que actúa como simple mediadora, y podemos incluir en este grupo a las operaciones siguientes:

- Permutas financieras de tipo de interés
- Los contratos de compra a plazo de tipos de interés
- Los contratos de futuro que obligan a comprar o vender un activo financiero cuya principal característica es el tipo de interés (por ejemplo bonos del estado).
- Opciones sobre el tipo de interés

Contratos de tipo de cambio; Son contratos para comprar o vender divisas, o contratos cuyo flujo de efectivo se determinan con referencia a una moneda extranjera.

Este tipo de contratos se utilizan para cubrir el riesgo de cambio de la entidad si actúa como intermediaria. Se incluyen en este grupo:

- Los contratos de compraventa de divisas a plazo
- Las permutas financieras de divisas
- Los contratos de futuros sobre divisa
- Las opciones sobre divisas.

Contratos de precio de mercado; Son contratos cuyo activo subyacente es un instrumento de capital (por ejemplo acciones) y son utilizados para cubrir el riesgo de cambios en el precio de los valores. Se incluyen en este tipo de contratos:

- Los contratos de futuro que obligan a comprar o vender un activo financiero
- Las opciones sobre instrumentos de capital

3.3.1.11.7. Los derivados implícitos.

La innovación financiera ha desarrollado nuevos productos a partir de contratos que no cumplen la definición de instrumento derivado, tales como los depósitos bancarios y los bonos corporativos, que pueden contener dentro del contrato un instrumento derivado, al que denominan derivado implícito.

Estos productos se caracterizan porque su contrato contiene determinadas cláusulas que afectan a algunos o a todos los flujos de efectivo esperados al valor del contrato del mismo modo que lo haría un instrumento derivado considerado aisladamente. (323)

Dentro de este grupo de productos podemos distinguir:

Productos sintéticos; cuya principal característica es reproducir mediante la combinación de dos o más instrumentos financieros el comportamiento financiero de otro instrumento financiero; por ejemplo en el caso de opciones sintéticas.

Productos estructurados; se trata de productos tradicionales de las entidades de crédito (préstamos y depósitos) cuya principal característica es que mediante el uso de opciones su rendimiento o coste está vinculado:

Al precio de mercado de una determinada acción o índice por ejemplo un depósito remunerado en base al valor o cambio de valor de un índice bursátil.

Y Protegido por los tipos de interés a corto plazo durante períodos de tiempo largo por ejemplo prestamos con opciones “cap” y depósitos con opciones “floor”. (324)

323 Norma 20ª6 a) e IAS 39,parr.10.

324 Los cap y floor son un tipo de opciones que protegen contra subidas en los tipos de interés(los cap) o contra las bajadas en los tipos de interés (los floor).

3.3.1.11.8. Principales instrumentos utilizados en el diseño de estructuras financieras

1. Los acuerdos de tipos de interés futuro o FRA.

Un acuerdo de tipos de interés futuro, o un FRA(325), es un contrato entre dos partes que, para protegerse contra una variación de los tipos de interés o por motivos simplemente especulativos, acuerdan sobre un importe principal teórico(importe nocional)durante un periodo de tiempo concreto(período de cobertura)y respecto a un tipo de interés de referencia, que si el tipo de interés de referencia convenido resulta ser superior/ inferior, al de referencia, el comprador/ vendedor en su caso del contrato deberá pagar al comprador/ vendedor la diferencia de intereses calculados sobre el importe nocional.

Por lo tanto lo que se compra o se vende mediante un contrato FRA es un tipo de interés, de tal forma de que quien está comprando el contrato se está protegiendo o se está beneficiando en una posición especulativa de una posible subida de tipos de interés y viceversa ya que si así ocurriera, al liquidar el contrato a su vencimiento se obtendría un beneficio por esa diferencia de tipos de interés

2. Las permutas financieras o de intereses.-

Es un contrato entre dos partes por el cual deciden intercambiarse sobre la base de un importe principal (importe nocional) pagos de intereses calculados a dos tipos de interés diferentes (fijo y variable) y generalmente con períodos de liquidación iguales.(326)

Al igual que en los contratos FRA los intervinientes no intercambian el importe principal es decir no hay contrato de préstamo o depósito entre las partes.

325 Hull, J.C. (2006) *Options, Futures and other Derivaties* 6ª ed ed Prentice –hall.

326 A veces se refieren estos contratos como IRS (Interest Rate Swap).

3. Los contratos de futuros.-

Es un contrato realizado en un mercado organizado a través de miembros autorizados a negociar en ese mercado (miembros del mercado) y cuyas características están normalizadas (estandarizadas) en cuanto a importes nominales, fechas de liquidación y requerimientos de garantías

Características: cuando se toman posiciones en el mercado de futuros se está asumiendo el compromiso de comprar o vender el activo subyacente del contrato, por lo tanto se asume de un compromiso de comprar/vender en fecha determinada y a precio fijo.

Cuando se negocia se está obligado a entregar una determinada cantidad en concepto de fianza o depósito inicial. Exigido por el organismo administrador (la cámara de compensación).

4. Las opciones.-

Es un contrato de opción que involucra a dos partes el emisor del contrato (vendedor) y al comprador del contrato. El comprador a cambio de pagar una prima al vendedor, tiene derecho, pero no la obligación de comprar (call) o vender (put) un determinado activo (activo subyacente) a un determinado precio en una fecha o una serie de fechas determinadas. El emisor de la opción, a cambio de recibir la prima, está obligado a actuar conforme a las condiciones del contrato. El activo subyacente puede ser de cualquier naturaleza; bonos acciones, materias primas un inmueble etc.

3.3.1.11.9. Principales ventajas e inconvenientes que presenta la banca offshore a los inversores.

Ventajas de la banca offshore.-

- Mayor libertad. Menos intervención gubernamental y exención de cumplir con regulaciones sobre el capital como controles de cambio, sobre transacciones exteriores o sobre política de inversiones, así como de auditoría contable. Esto implica mayor libertad de movimientos para sus clientes y en muchas ocasiones una reducción de costes que permite el pago de intereses más elevados.
- Menos impuestos. Los depósitos en cuentas de bancos offshore, así como sus rendimientos, generalmente están libres de cualquier impuesto.
- Mayor privacidad. Casi siempre están constituidos en territorios con estrictas leyes de secreto bancario y privacidad.
- Estabilidad financiera y monetaria. La banca offshore se sitúa en centros financieros importantes, con buena estabilidad política y monetaria.
- Servicios especiales. Algunos bancos extraterritoriales ofrecen productos de los que no disponen sus competidores onshore, como puede ser cuentas numeradas, tarjetas de crédito anónimas o inversiones de alto rendimiento.

Inconvenientes de la banca offshore.

- Generan desconfianza de las autoridades e instituciones financieras. Los bancos situados en paraísos fiscales son relacionados frecuentemente con la evasión de impuestos o con el blanqueo de capitales. Por este motivo las transacciones procedentes o con destino a los mismos suelen causar recelos y atraer una mayor inspección de las autoridades tributarias. En ocasiones, aunque no es un caso muy frecuente, algunos bancos offshore pueden estar vetados por organismos como el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) o incluso por otros bancos onshore.
- Seguro de depósitos. Algunos países disponen de un seguro gubernamental o un fondo constituido por las propias entidades bancarias, como en el caso español con el Fondo de Garantía, que cubre los depósitos de los clientes hasta una determinada cantidad en el caso español hasta 100.000€. Esto protege a

los clientes ante una posible insolvencia de su entidad bancaria. En muchos casos, aunque no en todos, la banca offshore se encuentra excluida de estos acuerdos. Es cierto, que este hecho no tiene por qué estar relacionado con la solvencia o el riesgo de una entidad. Los bancos suizos por ejemplo, que están entre los más solventes del planeta, hasta hace pocos años no estaban respaldados por ningún seguro de depósitos (aunque esto hoy en día ha cambiado), lo que precisamente ha ayudado a que realicen sus operaciones con una mayor prudencia y hayan dispuesto importantes reservas propias.

- Mayores gastos de mantenimiento. Los gastos de administración de una cuenta offshore son por lo general ligeramente más elevados que los de una tradicional. Es frecuente que las entidades cobren una cuota de mantenimiento mensual o trimestral, e incluso en algunos casos un cargo por la apertura o el cierre de la cuenta. El importe varía de banco a banco, aunque lo normal es que el mantenimiento de la cuenta ronde entre 10 y 30 dólares al mes y los gastos de apertura alrededor de 100 o 200 dólares. También es habitual que el banco cargue una pequeña comisión por recibir depósitos en efectivo o transferencias. (327)

3.3.1.11.10. Modalidades de banca offshore

Podemos dividir a la banca offshore en dos grandes grupos.

Bancos minoristas y comerciales.

Para poder abrir una cuenta en una de estas entidades normalmente se exige un depósito inicial inferior a 10.000 dólares. Lo más habitual son cantidades que oscilan en-

327<http://www.paraisos-fiscales.info/banca-offshore.html> banca offshore/paraisos fiscales

tre 1.000 y 5.000 dólares, aunque también existen numerosos casos en los que no se requiere ningún tipo de depósito de apertura mínimo. (328)

Básicamente ofrecen los mismos servicios que cualquier banco. Están pensados sobre todo para ser utilizados para el comercio y el ahorro a pequeña escala, aunque suelen ofrecer también algunas posibilidades de inversión. Es muy habitual que operen con cuentas mult divisas (multicurrency accounts), o lo que se denomina “multiple currency accounts” (múltiples cuentas en divisas). En el primer caso se trata de una sola cuenta que acepta ingresos y retiradas de fondos en diferentes monedas, mientras que en el segundo caso el banco abre varias cuentas al mismo usuario, cada una de las cuales está denominada en una moneda distinta.

Normalmente no se produce un contacto muy cercano entre el usuario y estos bancos, ya que los servicios que ofrecen son de tipo estándar y se pueden manejar sin problemas a través de Internet. La mayoría de las entidades offshore cuentan con modernos sistemas de banca electrónica, que permiten realizar transacciones desde cualquier parte del mundo. Se trata de aplicaciones muy seguras que incorporan la última tecnología en encriptación o incluso autenticación mediante dispositivos electrónicos generadores de claves como el conocido “digipass”.(329)

Banca Privada.

Son instituciones dirigidas al ahorro y a la inversión de alto nivel y normalmente sólo son accesibles a personas con un cierto patrimonio. Para poder abrir una cuenta en uno de estos bancos, debe depositarse como mínimo alrededor de unos 100.000 dólares. Como es obvio, estas entidades ofrecen un servicio superior y desarrollan un

328<http://www.mundoexpat.com/gibraltar/dinero/requisitos-para-abrir-una-cuenta-corriente-gibraltar.html> 2012-04-16

329<http://www.barclayswealth.com/index.htm> 2012-04-16

patrón de inversiones personalizado para cada cliente, el cual cuenta con su gestor personal. Ofrecen inversiones de todo tipo, algunas muy exclusivas sólo disponibles para sus mejores clientes.

Apertura de cuentas

El procedimiento de apertura de cuentas en la banca offshore no suele ser muy complicado y generalmente se puede realizar por correo en un plazo que puede variar de manera importante, dependiendo de la celeridad de las personas o las instituciones con las que se trate, el proceso puede durar desde unos pocos días hasta unos meses.

En la actualidad se suele hacer mediante corresponsales que recogen el dinero en efectivo en casa del interesado y posteriormente, realizan personalmente el ingreso en el banco en una cuenta corriente a nombre del interesado que se encuentra en otro país, en donde radica la filial de la firma bancaria.

En cuanto a los documentos requeridos, para las cuentas personales se pide como mínimo una copia certificada del pasaporte y algún documento que acredite el lugar de residencia del titular de la cuenta. Suele bastar un extracto de una tarjeta de crédito u otro banco, un recibo de electricidad, agua o similar.

También es frecuente que se solicite una carta de referencia de otro banco o una autorización que les permita consultar a dicha entidad sobre la solvencia y honradez del cliente. Una simple carta redactada por su banquero habitual, confirmando que tiene una cuenta con la entidad y que su situación de crédito es correcta, suele ser más que suficiente. En ocasiones también se requiere además una segunda carta de recomendación de un empleador, abogado o cualquier otro profesional con el que se realicen negocios habitualmente.

Para cuentas corporativas, además de los documentos de la sociedad debidamente certificados, se requiere también la identificación personal de los accionistas, directo-

res y personas que tengan derecho de firma en la cuenta. Para ello se pedirá para cada uno de ellos los documentos personales anteriormente mencionados. En el caso de las compañías que utilizan a directores o accionistas fiduciarios, el banco también exige la identificación del propietario real o beneficiario económico de la sociedad.

Para las sociedades offshore que utilicen acciones al portador (bearer shares), el banco exigirá en muchos casos que dichas acciones sean depositadas en custodia en sus propias instalaciones o se aporte un justificante de otro banco o de una institución fiduciaria que confirme que las mantiene en su poder, para evitar que se produzca un cambio de propiedad sin que se le notifique. Existen también bancos que por política de empresa no aceptan compañías formadas con acciones al portador. Cada entidad tiene su propia política en cuanto a documentación y requisitos.

Tras los atentados del 11 de septiembre en Nueva York, se tomaron diversas medidas para combatir el blanqueo de dinero y la financiación de redes terroristas. En Estados Unidos se aprobó la ley del Patriot Act. (330). Pero también en el resto del mundo, incluyendo a la banca offshore, la presión de los propios Estados Unidos y de organizaciones internacionales como la OCDE y especialmente el GAFI³³¹. (332), Ha hecho que prácticamente todas las instituciones financieras apliquen los principios de “kyc o know your customer” (conoce a tu cliente) y la “due diligence” (diligencia debida). Estas políticas básicamente consisten en identificar correctamente a todos los clientes del banco y realizar comprobaciones sobre el origen de los fondos que depositan y los motivos por los que desean abrir una cuenta.

330.http://es.wikipedia.org/wiki/Ley_USA_PATRIOT 2012-04-16

331 (en inglés FATF)

332http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32236836_1_1_1_1_1,00.html

2012-04-16

Cualquier banco respetable, pertenezca a la banca offshore u onshore, realizará la “due diligence” y el “kyc” en mayor o menor medida. Normalmente se conformarán con la información que se cumplimente en el formulario de apertura, pero no es infrecuente, especialmente en los casos en los que se depositen cantidades importantes, que el banco solicite documentación adicional que pruebe el origen del dinero (contratos de trabajo, facturas, justificantes de venta de un inmueble, de una herencia, etc.). Estas informaciones, no obstante, son privadas y están protegidas bajo secreto bancario.

3.3.1.11.11. Las inversiones extranjeras.

Consideramos inversiones extranjeras a todas aquellas que se realizan fuera del propio país de residencia, mediante la intervención de entidades financieras, brokers o intermediarios no residentes. Podemos hacer una primera diferenciación entre inversiones offshore y onshore.

Las primeras son aquellas inversiones extranjeras llevadas a cabo en o desde paraísos fiscales o centros financieros offshore, mientras que las segundas se desarrollan en las grandes plazas financieras internacionales, tales como Nueva York, Chicago, Londres, Frankfurt, Hong Kong, Tokio, etc. A pesar de las evidentes diferencias entre estos dos tipos de inversiones extranjeras, es sin embargo muy frecuente que se acaben entremezclando. Así por ejemplo, un inversor situado en Inglaterra, puede comprar una participación en un fondo mutuo a través de un broker o banco que participa en productos financieros de un banco offshore situado en la Bahamas, o por el contrario un fondo de inversiones de Gibraltar puede hacer inversiones en otro fondo situado en la city londinense.

De hecho, muchos bancos tradicionales cuentan con filiales en paraísos fiscales que utilizan para realizar inversiones extranjeras. Por otro lado, un inversor que constituye una sociedad offshore, frecuentemente también invertirá en productos ofrecidos en centros financieros tradicionales, ya sea también a través de brokers, de su banco

offshore o incluso directamente. No obstante, normalmente tendrá una libertad mucho mayor que su homólogo onshore, a la hora de contratar productos

3.3.1.11.13. Tipos de inversiones extranjeras.

A continuación presentamos una lista, de algunos, de los principales productos de inversión offshore y onshore, existentes en el mercado.

- Cuentas de ahorro (Savings Accounts). Las tradicionales cuentas remuneradas existentes tanto en bancos onshore como offshore.
- Depósitos a plazo fijo o a término (Certificates of Deposit). Similares a las cuentas de ahorro pero con más alta rentabilidad, ligada a un depósito por un tiempo determinado.
- Banca Privada (Private Banking). Se trata de bancos especializados en inversiones extranjeras. Ofrecen todo tipo de productos financieros y ponen a disposición un consultor personal que se encargará de gestionar la cartera de inversiones de cada cliente, según un perfil de preferencias y riesgo establecidos previamente con este.
- Bolsa o mercado de valores (Stock Investing). Compra y venta de acciones, es decir, participaciones en empresas, a través de bolsas internacionales.
- Bonos (Bonds). Deuda pública o privada que emiten Estados, autoridades regionales y locales o empresas para su financiación.
- Mercancías (Commodities). Especulación con todo tipo de materias primas, principalmente energéticas, minerales o procedentes de la agricultura.
- Futuros y opciones (Futures and Options). Se trata de contratos a futuro, para la compra o venta tanto de mercancías como de instrumentos financieros como acciones o bonos.
- Forex o mercado de divisas (foreign exchange o FX). Especulación mediante la compra-venta de moneda extranjera en los mercados de divisas internacionales.

- Metales preciosos (precious metals). Adquisición directa de lingotes o monedas (oro, plata, etc.), participaciones en compañías mineras o certificados de metales preciosos emitidos por bancos u organismos autorizados.
- Fondos de inversión (Investment Funds). Son carteras de inversión gestionadas por profesionales y que invierten en cualquiera de los productos anteriormente mencionados. Existen fondos de muchos tipos, siendo algunos de los principales:
- Fondos Mutuos (Mutual Funds). Compañías creadas para invertir conjuntamente en nombre de sus socios. Son los más populares e invierten principalmente en acciones (mercado de valores), bonos o Forex.
- Fondos cotizados en bolsa (Exchange Traded Funds o ETF). Como su nombre indica, son similares a los fondos mutuos, pero sus participaciones son comercializadas a través de la bolsa de valores.
- Hedge Funds. Normalmente dirigidas a inversores con un patrimonio importante, toman mayores riesgos y por ello generan rentabilidades más altas. Es habitual que utilicen futuros y opciones para generar rendimientos también en los casos de caídas de cotizaciones o precios.
- Fondos de pensiones (Pension Funds). Parecidos a un fondo mutuo, pero administrados de manera conservadora, evitando riesgos, debido a que están destinadas al pago de pensiones de jubilación.
- Fondos de capital riesgo (Venture Capital Funds). Invierten en participaciones temporales de empresas que normalmente no cotizan en bolsa. Alto riesgo y también alta rentabilidad.
- Trust de inversión (Investment Trust). Inversiones extranjeras que funcionan de manera similar a un fondo mutuo, pero utilizando un trust como vehículo inversor. El llamado “unit trust” es una de las variantes más conocidas.
- REITs (Real Estate Investment Trusts). Fondos que mantienen carteras de propiedades inmobiliarias de empresas como edificios de oficinas, naves industriales, hoteles, etc. o productos relacionados con los inmuebles como hipotecas.
- Inversiones de alto rendimiento (High Yield Investment Program o HYIP). Producto de inversión controvertido que funciona con la filosofía de un fondo.

- Anualidades (Annuities). Un producto híbrido de inversión y seguros. Produce rentabilidades de manera similar a un fondo, pero puede ser contratado con una cláusula de protección que garantiza una renta continua, similar a una pensión o un seguro de vida. Producto muy conservador y con alta seguridad.
- Bienes Raíces (Real Estate). Compra-venta de inmuebles en lugares que cuentan con un mercado inmobiliario en expansión, tales como zonas turísticas, economías emergentes, etc.
- Bienes alternativos. Obras de arte, numismática y otros artículos de colección.

Como se ha podido comprobar, el sector de las inversiones extranjeras ofrece muy variadas posibilidades para todos los gustos, niveles de riesgo y bolsillos. El inversor puede trabajar por su cuenta o a través de brokers o entidades financieras autorizadas. Es frecuente también el uso de sociedades offshore, radicadas en paraísos fiscales, las cuales resultan muy económicas de mantener y permiten invertir de manera confidencial y segura.

3.3.1.11.14. Las inversiones offshore.

Definimos como inversiones offshore, a las inversiones extranjeras que se realizan en los centros financieros offshore o paraísos fiscales o que, llevándose a cabo en otros lugares, utilizan a los primeros como base para sus operaciones.

La popularidad de las inversiones offshore ha ido en aumento durante los últimos años, debido a las ventajas que se pueden obtener en comparación con las tradicionales, de ahí la preocupación de las Administraciones fiscales por la popularización de los productos financieros ofrecidos desde dichos centros, como hemos podido ver en el caso de EEUU. A continuación enumeramos algunas de ellas.

- Ausencia de impuestos. Dividendos o rendimientos de capital son depositados en bancos y cuentas offshore, en donde están exentas de cualquier impuesto.

Por regla general los paraísos fiscales no aplican retenciones, ni gravan intereses, dividendos o incrementos del patrimonio.

- **Confidencialidad.** Los paraísos fiscales cuentan generalmente con estrictas leyes de confidencialidad y secreto bancario. Entidades como las sociedades offshore o las fundaciones privadas permiten al inversor realizar sus operaciones con un importante nivel de privacidad.
- **Libertad total de inversión.** Los centros financieros offshore son territorios altamente desregulados que ofrecen total libertad de inversión y no imponen controles de cambio o sobre el capital. Permiten invertir globalmente, tanto en mercados tradicionales como en países emergentes, sin trabas legales o administrativas. De este modo, es posible participar en productos financieros a los que el inversor desde su país de residencia no tendría acceso. Para quien decide invertir capitales de terceros, la obtención de licencias financieras o la constitución de fondos de inversión, tales como fondos mutuos o hedge funds, resulta también más sencilla y los costes son mucho más asequibles.
- **Diversificación y gestión del riesgo.** Las inversiones offshore son una excelente herramienta para la diversificación de la cartera de inversión y la disminución del riesgo. Invertir en países diversos, diferentes monedas y productos variados protege al inversor contra riesgos imprevistos en su lugar de residencia o que puedan amenazar a los mercados bursátiles o financieros más populares. Son también un buen seguro contra medidas arbitrarias de los Estados que limiten los movimientos de capitales, como por ejemplo los llamados “corralitos financieros”. Una cartera diversificada, permite incluso superar un posible derrumbe del sistema financiero doméstico.

3.3.1.11.15. Inversores offshore.

En principio lo puede hacer cualquier persona que disponga de un mínimo de capital. Es posible participar en pequeños programas de inversiones de alto rendimiento (HYIP) desde 20 o 30 dólares, aunque debido al alto nivel de fraude es preciso actuar con precaución. Para comenzar a operar en bolsa a través de brokers online 1.000 o 2.000 dólares suelen ser suficientes, ya que existe la posibilidad de invertir en los llamados “penny stocks” (acciones de céntimo), que son títulos de muy escaso valor, pero que pueden resultar muy rentables. También puede accederse al mercado internacional de divisas (FOREX), siempre por medio de intermediarios. Los bancos de inversión ofrecen servicios de banca privada a partir de 50.000 a 100.000 dólares a través de los cuales el cliente del banco contará con su propio asesor de inversiones offshore.

Los elitistas Hedge Funds, normalmente sólo están accesibles a partir de aportaciones de 1.000.000 de dólares. Entre el valor mínimo y el máximo, existe toda una gama de productos o servicios que se pueden ir incorporando a la cartera, a medida que esta vaya evolucionando. En los primeros estadios normalmente es necesario invertir por cuenta propia, mientras que en otros más avanzados se puede elegir entre dejar la gestión en manos de un broker o consultor bancario especializado, el cual invertirá de acuerdo a una relación riesgo/beneficio acordada previamente, o seguir trabajando por cuenta propia.

Cómo se suele comenzar a invertir

El primer paso suele ser la apertura de una cuenta bancaria offshore, en la cual se puedan ir depositando las ganancias de las diferentes operaciones. Es frecuente que el banco ofrezca cuentas de ahorro o certificados de depósito ya que esto permitirá obtener un determinado rendimiento a los capitales que se encuentren inmovilizados temporalmente, entre la finalización de una inversión y el comienzo de la siguiente.

También es normal que la entidad bancaria disponga de cuentas multidisivas, ya que esto permitirá operar en diferentes monedas evitando costes de cambio de moneda, cuando las inversiones se produzcan en otras divisas. También ayudará a proteger la

310

inversión, ya que se puede almacenar los fondos en la moneda más conveniente en cada momento.

Se suele tener una cuenta bancaria offshore desde el mismo momento en el que se comience a invertir. Esto es así porque precisamente las inversiones offshore asequibles al pequeño inversor, son a menudo las que más riesgo conllevan, tanto por sus características como por las formas de pago que manejan. En muchas ocasiones se utilizan monedas digitales de uso corriente en Internet, algunas de las cuales resultan muy inseguras para almacenar beneficios, por lo que se suele recomendar transferir las ganancias a una cuenta bancaria segura a la mayor brevedad posible.

Por lo general es también frecuente realizar las inversiones a nombre de una sociedad offshore creada a tal efecto³³³. Mantener una cuenta bancaria y realizar las operaciones en su propio nombre supone un grave riesgo para la privacidad, ya los datos del titular de la cuenta serán indicados en cualquier transferencia bancaria y no resultará difícil relacionar la cuenta con su dueño.

3.3.1.11.16 .El Mercado de divisas (Forex).

Una divisa es un activo financiero expresado en moneda extranjera y pagadera en el extranjero (334). Una moneda extranjera es cualquier moneda distinta a la del entorno

333 Una sociedad permite dejar al beneficiario en el anonimato, y mas si existe un fideuciario. Las sociedades IBC son un vehículo ideal para este propósito, en especial porque su constitución es rápida, sencilla y asequible, siendo también muy económico su mantenimiento anual. Para presupuestos cortos, la LLC estadounidense es también una excelente opción, ofreciendo un buen nivel de privacidad y unos costes de mantenimiento tan pequeños que está realmente al alcance de casi cualquier persona.

334 Instrumentos financieros, pag441, editado por Pirámide,2006 ; autores Jorge Pérez Ramírez y Javier Calvo González-Vallinas.

económico principal en que opere la entidad, a la que se denomina moneda funcional (335)

Forex ³³⁶o simplemente FX se conoce en castellano como el mercado internacional de divisas, es decir donde se compran y venden las diferentes monedas del mundo.

El mercado de divisas existe desde hace mucho tiempo, pero hasta fechas recientes estaba reservado a bancos, instituciones financieras y grandes corporaciones. Con la llegada de Internet y la aparición de brokers online, algunos de ellos situados en paraísos fiscales, se consiguieron reducir de manera importante los costes de administración e intermediación, lo que ha abierto la puerta a todo tipo de inversores y especuladores de menor entidad.

El Forex es con mucha diferencia el mercado más líquido del mundo. Se calcula que mueve entre dos y tres billones de dólares cada día (337). Es además un mercado enormemente dinámico. Una divisa puede cambiar su valor cada dos o tres segundos. Contrariamente a las bolsas o parqués tradicionales, que tienen unos horarios de apertura y cierre definidos, el mercado de divisas está abierto prácticamente día y noche, debido a que las transacciones se realizan de forma descentralizada en centros financieros de todo el mundo. El transcurrir de operaciones sólo se detiene durante un corto periodo de tiempo los fines de semana.³³⁸

335 Norma 18ª3e IAS 21,parr,8.

336 (foreign exchange currency trading)

337http://es.wikipedia.org/wiki/Mercado_de_divisas 2012-04-16.

338 El centro financiero más importante es el Reino Unido, debido en parte a su situación estratégica que le permite coincidir en horario con las demás plazas al menos durante una parte del día. Por otro lado, la “City” londinense es conocida como el mayor centro de negocios de mundo, de hecho muchos lo tildan de paraíso fiscal. Se calcula que alrededor de un 30% de todas las transacciones de moneda extranjera se producen en la plaza británica. Le siguen los Estados Unidos con un 20%, Japón y Singapur con

312

El mercado de divisas es en su mayor parte especulativo. Se calcula que sólo un 10% de los intercambios se efectúan por una necesidad real de adquirir moneda extranjera.

3.3.1.11.17. El mercado interbancario.

El mercado interbancario o mercado interbancario de préstamos es un mercado en el cual los bancos se prestan a un plazo determinado unos a otros. La mayor parte de préstamos interbancarios se realizan con un vencimiento de una semana o menos, siendo la mayoría de un día. Estos préstamos se realizan al tipo interbancario. El bajo volumen de transacciones en este mercado fue uno de los principales factores que contribuyó a la crisis financiera de 2007.

A los bancos se les exige mantener una cantidad adecuada de activos líquidos, como por ejemplo efectivo, para poder hacer frente a potenciales pánicos bancarios de sus clientes. Si un banco no puede cumplir con estos requerimientos de liquidez, necesitará tomar dinero prestado en el mercado interbancario para cubrir el descubierto. Algunos bancos, por otra parte, tienen exceso de activos líquidos por encima de los requerimientos de liquidez. Estos bancos prestaron dinero en el mercado interbancario, recibieron intereses sobre sus activos prestados.

El tipo interbancario es el tipo de interés cargado a los préstamos a corto plazo entre bancos. Los bancos prestan y toman prestado en el mercado interbancario para poder gestionar su liquidez y cumplir con regulaciones como el coeficiente de caja. El tipo de interés cargado depende de la disponibilidad de dinero en el mercado, de los tipos vigentes y de los específicos términos de los contratos, como por ejemplo el tiempo de

alrededor de un 10%, estando repartidas el resto de las operaciones por otros centros financieros menores.

vencimiento. Existe un amplio conjunto de tipos interbancarios que son publicados, entre los que se encuentran los “federal funds rate” (EEUU), el LIBOR (Reino Unido) y el Euribor (eurozona).³³⁹

El lugar donde las divisas realmente “cambian de manos” es el llamado mercado interbancario. No es un ente regulado o ubicado en un lugar físico como ocurre con las bolsas. Las transacciones se producen directamente entre las partes interesadas. Es lo que se denomina operaciones “over-the-counter u OTC”. La compra-venta se organiza por medio de sistemas informáticos especializados, siendo los más conocidos el “EBS” (Electronic Broking Services) y “Reuters Dealing”. Estos sistemas mantienen el anonimato de comprador y vendedor, los cuales sólo se dan a conocer una vez la operación se haya cerrado.

La transacción mínima para poder intervenir en el mercado interbancario es de un millón de unidades de la moneda que se desea comprar o vender. No obstante, normalmente las operaciones se realizan por cantidades muy superiores. Estas condiciones, junto con la elevada inversión en tecnología que se requiere, hacen que el mercado interbancario esté en realidad limitado a grandes operadores y grupos financieros, siendo los principales:

Grandes bancos comerciales y de inversión. Compran divisas para las necesidades de sus clientes, pero también para sí mismos, con fines especulativos. La mayoría están agrupados bajo el paraguas del “BIS” o “Bank for international settlement”, una especie de “banco central” de bancos.

Bancos Centrales. Intervienen en el mercado de divisas por encargo de sus Gobiernos y su principal finalidad es intervenir para garantizar la estabilidad de su moneda nacional.

³³⁹http://es.wikipedia.org/wiki/Mercado_interbancario (19-04-2012)

Forex Dealers (agentes mayoristas). Conocidos tradicionalmente como “voice brokers” porque realizaban las transacciones “a viva voz”, servían de enlace entre bancos que querían realizar un intercambio de divisas. Hoy en día siguen teniendo su cuota de mercado. Son agentes independientes que actúan por cuenta de terceros. Tienen como clientes a bancos, fondos de inversión o agentes minoristas.

Actualmente están registradas en el mercado interbancario unas 2000 instituciones, aunque el grueso de las transacciones es llevado a cabo por unos 100 o 200 operadores solamente. Entre ellos están conocidos grupos financieros como Citigroup, UBS, Deutsche Bank o The Royal Bank of Scotland.

El mercado minorista o retail

Existen muchas otras instituciones o personas que intervienen en el mercado de divisas y que no lo hacen directamente, sino a través de uno de los intermediarios antes mencionados. De los participantes indirectos destacan:

Bancos de segundo orden. Normalmente cuentan con acuerdos con bancos más grandes o dealers que les prestan el servicio. Invierten tanto para cubrir las necesidades de sus clientes como para sus propios fines.

Corporaciones y empresas multinacionales. Necesitan cubrir sus necesidades de moneda extranjera para transacciones internacionales, salarios, etc. Normalmente invierten a través de bancos comerciales o de agentes mayoristas.

Sociedades de inversión (fondos de pensiones, fondos mutuos o carteras de inversión). Normalmente sólo invierten una pequeña porción de su capital en el mercado de divisas, ya que se trata de una inversión considerada de alto riesgo. Lo hacen generalmente a través de agentes mayoristas.

Hedge funds. Estos fondos de alto rendimiento y riesgo para inversores acaudalados tienen en el mercado de divisas uno de sus principales campos de actuación. Su motivación es puramente especulativa ya que tratan de obtener rendimientos muy altos que no se consiguen con otros productos de inversión tradicionales. Utilizan dealers.

Forex brokers (agentes minoristas). Al contrario que los mayoristas, estos agentes no intervienen directamente en el mercado interbancario, sino que lo hacen a través de los agentes mayoristas. Un broker básicamente busca entre las ofertas de los distintos dealers las más ventajosas para sus clientes.

Empresas de envío de dinero y pagos internacionales. Actúan por medio de acuerdos con bancos o en ocasiones también con forex dealers.

Day traders o inversores a título particular. Este segmento supone sólo alrededor del 2% del mercado, pero gracias a Internet se encuentra en expansión. Está integrado por particulares y empresas, muchas de ellas sociedades offshore radicadas en paraísos fiscales, creadas con el único fin de servir de vehículo privado de inversión.

En resumen, podemos concluir que el mercado de divisas es enormemente dinámico y participan en él un gran número de operadores muy diversos. No obstante, las operaciones efectivas se encuentran concentradas en pocas manos.

Si bien las transacciones del mercado de divisas se producen en su mayoría en centros financieros tradicionales u onshore, gran parte de las rentabilidades obtenidas en el mismo son desviadas a empresas e instituciones offshore, situadas en paraísos fiscales.

Los grandes grupos financieros rentabilizan sus operaciones mediante filiales en estos países, pero no son los únicos. Un número creciente de inversores de segundo nivel se apoyan en sociedades offshore o trusts para depositar sus ingresos obtenidos en forex, evitando así el pago de impuestos.

3.3.1.11.18. Tipos de mercados de divisas.

Las operaciones en el mercado de divisas tienen dos partes; la compra de una divisa contra la venta de otra moneda diferente. Para realizar estas transacciones no es necesario que se efectúen a través de la moneda funcional en que normalmente opera la entidad (en el caso de entidades españolas se presume que es el euro) (340) Así pues si un banco español desea vender rublos y comprar dólares no necesita que el euro intervenga en la transacción.

En el mercado de dinero, donde sólo interviene una moneda, el concepto de fecha valor se utiliza en un doble sentido:

- fecha en que una determinada transacción se pagará
- fecha a partir de la cual se producirá el devengo de intereses tanto activas y pasivas.

En el mercado de divisas, en el que se opera siempre con dos monedas, y que es básicamente un mercado interbancario y de grandes empresas, la fecha valor es el plazo aplicado para que la operación negociada se liquide, es decir, la fecha en que tiene lugar el intercambio efectivo entre las dos monedas o lo que es igual la fecha del pago.

Dependiendo de cuál sea la fecha de valor en un contrato del mercado de divisas, se distingue entre operaciones de contado (mercado de contado o spot) y operaciones a plazo (mercado de plazo o forward)

Se dice que una operación en el mercado de divisas es a plazo cuando tiene una fecha de valor superior a dos días hábiles de mercado y el resto de operaciones son operaciones de contado.

Se entiende por posición de cambio, o simplemente posición, el desequilibrio o exposición, existente en un momento dado entre los activos y compras

340 Norma 18.⁹⁶

a plazos en una moneda, frente a todos los pasivos y ventas a plazo de la misma moneda

El tipo de cambio es la relación de cambio entre dos monedas, es decir el precio de una moneda expresado en una base monetaria diferente.

Como existen diferentes plazos de liquidación en el mercado de divisas, mercados de contado (spot) y mercados de plazo (forward) existen dos tipos de cambio; tipo de cambio de contado y de plazo.

El tipo de cambio de moneda está constantemente fluctuando como consecuencia de factores económicos, financieros y políticos. Las variaciones del tipo de cambio entre dos monedas a lo largo del tiempo responden, a la evolución de los factores que condicionan el comportamiento de los inversores y agentes comerciales y que fundamentalmente son:

- El diferencial de precios para un mismo producto en dos países. (341)
- El diferencial de los tipos de interés entre los dos países. (342)

Una de las principales razones por la que un inversor invierte en un país y no en otro es el tipo de interés del capital invertido. Al realizar una inversión el tipo de interés es una magnitud conocida en tanto el tipo de cambio al que se liquidará la inversión es una

341 Teoría de la paridad del poder adquisitivo: se basa en el principio del precio único para bienes idénticos con independencia del lugar donde se encuentran. De acuerdo con ella, la evolución del tipo de cambio entre dos monedas es función de la diferencia de tasas de inflación entre dos países, respecto de una situación anterior, el tipo de cambio entre las dos monedas se ajustará para reflejar esta diferencia.

342 Teoría de la paridad de los tipos de interés. Esta teoría se basa en el principio de rentabilidad única para inversiones alternativas en dos países. Según ella, el diferencial entre los tipos de interés de dos monedas a un mismo plazo debe ser igual a la diferencia entre los tipos de cambio al contado y a plazo de esas monedas.

magnitud desconocida y por tanto una fuente de riesgo. Si el inversor desea eliminar este riesgo puede vender anticipadamente el importe que obtendrá cuando se liquide su inversión, a un tipo de cambio a plazo conocido de antemano.

El mercado de divisas cuenta con diferentes vías de acceso. El uso de una u otra depende en mayor medida de la cantidad de capital disponible para la inversión y de la manera en que se pretendan llevar a cabo las transacciones.

Así, estableciendo una primera división, podemos diferenciar entre cuentas de forex no administradas o “self trading accounts”, es decir donde el inversor toma sus propias decisiones de compra-venta, o los llamados sistemas manejados o “managed accounts”. En estos últimos las decisiones son tomadas por profesionales o sistemas automáticos, sin la intervención directa del cliente.

Debido a que las fluctuaciones en las cotizaciones suelen ser mínimas, típicamente de céntimos, es necesario disponer de una importante cantidad de capital para que estos movimientos arrojen un beneficio perceptible. El lote estándar mínimo de compra en el mercado de divisas es de 100.000 unidades de la moneda con la que se va a comerciar (dólares, euros...), pero actualmente no es necesario depositar cantidades tan grandes, ya que el mercado de divisas es una inversión de apalancamiento. Esto quiere decir que para la adquisición de divisa se recurre a la financiación ajena.

3.3.1.11.19. La operatividad en el mercado de divisas.

Los bancos off shore realizan actividades en moneda extranjera bien porque llevan a cabo operaciones con divisas diferentes a la moneda de su entorno o bien por tener relaciones con la sede central en el caso que sea filial de un grupo bancario.

Estas operaciones suelen ser;

Pedir prestados recursos financieros que deben ser devueltos en moneda extranjera

Conceder un préstamo que debe ser cobrado en moneda extranjera

Comprar activos denominados en moneda extranjera (por ejemplo acciones de una sociedad)

Partir de un contrato que aún no ha sido ejecutado expresado en moneda extranjera (por ejemplo comprar a plazo dólares contra la venta de euros).

Pero no todas las operaciones que se realizan con divisas generan riesgo de cambio las operaciones más habituales que las entidades de crédito realizan con divisas se pueden concretar:

Operaciones del mercado de dinero; suponen un activo y un pasivo de la misma moneda, por ejemplo un banco de Gibraltar capta un depósito en libras y concede un depósito en libras.

Operaciones del mercado de divisas; son operaciones efectuadas en el mercado de contado o de plazo que afectan a dos monedas diferentes por ejemplo euro/dólar; por ejemplo el mismo banco antes mencionado capta un depósito en euros para financiar un préstamo en dólares.

Operaciones mixtas o swap. Un swap de divisas es una operación que consiste en financiarse en una moneda (por ejemplo el dólar) e invertir en otra (por ejemplo el euro) y simultáneamente comprar a plazo la moneda de financiación (dólar) y vender a plazo la moneda de inversión (euro).

En cuanto a las diferentes posibilidades de acceder al mercado de divisas existen alternativas para todos los gustos y bolsillos:

Administradores profesionales (professional forex managers); Se trata de cuentas administradas por expertos, puestos a disposición de sus mejores clientes por parte de entidades de banca privada o brokers/dealers del mercado de divisas. Normalmente se exige un saldo de por lo menos 100.000 dólares para tener acceso a un forex manager profesional, aunque también existen algunos dealers que ya proporcionan el servicio a partir de importes algo más reducidos.

Hedge funds. Son fondos de inversión de alto rendimiento y riesgo, sometidos a muy pocas regulaciones gubernamentales. Muchos de ellos están especializados en el mercado de divisas. Las cuentas son administradas y se invierte de acuerdo a una estrategia definida por el fund manager, la cual normalmente se explica en el folleto de presentación del fondo. Para poder participar, típicamente la inversión mínima es de 100.000 dólares aunque existen fondos que exigen depósitos de hasta 1.000.000 de dólares.

Cuentas administradas (managed accounts) o trading systems; las ofrecen bancos de inversión, brokers o dealers de forex y son una alternativa más asequible a los administradores profesionales. Los inversores que no tienen tiempo o conocimientos para manejar sus transacciones personalmente pueden hacer uso de un programa automatizado (trading Systems) desarrollado por el forex manager del broker. Este programa se encuentra configurado según un estilo y estrategia de riesgo previamente definida. Los trading systems normalmente valoran evoluciones históricas de las diferentes divisas, es decir, realizan análisis técnico automatizado, pero no pueden incorporar generalmente aspectos del análisis fundamental. Existen sistemas semi-automáticos que solamente avisan al inversor del momento ideal para comprar o vender, o soluciones totalmente automatizadas que toman decisiones y realizan todas las acciones de compra-venta. Entre ellas están los famosos robots de forex. La apertura de una cuenta administrada, normalmente requiere aportaciones entre 1.000 y 5.000 dólares.

Cuentas no administradas (self trading accounts); igualmente ofrecidas por bancos de inversión y brokers/dealers, al abrir una de estas cuentas será el propio cliente quien

tome todas las decisiones y tramite las órdenes de compra-venta mediante un sistema online

Cuentas mini (forex mini accounts). Es una versión “de bolsillo” de las cuentas no administradas y se permite la participación desde importes muy pequeños de entre 250 y 500 dólares.

Formas de inversión no regulada. Junto a los brokers, dealers e instituciones financieras licenciadas, existen también toda una serie de intermediarios alternativos a través de los que es posible invertir en el mercado de divisas. La composición de este segmento es muy variopinta. Pueden ser compañías financieras como las OFC’s u “offshore financial companies” constituidas en Nueva Zelanda, o compañías financieras panameñas o de Belice. En muchos casos incluso, se trata de sociedades offshore convencionales sin licencia financiera, constituidas en paraísos fiscales y que en realidad no estarían autorizadas a manejar capitales de terceros.

Por último también están los conocidos HYIP’s o high yield investment programs, es decir programas de inversiones de alto riesgo, muchos de los cuales, si son legítimos, invierten en forex. El nivel de fraude en los HYIP’s es sin embargo altísimo, ya que muchos son en realidad sistemas piramidales ilegales, basados en los llamados “esquemas de Ponzi”.

La participación en forex, ya sea a través de un broker, banco o intermediario no regulado, generará irremediamente transacciones y movimientos bancarios, tales como depósito de fondos, retirada de beneficios o pagos de comisiones. Cualquier transferencia bancaria lleva asociada en el mensaje SWIFT que genera, el nombre del remitente y el beneficiario. Muchas veces, si el broker está situado en otro país u offshore, las transferencias pasarán por bancos intermediarios situados en Europa o Estados Unidos. Igualmente en la retirada de fondos mediante tarjetas de débito, los movimientos quedan asociados a la cuenta bancaria y a la información existente en la banda magnética de la tarjeta, es decir el nombre del titular.

Por estos motivos, cada vez es más frecuente que quien invierte en el mercado de divisas, especialmente los que empiezan a tener rendimientos un poco más importantes, ya no realicen las operaciones en su propio nombre, sino mediante sociedades offshore creadas para tal fin. De este modo consiguen proteger su privacidad y los rendimientos de sus inversiones se depositarán directamente en una cuenta bancaria offshore, en un paraíso fiscal libre de impuestos.

3.3.1.11.20. La privacidad y las operaciones offshore.

Hoy en día, la mayoría de los gobiernos del mundo, liderados por los Estados Unidos, están aprobando leyes y normativas para fortalecer la lucha contra el terrorismo internacional, el narcotráfico y el blanqueo de capitales.

La privacidad que ofrecen los centros offshore, ha sido aprovechada en numerosas ocasiones para cometer fraude fiscal o llevar a cabo actividades delictivas, pero también sirve a otros intereses. Como la protección del patrimonio, o el establecimiento de cuarteles generales de sociedades base de grupos multinacionales. También pueden existir otras razones de tipo empresarial, como por ejemplo la participación de manera confidencial en otra sociedad o, por supuesto, motivaciones personales. Muchas personas simplemente no están dispuestas a que sus asuntos económicos sean prácticamente de dominio público y por tanto fácilmente accesible para cualquier entidad, organismo gubernamental o particular.

La industria offshore o sectores relacionados, han desarrollado diversos servicios que persiguen el objetivo de la privacidad total.

Servicios ofrecidos en los centros offshore, para guardar la privacidad y la confidencialidad

- Oficinas virtuales; permiten recibir correo en localizaciones alternativas al propio domicilio.
- Números virtuales de teléfono (call forwarding). Números telefónicos en otros países desde los cuales se redirigen las llamadas al teléfono del cliente.
- Teléfono móvil y tarjeta “sim” anónima. Son terminales no registrados y sin dispositivos de rastreo.
- Soluciones de criptografía para correo electrónico. Impiden la lectura de emails enviados a través de la red.
- Software de navegación anónima por Internet u ocultación de IP. Permite navegar por Internet y enviar emails, sin desvelar la localización del usuario.
- Alojamiento Web offshore y dominios privados. Servidores situados en seguras localizaciones offshore.
- Tarjetas anónimas. Permiten pagos online y retiradas de efectivo en cajeros automáticos sin que quede registrada la identidad del usuario.
- Pagos por Internet anónimos mediante dinero electrónico. Existen diversos tipos de monederos electrónicos con los que se pueden efectuar pagos anónimamente.
- Programas de ciudadanía económica o segundo pasaporte. Destinados normalmente a personas que quieren abandonar su país o renunciar a su nacionalidad con el fin de obtener ventajas fiscales u operar cuentas bancarias con mayor privacidad.
- Licencias de conducir alternativas. Se pueden obtener en determinados países. Sirven de identificación alternativa, de manera parecida a un pasaporte.
- Pasaportes de camuflaje e identificaciones varias. Sin valor legal, pero utilizadas para simular otra identidad en determinadas circunstancias.

Como se puede constatar, la oferta de productos y servicios complementarios es muy variada. Algunos resultan fundamentales en la protección de la privacidad, mientras que en otros casos su utilidad es discutible y más bien representan lucrativos negocios para sus promotores.

3.3.1.11.21. Las tarjetas anónimas.

Las tarjetas anónimas son uno de los productos estrella de la industria offshore y representan una manera sencilla de repatriar fondos desde un paraíso fiscal o territorio de baja tributación al país de residencia, sin comprometer los datos de la cuenta offshore donde se tienen depositados los fondos principales.

Muchos bancos offshore también facilitan tarjetas de débito o crédito convencionales a sus clientes, pero estas normalmente llevan impreso el nombre del titular y están vinculadas directamente a la cuenta bancaria, por lo que su uso puede suponer un riesgo importante para la privacidad. Para dar solución a este problema, proveedores de servicios offshore, agentes de formación, además de un sinfín de intermediarios menores (algunos de ellos de dudosa reputación) ofrecen tarjetas anónimas en diferentes formatos y divisas.³⁴³

El principio de funcionamiento es bastante sencillo y básicamente consiste la interposición de un intermediario entre la cuenta offshore del cliente y su tarjeta de débito, la cual es totalmente independiente de la cuenta bancaria. En realidad, las tarjetas anónimas no nacieron con la intención de serlo, sino más bien son un “efecto secundario” de determinados usos de las tarjetas de débito tradicionales, el cual se ha explotado para fines de privacidad.³⁴⁴

Desde hace algunos años, está proliferando el uso de tarjetas por parte de muchas compañías e instituciones para realizar pagos de salarios o comisiones de afiliados comerciales. El funcionamiento es simple. La empresa que administra el programa tiene una “cuenta madre” en una institución financiera. De ella dependen una serie de

³⁴³<http://www.offshorebankshop.com/18-tarjeta-anonima-offshore> (2012-04-16)

³⁴⁴<http://www.sociedadesextranjerias.net/tarjetas-de-pago-prepagadas.html> (2012-04-05)

“cuentas hijas” o “subcuentas”, correspondiendo cada una de ellas a una tarjeta de débito. A la hora de repartir las comisiones o salarios, la empresa desde la cuenta madre deposita en cada subcuenta la cantidad correspondiente, pudiendo retirarla el beneficiario a través de su tarjeta en cualquier cajero automático. La característica que hace que el sistema pueda ser utilizado con fines de privacidad, es que las diferentes “cuentas hijas” o “subcuentas” normalmente no son nominativas, sino que se identifican únicamente por una numeración. Esta por lo general coincide con el número de la tarjeta asociada. De este modo, si el titular de la tarjeta realiza un reintegro en un cajero automático o hace un pago en un punto de venta, sólo se registrará el número de la tarjeta, pero ningún dato personal como nombre o dirección.

La mayoría de programas de tarjetas anónimas funcionan con este mismo principio. La “cuenta madre”, también conocida bajo el nombre de “trust account”, porque guarda bajo custodia los fondos de los clientes, normalmente es abierta por una empresa financiera o un procesador de pagos. Este asigna una subcuenta numerada a cada cliente que contrata una tarjeta. El cliente, cuando quiera cargar fondos en la misma, deberá hacer una transferencia desde cualquier banco (normalmente será desde su cuenta offshore) a la “cuenta madre” de la empresa financiera titular del programa, indicando en el mensaje de la transferencia solamente su número de tarjeta.

Una vez recibido el dinero, la financiera identificará el pago e ingresará el importe en la subcuenta correspondiente, quedando entonces el dinero disponible para su utilización o retiro por cajero automático. Aquí puede haber algunas variantes. Por ejemplo existen proveedores que reciben los fondos para las recargas a través de cuentas bancarias diferentes a la que alberga el programa de tarjetas (lo que lo hace aun más discreto) o permiten medios de pago alternativos como por ejemplo Cheques, Western Unión, Moneygram o incluso determinadas monedas digitales. El proveedor del servicio cobrará una tarifa por recarga, generalmente un porcentaje sobre la cantidad ingresada con un importe mínimo y un pequeño cargo por cada transacción realizada.

Existe también otro tipo de sistema, que es el de las llamadas tarjetas prepagadas (stored value cards). Aquí el administrador del programa, en vez de cargar el saldo en una cuenta numerada asociada, directamente lo registra en la banda magnética de la tarjeta. Es un sistema parecido al de las “tarjetas regalo” que ofrecen supermercados y grandes almacenes. En este caso las tarjetas son de un solo uso y se desechan una vez gastado el saldo. También existen en formato virtual, sólo para compras online. En este caso, se comunica al cliente vía email el número de tarjeta, fecha de caducidad y código de seguridad CVV.

Tipos de tarjetas anónimas

Solo para reintegros en cajeros. Son las llamadas ATM cards, que tienen como única función servir de medio de transporte de efectivo, el cual se puede retirar en cajeros automáticos de forma anónima.

Reintegros y compras mediante pin. Permiten transacciones en puntos de venta que permitan marcar un pin. Generalmente operan en la red maestro/cirrus.

Reintegros y compras sin pin. Tarjetas VISA o Mastercard que se pueden usar para reintegros, en puntos de venta y para compras online.

La emisión de tarjetas anónimas siempre es una actividad de un cierto riesgo, ya que los bancos que albergan las “cuentas madre” con las que opera el programa no dudan en cancelarlo si existe alguna sospecha de fraude o blanqueo de capitales. Este riesgo aumenta exponencialmente en los casos en que un programa se esconde bajo el paraguas de un sistema de afiliados o similar, ya que si el banco descubre la verdadera actividad, suspenderá de inmediato todas las cuentas.

Los programas auspiciados por financieras serias y con la garantía de un banco, siempre van a exigir documentación identificativa del cliente. Si bien esta no es tan exhaustiva como para la apertura de una cuenta bancaria, como mínimo se requerirá una

copia del pasaporte o documento de identidad y de un recibo o comprobante de domicilio. Que se solicite una identificación es una señal inequívoca que detrás del programa está alguna institución sólida, con una política contra el blanqueo de capitales seria y que probablemente el banco que alberga la cuenta madre conozca la actividad y ejerza un determinado control sobre los fondos. Esto minimiza también la posibilidad de un fraude por parte del promotor del programa.

La obligación de identificar al cliente normalmente también hace más difícil la utilización del sistema para actividades ilícitas, lo que reducirá la probabilidad de que se produzcan problemas que pudieran conducir al cierre repentino del programa. Obviamente, mediante el procedimiento de identificación se pierde parte del anonimato, al conocer el banco la identidad del titular de la tarjeta. No obstante, esto no es en realidad un gran inconveniente, ya que los datos del titular no figurarán nunca en la tarjeta ni en la banda magnética. Esto quiere decir que no se produce ninguna vinculación con el titular y las transacciones que se hagan con la tarjeta seguirán siendo totalmente anónimas.

Por otro lado, si un programa no pide ningún tipo de identificación para participar, estaremos seguramente ante un intermediario poco fiable, el cual obtiene las tarjetas normalmente de alguna empresa financiera o procesador de pagos de segunda línea que, o bien hace “la vista gorda” o no está al corriente sobre el verdadero propósito del programa. También hay intermediarios que simplemente adquieren tarjetas regalo de un solo uso, de venta en algunos países o con un saldo tan bajo que no están sujetas a muchas regulaciones. Algunas de estas tarjetas también sirven supuestamente para verificar cuentas de PayPal™ o Moneybookers™, pero estas empresas bloquean estas tarjetas de forma rutinaria, junto con los fondos que hay en la cuenta, cuando descubren uno de estos programas, lo cual ocurre frecuentemente.

3.4. Ejemplos de modos de utilización de Paraísos Fiscales en personas físicas

3.4.1. Cambio de residencia y domicilio fiscal.

Uno de los sistemas utilizados por contribuyentes de un país, con posibilidades de residir un cierto tiempo fuera de su país de origen es el del cambio o simulación en la residencia. Veamos un caso práctico.

El Sr Karlsson, noruego, llega a su jubilación bien situado económicamente y con una alta pensión; y con una moneda de elevado poder adquisitivo, sin embargo con un sistema fiscal progresivo tributa a un elevado tipo de gravamen en su país.

El sr Karlsson decide pasar a residir a un país de clima más favorable y elige España y viene a instalarse a la Costa del Sol donde su moneda le permite un elevado nivel adquisitivo, con un envidiable clima, amén de un tipo de tributación mucho más bajo.

Con las reglas de tributación habituales, el Sr Karlsson pasa a tributar en el país de residencia, limitándose a presentar en su país de Origen si se lo requieren, en relación con las rentas percibidas un certificado de que tributa en España.

Esta fórmula en principio absolutamente lícita, puede ser manipulada por operadores fiscales veamos un ejemplo, supongamos que en el caso anterior el Sr Karlsson sabe que para ser residente en España necesita estar más de 183 días en territorio español. Por lo tanto alquila un apartamento por un periodo superior digamos siete meses. Y lo convierte en un auténtico refugio fiscal. Provisto de su contrato de alquiler y con una cuenta bancaria de no residente en la que recibe cantidades periódicas, se establece como residente fiscal en la Costa del Sol e incluso si lo desea puede obtener un certificado de empadronamiento en el municipio que elija, por lo demás el país de acogida se siente satisfecho de haber encontrado un nuevo contribuyente, que no va a buscar trabajo ni va suponer una carga para el sistema de pensiones de la seguridad social, el Sr Karlsson obtendrá el beneficio de un sistema de tributación más ventajoso, aunque en definitiva o bien no aparezca habitualmente por su nuevo domicilio, o bien siga

manteniendo lazos con su país de origen permaneciendo en este, el tiempo que desee y gozando al mismo tiempo de un tipo de reducción de impuestos.³⁴⁵

Veamos otro ejemplo de utilización fraudulenta del domicilio fiscal. En el curso de una inspección por los servicios de inspección franceses se establece que Mr.Noireau no presenta declaraciones de renta. Se trata de un periodista asalariado de reconocido prestigio que recibe importantes derechos de autor de un editor parisino. El contribuyente se manifiesta durante el curso del procedimiento inspector como residente en Irlanda. Como consecuencia de la actuación inspectora de los servicios franceses se pone de manifiesto que: dispone de un lujoso apartamento en París, que es propiedad de una sociedad instalada en un Paraíso Fiscal. Ha gastado importantes sumas de dinero en Francia mediante el uso de tarjetas de crédito. Ha residido de hecho en Francia la mayor parte del año mientras que en Irlanda tan solo ha estado algunas semanas.

El astuto el contribuyente pues, usa un país que tiene establecido convenio fiscal con Francia como país de residencia, aunque tenga un régimen fiscal privilegiado para los rendimientos de la propiedad intelectual, pero sin embargo la elección de Irlanda como país de residencia en principio supone un punto de partida mucho más serio que si se tratara de un Paraíso Fiscal pues nos encontramos ante una competencia dañina o perjudicial ejercida por el gobierno irlandés, frente a otros estados a fin de captar residentes.

No obstante en esta situación el sistema fiscal Francés aplica el criterio de domicilio en Francia, basándose fundamentalmente en la carga de la prueba que demuestra de forma fehaciente que el contribuyente reside realmente en Francia.³⁴⁶

345 *"Guide mondial des paradis fiscaux" André Beauchamp, Grasset Paris 1992.*

346 *"Guide mondial des paradis fiscaux" André Beauchamp, Grasset Paris 1992.*

3.4.2. Las sociedades de artistas.-

Denominado este esquema muy utilizado por artistas "rent a star". Un artista o un deportista de los que actúan internacionalmente y perciben elevados honorarios, derechos de autor ,pagos por conciertos etc., puede establecer una sociedad instrumental en un Paraíso Fiscal,⁽³⁴⁷⁾ que le contrata a un precio determinado, y siendo ella quien contrata con terceros, se ocupa de todas las operaciones y obtiene el beneficio de las actuaciones o giras.

Este tipo de sociedad es perseguida por un gran número de administraciones fiscales que fijan la tributación del artista, deportista etc. Sobre los ingresos obtenidos en la fuente.

Otra modalidad es la existencia de una sociedad de intermediación a fin de dividir artificialmente las rentas percibidas.

Un ejemplo, Mr. Dennis es un artista de variedades de reputación mundial y es residente en Francia. Es gerente de una sociedad francesa, como consecuencia de una comprobación fiscal se manifiesta que se presenta a menudo en los EE.UU. donde ha hecho abrir una cuenta bancaria. La Administración pide informaciones a los servicios fiscales americanos; como resultado de las informaciones resulta que las prestaciones efectuadas en los EE.UU. son remuneradas a nombre del artista sobre su cuenta bancaria local o sobre la de la sociedad, después giradas sobre una cuenta bancaria en Suiza De tal forma que en este caso un cambio de informaciones fructífero, ha hecho fracasar un caso habitual de división artificial de rentas. (Art 155A del Code General d'Impots)³⁴⁸

347 Es frecuente la utilización de sociedades Holandesas para esta actividad.

348 "Guide mondial des paradis fiscaux" André Beauchamp, Grasset Paris 1992.

3.4.3. El fraccionamiento de los sueldos de los altos directivos.-

El principio consiste, dentro de los grandes grupos multinacionales de sociedades, de intentar repartir el salario de los cuadros directivos entre las diferentes entidades (filiales o sucursales) desde los que los cuadros directivos ejercen efectivamente sus funciones incluso mínimas por cuenta de estas entidades.

Si tenemos por ejemplo un cuadro de altos directivos de una empresa, residente en Francia que ejerce funciones de dirección de un grupo francés implantado en toda Europa, y supongamos que pongan una parte de su remuneración como gasto fiscal de las entidades extranjeras del grupo. Si estas empresas están instaladas en un Paraíso Fiscal, no tiene incidencia alguna, puesto que no existe con ellos convenios fiscales, el conjunto de estos gastos es imponible en Francia ⁽³⁴⁹⁾ teniendo en cuenta evidentemente que las posibilidades de fraude son más fáciles y que el control fiscal es mucho más difícil.

Si estas entidades están situadas en países que tengan Convenios Fiscales con Francia, el salario percibido por los cuadros directivos es normalmente gravado por el estado del domicilio de la sociedad filial(o del establecimiento permanente). En estos casos puede ser ventajoso para el contribuyente puesto que la imposición será inferior a la que le corresponderá en Francia puesto que escapa a la progresividad.

El principio del fraccionamiento del salario puede jugar en otro sentido, es decir en el caso de un trabajador asalariado en el extranjero, por parte de un patrono que resida en Francia. Resulta que en la práctica dicho trabajador recibe una parte del salario en el extranjero en el lugar donde se encuentre, y otra parte generalmente más importante en Francia.

349 (por su peculiar legislación art 4A del CGI)

Hay que partir del supuesto de que no resida en Francia y que ejerza efectivamente su actividad fuera, entonces tenemos que las rentas no son gravadas en absoluto en Francia y estas rentas se van a gravar íntegramente en el país donde se encuentre, sin embargo el contribuyente en cuestión puede intentar dejar fuera de gravamen las rentas percibidas en Francia y de las que el país donde se halla no tiene noción alguna de su existencia.

Es una situación de fraude contra la que el estado donde se realiza la actividad intentar luchar por medio del cambio de informaciones si es un país con el que exista convenio de doble imposición.

3.5. Ejemplos de utilización de los Paraísos Fiscales por personas jurídicas.

Los medios utilizados por las empresas utilizados para transferir fraudulentamente o no los beneficios al extranjero, son muy variados y evolucionan constantemente en función de la rapidez con que actúe el legislador, el nivel de sanciones y los métodos de Inspección utilizados por las diferentes administraciones.

De una manera general podríamos agrupar las diferentes formas bajo las siguientes rubricas.

- Manipulación de los precios de cesión; las cesiones de las mercancías, de elementos incorporeales, o de incluso inmuebles constituyen un medio clásico de transferir beneficios; son operaciones cada vez más difíciles de comprobar y responden a esquemas de sociedades pantallas establecidas en los Paraísos Fiscales.
- Deducción de cargas ficticias en las empresas. Con el fin de minimizar su resultado las empresas pueden intentar buscar cargas ficticias, que no sean neces-

rias, como por ejemplo honorarios pagados a una empresa que resida en un Paraíso Fiscal.

- Desembolso de rentas excesivas o incluso ficticias; por ejemplo una sociedad situada en un Paraíso Fiscal, adquiere los royalties y marcas de un grupo a un precio rebajado, y recibe las rentas y royalties como consecuencia de la concesión a las sociedades que los van a utilizar y que por supuesto son miembros del grupo.
- Intereses por préstamos innecesarios o para financiar compras de activos propios revalorizados, a fin de ubicar la carga financiera en países de mayor fiscalidad.

Las rentas por otra parte pueden ser excesivas lo que es un medio suplementario de transferencias de beneficios al Paraíso Fiscal. Así pues podemos decir que el problema de la utilización de los Paraísos Fiscales por personas jurídicas es diferente y tiene muchas más posibilidades que para las personas físicas, puesto que los instrumentos jurídicos son mucho más numerosos.

Esta posibilidad de utilizar una multiplicidad de entidades jurídicas es lo que ha originado la proliferación de los Paraísos Fiscales en todos los continentes. Después de la Segunda Guerra Mundial su papel ha llegado a ser cada vez más importante en las operaciones comerciales o financieras de muchos negocios pequeños o grandes.

Los autores del “Informe Gordon”(350), han dibujado con una gran minuciosidad los medios utilizados para aprovecharse de los Paraísos Fiscales, para escapar de los impuestos en EE.UU. o en disminuir el montante gravable, no existe a nivel de derecho

350 “*Tax Avenues and their use by EEUU Tax Payers an Overview*” (1981) Richard Gordon fue consejero de Fiscalidad Internacional para el IRS.

comparado un estudio semejante, pero nosotros vamos a intentar analizar algunos casos significativos, desde un punto de vista eminentemente práctico.

3.5.1. Manipulación del precio.

Un esquema muy usado por las compañías multinacionales con cierta frecuencia es el establecimiento de una central de compras. Con este sistema establecido generalmente para compañías de un grupo geográficamente situado en una misma zona, se pueden obtener importantes economías de escala. Es el caso de productos industriales en países desarrollados que precisan materias primas provenientes del exterior. Si se establece una "Central de compras" en un Paraíso Fiscal, será en él, donde quede una parte importante del beneficio total.

Un ejemplo podría ser el de la sociedad francesa "Chimical" que importa productos químicos de Alemania, los productos son exportados de Alemania a Francia, pero la facturación es realizada por una sociedad Suiza, miembro del mismo grupo financiero que la sociedad Alemana o Francesa. La sociedad Francesa envía sumas en francos Suizos a la sociedad Suiza, en pago de los productos químicos enviados por la sociedad alemana. Las facturaciones de la sociedad Suiza permiten mejorar sensiblemente los precios y localizar el beneficio en Suiza.

Con una filosofía parecida a la que acabamos de indicar los grupos que actúan comercialmente en varios países pueden establecer una central de ventas en un Paraíso Fiscal. Por ejemplo imaginemos que Japón vende motocicletas a países de la Comunidad un esquema sería el crear una Central de ventas por ejemplo en Suiza, que facturaría a un precio elevado las motocicletas a los países comunitarios y compraría a un precio bajo el producto del Japón con lo que el beneficio lo situaría la sociedad japonesa exportadora de motocicletas en Suiza en este caso, siempre que le interesara fijar el beneficio en Suiza.

3.5.2. Utilización de compañías base y de compañías instrumentales.

Uno de los tipos más comunes de elusión o evasión fiscal de las compañías base es el de simple "Holding" administradora de activos.

El operador transfiere el rendimiento generado por los activos a la Sociedad Base, ahorrando impuestos en distintas fases. Veamos un ejemplo una sociedad residente en Gran Bretaña, con un alto tipo impositivo por el impuesto de sociedades, adquiere acciones u otros activos mobiliarios o inmobiliarios a través de una compañía situada en Gibraltar o bien crea simplemente un trust u otro sistema aportando los activos a la compañía Gibraltareña. La Compañía Gibraltareña adquiere un complejo turístico en España con los rendimientos obtenidos en el Paraíso Fiscal, con lo cual se elude la tributación de rendimientos obtenidos, en Gran Bretaña.

Este tratamiento es particularmente efectivo en los países en los que los rendimientos de inversiones extranjeros tienen un trato preferencial.³⁵¹ Otra ventaja adicional (en donde el trust sea posible la transferencia no suele plantear problemas), normalmente en los Paraísos Fiscales las sociedades Holding son verdaderamente anónimas y sus acciones al portador. Las transmisiones de títulos y en consecuencia de todos los activos poseídos por la sociedad no son conocidas ni registradas y consecuentemente, tanto las ventas como las donaciones y transmisiones por herencia, etc., no se hallan sujetas a ningún gravamen.

En otros casos y en algunos países las plusvalías obtenidas por inversionistas extranjeros se hallan tratados preferencialmente, lo que beneficiara a la Holding interpuesta. Por ejemplo en Holanda para las sociedades Holding o en Luxemburgo para evitar el gravamen de las plusvalías en las transmisiones de activos financieros.

351 Por ejemplo las CFC en el Reino Unido.

3.5.3. Subcapitalización.

El fenómeno de la subcapitalización o Infra capitalización ³⁵²contempla todas aquellas situaciones que se producen en las empresas cuando la relación o el ratio entre los fondos propios y ajenos, que forman parte del pasivo de la empresa es elevado en comparación al ratio medio, estándar o ideal para empresas de la misma dimensión o análogas que operen en sectores de la misma actividad.

Las empresas necesitan financiación y pueden optar por los capitales ajenos (préstamos, créditos, empréstitos etc...) frente a los capitales propios (ampliaciones de capital social), el "Falso endeudamiento" engloba aquellos supuestos en que la empresa, bajo la forma o apariencia de unos recursos financieros ajenos, encubre una autentica financiación con recursos financieros propios, entre otros motivos por razones fiscales.

Esta problemática puede incluirse dentro de otra más extensa que es el capítulo obligado de estudio dentro del campo de la Economía de la Empresa cual es el análisis de la existencia o no de una estructura financiera optima en la empresa, y en caso afirmativo de la proporción ideal que deben guardar ambas clases de recursos (propios y ajenos) financieros en orden a la consecución del objetivo último de la misma, ya sea este maximizar los beneficios de la empresa o maximizar el valor de la misma para sus accionistas, es decir maximizar el valor de mercado de sus acciones.

Aunque el problema de la subcapitalización nace en un primer momento en el campo de la fiscalidad interna de determinados Estados con cierto grado de desarrollo económico-financiero, posteriormente se traslada con todo el vigor al campo de la fiscalidad internacional por las mejores posibilidades que los grupos de empresas tienen para planificar y crear esta clase de estrategias y por las mayores dificultades que en este contexto tienen las Administraciones Fiscales para luchar contra estas situaciones en que se intenta minimizar la carga fiscal global para el conjunto de empresas

352 (THIN capitalisation-sous capitalisation)

en las que se planifica esta clase de situaciones con evidente pérdida de recursos fiscales para alguno de los diferentes estados que están implicados. Desde esta última perspectiva internacional nos ocuparemos de la subcapitalización cuando están relacionadas dos o más empresas sujetas cada una de ellas a jurisdicciones fiscales de diferentes Estados.

Generalmente el procedimiento habitual más utilizado es aquel en que una sociedad matriz o dominante que reside fiscalmente en el país "A" concede un préstamo a otra sociedad filial o dominada que reside fiscalmente en un país diferente "B". Si bien esta relación se configura bajo la norma jurídica de préstamo, por ejemplo el cumplimiento de ciertos requisitos o circunstancias inducen a considerar dicha operación financiera como una aportación de capital propio. En esta situación los intereses del préstamo no tienen tal consideración sino la de dividendos, con el consiguiente cambio en el tratamiento fiscal que supone esta diferente calificación de los rendimientos que se derivan de esta operación financiera.

Con el planteamiento general veremos a continuación, en primer lugar, las ventajas fiscales que la utilización de estas estrategias supone para el grupo de empresas que las crea, y en segundo lugar analizaremos los diferentes criterios y circunstancias que permiten deslindar las situaciones de verdaderos endeudamientos ajenos de aquellas otras que bajo tal apariencia se encubre una autentica financiación vía aportaciones al capital social de la empresa.

a) ventajas fiscales de la subcapitalización: La principal ventaja fiscal que obtiene la empresa que recurre a una falsa financiación ajena (ya sea vía préstamo, crédito o empréstito) es la deducción fiscal de la carga financiera (interés) que remunera los recursos financieros obtenidos por esta vía, a efectos de fijar la base imponible del impuesto que grava los beneficios empresariales. A los elevados tipos impositivos con que se gravan los beneficios empresariales (ya sea a través del IRPF o el de Sociedades) el ahorro fiscal por este concepto puede ser importante durante toda la vida financiera del préstamo o empréstito mientras se siga pagando este interés.

Con este objetivo y por esta vía los grupos de empresas multinacionales pueden minimizar la carga fiscal total del grupo que soportan, distribuyendo en diferentes estados, la carga financiera de los falsos préstamos suscritos entre empresas del mismo grupo, según sean: los tipos impositivos que gravan los beneficios empresariales, la cuantía de los ingresos a compensar con estas partidas deducibles, la legislación sobre compensación de pérdidas y la existencia o no de una legislación anti capitalización disimulada. etc., Este ahorro fiscal obtenido con el falso endeudamiento puede verse alterado si tenemos en cuenta el diferente trato fiscal que reciben los intereses que obtiene el prestamista no residente por la concesión del préstamo en el país desde donde provienen estos rendimientos y donde reside el prestatario.

Refiriéndonos al caso concreto de España, si el prestamista reside en país que no tiene suscrito convenio para evitar la doble imposición con España, y el prestatario reside en nuestro país, los intereses del préstamo simulado y los dividendos que remunerarían el capital propio (alternativa que se ha pretendido ocultar mediante la capitalización disimulada) están sujetos al mismo gravamen como rentas obtenidas en España por un no residente. En este caso es neutral el gravamen que incide sobre el producto financiero (interés o dividendo) que remunera las dos alternativas posibles de financiación. Si por el contrario el prestamista reside en país convenido con España habrá que aplicar a estos rendimientos los tipos máximos de gravamen que para estas rentas se prevén, respectivamente en cada uno de los Convenios que para evitar la doble imposición tiene suscritos España. Así para los intereses el tope máximo de imposición a que el Estado de la fuente (de donde provienen los intereses) puede gravarlos, se establece en general en el 10% aunque en otros convenios este tipo límite de gravamen se fija en el 5%,12%,y15% e incluso se imposibilita totalmente su gravamen 0%.Además existe un amplio abanico de excepciones para determinada clase de intereses según cuál sea, en unos casos la duración del préstamo, en otros la entidad que los concede o la que los paga.

Frente a toda esta problemática que plantea el pago de intereses a un no residente, la alternativa comparable no querida por la empresa, sería que la financiación se realizara con capitales propios (aportaciones vía capital social), siendo en este caso la remuneración de este último los dividendos repartidos.

Vamos a comparar la fiscalidad de los beneficios distribuidos en relación a la ya expuesta de los intereses.

Si el perceptor de los dividendos reside en un país que aún no ha suscrito Convenio de Doble Imposición con España, la fiscalidad de estos rendimientos es análoga a la de los intereses.

Por el contrario si el perceptor o beneficiario efectivo de los dividendos reside fiscalmente en un país convenido con España, al igual que para los intereses, existe en cada Convenio particular un tope máximo de imposición al que el Estado de la fuente (de donde proceden los dividendos y reside la empresa que los reparte) puede gravarlos.

Este límite máximo de gravamen se fija en general en el 15%, con una única excepción en que se establece el 18% (Convenio con la URSS). Cuando existe relación matriz-filial en algunos Convenios el citado tipo del 15% se reduce a una horquilla, según cada convenio particular, que oscila entre el 5% y el 10%.

Esta relación matriz-filial existe bien cuando el porcentaje de dominio de la sociedad dominante en el capital social de la dominada supera el 25% o el 50% o bien cuando el porcentaje de participación con derecho a voto supera el 25% o el 10%. Esta disminución en el tipo a que se gravan los dividendos supone una ventaja comparativa de la fiscalidad de los dividendos frente a la anteriormente expuesta de los intereses, ya que en el grupo de empresas en que se practica la subcapitalización generalmente existe entre la sociedad prestamista y prestataria esta relación matriz-filial.

Hay que destacar la Directiva 90/435/CEE del Consejo de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. Dicha Directiva se refiere a las distribuciones de beneficios entre sociedades matrices y filiales residentes en diferentes Estados miembros de la CEE, siempre que reúnan diversos requisitos entre los que se encuentra la circunstancia de que la participación de la sociedad matriz en la filial sea al menos del 25%. El principio general de acuerdo con la Directiva Comunitaria es que los beneficios distribuidos por la sociedad filial a su sociedad matriz quedan exentos de retención en origen. En aplicación de este principio, la sociedad matriz española que reciba dividendos de una sociedad filial de otro estado comunitario deberá integrar en la base imponible del impuesto sobre sociedades, los beneficios líquidos recibidos y el impuesto correspondiente a tales beneficios efectivamente pagados por la sociedad filial deduciendo, de la cuota íntegra del impuesto de sociedades las cantidades ya satisfechas por la filial con el límite resultante de aplicar el tipo de gravamen del impuesto a la parte de la base imponible que corresponda a tales beneficios recibidos. Así mismo los beneficios distribuidos por una sociedad filial española a su sociedad matriz de otro estado comunitario no estarán sujetos a retención.³⁵³

Para cerrar el círculo fiscal de la distinta fiscalidad de los dividendos e intereses habrá que considerar que todo el gravamen que incide sobre la renta total del prestamista (de la que forma parte esta clase de rendimientos) se podrá aplicar alguno de los métodos previstos (exención o imputación) para evitar o paliar la doble imposición jurídica internacional. En efecto los intereses o su alternativa no deseada, los dividendos, se gravarán como una renta más y dentro de la renta total que obtiene el prestamista por todos los conceptos en el Estado donde reside este y por el impuesto sobre la renta de las personas físicas o sociedades según sea la naturaleza jurídica del receptor de dichos rendimientos. Pero además, habría que analizar si en el país donde

353 Estas normas de la CEE se recogieron en la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las directivas y reglamentos de las Comunidades Europeas

reside fiscalmente el perceptor o beneficiario efectivo de los dividendos (que en la otra alternativa es el mismo donde también reside la sociedad prestamista receptora de los intereses) se elimina también la doble imposición económica internacional que soportan los dividendos en la medida que los beneficios empresariales de los que se desgajan estos rendimientos se gravan, en primer lugar en el país donde reside la sociedad que los reparte (y que es el mismo, en la otra alternativa donde reside la sociedad prestataria que paga los intereses) y en segundo lugar, se vuelven a gravar por el mismo impuesto sobre la renta de las personas Físicas o de sociedades, en el país donde resida la persona física o jurídica que es titular de los títulos valores (acciones) que dan derecho a estos dividendos.

En definitiva, se tratara de comprobar si en este último país se eliminan los impuestos subyacentes a que se han sometido los beneficios empresariales en el país donde los mismos se han obtenido. La eliminación de la doble imposición económica internacional se practica solamente para los dividendos, por sufrir solamente esta clase de rendimientos esta doble imposición, no practicándola ni todos los estados, ni los que la consideran en su legislación la localizan en las mismas condiciones.

3.5.4. Financial Pivots y Compañías cautivas.

Las sociedades denominadas "Financial pivots" se suelen establecer en Paraísos Fiscales para extender sus actividades internacionales.

Las compañías de seguro cautivas.-

Se crean para asegurar los riesgos de la matriz en la medida en que no se admite el auto seguro en el país de la fuente. Esta sociedad se puede crear en el mismo país donde está la matriz, pero las ventajas que representa una legislación liberal, en cuanto supone una mayor flexibilidad o menor coste fiscal, orientan a menudo su ubicación en un Paraíso Fiscal.

Las primas de seguro serán gastos deducibles en el país de elevada fiscalidad, y la empresa en cuestión se esforzará por obtener una tarifa óptima en cuanto a las primas se refiera. El beneficio obtenido por la entidad como consecuencia de la prima de seguro es probablemente superior a la imposición generalmente baja sobre beneficios que existe en un Paraíso Fiscal.

Este tipo de compañías se han desarrollado especialmente en las Bermudas, Bahamas, Islas Caimán, Luxemburgo, y en las Nuevas Hébridas. Otros países le han dado una legislación particular para favorecer su desarrollo por ejemplo Antigua y Barbuda, las islas Cook, Chipre, Gibraltar, Nauru, la Seychelles, Singapur, Turks y Caicos, las Antillas Holandesas, y Las Islas Vírgenes Británicas.

Taiwán ha adoptado una legislación favorable y desea atraer este tipo de sociedades para llegar a ser un centro de operaciones en Asia. Actualmente existen más de 1600 compañías de seguro cautivas en el mundo, alrededor de 1200 en las Bermudas y su número no cesa de aumentar.

Se han utilizado fundamentalmente por empresas multinacionales con un doble objetivo. Los grupos pagan un total de primas muy elevado, cuidando lógicamente de hacer economías sustanciales dado que ellas son auto aseguradoras. Por otra parte estas compañías aseguran riesgos que de otra manera no podrían ser asegurados por compañías independientes. La mayor parte de las legislaciones no admiten el auto seguro como gasto deducible, así pues la creación de una sociedad cautiva de estas características soluciona el problema.

El segundo objetivo perseguido es que la diferencia entre ingresos por primas y asunción de riesgos, origina unas enormes posibilidades de autofinanciación del grupo del que depende. Sin embargo desde 1977 el fisco americano ha obtenido de los tribunales resoluciones por las que no se considera gastos deducibles las primas pagadas a compañías de seguro cautivas. Considera que las primas pagadas a una filial no eran

provisiones del propio asegurador y que no existía una compensación entre la carga fiscal y el riesgo asumido.

En 1978 en EE.UU. una decisión judicial³⁵⁴, ha reconocido que el desplazamiento de la carga del riesgo era un elemento esencial del seguro y que este elemento no existía cuando el asegurador era una filial del asegurado. Quedan aún un cierto número de sociedades americanas que continúan utilizando los servicios de estas sociedades para sus operaciones en el extranjero, modificando así un poco su modo de operar.

Como caso peculiar citaremos dentro de los EE.UU, el estado de Vermont que puso en funcionamiento desde 1981 una ley³⁵⁵ que es una de las más liberales en la materia, y tiene como objetivo, según sus creadores, de atraer compañías de seguro cautivas, incluso si es posible, aventajar a las Bermudas en la creación de este tipo de Entidades. Los estados de Colorado y Tennessee también han hecho grandes esfuerzos en este sentido.

Los bancos cautivos.-

Hasta 1975 era bastante fácil crear un banco en un cierto número de países sin dificultad. No había reglas estrictas, así pues el número de bancos que se fueron creando fue aumentando progresivamente, pero a veces pertenecían a personas sin ninguna cultura bancaria, lo que ha originado a veces operaciones delictivas. Después han entrado en vigor en casi todos los países legislaciones restrictivas.

En las Bahamas desde 1965 una ley exigió a los bancos existentes y a los que se fueran a crear una serie de normas bancarias razonables. En las Islas Caimán es necesaria una

354 (*Carnation Co v. Commissioner*, 71 Tax Court n°39).

355 (*The Vermont Special Insurer Act*)

autorización gubernamental. En Anguilla y San Vicente donde existían un gran número de lo que los americanos llaman un "shell bank" la reglamentación actual exige un capital mínimo y una autorización previa.

El banco cautivo es el que ha sido creado por una persona o un grupo para sus propias necesidades. Tendrá normalmente el carácter de banco no residente, es decir que hará operaciones de todo tipo salvo con los residentes del país donde está, constituido. Este país será normalmente uno en el que las sociedades no residentes no estén sometidas al impuesto sobre beneficios y donde la inexistencia de una reglamentación de cambios no pondrá obstáculos a las transacciones monetarias y a las transferencias de capital.

Veamos un ejemplo práctico de una "Financial Pivot"

Un grupo Belga decide tomar participaciones en una zona geográfica por ejemplo América del Sur, a través de una compañía holding (H) creada en un Paraíso Fiscal (PF) que podría ser las Bahamas que va a servir de "pivot" para las relaciones del grupo en la zona.

Se establece en (PF) una segunda compañía financiera (F) que obtiene préstamos internacionales y que paga los correspondientes intereses pero sin verse gravada en (PF) naturalmente, por retenciones fiscales (Withholding) sobre los mismos.

Este esquema internacional va a permitir prestar a las sociedades filiales al precio del dinero que se considere más oportuno o invertir en ellas a través del holding si se considera fiscalmente más efectivo una vez analizado el esquema "rentas de capital-intereses" desde el punto de vista tributario.

3.5.5. Transportes Marítimos.

La expresión de "Pabellón de conveniencia" corresponde a la posibilidad de una empresa no residente de registrar un navío en ciertos países y de enarbolar su pabellón incluso si su sede de dirección está ubicada y sus actividades son ejercidas en otra parte.

El recurso a la utilización de Pabellones de Conveniencia obedecen a diversas razones que a veces no son de orden fiscal, por ejemplo pocos gastos de registro del buque, costos de salarios de personal poco elevados, por no existir por ejemplo normativa de seguridad social de los empleados, exigencias técnicas reducidas en cuanto a las condiciones de navegabilidad y seguridad, así como la ausencia de un control administrativo sobre las actividades. Pero tampoco hay que olvidar que a veces supone un medio importante de evasión fiscal ya que la imposición de las actividades marítimas por los países en donde están registrados los buques es escasa o nula.

El "pabellón de Conveniencia" puede ser un Paraíso Fiscal donde los beneficios de la explotación puedan ser transferidos a otro Paraíso Fiscal utilizando contratos de arrendamiento o fletamento.

Vamos a ver un ejemplo a continuación (356) en relación con el transporte marítimo internacional.

La industria petrolera que suele mover intereses constantemente entre los numerosos países, hace uso con frecuencia de los paraísos fiscales creando sociedades que se ocupan de la contratación de construcción de buques y transporte, refino, venta del petróleo y sus derivados.

Un grupo petrolero (GP), con sede en un país de tributación normal, construye o encarga para su venta un petrolero. Este petrolero es exportado a una sociedad en un

356 Santacana "El mundo de los Paraísos Fiscales"

Paraíso Fiscal (PF) por ejemplo Panamá, Liberia etc., con amplias ventajas para detentar buques propios.

El país de origen (P.O.) concede como suele ser habitual, créditos a la exportación de buques a largo plazo y a tipos de interés reducido. La sociedad en el Paraíso Fiscal (P.F.) alquila al grupo petrolero (a una sociedad refinadora por ejemplo) el buque a un precio relativamente alto, lo que dejar beneficios tributables en la forma habitual. (PF) recibe el pago de alquiler, que permite el pago del principal e interés del préstamo al país de origen en unos plazos y a un tipo de interés mucho más favorables.

3.5.6. Sociedades de servicios.

Aquí nos encontraríamos con un sinfín de posibilidades cuyo fundamento sería la constitución de una sociedad de servicios en un paraíso fiscal con el objeto exclusivo de reducir la base imponible de la entidad matriz que estuviera en un país de elevada fiscalidad.

Como ejemplos vamos a referirnos a dos situaciones relativamente frecuentes: deducción de cargas ficticias; por ejemplo nos encontramos con una sociedad suiza que concede a una sociedad francesa una patente a cambio de una remuneración en función de la cifra de ventas y después de algunos años la vende.

Si los servicios de inspección verificaran esta situación detenidamente, nos podríamos encontrar con que la patente no sea original, para lo que habría que acudir al Instituto Nacional de la Propiedad Intelectual de Francia, y por lo tanto llegar a la conclusión que la contraprestación es excesiva y en realidad es una carga ficticia cuyo único objeto es trasladar los beneficios al país de procedencia o donde está registrada la patente.

3.5.7. Empresas comisionistas.

Este es otro sistema frecuentemente empleado a fin de disminuir la base imponible en un país donde la fiscalidad sea normal. Por ejemplo nos encontramos con que una sociedad francesa concluye un contrato con una sociedad americana que se presenta como su agente exclusivo para la importación de productos exportados desde Francia y distribuidos en EE.UU.

Si examináramos la contabilidad de la sociedad francesa podríamos constatar que en realidad las ventas destinadas a la sociedad americana están incrementadas en un 10% como comisión de ventas. Estas comisiones son enviadas por la sociedad americana que compra los productos franceses en exclusiva a una sociedad de Liechtenstein que en realidad es una sociedad instrumental o "pantalla" creada por la entidad francesa a fin de distraer los beneficios del fisco francés.

3.6. El uso de los paraísos fiscales y el BBVA, un caso de manual.

El BBVA, se vio envuelto en los años 80/90 en una serie de casos, en los que intervinieron el Banco de España, la Fiscalía Anticorrupción, y la Agencia Estatal de Administración tributaria, y ha constituido un paradigma clásico en la utilización de los Paraísos fiscales, donde se dan casi todos los ingredientes que pueden ayudar a la comprensión del fenómeno, uno de los principales bancos españoles, que cotiza en el Ibex, que se embarca en la aventura de los paraíso fiscales, para diversos fines, y que utiliza todos los medios a su alcance. Esta información es un ejemplo muy interesante de cómo funcionan los paraísos fiscales, para que se utilizan y los instrumentos y vías para su utilización, datos que se ponen de manifiesto como consecuencia de información fidedigna, que llega a las manos de estos organismos oficiales.

3.6.1. Las cuentas ocultas del BBVA.

El Banco de España abrió en 2002 un expediente administrativo por falta grave al BBVA por mantener una cuenta oculta en el paraíso fiscal de Jersey (Reino Unido) du-

rante 13 años. Las autoridades tomaron esta decisión, 15 meses después de haber tenido conocimiento de estas irregularidades.

La cuenta fue abierta por el antiguo Banco de Vizcaya en 1987 para adquirir acciones propias y defenderse de una posible operación hostil³⁵⁷. La venta de estas acciones, junto con otras operaciones, supuso al cabo de los años plusvalías de 225 millones de euros, de las que Hacienda tampoco tuvo conocimiento.³⁵⁸

El BBVA no regularizó la situación de la cuenta de Jersey hasta el año 2000, prácticamente un año después de que se firmara la fusión (19 de octubre de 1999) entre el BBV y Argentaria. Fue en el último cuatrimestre de 2000 cuando, según el banco, se

357 El asunto tiene su origen en 1987, el Banco Vizcaya, presidido entonces por Pedro Toledo, constituyó una sociedad en la Isla de Jersey para pedir créditos a diferentes entidades, comprar acciones del Vizcaya (más de un 5%) y defenderse así de una operación hostil preparada por Torras-KIO y su entonces responsable, Javier de la Rosa, contra la entidad. Tras un tiempo de negociaciones, no hizo falta utilizar las acciones para contrarrestar la operación, por lo que se decidió vender los títulos. El Vizcaya ganó dinero con la operación, pero las plusvalías se mantuvieron en el Canal. Se mantuvieron incluso cuando el Vizcaya se fusionó con el Banco de Bilbao tras intentarlo antes, sin éxito, con Banesto. En 1996, con la llegada de Francisco González a la presidencia de Argentaria, el BBV decidió tomar posiciones y comprar un paquete importante de acciones de la entidad en proceso de privatización. La compra, que según algunas fuentes pudo ser de un porcentaje significativo del capital, superior al 3%, pretendía ser una ventaja para el BBV en caso de iniciar un proceso de fusión inmediato. Tras mantener las acciones durante casi un año, entre diciembre de 1997 y enero de 1998, se vendió también este paquete con beneficios. El importe de las ventas y las plusvalías generadas sumaban ya un total de 225 millones de euros (37.500 millones de pesetas).

358 Además del Banco de España, que tardó 15 meses en abrir el expediente, también la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) decidió investigar el caso para determinar si la entidad que entonces y ahora presidía en solitario Francisco González cometió una infracción al no informar en su momento de la compra y venta de acciones del Banco de Vizcaya en 1987 y también de Argentaria en el año 1996. El banco informó a la CNMV, como hecho relevante, de la apertura del expediente por el Banco de España.

contabilizó 'adecuadamente', como resultados extraordinarios, el fondo de 225 millones de euros. Según el BBVA, se informó de la situación tanto al Banco de España como a los auditores del banco, la consultora Arthur Andersen³⁵⁹. En la memoria de la entidad de ese ejercicio, sin embargo, no aparece ninguna referencia a la cuenta investigada. El Banco de España decidió abrir la investigación y solicitar la documentación de los 13 años de historia de la cuenta en febrero de 2001, cuando ya, según el banco, se habían liquidado a Hacienda los impuestos correspondientes.³⁶⁰

Tras comentar el asunto con los auditores, y regularizar la situación con Hacienda, el Banco de España dijo que se había hecho lo correcto, aunque la colaboración del banco no eximía de responsabilidad a los implicados. El BBVA remarcó que la existencia de la cuenta no supuso ningún perjuicio patrimonial a la entidad, según admitió el expediente del Banco de España³⁶¹, de lo que se deducía que los fondos no se utilizaron para pagos o fines ilícitos.³⁶²

359 Empresa hoy liquidada tras su implicación en el asunto Enron en EEUU.

360 Francisco González, según fuentes del BBVA, aseguró al otro copresidente de la entidad, Emilio Ybarra, que no firmaría las cuentas de 2000 si no se regularizaba la situación, lo que abrió un enfrentamiento latente entre González y el consejero delegado del BBVA, Pedro Luis Uriarte y, en menor medida, con Ybarra. Estos últimos abandonaron sus cargos en diciembre de 2001.

http://elpais.com/diario/2002/03/23/economia/1016838002_850215.html

361 Esta investigación llevada a cabo por el Banco de España se añadió a la que la Audiencia Nacional llevaba a cabo sobre la filial del banco, Privanza. El juez Garzón había imputado a tres directivos por presunta evasión de divisas.

362 Desde enero de 2001 hasta 2002, el BBVA suministró 'grandes cantidades de documentos, pormenorizando los movimientos de la sociedad'. La investigación la llevó directamente Pedro Pablo Villasante, director general de Inspección. En el expediente sí se citaron una veintena de directivos de la entidad, entre otros (además de Ybarra y de Uriarte) el que fuera copresidente del BBV, José Ángel Sánchez Asiaín, José Domingo Ampuero, vicepresidente del BBVA y Luis Bastida, director del área de gestión de activos de la entidad.

La comisión ejecutiva del Banco de España adoptó el 15 de marzo el acuerdo³⁶³ de poner en marcha un expediente disciplinario al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) y a dieciséis personas que habían sido miembros de la Comisión Delegada Permanente y otros consejeros o altos cargos.

Según ese informe del Banco de España,(364), el Banco Bilbao Vizcaya realizó sus actividades ocultas a la contabilidad interna por una parte sobre un trust en el paraíso fiscal de Jersey, Islas del Canal, el llamado T.532, y su correspondiente sociedad, Sharrington Company Inc; y, de otra parte, una fundación, la Amelan Foundation, constituida en el paraíso fiscal de Liechtenstein. Estas dos estructuras sustituyeron a partir de finales de 1991 a otras cuatro sociedades de Jersey que habían desarrollado una primera fase de actividades en el exterior sin control institucional y contable desde España, entre 1987 y 1991.³⁶⁵

En las dos fases diferenciadas, la actividad resultó intensa y, a juzgar por las cifras analizadas por la inspección, produjo beneficios extraordinarios que el BBVA afloró en su primer ejercicio de banco fusionado.

Según el informe, no se pudo verificar las operaciones de otras dos estructuras (Amerit Foundation, otra fundación de Liechtenstein, y Ramina Trust, domiciliada en Islas Caimán), aunque las primeras estimaciones indican que en el momento de la inspec-

363 El acuerdo del viernes 15 de marzo siguió al informe de la inspección del Banco de España sobre la documentación aportada por el BBVA tras la reunión del 19 de enero entre los presidentes y el gobernador.

364 Informe del Banco de España firmado el 11 de marzo de 2002 El informe de la inspección consta de 42 páginas y se extiende, incluyendo anexos documentales hasta la página 227.

365 Como podemos ver se utiliza una fundación en Liechtenstein, que es un método habitual y una sociedad de responsabilidad limitada en las Islas del Canal otra modalidad habitual de sociedad base.

ción estaban aparentemente inactivas. La mayor parte de las operaciones tuvieron lugar antes de la fusión entre el BBV y Argentaria. El BBV utilizó algunos fondos, por ejemplo, para operaciones en Venezuela y en México.³⁶⁶

Sin embargo una de las operaciones significativas, del orden de los 3.300 millones de pesetas, tuvo lugar en marzo de 2000, esto es, seis meses después que los dos bancos, BBV y Argentaria, ya estaban fusionados. Se trata de la constitución de 22 fondos de pensiones en Estados Unidos con la firma “ALICO” a nombre de consejeros del banco, que actuaron como fiduciarios para constituir los fondos. Este patrimonio fue reintegrado a España. De acuerdo con la inspección, cuyas conclusiones se recogen en el acuerdo, “según el señor Ybarra la constitución de esos fondos tenía como objetivo último adquirir una participación en Bancomer por cuenta de BBVA¹. Esta operación finalmente concluyó con éxito.”³⁶⁷

En cuanto a la justificación de las cuentas del BBVA en paraísos fiscales el informe del Banco de España dice que en Octubre de 1999: se fusionan BBV y Argentaria. El paquete de acciones del Banco Vizcaya y las de Argentaria, adquiridas más tarde por la misma sociedad instrumental de Jersey, o el resultado de su venta, bajo control del BBV, debió aflorar en aquel momento. El del Vizcaya, después BBV, era un paquete impor-

366 En el primer país citado, contribuyó con dos pagos por valor de algo más de 1,5 millones de dólares a la campaña electoral del candidato a la presidencia, Hugo Chávez, en diciembre de 1998, con el argumento de proteger los intereses de su entidad ante una eventual nacionalización bancaria. Para ello, el BBV decidió constituir un trust, el llamado T.541, con la compañía Excelsior cuyo beneficiario era el Banco Provincial de Venezuela. Se realizaron pagos de 525.586 dólares y 1 millón a la sociedad Concertina N.V. Sin embargo, según la inspección, el BBVA no aportó documentos sobre el destinatario último de estos pagos.

367 Fuente el periódico “El País”
http://elpais.com/diario/2002/04/05/economia/1017957602_850215.html

tante, ya que después de la fusión entre el Vizcaya y el Bilbao no debía bajar del 2% del capital.³⁶⁸

Sin embargo el inspector jefe Mariano Herrera y el inspector Alberto Calles, autores del informe del Banco de España sobre las cuentas ocultas del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), no creían la versión del ex presidente Emilio Ybarra, quien afirmaba que en marzo de 2000, seis meses después de la fusión entre BBV y Argentaria, se crearon 22 fondos de pensiones a nombre de otros tantos consejeros del BBV, por un valor de 19,2 millones de dólares.³⁶⁹ Ybarra decía que el dinero se desvió de Jersey,

368 El informe de la inspección del Banco de España de 11 de marzo escarba en la operación de compra y venta de un paquete de 4,9 % del capital de Argentaria cuando el BBV, en 1998, intentaba tomar posiciones en dicha entidad para una eventual fusión. Entre el 28 de mayo y el 16 de julio de 1996 se compraron 5.567.242 acciones de Argentaria a través de Bankers Trust. Se vende un 4,4% entre el 3 de septiembre de 1997 y el 27 de enero de 1998. El BBV comunica enseguida a Bankers que venda el paquete. El resultado de la operación es 134,4 millones de dólares y el citado banco norteamericano debe, según instrucciones del BBV, transferir el dinero a su filial Privanza Bank Jersey Ltd., a la atención de su director general, Manuel López. La transferencia se efectúa el 6 de noviembre de 1998. Los fondos ingresan en una cuenta de la sociedad Sharington, que gestiona los fondos de un trust llamado T.532. El 4 de noviembre de 2001 se ordena enviar los fondos a la cuenta de BBV Privanza Jersey Ltd. que mantiene en el Chase Manhattan Bank de Nueva York. Por el BBV quien firma la instrucción es el entonces director general, Luis Bastida.

369 El hecho de que se utilizara la creación de un fondo de pensiones para la compra de acciones es muy poco frecuente, por no decir completamente inhabitual, según destacan los propios inspectores: 'Otro aspecto poco comprensible de la operación es la propia elección del instrumento para la supuesta compra de acciones de Bancomer. Así, pudiendo realizar esa compra mediante, por ejemplo, equity swaps, o permutas de acciones, o contratos de agencia con entidades de crédito a través directamente de Sharington o [la Fundación] Amelan [entidad oculta creada en Liechtenstein por el BBV], no se entiende por qué, en este caso, se elige la modalidad del fondo de pensiones para adquirir acciones de Bancomer'. E incluso, en el caso de elegir esta vía, recuerdan los inspectores, los 22 titulares, que en realidad eran fiduciarios, tenían que dar instrucciones al gestor de los fondos para el uso de los mismos en la operación Bancomer. 'Dichas instrucciones no parece que hayan existido, ya que ni BBVA ha aportado docu-

353

Islas del Canal, a EE UU para usarlo con otro fin: comprar acciones del banco mexicano Bancomer.³⁷⁰

El 14 de noviembre de 2001, a requerimiento del Banco de España, el ex presidente del BBVA, Emilio Ybarra, explicó que fue él quien resolvió crear, sin asesoramiento jurídico ni intervención de otros consejeros, 22 fondos de pensiones con 19.244.187 de dólares (unos 3.400 millones de pesetas). Ese dinero, procedente de operaciones de la trama exterior oculta, estaba depositado en una cuenta secreta de la sociedad Sharington³⁷¹, en el paraíso fiscal de Jersey, Islas del Canal.³⁷²

Según explicó Ybarra en su carta, dichos fondos se crearon por si fuera necesario tomar posiciones accionariales en la entidad bancaria mexicana Bancomer, sobre la que

mentación específica sobre ellas, ni en el único contrato aportado en la contestación del señor Ybarra se contemplan', dice el informe. También destacan los inspectores el hecho de que los 19,4 millones de dólares sólo tenían capacidad para comprar el 0,5% de Bancomer. 'No parece tampoco muy lógico emplear a tantas personas y con cantidades distintas, entregadas a cada una de las 22 personas, con importes que van desde 2.982.558 dólares [cantidad asignada a Ybarra] y los 116.279 dólares [cantidad suscrita por el consejero Plácido Arango]'

370 Fuente El País

http://elpais.com/diario/2002/04/06/economia/1018044005_850215.html

371 El juez Garzón y el fiscal Martínez investigaban en Jersey a Canal Trust Company, del grupo BBV. El citado trust es a su vez, según el informe de la inspección de 11 de marzo, trustee (representante de otra persona o beneficiario) en otro trust, el T.532, gestionado por Sharington, domiciliada en Niue, paraíso fiscal del océano Pacífico.

372 Fue el 27 de marzo de 2000 cuando se realizó el cargo en la cuenta corriente de Sharington para que los 22 consejeros suscribieran fondos de pensiones individuales, por cantidades diferentes, con American Life Co (Alico), la empresa aseguradora con sede en Willington, Delaware, Estados Unidos.

existía una oferta de otra entidad, Banamex. La idea era que no se pudiera saber que era el BBVA quien quería hacer la compra.³⁷³

Los inspectores del Banco de España señalaban en su informe del 11 de marzo, sobre el cual se basó la comisión ejecutiva para abrir expediente disciplinario, que el 27 de marzo, fecha de constitución de los fondos, 'todavía faltaba más de un mes para el anuncio de la oferta de Banamex', el rival del BBVA, que debía hacerla el 4 de mayo de 2000.

Hasta el 4 de mayo no se observa ni en las diversas actuaciones de BBVA conocidas por el Banco de España, ni en la documentación que se nos facilitó con motivo de la tramitación de la autorización de la inversión en Bancomer, ni en las propias actas de la Comisión Delegada Permanente de BBVA, preocupación en cuanto a la posibilidad de intervención de otra entidad que pudiera frustrar el acuerdo ya firmado el 31 de marzo'. Se refiere a los pactos entre BBVA Bancomer y el grupo accionarial Monterrey, de 31 de marzo.³⁷⁴

Los inspectores siguen: 'Sin embargo, a partir del 4 de mayo se trasluce en todas las actuaciones del BBVA una gran preocupación en relación con el buen fin de la operación'.³⁷⁵

373 Los 22 consejeros tuvieron que suscribir con Alico un contrato individual de fondo de pensión. Los 3.400 millones de pesetas servirían a lo sumo para adquirir un 0,5% del capital de Bancomer.

374 Fuente el periodico "Cinco Dias" sobre el informe del Banco de España
http://cincodias.com/cincodias/2002/04/09/mercados/1018567606_850215.html

375 Ybarra señala en su carta explicativa que la articulación de la operación se hizo según sus instrucciones, 'de manera que no pudiera ser conocida por terceros'. Los inspectores destacan estas reservas: 'Sin embargo, la operación no sólo no fue conocida por terceros, sino que tampoco lo fue por el otro presidente del BBVA, señor [Francisco] González, tal como se admite en el escrito de los [dos] presidentes en el que se señala que el señor González sólo tuvo conocimiento a finales de 2000 de las cantidades que se habían transferido a Alico'. Los inspectores también analizan a este respecto otro

El 19 de octubre de 2001, la comisión ejecutiva del Banco de España, según consta en el acta, fue informada por primera vez de la situación de las cuentas ocultas del BBVA. Ese día, se decidió requerir³⁷⁶ a los presidentes de este banco, Francisco González y Emilio Ybarra, para que en 20 días se enviaran datos y documentos necesarios para evaluar los problemas.³⁷⁷

Ybarra y González acordaron firmar una carta conjunta sobre todos los hechos ocultos con una sola excepción: los 22 fondos de pensiones creados por iniciativa de Ybarra, en marzo de 2000, en la sociedad American Life Company (Alico), de Estados Unidos, para los máximos directivos y consejeros del antiguo BBV. La operación suponía 19,2 millones de dólares (unos 3.400 millones de pesetas de entonces). Los dos presidentes pactaron, pues, segregar de la carta conjunta la operación Alico.³⁷⁸

hecho que consideran relevante. Uno de los consejeros, Juan Urrutia Elejalde, hizo una transferencia de 400.000 dólares a una cuenta en Suiza: 'Esa actuación parece la de una persona que dispone de un patrimonio propio y no de uno de los fondos de los que es mero fiduciario'.

376 El director de Supervisión del Banco de España, Pablo Villasante, dirigió el 19 de octubre una carta al BBVA solicitando aclaraciones y soporte documental de un informe elevado por el presidente de la Comisión de Control, Ricardo Muguruza, al banco central.

377 La investigación había comenzado ocho meses antes, a partir del 19 de febrero, día en que Ybarra y González, informaron al gobernador, Jaime Caruana, el inspector Mariano Herrera (jefe de grupo) y el inspector Alberto Calles, no terminaban, en estos ocho meses de trabajo, de obtener los datos y material que necesitaban.

378 El 14 de noviembre de 2001, después de someterla a sus asesores jurídicos, Ybarra y González, enviaron a Villasante una larga carta. Básicamente, explica una por una las operaciones y transacciones realizadas durante casi 13 años, fuera de la contabilidad del antiguo BBV y a resguardo de la autoridad monetaria. Era una confesión en regla. Ybarra, apunta en cada una de las operaciones, quienes aparte de él mismo, participaron, ya sea en el conocimiento o la ejecución de las órdenes impartidas.

3.6.2. El asunto del BBVA Privanza.

Paralelamente al margen del asunto del dinero negro del BBVA, se habían iniciado por la fiscalía anticorrupción actuaciones en torno al BBVA por otro asunto y que estaba relacionado también con el uso de los mismos paraísos fiscales antes mencionados.

Ybarra asume la responsabilidad por decidir la creación, en 1991, de la fundación Amelan en Liechtenstein para que gestionara un patrimonio creado en el exterior con los beneficios de la venta de acciones del viejo Banco Vizcaya. Ybarra también aclara los poderes en la fundación, cuyo beneficiario es el BBV. Era una confesión en regla. Ybarra, apunta en cada una de las operaciones, quienes aparte de él mismo, participaron, ya sea en el conocimiento o la ejecución de las órdenes impartidas. . 'La capacidad de firma en nombre del Principal de la misma (BBV) correspondió a los señores Azcúnaga, Segimón, Bastida y Molinuevo [ejecutivos del banco]. La decisión de incorporar saldos correspondientes al Charity fue adoptada por Ybarra y ejecutada por Bastida y Molinuevo. Estos últimos gestionaron la sociedad mencionada'. La carta aborda temas como el pago de 1,5 millones de dólares por una sociedad a una campaña electoral 'en un país latinoamericano desde la cuenta de la sociedad Sharington en BBV Privanza Jersey. Aunque no nombra Venezuela, en paralelo se admitía en el banco que se trataba de un apoyo a la campaña de Hugo Chávez, en diciembre de 1998.

Al llegar al punto 6, se lee: 'Operación con Alico'. Y dice: 'La cumplimentación de todo lo requerido en la comunicación del Banco de España relacionado con esta operación se hace por Ybarra y por escrito aparte'. La carta termina así: 'El presidente Francisco González, que no ha tenido intervención alguna en las operaciones tuvo conocimiento de la existencia de una cuenta no incluida en la contabilidad del banco -no de su contenido- en septiembre del año 2000. En diciembre fue informado de que dicha cuenta estaba a nombre de la Fundación Amelan [Liechtenstein], así como del saldo de la misma. Y, asimismo, a finales del mismo mes tuvo conocimiento de la operativa sobre auto cartera procedente del Banco de Vizcaya y de las cantidades que se habían transferido a Alico. Y en el mes de julio de 2001, conoció la operativa con acciones de Argentina [compraventa de un 4,9% del capital de dicho banco por el BBV en 1996-98] y el resto de las operaciones'

El origen de las actuaciones de la Fiscalía Anticorrupción y del juez Garzón ³⁷⁹ en torno a BBVA- Privanza se remonta a la investigación de presuntos pagos de comisiones en la Expo 92 de Sevilla que pudieron ser desviados hacia Jersey por Luis Olivero, quien fue administrador único de Filesa, sociedad a través de la cual el PSOE se financió ilegalmente. El juez Garzón estimó que éste era el único vínculo presuntamente delictivo. Olivero habría operado a través de la empresa Telemundi.³⁸⁰

La Fiscalía Anticorrupción solicitó al juez Garzón, en la última semana de mayo de 2000, la práctica de un registro en varias sedes del BBVA³⁸¹. Al parecer, después de estudiar la documentación, la Fiscalía Anticorrupción hizo nuevas diligencias pensando que podía estar ante importantes bolsas de fraude fiscal y de dinero negro.

No fue hasta septiembre de 2001 que el fiscal propuso tomar declaración a tres ejecutivos del BBVA-Privanza en calidad de imputados por un presunto delito de cooperación al delito fiscal relacionado con una presunta evasión de divisas. El 18 de septiem-

379 A finales de febrero de 2002, el fiscal David Martínez, miembro de la Fiscalía Anticorrupción, elevó al juez un escrito en el que solicitaba ampliar los cargos contra los ejecutivos del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria-Privanza, incluyendo, aparte de la posible cooperación al delito fiscal en presunta evasión de divisas en el paraíso fiscal de Jersey, Islas del Canal, presuntos pagos ilegales y otros delitos. El 5 de marzo, el juez Garzón dictó un auto recogiendo la petición del fiscal.

380 El juez Garzón hizo en los primeros meses del año 2000 varios requerimientos al BBVA para que se le enviara documentación. El director de Asuntos Legales del banco, el abogado y ex vice lehendakari vasco Mario Fernández, dio largas y rechazó las peticiones. Su argumento básico era que el BBVA-Privanza Jersey poseía personalidad jurídica propia y por tanto actúa en el marco legal de la isla de Jersey.

381 La Policía Judicial, la Fiscalía Anticorrupción, la Agencia Tributaria y la Guardia Civil, junto con la secretaria judicial del juzgado número 5 de la Audiencia Nacional, se presentaron el día 26 de mayo de 2000 en el paseo de la Castellana, en el domicilio madrileño de Privanza, y en el Centro Informático del BBVA en la capital española. También se hizo un registro en Barcelona.

bre de 2001, el juez Garzón tomó declaración en calidad de imputados a tres ejecutivos de BBVA-Privanza.

Se imputó, al consejero delegado de BBVA Privanza, Carlos Delclaux y otros cuatro ejecutivos. Uno de ellos, el director general de BBV Privanza Bank Jersey Ltd., Manuel López.

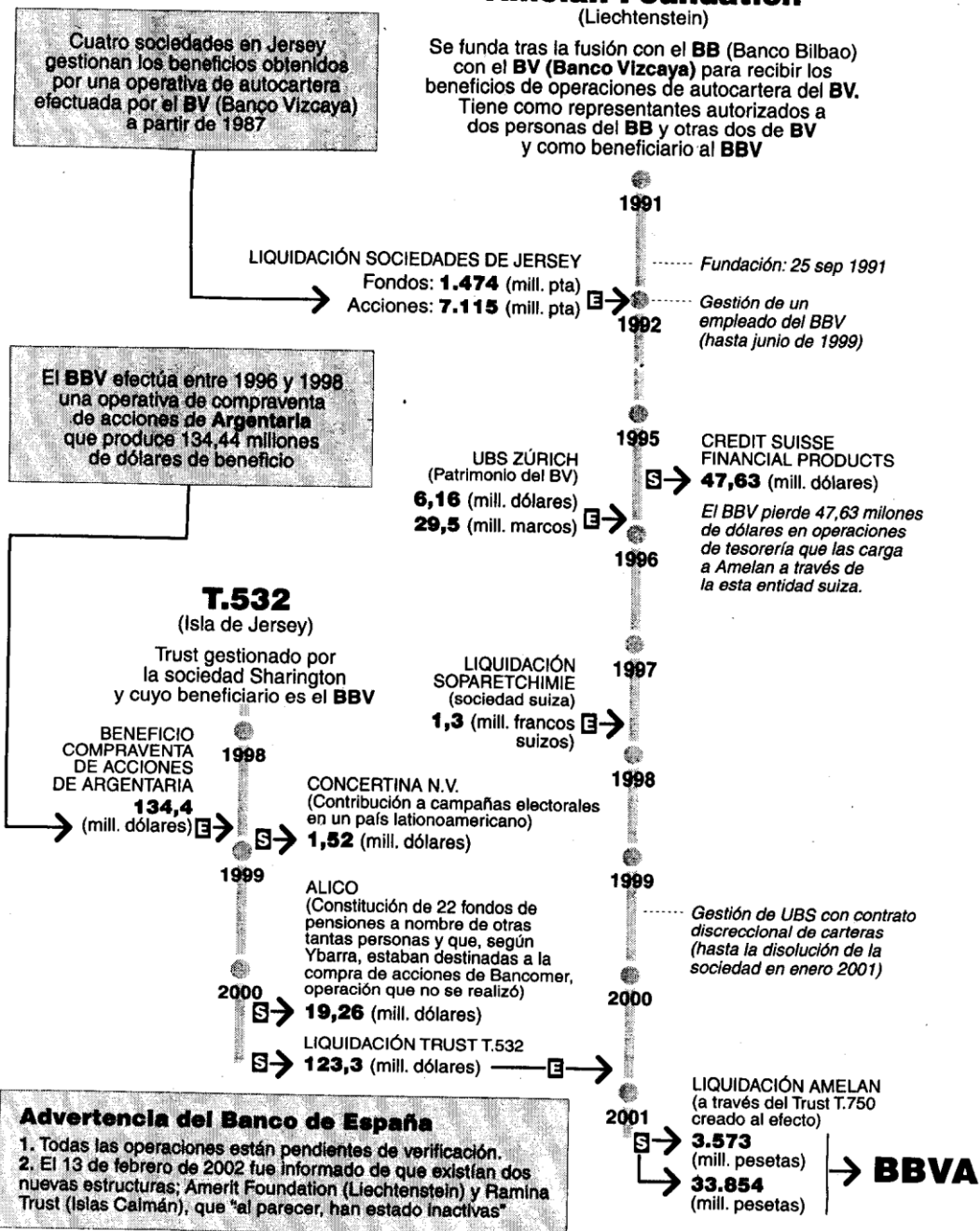
El nombre de este ejecutivo apareció con ocasión del informe de inspección del Banco de España sobre las cuentas ocultas del BBVA. A la atención de López, fueron enviados el 6 de noviembre de 1998 a Jersey 134,4 millones de dólares, procedentes de la operación de compraventa de acciones de Argentaria, realizada por el antiguo BBV. Ese dinero se ingresó en la cuenta de una sociedad llamada Sharington, gestora de los fondos del trust T.532, del grupo BBV.³⁸²

382 Según el informe de la inspección del Banco de España, de esa cuenta salieron varios pagos, entre los que se han destacado dos, uno del 1 de diciembre de 1998 por valor de 525.586 dólares para apoyar la campaña presidencial de Hugo Chávez en las elecciones venezolanas del 16 de diciembre de dicho año, y otro posterior, del 7 de julio de 1999, de un millón de dólares cuando Chávez ya estaba en el poder.

De la citada cuenta del trust T.532 también fueron enviados 19,2 millones de dólares el 27 de marzo de 2000 a Estados Unidos para formalizar con American Life Company (Alico) 22 fondos de pensiones para consejeros y altos cargos del antiguo BBV. Poco después, el saldo restante en esa cuenta (123,3 millones de dólares) se transfirió a la llamada fundación Amelan, en Liechtenstein, cuyo beneficiario era el BBV

Los fondos ocultos del BBVA en el exterior

Entradas Salidas



Fuente: Elaboración propia en base al documento del Banco de España del 15 de marzo de 2002.

EL PAÍS

El BBVA informó a la Securities Exchange Commision (SEC), órgano regular bursátil de Estados Unidos, sobre la apertura de un expediente disciplinario por el Banco de España como constitutivo de hecho relevante el 22 de marzo, el mismo día que lo anunció ante la CNMV. A continuación, la entidad trasladó la información a la Reserva Federal (banco central de EE UU). Según fuentes del BBVA, ninguno de los dos organismos reguladores decidió abrir ningún expediente a la entidad, por el momento. La comunica-

360

ción enviada a las autoridades estadounidenses hacía referencia a la existencia de fondos 'que no se reflejaron en la contabilidad hasta 2000'³⁸³

3.6.3. Actuaciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en el caso BBVA.

La Agencia Tributaria en abril de 2002, notificó al BBVA el inicio de una comprobación general de las cuentas correspondientes a los ejercicios 1998 a 2000, así como a los titulares de los 22 planes de pensiones creados en marzo de 2000 a través de un paraíso fiscal para otros tantos consejeros y ex consejeros de la entidad procedentes del BBV. La Agencia Tributaria decidió proceder a esa comprobación general después de haber tenido noticias por la prensa y no directamente del Banco de España del expediente sobre cuentas secretas, cuyas investigaciones se iniciaron 14 meses antes.³⁸⁴

La notificación de que se iba a iniciar la comprobación de la entidad fue anunciada ese mismo día por el secretario de Estado de Hacienda, Estanislao Rodríguez Ponga, también presidente de la Agencia Tributaria. Abarcaba los ejercicios 1998 a 2000 e incluía los 22 fondos de pensiones creados en marzo de ese último año en Alico a través de fondos procedentes de Jersey y de los que son titulares otros tantos consejeros del banco. Esos fondos se reintegraron como beneficios extraordinarios (dentro del capítu-

383 . Según fuentes cercanas a la operación, en el caso de que la SEC abriera un expediente, uno de los aspectos más valorados sería el análisis de las consecuencias económicas que pudiera tener la operativa del banco en paraísos fiscales.

384 La Agencia Tributaria tardó dos semanas en actuar desde que se supo la apertura del expediente disciplinario del Banco de España porque no tuvo información sobre la existencia de las cuentas secretas hasta que se hizo público. El Banco de España no informó a Hacienda de su investigación sobre el uso de sociedades en paraísos fiscales por parte del BBVA, pese a las implicaciones fiscales del asunto. Esta práctica de compartimentos estancos es la habitual y funciona también con la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), sobre todo en lo relativo al sistema financiero.

lo de otros resultados extraordinarios, pero sin especificar la procedencia) con cargo al 2000.

La comprobación se inició después de que en noviembre de 1999, los inspectores de la Oficina Nacional de Inspección (ONI) asignados a la entidad terminaron el trabajo correspondiente a los ejercicios 1996 y 1997, en lo relativo al BBVA. Pero aún les quedaba pendiente algún aspecto de Argentaria. En las actas abiertas por presuntos fraudes fiscales (algunas por cantidades importantes) de aquellos ejercicios no figuraba nada relativo a cuentas en paraísos fiscales.

En el caso del BBVA, la primera actuación fue comprobar la declaración del impuesto de sociedades de 2000, presentada en 2001. En esa declaración, el banco afloró como beneficios extraordinarios fondos por valor de 37.000 millones de pesetas (222,37 millones de euros) procedentes en su mayor parte de los citados fondos de pensiones. La entidad pagó los impuestos (el 35%) de forma global, pero Hacienda no consideró necesario pedir explicaciones sobre su origen. Tampoco aparece explicado en la Memoria ni en el informe de la auditoría. Según fuentes solventes, el auditor no tiene que reflejarlo si la entidad demuestra que ha cumplido la ley informando al Banco de España.³⁸⁵

3.6.4. Actuaciones de la fiscalía anticorrupción en el caso BBVA.

Como anteriormente hemos dicho el juez Garzón, paralelamente había iniciado diligencias, encargado del caso por la fiscalía anticorrupción, la investigación se centraba esencialmente en las posibles defraudaciones realizadas a través de BBV Privanza Jersey y Canal Trust Company, que según se desprende del informe del Banco de España, habría sido utilizada para establecer estructuras o trust directamente encaminados a

385 Además del hecho de que la inspección fiscal no hubiera detectado nada por sí misma, la incomodidad de Hacienda con el caso era cada día mayor. En especial, por el hecho de que sea Rodríguez Ponga el que estaba al frente de la investigación de una entidad en la que trabajó como asesor fiscal.

ocultar, frente a terceros, importantes cantidades sobre las que se habría ejercido facultad de disposición por personas, con cargos de responsabilidad en el BBV, sin rendir cuentas a los interesados y quebrantando las normas de control, así como falseando balances y cuentas'.³⁸⁶

Entre las operaciones que se investigaban por el juez Garzón, figuraba el ingreso de 123 millones de dólares procedentes del Trust T.532 de Jersey. Ese trust según el auto, se constituyó en octubre de 1998 para recibir los beneficios de la compraventa de acciones de Argentaria por el BBV entre 1996 y 1998 antes de su privatización total.³⁸⁷

386 El magistrado amplió la instrucción a posibles delitos de blanqueo de capitales y cohecho. Según se desprende del informe emitido por el Banco de España', destaca el auto, 'tales cuentas ubicadas en paraísos fiscales, utilizando sociedades offshore y cuentas en clave, se habrían utilizado para mantener importantes sumas de dinero fuera del balance y de las cuentas anuales, así como para la consolidación de fondos de pensiones, que entrarían en las categorías delictivas antes citadas'. 'Asimismo', añade Garzón, 'a través y por acción de Canal Trust, se habría utilizado la misma estructura para realizar pagos millonarios no lícitos en Venezuela para la campaña electoral de determinado responsable político de ese país, a través de otras cuentas, cuentas secretas y tituladas por personas interpuestas, también en paraísos fiscales, sin que conste que esos pagos se hayan declarado como tales'.

387 Tras la venta de las acciones -5.567.242 acciones, un 4,43% del capital de Argentaria- el importe de la misma, 134 millones de dólares, fue transferido al BBV Privanza Bank Jersey Limited. 'Los fondos desviados no se registraron en la contabilidad del BBV', dice la resolución.

Sin embargo, contra esos fondos aparecen 12 cargos, de los que destacan tres. Los dos primeros suman 1.525.586 y fueron pagados en diciembre de 1998 y enero de 1999 para sufragar la campaña electoral de Hugo Chávez, para lo que se formó un nuevo trust, el T.541, con la compañía Excelsior, cuyo beneficiario era el Banco Provincial de Venezuela.

El tercero es un cargo de 27 de marzo de 2000 por 19.267.721 dólares, que corresponde a dos transferencias a nombre de American Life Insurance Company (ALICO) con domicilio en Delaware (EE UU). El cargo responde a la constitución de sendos fondos de pensiones para los 19 miembros del consejo de administración del BBV, más otros dos que los habían sido anteriormente.

El auto precisa que 'en ninguno de los fondos constituidos aparece el BBV como beneficiario de los mismos' y que su 'constitución y destino se ocultó al copresidente de la entidad, señor González'.³⁸⁸

388 “Era finales de enero del 2000. El Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) había echado a andar de forma oficial el 28 en el domicilio social de San Nicolás, en el casco viejo de Bilbao, el día en que tomaron posesión Emilio Ybarra y Francisco González, Ybarra tuvo que dar una mala noticia a los suyos, aquellos consejeros procedentes del antiguo BBV. Él y González habían acordado reajustar las retribuciones a los consejeros. La nueva media establecida era de 75 millones anuales por cabeza. Mientras los consejeros del BBV sufrían una merma de 10 millones, los originarios de Argentaria, en cambio, registraban una buena subida: antes cobraban 45. Ybarra, que había hecho la fusión prácticamente a solas, sin contar con la opinión previa del consejo, era responsable, también de la reducción salarial a sus amigos.

En el mes de marzo. Ybarra preparaba una buena noticia para él y los suyos. Llamó a su despacho, en el paseo de la Castellana, a diecinueve consejeros del nuevo BBVA procedentes del BBV, y a dos ex consejeros. Varios de ellos recuerdan como si fuera el día de hoy, que Ybarra, un hombre poco locuaz, les miró con sus intensos ojos celestes cuando dijo: “He hablado con “Paco” y él está de acuerdo en que podemos daros una compensación por la baja de las retribuciones. Vamos a hacerlo a través de un fondo de pensiones con una compañía importante de Estados Unidos. Ybarra le informó a cada uno de los 21 de una cantidad en números redondos, explicó que el dinero sólo se podía retirar en tramos y que ya se les llamaría para concretar la operación.

Unos días después, se reunió el consejo de administración del BBVA. Treinta y tres miembros. Los presidentes Ybarra y González en la cabecera. Mientras avanzaba la reunión, un ujier entró en la sala con un mensaje y se acercó a uno de los consejeros procedentes del antiguo BBV. Le dijo si podía pasar un momento a un cuarto junto a la sala de juntas. El consejero se levantó y le siguió.

Allí estaba el ex secretario del consejo de administración del BBV, José María Concejo, sentado con un hombre a su lado y una pila de formularios. Concejo explicó que se trataba de un representante de la compañía American Life & Co. (Alico) una de las grandes aseguradoras norteamericanas y extendió un formulario con el membrete de la empresa para que el candidato al fondo de pensiones estampara su firma. El formulario ya tenía la cantidad precisa. El primer consejero rubricó su firma. El ujier entonces fue en busca del resto, si no todos, la mayoría de ellos, poco a poco y en silencio. Mientras, la reunión del consejo de administración proseguía.

Unos días después, Ybarra hizo llegar a Nancy Hudson, manager de Alico en Wilmington, Delaware, Estados Unidos, los formularios. El 27 de marzo, siguiendo instrucciones de Ybarra, se ordenó transferir 19,2 millones de dólares (3.400 millones de pesetas) de la cuenta del trust T.532, gestionada por la sociedad Sharrington, en BBVA Privanza Jersey, Islas del Canal, a Alico en Estados Unidos.

En la trastienda, estaba el estatuto del consejero del antiguo BBV, que señalaba en una de sus normas que 'de la retribución estatutariamente asignada a los consejeros podrá detraerse anualmente, por acuerdo del consejo de administración, en la cuantía y modalidad que, en su caso se señale, la cantidad necesaria para el mantenimiento de un sistema de previsión en los supuestos de cese, incapacidad, muerte o cualquier otro'. Los estatutos del nuevo BBVA habían cambiado. Pero la remuneración prevista para los consejeros seguía siendo muy importante. El artículo 53 establecía que el beneficio líquido se debía aplicar a varios conceptos. 'Un 4% del mismo para remunerar los servicios del consejo de administración y de la comisión delegada permanente, salvo que el propio consejo acuerde reducir este porcentaje de participación en los años en que así lo estime oportuno. La cifra resultante quedará a disposición del consejo de administración para ser distribuida entre sus miembros en el momento, forma y proporción que el propio consejo determine'.

Ybarra fue quien confeccionó la lista y quien determinó de dónde saldría el dinero para constituir los fondos. En su breve diálogo con cada uno de los beneficiarios -al menos con una parte importante de ellos- no hizo mención alguna, como era lógico, por otra parte, en su relación con sus subordinados, al origen del dinero que sería aplicado para crear estos fondos de pensiones en Estados Unidos. Los beneficiarios, como también es lógico, no preguntaron por ello.

Durante los nueve meses que siguieron, uno solo de los 22 beneficiarios hizo uso del tramo de dinero que estaba a disposición de los titulares. El consejero Juan Urrutia ordenó a Alico que se le transfirieran 400.000 dólares a su cuenta particular en la Banca del Gottardo en Lugano, Suiza.

Algunas semanas más tarde, ya entrado el mes de diciembre, según algunos, o primeros días de enero, según el recuerdo de otros, Ybarra llamó a los beneficiarios a su despacho. Les explicó que había hablado con Paco González y que se había decidido deshacer los fondos porque el dinero utilizado procedía de unos beneficios obtenidos durante la época de Pedro Toledo en el Banco de Vizcaya, en 1987. Añadió que era mejor informar al Banco de España y regularizar la situación. A continuación, invitó a cada uno de los beneficiarios a firmar un formulario dirigido a Alico. Allí se autorizaba a transferir las cantidades enviadas en marzo de 2000 a la cuenta de un nuevo trust, di-

El juez de la Audiencia Nacional decidió asumir la instrucción de la causa del BBV y encargó a la Fiscalía Anticorrupción que determinaran qué personas tenían responsabilidad penal en este caso, en función del poder de decisión que tenían en el entramado y de la intervención que tuvieron en los hechos presuntamente delictivos.

Para el fiscal jefe, el listado de personas imputadas no tiene por qué coincidir con los 16 expedientados por el Banco de España en el expediente administrativo, porque éste se ha regido por 'la posición de responsabilidad que tenían estas personas, mientras que en el proceso penal hay otros elementos determinantes, que pueden coincidir o no'.

3.6.5. La comercialización por el BBVA de inversiones en paraísos fiscales.

Otro tema referente al uso de paraísos fiscales en el que se vio envuelto el BBVA en los años 90 fue el que se suscitó en torno a la comercialización de determinados productos financieros por el BBVA en su corresponsalía en la Isla de Man, ateniéndose a un "Manual de productos financieros"³⁸⁹, cuya autoría se atribuyó a Estanislao Rodríguez Ponga secretario de Estado de Hacienda y ex asesor fiscal internacional del BBV, utilizado por BBV-Privanza para captar dinero opaco al fisco entre sus clientes, según un

ferente del que había sido utilizado para la transferencia original. Para ello, Ybarra había ordenado crear un trust en Jersey, el T. 750, y una sociedad gestora, Firstrate, para canalizar la operación retorno.

Sus interlocutores se vieron sorprendidos por la historia, pero una referencia les tranquilizó: el Banco de España. Si se acudía al banco central y se informaba de todo, eso significaba que no había ningún problema serio. Estamparon sus firmas. El trust T.750 envió desde Jersey a España los 3.475 millones de pesetas el 8 de febrero de 2001."

389 El manual ofrecía "garantías de confidencialidad para el último derechohabiente", es decir, aseguraba la total opacidad tanto de los fondos y sus rendimientos, como de la identidad de sus beneficiarios reales.

testigo clave que ocupó un alto cargo en el BBV de Puerto Rico.³⁹⁰ Según ese testigo, que ocupó un alto cargo en BBV de Puerto Rico y tenía la condición legal de protegido, dicho documento, con ligeras adaptaciones según los países, fue empleado por la red internacional del banco vasco en sus diferentes sucursales internacionales

De acuerdo con las informaciones recabadas en San Juan de Puerto Rico, el mismo testigo declaró que él mismo, mano a mano con Rodríguez Ponga en los aspectos fiscales, se encargó de diseñar la entidad creada por el BBV en Puerto Rico³⁹¹ para realizar la mayoría de las operaciones.

El "Manual de productos fiduciarios"³⁹² concebido por Estanislao Rodríguez Ponga, por sus instrucciones detalladas de cómo captar dinero negro, es una de las piezas docu-

390 El testigo puertorriqueño clave en el caso BBV declaró al juez Baltasar Garzón que Estanislao Rodríguez Ponga, asesor fiscal del área internacional del banco entre los años 1992 y 1997 y posteriormente secretario de Estado de Hacienda, se atribuyó ante él la autoría de un "Manual de productos fiduciarios" utilizado por el BBV-Privanza para captar dinero opaco al fisco entre sus clientes.

391 Se trata del "BBV International Investment Corporation" (BBVIIC). Esta entidad fue la plataforma desde la que el banco que presidía Emilio Ybarra realizó supuestamente diversas operaciones de blanqueo de dinero y pagos a líderes políticos latinoamericanos. La primera operación de envergadura en la que participó el BBVIIC fue la toma de control del Probursa de México, en la que se produjeron supuestos movimientos de lavado de capitales.

Posteriormente, desde el BBVIIC se organizaron otras numerosas transacciones presuntamente constitutivas de blanqueo de fondos de procedencia ilegal por importe de al menos 300 millones de dólares en favor de los colombianos Víctor Carranza (conocido como el "zar de las esmeraldas" y vinculado con el narcotráfico), Marco Aurelio Royo Anaya y Enrique Gerlein.

Las operaciones ilícitas de blanqueo se realizaron a través de la red de filiales del banco vasco ubicadas en Puerto Rico, Gran Caimán, Jersey, Suiza y Nueva York

392 El manual en cuestión detallaba la oferta de productos opacos al fisco de BBV-Privanza a través del paraíso fiscal de la isla de Jersey. El documento establecía como requisito la aportación de una inversión mínima de 500 millones de pesetas.

mentales clave del caso BBV-Privanza Jersey. Precisamente, las diligencias que instruyó Baltasar Garzón se iniciaron a raíz del hallazgo casual del citado documento durante el registro realizado por el magistrado en las sedes de Privanza en Madrid y Barcelona, en mayo de 2000, para buscar pruebas del asunto Expo 92.

El BBV firmó un pacto para la marcha de uno de sus máximos ejecutivos de su filial de Puerto Rico en agosto de 1998. El ejecutivo era Nelson Rodríguez-López, a quien el banco denunció por un desfalco de 47.000 dólares, del que se reconoció culpable, y por el que fue condenado a una pena de prestación de servicios a la comunidad. El banco afirma que Rodríguez también intentó emitir un certificado de depósito falso por más de 3 millones de dólares. El pacto entre el BBV y Nelson Rodríguez-López obligaba a este último a no dar información "adversa para el banco" a los órganos reguladores y supervisores.³⁹³

393 El compromiso, suscrito con motivo de la renuncia de Nelson Rodríguez-López, que previamente había acudido a encuentros con el FBI norteamericano, implicaba que el ejecutivo no divulgaría "ningún secreto o información relacionada con su operativa". El documento está incorporado a las diligencias que el juez Baltasar Garzón tenía abiertas para investigar presuntos delitos de apropiación, blanqueo, cohecho, falsedad, administración desleal y fraude fiscal a manos de una parte de la ex cúpula del BBV.

En el escrito, Rodríguez y el BBV establecen un acuerdo de "total y absoluta confidencialidad" sobre los términos de la propia renuncia del ex directivo, "siempre y cuando esto no afecte cualquier deber legal del banco conforme a las leyes bancarias estatales o federales".

Según el pacto, Nelson Rodríguez-López "se comprometía solemnemente a no divulgar ningún secreto o información relacionada con la operación (operativa) interna del BBV ni de sus clientes". El renunciante se comprometía a "no divulgar información alguna a la prensa televisiva, radial o escrita (sic) sobre los hechos y/o circunstancias que dieron lugar a su renuncia" y a "no contactar agencias reguladoras estatales y/o federales, como son el Comisionado de Instituciones Financieras (CIF) y el Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC), con el propósito de afectar la imagen y reputación del BBV con información falsa o adversa al banco en torno a sus operaciones y negocios".

El banco español añadió una cláusula por la cual el banco "podría divulgar el contenido de este acuerdo si es necesario para cumplir cualquier ley local o federal aplicable."³⁹⁴

El juez Baltasar Garzón dio un plazo de 10 días al presidente del BBVA, Francisco González, para que le informara sobre la relación que había mantenido el entonces secretario de Estado de Hacienda, Estanislao Rodríguez Ponga, con el BBV y el BBVA³⁹⁵. El magistrado reclamaba, además de la fecha de entrada en el banco y los cargos desempeñados, las responsabilidades de éste respecto de entidades en Puerto Rico, Gran Caimán, Jersey y Suiza, "así como su eventual participación en el diseño de la estrategia del banco en Puerto Rico y las demás plazas mencionadas".³⁹⁶

Con todo, el amplio requerimiento que el magistrado formula al presidente del BBVA, Francisco González, no se limitaba a la relación que mantuvo con el actual secretario de Estado de Hacienda. Garzón también solicitaba al banco una extensa información con "toda la documentación" sobre varias operaciones y adquisiciones en Latinoaméri-

El CIF es la entidad reguladora de la banca de Puerto Rico a escala local, mientras que el FDIC -más exigente- es un órgano federal que, en su calidad de asegurador de los depósitos bancarios, inspecciona con severidad a todas las entidades financieras.

Según la entidad financiera, esta cautela se introdujo porque "Rodríguez, antes de que se le despidiera iba facilitando información falsa sobre el BBV".

394 Diario el Mundo 16.04.02

395 Rodríguez Ponga trabajó en la asesoría fiscal del banco entre 1992 y 1997 dedicándose especialmente al área internacional.

396 Diario el Mundo 17.04.02 "Garzón pide datos al BBVA sobre rodríguez ponga. el juez requiere documentos, justificantes e informes sobre sociedades en paraísos fiscales.

ca. Entre otras, la compra de Mercantil Probursa (México) y del Banco Ganadero (Colombia).³⁹⁷

El BBV Privanza puso en marcha en 1989, a través de su filial en Jersey, una compleja ingeniería fiscal y financiera para captar clientes mediante 12 productos y servicios. Estaban destinados a grandes patrimonios, empresas, deportistas y artistas residentes en España. Se les ofrecía "opacidad, flexibilidad y máxima optimización fiscal" a través de paraísos fiscales y hasta la posibilidad de colaborar en la búsqueda de consejeros para empresas pantalla, según recoge el Manual de productos fiduciarios. Esos productos requerían un patrimonio superior a 92 millones de pesetas y aseguraba "su transmisión libre de impuestos". Los productos garantizados, a su vez, exigían una inversión

397 La trama de operaciones en paraísos fiscales del BBVA también atrae la atención del magistrado, que exige que "se aporte relación de clientes que han ingresado cantidades en, o recibido cantidades" de las principales cuentas investigadas.

En otro apartado del auto se le exige al BBVA que explique "por qué razón, siendo residentes españoles, se les ha facilitado a los clientes, sin cumplir los requisitos legales y administrativos mencionados, la operativa que se describe", si es que ha sido así.

También pide que aporte información sobre todos y cada uno de los productos fiduciarios que ha ofertado a través de BBV Privanza Bank Jersey, BBV Privanza Gran Caimán, BBV Privanza Suiza, y BBV International Investment Corporation de Puerto Rico, así como posibles operaciones "con identidades falsas" entre Puerto Rico y Gran Caimán en el seno del BBV y BBVIC de Puerto Rico, entre 1995 y 2001.

En particular, Garzón requiere que se le informe sobre "quién o quiénes diseñaron el denominado Manual de Productos Fiduciarios de Canal Trust Corporation". Y precisa que deberá indicar la persona o personas, o el departamento del banco y su responsable en el momento de la elaboración del manual. Rodríguez Ponga negó públicamente ser el autor de un manual de uso interno del banco para sacar capitales fuera de España que fue encontrado en una sede del BBVA. También solicita el juez "toda la documentación" sobre Canal Trust Corporation y un informe justificativo sobre la misma.

mínima de 500.000\$. La filial con que operaba, Canal Trust, es descrita como un "trust educacional, religioso y de caridad" y no aparece en el balance del grupo.³⁹⁸

El Manual formaba parte de la documentación requisada por el juez Baltasar Garzón en el registro en BBV Privanza en la primavera de 2000. El 1 de mayo de 2001, la Unidad de Apoyo de la Agencia Tributaria en la Fiscalía Anticorrupción presentó un informe en el que desentrañaba la operativa del banco.³⁹⁹

El BBV Privanza actuó a través de su filial en Jersey o de la participada al 100% por ésta, Canal Trust Company (CTC). El domicilio de estas entidades figura en la carátula del Manual. Pese a esta superposición de sociedades, la inspección vio "indicios relevantes" de que todo se dirigía desde la matriz BBV.

El banco sostuvo reiteradamente que los productos ofrecidos por BBV Privanza en sus sucursales cumplían la normativa requerida en el paraíso fiscal de Jersey donde no se consideran ilegales. De hecho, el fiscal de Jersey utilizó este argumento cuando se negó a enviar documentos a Garzón. Otra cosa es si el dinero de ciudadanos y empresas españolas invertidos en Jersey en este tipo de productos cumple con la fiscalidad española.

El informe que la Guardia Civil hizo del registro en Privanza señalaba que Canal Trust Company compartía instalaciones y teléfonos con BBV Privanza Jersey (BBVPJ), y que los directivos de ambas simultanean sus puestos. A su vez, ejecutivos de esta última

398 diario el mundo 18.04.02 "el manual del bbv privanza ofrecía hasta 12 productos para dinero 'opaco'."

399 En base a este informe, de 45 páginas, Garzón llamó a declarar en septiembre de 2001 a tres directivos del banco (Carlos Delclaux, Manuel López López y Gabriel Jesús Moreno) como imputados.

tenían despacho, fax y teléfono en BBV Privanza en Madrid, así como en la sede de BBV en el Paseo de la Castellana.⁴⁰⁰

El juez Garzón, en el auto posterior en el que imputó a los tres directivos de Privanza, señaló que las cuentas de Canal Trust Company no figuraban en la contabilidad del grupo "al menos" entre los años 1997 a 2000. En ese auto, el juez recoge que Canal Trust Company figuraba en una base de datos financieros y comerciales de ámbito internacional como "trust educacional, religioso y de caridad. Se ofrecen hasta 12 productos y servicios distintos, con el fin de captar "más y mejores clientes" y con garantía de opacidad fiscal.

También se señalaba que, si bien el banco no ofrecía el servicio de consejeros para empresas pantalla, "se contempla la posibilidad de que el grupo BBV pueda colaborar con el cliente en la localización de algún gabinete que asuma esta labor". El informe concluía que "las responsabilidades" que pudieran derivarse de estas prácticas por ocultación y blanqueo de dinero "habrán de establecerse accediendo a los balances" del banco.

La Agencia Estatal de Administración tributaria, hace un análisis pormenorizado del Manual y de los productos que se ofrecían por el BBVA.

'Trust' discrecional standard. Destinado a empresarios y particulares con un patrimonio igual o superior a 500.000 dólares (92 millones de pesetas). Según el Manual, el

400 Pese a esta relación, que la inspección calificó de "estrecha", el BBV no incluye en sus cuentas anuales de 1997 y 1998, presentadas en el Registro Mercantil, las correspondientes a CTC como sociedad dependiente. Esto es una muestra de "la clandestinidad" con que se actuaba, dice el informe

objetivo es "preservar la integridad del patrimonio y asegurar su transmisión libre de impuestos, buscando a la vez un crecimiento a largo plazo y minimizando los riesgos."⁴⁰¹

Productos garantizados. La inversión mínima era de 500 millones de pesetas y la rentabilidad se vincula a la Bolsa. Se ofrecen otros productos bancarios, que se colocan en BBV Privanza Jersey.

Compañías comerciales. Entre estas compañías están las denominadas Limited Partnership (LP) para operaciones de comercio exterior. Canal Trust Company ofrece el "montaje de la estructura" de la LP, según el manual (domicilio, accionistas, administración, apertura de cuentas), que se domicilia en el Reino Unido. El socio general de LP se residencia en Guernsey, cuyo tratado de doble imposición con Reino Unido permite "limitar considerablemente" la fiscalidad de los beneficios.⁴⁰²

Derechos de imagen. Los futbolistas y deportistas también tenían su producto a medida. Funciona mediante la creación de una compañía en un territorio de baja tributación (off shore), que tiene la propiedad de los derechos de imagen de artistas y deportistas, vendidos o cedidos por éstos. La sociedad los cederá a su vez a otra compañía (normalmente en Holanda), que a su vez facturará al club en el caso de los deportistas. Se les ofrece "optimizar fiscalmente la explotación de los derechos de imagen adquiri-

401 ". Se garantiza la confidencialidad total. El trust se define en la legislación anglosajona como un patrimonio colocado por una persona (settler) bajo el control de otro (trustee) en interés de uno o varios beneficiarios. Productos similares son el Probate Trust BBVPJ (entre 100.000 y un millón de dólares de patrimonio), el Trust Sinergia (desde 100.000 dólares), el Trust complemento del Plan Seguro BBV Equitable y el Trust complemento del BBV Investment Program.

402 . La operativa consiste en que una empresa española vende una mercancía a otra en otro país -y se la envía- pero factura a la LP. Ésta, a su vez, factura a la empresa compradora por un importe entre un 5% y un 10% superior al real. Las Compañías Refacturadoras (el domicilio de la empresa facturadora se sitúa en un territorio de baja tributación) y las Compañías Comisionistas (consultoría internacional) son similares.

dos por la compañía previo pago o mediante cesión, beneficiándose al mismo tiempo del grado de confidencialidad que ofrece la estructura", dice el Manual.

Explotación de patentes y marcas. Este producto se ofrece a "inventores" que siendo nacionales de un país, deseen optimizar fiscalmente los beneficios obtenidos por la explotación de sus invenciones en el mismo". Su identidad queda oculta bajo una compañía que asume la propiedad legal de la patente. A partir de ahí y si el importe es alto, se aconseja constituir una sociedad en Jersey y otra en Holanda.

Compañías 'holding'. El objetivo de estas compañías es la tenencia de activos a largo plazo, como acciones de empresas del país de origen o en terceros, inmuebles o yates. También se garantiza la reserva sobre la identidad del cliente. La estructura consiste en un trust propietario del 100% de una compañía de las Antillas Holandesas, propietaria a su vez de una compañía holandesa que invierte en países con los que Holanda tiene un tratado de doble imposición ventajoso.

3.6.6. Otras operaciones realizadas por el BBVA en Sudamérica con uso de paraísos fiscales .

El juez Baltasar Garzón solicitó al BBVA que le enviara toda la documentación sobre tres importantes operaciones realizadas por la entidad, mediante las cuales obtuvo el control de otros tantos bancos en México (Mercantil Probursa), Colombia (Banco Ganadero) y Perú (Banco Continental). El juez sospechaba que estas operaciones implicaron el blanqueo de capitales y el pago a políticos, entre otros posibles delitos. En Puerto Rico, Garzón contaba con documentación sobre los créditos concedidos por el Banco Bilbao Vizcaya International Investment (BBVII), listados de transferencias y, sobre todo, con el testimonio de un testigo protegido que sostenía que, durante la compra

del Banco Ganadero de Colombia, el banco español ayudó al principal accionista de la entidad colombiana a blanquear decenas de millones de dólares.⁴⁰³

El fiscal Anticorrupción David Martínez Madero solicitó al juez de la Audiencia Nacional Baltasar Garzón que imputase al secretario de Estado de Hacienda, Estanislao Rodríguez Ponga, por su presunta colaboración en la elaboración de un manual para ayudar a evadir impuestos a los clientes de BBV, lo que suponía cooperación necesaria en delito fiscal, y por haber contribuido a rentabilizar fiscalmente las inversiones de BBV en el Banco Mercantil Probursa, de México. En el escrito se señalaba que fondos de este banco procedían del narcotráfico y, por ello, los hechos podrían constituir delito de blanqueo de capitales. El fiscal pedía también la imputación de 28 consejeros o directivos del BBVA, entre los que figuraba su consejero delegado, José Ignacio Goirigolzarri.

404

El escrito del fiscal abarcaba los tres escenarios en los que se ha desarrollado la investigación: las cuentas de Jersey, las operaciones en Latinoamérica y los hechos relativos al expediente abierto por el Banco de España y que incluye, entre otras operaciones, la constitución de fondos de pensiones para los consejeros procedentes de BBV.

La imputación a Rodríguez Ponga se solicitó por los dos primeros apartados, ya que, se le considera el autor del Manual de Productos Fiduciarios, incautado en la sede de BBV Privanza, en Madrid, en el que se recogen los procedimientos que el banco ofrecía a residentes españoles para ocultar dinero al fisco. Ello supondría cooperación necesaria en tantos delitos fiscales como clientes del banco lo hayan cometido.

403 *Diario el Mundo* LOS SECRETOS DE LAS CUENTAS DEL BBV EN PUERTO RICO (200402)

404 *Diario el mundo* RODRÍGUEZ PONGA FIGURA EN LA LISTA DE IMPUTADOS POR LA FISCALÍA ANTICORRUPCIÓN. 23.04.02

La segunda imputación se refiere a su intervención en la adquisición del Banco Mercantil Probursa, de México.⁴⁰⁵ Según el testigo protegido Nelson Rodríguez, al que se cita únicamente por los cargos que ha desempeñado -vicepresidente ejecutivo y encargado de asuntos jurídicos, asesor legal general y secretario de la junta de directores de BBV Puerto Rico desde 1992 a 1998- a él le correspondió el diseño jurídico de la compra de Probursa y a Rodríguez Ponga, "los aspectos fiscales de la operación".

En las operaciones en Latinoamérica, que abarcan presuntas actividades delictivas en Perú -préstamos irregulares a Alberto Fujimori y su asesor especial Vladimiro Montesinos, con el fin de obtener la adjudicación del Banco Continental en 1995-; México, -la adquisición del Banco Mercantil Probursa- y Colombia -irregularidades en acceder al control del Banco Ganadero.⁴⁰⁶

En relación con los hechos investigados en el expediente del Banco de España y con la posible falsificación de las cuentas en los ejercicios de 1996 a 1999, el fiscal pide que se impute a los administradores de BBV.⁴⁰⁷

405 En esa operación participa José Madariaga, cuyo hombre de confianza, Eduardo Pérez Montoya, es situado por el FBI, al que cita el fiscal, en la órbita del narcotráfico. Madariaga, según el escrito, facilitaría a BBV la participación mayoritaria a cambio de legitimarle fondos, en principio procedentes de tal actividad ilícita, depositados en Grand Caimán.

406 El fiscal pide la imputación de Emilio Ybarra, entonces presidente de BBV, Pedro Luis Uriarte, consejero delegado; José Ignacio Goirigolzarri, responsable para Latinoamérica; Mario Fernández, director de la asesoría legal, Luis Bastida y Rodolfo Molinuevo, director y subdirector de Finanzas, respectivamente, en 1995; y de Ybarra, Uriarte, Goirigolzarri, Fernández, Carlos Delclaux, representante de BBV Privanza ya imputado anteriormente, y Alfredo Roselló, responsable de BBV Privanza Suiza.

407 Eduardo Aguirre, Plácido Arango, José Domingo Ampuero, Javier Aresti, Luis Francisco Bastida, Gervasio Collar, José María Concejo, Alfonso Cortina, Juan Entrecanales, Óscar Fanjul, Ramón de Icaza, Luis Lezama, Federico Lipperheide, José Lladó, Rodolfo Esteban Molinuevo, Ricardo Muguruza, José Ángel Sánchez Asiaín, Pedro Luis Uriarte, Juan Urrutia, Andrés Vilariño, Luis María Ybarra, Emilio Ybarra y Juan Manuel Zubiría.

Respecto a los tres marcos de investigación, el fiscal detalla que cuando habla de la utilización de la estructura de Jersey se refiere a "la presunta comisión de delitos de defraudación fiscal por residentes en España mediante la utilización de estructuras y productos fiduciarios ideados por BBV o BBVA y suministrados con la cobertura de BBV Privanza Bank Jersey Ltd. a través de su filial Canal Trust Company Ltd".

Las operaciones en Latinoamérica se refieren al "uso, por parte de administradores y altos responsables de BBV, S.A., de fondos así como el diseño y la utilización de mecanismos de enmascaramiento de transferencias cuyo objetivo habría sido la obtención de posiciones mayoritarias en entidades financieras de Latinoamérica, ya comprando voluntades políticas ya legitimando capitales de procedencia ilícita". Los hechos investigados en el expediente incoado por el Banco de España se refieren a "la injustificada deslocalización por determinados responsables de BBV, S.A., durante años, de activos de muy relevante cuantía, situándolos al margen del conocimiento y control de los órganos legal y estatutariamente establecidos y de los que tales ejecutivos habrían detraído en su propio beneficio importantes sumas dinerarias".

El escrito presentado por el fiscal, en el que pide la imputación de 27 consejeros y directivos del BBVA, detalla una serie de operaciones en Perú, Colombia y México, a través de BBV Puerto Rico, que aparentemente podrían constituir delito de blanqueo de capitales procedente del narcotráfico y que afectaban al consejero delegado del banco, José Ignacio Goirigolzarri, que era responsable para Latinoamérica. Todas las operaciones tenían como finalidad la adquisición o toma de control de diversas enti-

El fiscal pidió también declaración a Manuel López López, que ya está imputado por el juez Garzón en el caso al igual que Delclaux, y como testigos, anteriores directivos de la entidad como José Javier Gúrpide, Vicente Eulate Mac Mahon, José Antonio Sáenz-Azcúnaga, José Luis Segimón, Ángel Galíndez, Ángel Corcóstegui, José Luis Fernández, Enrique Sendagorta y José Luis Nagore, así como el socio auditor de Arthur Andersen Diego Aguinaga.

dades como el Banco Continental (Perú), el Banco Mercantil Probursa (México) y el Banco Ganadero (Colombia).⁴⁰⁸

El fiscal señalaba en su escrito que 'la declaración y los documentos presentados por el testigo protegido, constituían suficiente base para constatar, de momento, tres marcos de actividad presuntamente delictiva'. Los relativos a las operaciones de Perú, Colombia y México.

Respecto a Perú, el fiscal reproduce el auto de Garzón del 19 de abril y señala: '[...] existen elementos para afirmar, indiciariamente, que responsables, administradores y ejecutivos del Banco Bilbao Vizcaya, a través de su filial BBV International Investment Corporation Puerto Rico (BBVIICPR), habrían ordenado, bajo la cobertura de préstamos irreales, librar transferencias por cantidades millonarias en dólares USA al poder gubernamental y fáctico encarnado en quienes fueron Presidente de la República de Perú de 1990 a 2000, Alberto Kenyo Fujimori Ynomoto y su asesor especial Vladimiro Montesinos Torres, con el fin de obtener de ellos la adjudicación y control accionario del Banco Continental en 1995'.⁴⁰⁹

408 *Diario el Mundo* "LA FISCALÍA ACUSA A GOIRIGOLZARRI DE PAGOS A FUJIMORI Y LAVADO DE DINERO EN AMÉRICA LATINA" (24.04.02)

409 'El sensible calado de las gestiones que finalmente habrían posibilitado la toma del efectivo control de la entidad peruana', señala el escrito, 'llevan a concluir que las decisiones al respecto se ejecutaron, entre los años 1996 a 1998, y fueron tomadas previsiblemente al más alto nivel de responsabilidad ejecutiva en el BBV. En esa línea rectora o de mando, y para éste concreto caso, previsiblemente, podrían haber intervenido D. Emilio Ybarra y Churruca, Presidente, D. Pedro Luis Uriarte Santamarina, Consejero Delegado y D. José Ignacio Goirigolzarri, responsable del BBV para Latinoamérica, quienes habrían encargado la instrumentación formal de los pasos y el diseño mercantil-financiero de los mismos a D. Mario Fernández Pelaz, director de la asesoría legal, D. Luis Bastida Ibargüen y D. Rodolfo Molinuevo, Director y Subdirector de Finanzas, con el fin de que tales préstamos no fueran descubiertos'.

Respecto al caso de México, el fiscal explica 'con la finalidad de poder acceder al control sobre Mercantil Probursa, el Grupo BBV constituye en Puerto Rico una compañía a la que denomina BBV International Investment Corporation (BBVIIC). Participa también en la operación, por parte de Mercantil Probursa, su Presidente y representante de los socios mayoritarios de la entidad, entre ellos José Madariaga, cuyo hombre de confianza Eduardo Pérez Montoya, es situado, según el FBI, en la órbita del narcotráfico y quien a su vez facilitaría a BBV la participación mayoritaria a cambio de legitimarle fondos en principio procedentes de tal actividad ilícita, depositados en Grand Caimán.

Respecto al caso de Colombia, el fiscal precisa que Uriarte y Goirigolzarri, con el conocimiento de Ybarra, adquirieron con Marco Aurelio Royo Anaya el compromiso de proporcionarles el cauce preciso para legitimarle fondos procedentes de actividades ilegales, mediante una instrumentación jurídico formal diseñada por Mario Fernández.

El juez de la Audiencia Nacional Baltasar Garzón decidió desestimar las peticiones del fiscal Anticorrupción y no incluyó en la lista definitiva de imputados en el caso de las cuentas secretas del BBV, ni al secretario de Estado de Hacienda, Estanislao Rodríguez Ponga, ni al número dos del BBVA José Ignacio Goirigolzarri. Sí citó como imputados al resto de consejeros del BBV, entre ellos a Emilio Ybarra y a Pedro Luis Uriarte.

Garzón rechazó citar como imputado a Rodríguez Ponga ya que de las declaraciones del testigo protegido no se desprendían "indicios provisionalmente suficientes" que apuntasen a la comisión de un delito fiscal. Además, las acusaciones de Nelson Rodríguez sólo constaban en soporte magnético y era necesaria la transcripción oficial por parte de las autoridades de Puerto Rico.

Además, el juez también decidió excluir de la lista de imputaciones al ex responsable de Asuntos Legales del banco y ex vicelehendakari, Mario Fernández Pelaz, y al ex responsable de BBV Privanza Suiza, Alfredo Roselló.

El juez sí que aceptó la imputación, solicitada por la Fiscalía, de 23 ex directivos del Banco, comenzando por el ex presidente del BBVA Emilio de Ybarra y Churrua; el ex consejero delegado del Banco, Pedro Luis Uriarte Santamaría; el ex director de Finanzas Luis Francisco Bastida; y el ex subdirector de la misma área Rodolfo Esteban Molinero Orue.

3.6.7. Conclusiones de los Inspectores del Banco España en el caso BBVA.

Vamos a ver a continuación las conclusiones a las que llegaron, los inspectores del Banco de España en relación con la Inspección efectuada a BBVA en cuanto a los 37.343 millones de pesetas de ingresos extraordinarios contabilizados en el año 2000.

El informe comenzaba indicando que los días 10 de enero y 8 de febrero de 2001 se recibieron en Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. sendos ingresos por 33.854 y 3.573 millones de pesetas. La entidad ya había contabilizado esos ingresos como resultados extraordinarios como cuentas a cobrar.

El origen de este resultado extraordinario se encontraba en la existencia de fondos pertenecientes al BBVA que no estaban reflejados en su contabilidad y que, con motivo del cierre de las cuentas del año 2000, se decidió introducir en la misma.

El informe elaborado por los inspectores del Banco de España después de una minuciosa investigación, analizando la documentación aportada llega a las siguientes conclusiones:

Existían básicamente dos estructuras una en Liechtenstein (Amelan Foundation) y otra en Jersey (Trust T. 532 y Sharington Company Inc.) En las que se habían mantenido y gestionado patrimonios que pertenecían a BBV y luego a BBVA pero que estaban fuera de su contabilidad y al margen de su control como institución.

a) Amelan Foundation se constituye en 1991 para recibir los beneficios que se habían obtenido como consecuencia de una operativa de autocartera efectuada a partir de 1987 por Banco de Vizcaya BV. Esta operativa se había gestionado a través de cuatro sociedades de Jersey. Tras la fusión con el Banco de Bilbao (BB) se toma la decisión de liquidar la autocartera y de regularizar la situación pero manteniendo los beneficios obtenidos fuera de la contabilidad y el control del BBV para lo que se crea Amelan Foundation.

En diciembre de 1991 se disuelven las cuatro sociedades de Jersey y recibe Amelan unos fondos que presuntamente proceden de las plusvalías de la autocartera de 7.115 millones entre efectivo y acciones.

A partir de este momento distinguimos dos etapas de febrero de 1992 a junio de 1999, realiza la propia Amelan una política activa de inversiones fundamentalmente en depósitos fiduciarios, operaciones en divisas, valores y derivados sobre tipos de interés. Pero a partir de 1999 hasta su liquidación en 2001 se hizo un contrato con UBS para gestionar el patrimonio.⁴¹⁰

b) El Trust T.532 se constituyó en octubre de 1998, para recibir los beneficios obtenidos de una operativa de compra venta de acciones de Argentaria efectuada entre 1996 y 1998. Se decide desviar los beneficios obtenidos (134.447.030 de dólares) a Jersey sin pasar por la contabilidad del BBV, las cantidades se depositan en el Trust 532 cuyo ges-

410 Durante esos 9 años se producen tres entradas significativas y una salida, las entradas proceden de patrimonios del BV que gestionaba al margen de la contabilidad. El primero de los ingresos procede de UBS Zurci por un importe de 29.519.489 marcos y 6.6160.114 dólares que se ingresan en Amelan en diciembre de 1996; el segundo procede de la liquidación de una sociedad Suiza, Soperatchimie y asciende a 1.319.610 francos suizos y se ingresa en Amelan entre septiembre de 1997 y marzo de 1998. Por último hay una tercera entrada en abril de 2000 que asciende a 123.358.685 dólares y proceden de la liquidación del Trust 532 y de la sociedad Sharington.

tor era la sociedad Sharington Company INC domiciliada en Niue. Las personas autorizadas para disponer de los fondos de Sharington eran dos directivos del BBV procedentes del BB que estaban autorizados igualmente para disponer de las cuentas de Amelan.

En este caso la gestión del patrimonio es muy distinta de Amelan ya que los 134.447.030 dólares se ingresan en una cuenta en Sharington hasta su traspaso a Amelan.

Entre noviembre de 1998 y abril de 2000 se producen tres cargos significativos en esa cuenta de sharington además del traspaso final a Amelan: 525.586 dólares el 1 de diciembre de 1998, 1.000.000 de dólares el 7 de julio de 1999 y 19.267.721 dólares el 27 de marzo de 2000.

Los dos primeros tienen como destinataria a Concertina N.V. sociedad que no facilita documentación alguna y según parece se utilizaron para financiar campañas políticas en países sudamericanos.

En cuanto al tercero tiene como destinatario Alico para la constitución de 22 fondos de pensiones a favor de otras tantas personas. Según el Sr. Ibarra la constitución de los fondos tenía como objetivo adquirir una participación en Bancomer por cuenta del BBVA.

La participación en Bancomer nunca se llegó a adquirir y con posterioridad a la disolución de Sharington, del T532 y de Amelan llegan esos fondos a BBVA el 8 de febrero de 2001 (3.573 millones de pesetas) a través de un trust (T.750) creado al efecto, con su correspondiente sociedad vinculada Fristate.

Sobre la operativa de Amelan:

En cuanto a las tres primeras entradas la autocartera, las cantidades procedentes del fondo de USB y de la química suiza Soparatecimie la información es fragmentaria debido a su antigüedad por lo que es difícil sacar conclusiones.

En cuanto a la última entrada conocida de 123.358.685 dólares procedentes del Trust 532 supone una unificación en Amelan de las dos estructuras que tenían como beneficiario al BBVA.

Sobre la operativa del Trust T.532 y Sharrington.-

El desvío de los beneficios de la operativa con acciones de Argentaria por parte del BBV a Jersey no tiene una explicación concreta, dado que ya estaba creada la estructura exterior de Amelan.

En cuanto a las salidas para pagos a Concertina NV no hay justificación de destinatarios.

En cuanto a la salida para la compra de fondos en Alico no se aporta documento que sirva de apoyo a la versión del Sr. Ibarra.

Termina el informe delimitando las responsabilidades en las personas intervinientes en las operaciones, de acuerdo con la normativa del Banco de España.

3.6.8. Conclusiones de la AEAT en el caso BBVA.

La AEAT elaboró un informe a partir de la documentación ocupada en la diligencia de entrada y registro practicada en la sede de la entidad en c/Padilla nº 17 de Madrid.⁴¹¹

411 Informe de la unidad de Apoyo a la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción de la AEAT. (31 de mayo de 2001)

El informe de la AEAT consideraba, que la actividad desarrollada por el grupo BBVA en Jersey, a través de su filial en la que se comercializaban productos fiduciarios y offshore debía de situarse en la situación internacional en que tenía lugar⁴¹² y que la finalidad perseguida por el grupo BBVA al comercializar los denominados productos financieros offshore puede considerarse que es de naturaleza esencialmente fiscal y busca aprovechar los menores niveles de tributación, y las limitaciones legales al intercambio de información de trascendencia tributaria con otras administraciones, vigentes en los paraísos fiscales

Y ello sin descartar que tales productos, dada la reserva absoluta que se ofrece a los clientes respecto a su identidad, se conviertan en un instrumento idóneo para ocultar o encubrirle origen ilícito de los bienes que se administran mediante su utilización y para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

Los productos ofrecidos eran fundamentalmente los siguientes:

1. La "Limited Partner Ship (L.P.)" que establecía una estructura artificial para canalizar las exportaciones, situando el beneficio en una jurisdicción offshore.
2. Las compañías re facturadoras; que establecen una triangulación en las operaciones de comercio exterior y dejan el beneficio de la compañía re facturadora en una jurisdicción offshore.

412 El comunicado de los Jefes de Estado de los países del G7 emanado de la cumbre de Lyon de 1996 indicaba textualmente: "...La globalización está creando nuevos desafíos en el campo de las políticas fiscales. Los esquemas fiscales para atraer actividades financieras u otras geográficamente móviles pueden provocar una competencia fiscal nociva entre los estados trayendo riesgos de distorsión del comercio e inversión y pudiendo conllevar la erosión de las bases impositivas nacionales".

3. Las compañías de servicios; de diversa naturaleza, de comisión como prestadora de servicios relacionados con la exportación o de consulting al cliente residente en España, de servicios relacionados con las exportaciones prestados directamente desde jurisdicciones offshore.; de servicios relacionados con la exportación prestados directamente desde Holanda; de servicios de consulting prestados directamente desde una jurisdicción offshore o desde Holanda.

4. Las compañías exportadoras de derechos de imagen, ostentando la titularidad de los derechos de imagen del artista o deportista. Se benefician de la baja o nula tributación de la jurisdicción offshore.; también mediante la cesión de los derechos de imagen bien por cuenta propia o por cuenta ajena.

5. Las compañías explotadoras de patentes y marcas; que ostentaban la titularidad de la propiedad industrial de inventores españoles, beneficiándose de la baja o nula tributación de las jurisdicciones offshore.

6. Las compañías Holding de estructura Holandesa; figurando como titular de activos a largo plazo y actuando como interpuesta en la transmisión de acciones.

7. El Trust Discrecional Standard, en el que le cliente transmite la propiedad legal de un patrimonio, en condiciones de total opacidad a un fiduciario para que lo gestione y distribuya libremente entre los beneficiarios. El trust sirve como instrumento para gestionar su patrimonio manteniendo oculta la identidad del titular del mismo.

Posteriormente la AEAT analiza la utilización de éstos productos financieros como forma de elusión al fisco español:

La primera cuestión a analizar para determinar si la utilización de los llamados productos fiduciarios offshore comporta un ataque al ordenamiento tributario español es la del domicilio o residencia de los clientes del GRUPO adquirentes de los mismos, pues

es esta circunstancia la determinante de la sujeción a los impuestos españoles sobre la Renta y el Patrimonio y sobre las adquisiciones patrimoniales.

En relación a este aspecto conviene señalar que los productos fiduciarios, aunque son gestionados y administrados por unidades del Grupo ubicadas en el territorio de Jersey, tienen como mercado potencial a clientes con un perfil patrimonial y de actividad adecuado, sin que la variable geográfica del domicilio opere como elemento de exclusión. Existiendo evidencias que su actividad comercial tiene lugar entre otros ámbitos geográficos en España, tanto en cuanto se ha redactado un manual de productos fiduciarios, han operado los ejecutivos y gestores de cuentas desde España en diversas sedes del BBVA, así como la documentación para la apertura de cuentas en Jersey.

La segunda variable que opera, juntamente con la residencia en España, para articular el vaciamiento de ingresos del Erario Público español es la confidencialidad u opacidad que se ofrece al cliente respecto de su identidad como suscriptor de un contrato de prestación de servicios con el objeto de la creación de un trust en Jersey o de compañías offshore. Esto origina una ocultación real y efectiva de los bienes en el extranjero y de la titularidad de los mismos originando la imposibilidad de aplicar las normas de transparencia fiscal internacional y así eludir la norma y de camino al fisco español.

La tercera variable consiste en determinar si las estructuras económicas adoptadas en relación con una determinada actividad económica, comercio exterior, prestación de servicios, explotación de propiedad industrial son congruentes con la estructura empresarial que han de servir, para determinar si la utilización de productos fiduciarios se produce con una finalidad de evasión fiscal.

En el informe de la unidad de apoyo a la fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción se llega a la conclusión de que los llamados “productos fiduciarios offshore” constituyen instrumentos idóneos para la defraudación de los impuestos españoles de la Renta y del Patrimonio así como del I. sobre Sucesiones y Donaciones en cuanto fueron utilizados por residentes en territorio

español, a continuación y después de un exhaustivo examen de todos los productos incluidos en el manual de productos financieros, llega a la conclusión de que existían indicios relevantes de que los productos antes mencionados se ofrecieron y fueron utilizados por clientes del BBVA en España, así pues se dice que el denominado Trust Discrecional Standard se ofrece a clientes con un patrimonio igual o superior a 92.000.000 ptas. Los instrumentos llamados “productos fiduciarios offshore” constituían instrumentos idóneos para eludir las previsiones de la Ley 19/1993 de Prevención del Blanqueo de Capitales. Destacándose posteriormente las responsabilidades en que incurrieron los clientes y administradores tanto en el orden penal como el fiscal.

4. MEDIDAS PARA EVITAR EL USO DE LOS PARAÍSO FISCAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

4.1 Medidas Generales.

Los legisladores españoles en los últimos veinte años han establecido medidas en cada uno de los tributos, que tratasen de evitar el uso de los paraísos fiscales y la erosión de las bases imponibles, de los beneficios obtenidos en España tanto por las personas físicas como en las personas jurídicas.

No obstante cabría preguntarse si la evolución experimentada en los paraísos fiscales en los últimos años, supera las medidas y el objeto para el que fueron creadas.

Vamos a continuación a estudiar las medidas previstas por el legislador español, para evitar el uso abusivo de los paraísos fiscales. Nuestra legislación recoge una serie de medidas generales, que podrían englobarse en la figura jurídica del abuso de derecho, o medidas que dispone el legislador para luchar contra la elusión fiscal cuando no hay una norma específica para ello. También existen otras medidas para evitar la elusión fiscal establecidas por el propio legislador en cada una de las leyes de los diversos tributos, con la finalidad de que las normas de los tributos se configuren técnicamente mejor o de facilitar a la Administración la prueba de los hechos que fundamentan la obligación tributaria. Así, en el ámbito de las empresas multinacionales se suele hacer referencia a otras medidas, por ejemplo: la subcapitalización, los precios de transferencia, las normas cautelares en los convenios, la cláusula anti abuso cuando la operación de fusión o escisión tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal

Si es importante resaltar que es una materia especialmente compleja en la que existen grandes discrepancias entre los diversos autores y las resoluciones y sentencias, por lo que existen importantes dificultades para construir criterios generales.

A veces es difícil seguir un camino en la lucha contra la elusión fiscal, ya que una situación determinada puede ser combatida con diversos medios, por ejemplo en el caso de la erosión de bases por la existencia de gastos financieros ,podría aplicarse el conflicto en la aplicación de las normas, las clausulas para evitar la elusión en los convenios de

doble imposición, las normas específicas sobre precios de transferencia o incluso las de subcapitalización. Tradicionalmente se sigue el criterio señalado por los tribunales en casos anteriores y en este concreto el de fraude de ley o el conflicto en la aplicación de las normas, pero en cualquier caso es una realidad compleja, en donde el camino se va recorriendo lentamente.

La expresión medidas anti elusión proviene del ámbito de la fiscalidad internacional. También es muy común la terminología negocios anómalos y más rara la de medidas generales anti abuso. Sin embargo, la mayoría de los autores se limita a comentar los preceptos legales sin utilizar una denominación específica

La Ley General Tributaria y las medidas antielusión.-

La LGT recoge con la denominación de interpretación, calificación e integración una serie de normas que se refieren a la interpretación y analogía, pero también la calificación, el conflicto en la aplicación de la norma tributaria y la simulación (LGT art.12 a 16). En realidad son unas normas de carácter amplio y general para evitar el abuso de derecho y el denominado fraude de ley

Las medidas anti elusión son las técnicas con las que la Administración tributaria reacciona contra las fórmulas más sofisticadas que utilizan los ciudadanos para minorar su tributación de forma ilegítima.

Aunque la LGT no utiliza esta denominación, regula tres tipos de medidas:

- Correcta calificación del supuesto de hecho
- Declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria
- Aplicación del hecho imponible efectivamente realizado por las partes cuando exista simulación

El examen de estas medidas exige, con carácter previo, comprender la interpretación de las normas y la prohibición de la analogía, al tratarse de materias muy relacionadas dentro de la aplicación de las normas tributarias y que se regulan en la misma sección de la LGT.

Otras medidas anti elusión de carácter general no mencionadas en la LGT son:

- El fraude de ley regulado en la LGT/1963 y derogado desde el 1-7-2004, que permite una mejor comprensión de la declaración de conflicto en la aplicación de la norma;
- El abuso de derecho, aunque la nueva figura del conflicto se configura como una forma anti abuso específica; y,
- El levantamiento del velo de la persona jurídica, que tiene carácter básicamente jurisprudencial.

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT) regula en sus artículos 15 y 159 la figura del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, que ha sido especialmente polémica durante los trabajos preparatorios. Así, el Informe para la Reforma de la Ley General Tributaria puso de manifiesto que existían diferentes posiciones teóricas entre sus integrantes, aunque recomendaba una cláusula general anti abuso o una cláusula que prohibiera el fraude de ley, pero sin resolver de forma clara los complejos problemas que dichas formulaciones presentaban⁴¹³. El dictamen del Consejo de Estado se refirió de forma detallada a este aspecto. Como consecuencia, se eliminó la posibilidad de sancionar y se cambió la denominación por la de «conflicto en

413 . El Anteproyecto de Ley remitido a información pública se refería al «abuso» en la aplicación de la norma, que es un concepto admitido en el ámbito jurídico en general (art.7.2 Código Civil) o en otros países (abuso de formas jurídicas en el parágrafo 42 de la Ordenanza Tributaria alemana, o el «abus de droit» en el derecho francés), pero añadía además la posibilidad de sancionar dicho abuso estableciendo una infracción específica, que fue muy criticada.

la aplicación de la norma» en el Proyecto de Ley enviado a las Cortes Generales. Durante la tramitación parlamentaria siguió siendo discutida la figura y, en especial, se volvió a proponer que se sancionara, aunque finalmente se aprobó la configuración del Proyecto de Ley.

Es el mecanismo mediante el cual, la Administración tributaria reacciona contra las fórmulas más sofisticadas que utilizan los contribuyentes para minorar o evitar la tributación que les corresponde. Sin embargo, aunque el mecanismo típico anti elusión sería precisamente esta nueva figura (o el fraude de ley en la regulación anterior), en un sentido amplio la normativa tributaria recoge una serie de mecanismos que permiten reaccionar contra determinadas conductas ilegítimas de los ciudadanos, como la utilización abusiva de los paraísos fiscales directamente o indirectamente mediante la utilización de paraísos fiscales a través de sociedades conductoras⁴¹⁴.

En este sentido se pueden diferenciar, las conductas legítimas de los contribuyentes, tradicionalmente denominadas «economías de opción» y más modernamente «planificación fiscal», frente a las conductas que suponen ir contra las normas tributarias. Dentro de estas últimas puede diferenciarse entre la transgresión directa o «evasión fiscal» y aquella transgresión más sofisticada o «elusión fiscal». ⁴¹⁵

Se continúa, con el esquema de la Ley 230/1963, en la redacción dada por la Ley 25/1995, que distinguía entre el fraude de ley (art.24) y la simulación (art.25), aunque un sector de opinión también se refería a la calificación, que no se regulaba de forma expresa, pero se encontraba comprendida en el artículo 28, apartado 2.

⁴¹⁴ “Conduit companies”

⁴¹⁵ Precisamente contra la elusion, la LGT establece diversos mecanismos a disposición de la Administración tributaria, que se pueden denominar «mecanismos antielusión» y que son especialmente discutidos. Se trata del conflicto (art.15) y la simulación (art.16), aunque también la calificación (art.13) puede utilizarse para reaccionar contra determinadas conductas, al menos según algunos autores.

La primera cuestión que se plantea es si deben existir estos mecanismos anti elusión de carácter general, o por el contrario debe de regularse la materia mediante disposiciones específicas. La discusión sobre la necesidad de que existan o no este tipo de mecanismos anti elusión es común a todos los países de nuestro entorno, aunque la mayoría de ellos establece mecanismos generales, ya que la elusión fiscal afecta al principio de capacidad económica, en especial porque determinados contribuyentes (normalmente los de mayor capacidad económica) o rentas (normalmente las que proceden de actividades económicas) tienen mayores posibilidades de escapar a la tributación que les corresponde. Sin embargo, algunos autores consideran preferible acudir a medidas normativas específicas, es decir modificando la regulación legal que se haya mostrado defectuosa. Ahora bien, sin perjuicio de que resulte razonable que se produzcan estas modificaciones cuando afectan a un gran número de contribuyentes (por ejemplo, normas sobre operaciones vinculadas, subcapitalización, etc.), parece razonable que se establezcan normas generales, como ocurre en el Derecho en general. Así, la figura del fraude de ley, que surgió en el Derecho Romano para reaccionar contra los casos en que no se atacaba de frente a la ley sino que se huía de su aplicación dando una vuelta alrededor de ella para evitar toda sospecha, se mantiene en los Derechos modernos, aunque dicha figura haya variado con la propia evolución del Derecho. En el ámbito tributario también existen muchos países en los que la normativa establece cláusulas generales. Por ejemplo, en Alemania la citada cláusula anti abuso del artículo 42 de la Ordenanza Tributaria ha dado, en general, buenos resultados prácticos (416).

No obstante otros autores prefieren hacer hincapié en la seguridad jurídica y en las posibilidades de los ciudadanos para reducir su tributación (planificación fiscal) y se

416 Un detallado estudio de la figura alemana y su comparación con la regulación de la nueva LGT en España se realiza en el artículo «El fraude a la ley tributaria (Análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)». V. Ruiz Almendral y G. Seitz. *Revista Estudios Financieros. Contabilidad y Tributación* núm. 257-258.

oponen, de forma más o menos velada, a los mecanismos anti elusión. Sin embargo, incluso en Estados Unidos, donde no existen normas generales, la tendencia de los Tribunales de Justicia a realizar una interpretación finalista de las normas y buscar si existe un motivo económico válido (purposive approach) ha sido en la práctica muy eficaz para reaccionar contra determinadas conductas.

Finalmente, la figura del conflicto en la aplicación de la norma debe diferenciarse de otros mecanismos con los que puede confundirse. La ocultación sería el supuesto más claro y menos sofisticado (por ejemplo, no declarar determinadas rentas), mientras la errónea interpretación o calificación minoran la obligación tributaria, como consecuencia de una defectuosa aplicación de la norma (por ejemplo, se califica de forma equivocada como rendimiento de actividad económica una renta y se deducen gastos que no resultarían procedentes si se tratase de un rendimiento del trabajo). A diferencia de los anteriores, la simulación sería una ocultación más sofisticada (por ejemplo, se crea la apariencia de una compraventa para ocultar una donación que tributa por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones), mientras el conflicto en la aplicación de la norma sería la contravención tributaria más compleja, en cuanto no se oculta ni simula nada, pero se va en contra de la norma tributaria. (417)

Las medidas anti elusión y la planificación fiscal.-

La planificación fiscal (también denominada economía de opción), es la minoración legítima de la tributación por parte de los contribuyentes o, dicho de otra forma, cualquier decisión del obligado tributario que le permite disminuir sus obligaciones tributa-

417 Ruiz Toledano José Ignacio - El conflicto en la aplicación de la norma tributaria y otros mecanismos antielusión en la nueva Ley General Tributaria revista Fiscal nº105, Marzo 2005

rias y que no se opone, ni siquiera indirectamente, a lo dispuesto en la normativa tributaria.⁴¹⁸

La planificación fiscal o economía de opción es realmente el reverso del conflicto en la aplicación de la norma, ya que supone una conducta que es totalmente legítima y que no puede ser corregida por la Administración tributaria, precisamente porque no se ha realizado el hecho imponible o el presupuesto de cualquier obligación tributaria. Por ejemplo, si un contribuyente ha obtenido durante los meses de enero a noviembre rentas que en su futura declaración del IRPF llevan a aplicar el tipo máximo de la escala del impuesto, puede ocurrir que considere que la tributación es excesiva y decida dejar de obtener rentas durante el mes de diciembre. En este caso se dejaría de trabajar, al menos parcialmente, para disfrutar del ocio y no se produce el hecho imponible (la obtención de renta) en el mes de diciembre. Sin embargo, en la práctica lo normal sería que el contribuyente quiera seguir obteniendo las rentas de diciembre, aunque con menor tributación, para lo que trataría de buscar otras fórmulas que le permitan mino-
rar su impuesto.

Al tratar de comparar decisiones que suponen unos resultados semejantes desde el punto de vista económico, pero que llevan consigo la aplicación de normas jurídicas distintas y, por tanto, diferente tributación, se entra en la difícil delimitación entre lo permitido (planificación fiscal) y lo no permitido (conflicto). Resulta muy difícil establecer reglas, por lo que alguna opinión se refiere a los principios de prudencia y previsión fiscal, que serían la prudencia interpretativa, previsión de opciones, previsión de consecuencias y prudencia temporal. En especial, las dificultades de interpretación que provocan las normas tributarias dificultan las posibilidades de planificación fiscal, aunque la propia LGT establece mecanismos para disminuir la incertidumbre interpretati-

418 El Tribunal Constitucional la define como la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras (TCo 46/2000).

va, como son las Órdenes interpretativas, las consultas vinculantes, los acuerdos previos de valoración o la doctrina del TEAC. Los tribunales en diversas ocasiones se han pronunciado en relación con la “economía de opción”.⁴¹⁹

En principio se admite por la doctrina la economía de opción dentro del marco de la ley tributaria, que permitan acogerse a la opción que más convenga a sus intereses (economía de opción), pero cuando tal búsqueda resulta contraria a Derecho, puede ocurrir que este proceder sea inexcusable e implique la comisión de una infracción administrativa, o que concurran circunstancias que permitan argumentar la ausencia

419 La STS 30-3-1999 rechaza el fraude de ley y admite la viabilidad de la economía de opción, aunque sea tácita y provenga de los errores del propio legislador fiscal. El caso concreto se refiere a unos cónyuges que procedieron a disolver en 1992 la sociedad de gananciales y establecieron como régimen económico del matrimonio el de separación de bienes y el mismo día uno de ellos vendió las fincas urbanas que se le habían adjudicado, adquiridas en los años 1972 y 1974. El Ayuntamiento procedió a realizar diversas liquidaciones por el Impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos tomando como fecha inicial la de adquisición de las fincas por la sociedad de gananciales y no la de adjudicación al cónyuge transmitente. Tras exponer de forma detallada el desarrollo de la normativa del Impuesto, el Tribunal Supremo concluye que existe una economía de opción, pues de una parte el Código Civil deja absoluta libertad a los cónyuges para modificar su régimen económico-matrimonial, lo que permite acordar la disolución de la sociedad de gananciales constante matrimonio cuando les convenga, y desde otra parte la Ley 39/1988 en su Art.106.2.a) declara exentas del Impuesto las adjudicaciones de bienes gananciales, de modo que el contribuyente no hizo sino aprovecharse de una exención ejecutable «ope legis», aunque por el discutible uso de los conceptos tributarios por el legislador (exención en lugar de no sujeción) se haya producido la exoneración total del incremento de valor.

La posterior STS 24-5-2003 referida a un contrato de renta vitalicia liquidado por la administración como donación, señala que el uso alternativo de las normas fiscales, con la finalidad de abonar impuestos menos gravosos, es enteramente lícito, siempre que se utilicen figuras contractuales auténticas y no se trate de eludir el pago de los impuestos que sean procedentes conforme a las mismas.

de culpabilidad del sujeto pasivo, por dificultades interpretativas o por otras circunstancias.⁴²⁰

La búsqueda de un determinado tratamiento fiscal como motivo o razón para celebrar una determinada operación no supone por sí sola ningún inconveniente respecto de la naturaleza jurídica del negocio realizado, es decir, la verdadera naturaleza jurídica no puede quedar prejuzgada por los motivos por los cuales se ha celebrado el negocio (AN 3-10-97). Sin embargo en el caso de un socio, persona física, de un holding dedicado a una actividad que vende sus acciones, con pago aplazado, a una entidad participada por la propia persona física y que posteriormente esta entidad vende al contado las acciones a una tercera entidad que es una multinacional de la actividad. Aunque se produce la minoración de la fiscalidad de la persona física, el Tribunal niega que exista simulación, que no se prueba de forma suficiente, por lo que entiende que es admisible la economía de opción del sujeto pasivo que no supone el abuso de formas jurídicas. La Administración no puede pretender evitar que el contribuyente diseñe operaciones previendo un tratamiento fiscal más favorable para sus intereses, siempre que se sirva de la normativa vigente aplicada e interpretada en función de la verdadera naturaleza jurídica del hecho imponible, con respeto a los principios constitucionales (TSJ La Rioja 9-2-00). En el mismo sentido TSJ La Rioja 13-7-00; 24-7-02.

No obstante lo expuesto, conviene recordar que según la STS 11-5-2004, referida a bonos austríacos, las normas anti elusión son innecesarias cuando la controversia se basa en la correcta interpretación de la norma.

4.1.1. El Fraude de Ley

Sería conveniente analizar esta figura jurídica, antes de proceder a examinar la regulación del conflicto en la aplicación de la norma,⁴²¹ ya que ambas figuras tienen mu-

⁴²⁰ (TEAC 28-2-96).

chos puntos en común. Además, presenta la ventaja de profundizar en dicho mecanismo anti elusión regulado en el artículo 24 de la Ley 230/1963, en la redacción dada por la Ley 25/1995, que está siendo de aplicación por la Administración Tributaria en los últimos años y que puede seguir aplicándose en las comprobaciones que se están realizando actualmente y en otras posteriores siempre que se refieran a actos y negocios realizados antes del 1-7-2004.

4.1.1.1. Fraude de ley en general

El fraude de ley es una figura común a todo el ordenamiento jurídico y supone la realización de actos o negocios que persiguen un resultado contrario a la norma, pero que se amparan en la existencia de otra norma que ha sido dictada con distinta finalidad. Por tanto, supone eludir una norma apoyándose de forma artificiosa en otra norma distinta.⁴²²

La doctrina y la jurisprudencia civil entiende que se exigen dos requisitos para que exista fraude de ley, que son que el acto de que se trata no se vea protegido de forma efectiva por la norma en que el acto pretende apoyarse (norma de cobertura) y que se defrauden los fines prácticos de otra norma que se pretende violar (norma defraudada).

421 El Fraude de ley (CC art.6.4; LGT/1963 art.24 redacc L 25/1995; LGT disp.trans.3ª.3)

422 Según la STCo 37/1987 el fraude de ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que se regule en el artículo 6.4 del Código Civil por tradición histórica. Dicho artículo establece que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir.

da). Los efectos de la declaración de fraude de ley son precisamente la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir. 423

4.1.1.2. Concepto del Fraude de ley en el código civil

Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideran ejecutados en fraude de ley y no impiden la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir.

Para que exista fraude de ley se exigen los siguientes requisitos:

- que el acto de que se trata no se vea protegido de forma efectiva por la norma en que el acto pretende apoyarse (norma de cobertura);
- que se defrauden los fines prácticos de otra norma que se pretende violar (norma defraudada).

El Código Civil ha recogido fielmente la posición mayoritaria entre los autores y jurisprudencia denominada internacionalista o de doble ley, aunque existe alguna posición minoritaria para la que no sería necesaria una norma de cobertura, que se denomina pluralista. La Jurisprudencia ha recogido la existencia del fraude de ley en múltiples ocasiones.⁴²⁴

423 Los juzgados y tribunales tienen obligación de rechazar fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal (LOPJ art.11.2).

424 De forma reiterada se insiste en la necesidad de concurrencia de dos normas, la de cobertura y la defraudada, que es la que a través de la primera se pretende eludir (entre otras muchas, TS civil 4-10-01, Rec 685/96; 17-10-02).

4.1.1.3. Fraude de ley tributario

La regulación expresa en el ámbito tributario del fraude de ley ha provocado desde su aprobación en el año 1963 una polémica teórica muy importante, aunque su aplicación práctica ha sido muy reducida.⁴²⁵

4.1.1.3.1. Concepto

Como la Ley 230/1963 no definía el fraude de ley tributario, se ha producido una cierta discusión, aunque la mayoría de los autores se ha inclinado por estimar que se trata de una modalidad del fraude de ley civil y que tiene un carácter objetivo.

Existe, no obstante, otra posición⁴²⁶ para quien el fraude de ley tributario es una forma de gravar determinadas economías de opción, partiendo que no se realiza el hecho imponible sino un hecho «equivalente» y, por tanto, existe una radical diferencia con el artículo 6.4 del Código Civil. Por ello, el fraude de ley tributario supone simplemente realizar un hecho no gravado por la ley, pero en el que existen circunstancias en que se considera procedente aplicar el gravamen sobre un hecho imponible «equivalente», por lo que la utilización de la figura deba ser necesariamente restrictiva y referida a los casos a los que el legislador no podía llegar y no a meros defectos de técnica legislativa. Esta posición ha sido objeto de crítica, aunque ha tenido bastante influencia.

Se trata de obtener la tutela de una norma jurídica que está dada para un concreto fin y el causante del fraude pone en juego los medios suficientes para otra finalidad distinta y contrapuesta (TS civil 17-4-97; 8-10-03).

425 Pueden distinguirse dos etapas temporales básicas delimitadas por la vigencia de la redacción original de la Ley 230/1963 (años 1963 a 1995) y la redacción dada por la Ley 25/1995 (1995 a 2004).

426 Mantenida básicamente por Falcón y Tella,

4.1.1.3.2. Prueba

La prueba del fraude de ley, según la postura mayoritaria, debe referirse a que se ha producido la elusión y no al propósito o intención. Por tanto, se trata de las razones en base a las cuales la utilización de una norma de cobertura es indebida y correspondería aplicar realmente otra norma tributaria. También en este punto la tesis de Falcón y Tella mantiene que al exigir la definición del fraude el propósito de eludir supone implícitamente, de una forma más o menos rígida, la pertinente prueba de carácter subjetivo, aunque admite para ello cualesquiera medios de prueba admitidos en Derecho, incluidas la prueba mediante presunciones.

4.1.1.3.3. Efectos

El principal efecto de la declaración de fraude de ley es lógicamente la aplicación de la norma eludida⁴²⁷, pero también se exigen intereses de demora y se hace referencia expresa a la exclusión de las sanciones.

Tiene como consecuencia el sometimiento a la tributación que se pretendió evitar. Si se hubiera pretendido lograr ventajas fiscales la consecuencia es impedir su nacimiento.

Para la postura mayoritaria las ventajas fiscales que se pretendían obtener abarcarían las que son accesorias a la obligación tributaria principal (como los pagos a cuenta o fraccionados, las cantidades retenidas, los ingresos a cuenta, incluso las posibles reinversiones de plusvalías o depreciación de cartera de valores.), lo que niega la postura minoritaria, pues la quiebra de la seguridad jurídica que el expediente de fraude de ley supone se compagina mal con emplearlo para evitar un simple retraso en el pago del

427 *Aplicación de la norma eludida*(LGT/1963 art.24.2 redacc L 25/1995)

tributo, que es la única ventaja que la elusión de retenciones u otros ingresos a cuenta podría reportar.

La tesis minoritaria introduce ciertas matizaciones teniendo en cuenta que considera que no se ha realizado el hecho imponible, sino un hecho «equivalente».

Se corresponde con los efectos de la declaración del fraude de ley en el ámbito civil, sin perjuicio de que la declaración de fraude de ley tributario no supone que los hechos, actos o negocios empleados para cometer el fraude sean ineficaces desde el punto de vista civil, aunque sí dejan de tener efectos en el ámbito tributario.

Alguna opinión señala que la aplicación de la norma de cobertura lleva normalmente consigo cierta tributación. Por ello, resulta lógico que al calcular la liquidación aplicando la norma eludida se minore en la cuantía liquidada anteriormente, aunque ello no abarcaría los gastos accesorios (p.e., notario o registro), pues la declaración del fraude de ley tributario no supone la anulación de las operaciones realizadas. Esto se dificulta notablemente cuando las competencias tributarias sobre la norma de cobertura y la norma eludida corresponden a distintas Administraciones tributarias (p.e., IVA e ITP).

Intereses de demora 428

En las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente especial de fraude de ley se deben liquidar los intereses de demora que correspondan, lo que se considera totalmente lógico en cuanto que el expediente especial de fraude de ley tiene efectos declarativos y no constitutivos.

428 (LGT/1963 art.24.3 redacc L 25/1995)

Algunos autores han señalado que el período de cómputo es el plazo comprendido entre la finalización del período voluntario de pago y la fecha en que se practiquen las liquidaciones derivadas del fraude de ley.

Debe considerarse superada la tesis que entendía que la declaración del fraude de ley sólo tiene efectos a partir del momento en que se realiza tal declaración y no desde el momento en que se utilizó la norma de cobertura, lo que llevaría a la exclusión de intereses de demora. Algún autor criticó inicialmente la exigencia de los intereses, considerándolo un error del legislador de dudosa constitucionalidad, aunque no parece haberse reiterado dicha crítica.

Sanciones.⁴²⁹

En las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente especial de fraude de ley se excluyen las sanciones que correspondan a las conductas realizadas en fraude de ley, pero no las que se refieren a otras conductas conexas.

Algunos autores señalan que no se excluyen las sanciones que correspondan al hecho imponible realizado y no declarado en los casos en que el hecho en fraude de ley constituya además el hecho imponible de un tributo distinto que tenga señalada una cuota menor o cuando se han realizado actos con ocasión de la vía elegida para eludir la ley (p.e., una falsedad o una declaración inexacta).

1) La práctica totalidad de los autores ha considerado acertada la exclusión de las sanciones, al recoger un amplio consenso doctrinal y del Derecho comparado. Para alguna opinión existe una incompatibilidad conceptual entre el fraude de ley y la sanción, en cuanto aquél trata de restablecer el imperio de la ley y no de castigar, siendo la sanción del fraude de ley precisamente la aplicación de la norma que se pretendió eludir.

⁴²⁹ (LGT/1963 art.24.3 redacc L 25/1995)

2) No obstante, alguna posición, aun reconociendo las dificultades que plantearía en la práctica una norma que estableciera expresamente la posibilidad de sancionar el fraude de ley, parece inclinarse por no considerarlo teóricamente rechazable, en cuanto no supone aplicar la analogía. No obstante, debería probarse la responsabilidad, ya que además de probar el fraude de ley, que debe realizarse de manera objetiva, es necesario la prueba de la intención de defraudar, que tiene carácter subjetivo y es un requisito indispensable para sancionar. En los últimos años se han producido diversas sentencias penales que han condenado por delito contra la Hacienda Pública en determinados casos y han reavivado la discusión desde el punto de vista teórico sobre si procede o no sancionar.⁴³⁰

4.1.1.3.4. Procedimiento

La Ley establece que el fraude de ley tributaria deberá ser declarado en un expediente especial en el que se dé audiencia al interesado, pero no fue objeto de desarrollo reglamentario. La exigencia de dicho expediente o procedimiento especial ha sido precisamente uno de los grandes obstáculos para la aplicación de esta figura. Un sector de opinión se ha mostrado contrario a la posibilidad de aplicar el fraude de ley tras 1995 dada la falta de desarrollo reglamentario, pero otro ha estimado posible acudir a la Ley 30/1992 con carácter supletorio.⁴³¹

430 Las SSTs Penal 15-7-2002 y 30-4-2003 se refieren a conductas constitutivas de simulación negocial o de operaciones ficticias que no tenían una finalidad económica distinta de eludir el pago del impuesto.

431 Esta última postura ha sido seguida por la Inspección Tributaria y confirmada por el TEAC, entre otras, en las resoluciones de 20-7-2001; 10-10-2003 19-12-2003 y 30-4-2004

4.1.1.4. El fraude de ley y el delito fiscal

El Tribunal Constitucional ha puesto fin con la sentencia 120/2005 a la anterior doctrina del Tribunal Supremo, que admitía la posibilidad de delito fiscal en los supuestos de fraude de ley, zanjando así una cuestión muy debatida.

La antigua Ley General Tributaria otorgaba al fraude de ley un efecto jurídico especialmente benigno. De manera que, la utilización de una norma de cobertura eludiendo otra norma de directa aplicación para obtener así un efecto fiscal beneficioso, no comportaba en el ámbito administrativo sanción alguna: debía aplicarse la norma eludida, tributar conforme a ella y satisfacerse los intereses de demora.

El Tribunal Supremo y múltiples Audiencias Provinciales, habían entendido, sin embargo, que esa situación no era válida en hipótesis en las que, mediante fraude de ley, el sujeto conseguía un ahorro fiscal superior 120.000 euros (frontera entre la infracción administrativa y el delito fiscal). Al efecto, se argumentaba que, si acudiendo a la regla de solución del fraude de ley tributaria, es decir, aplicando la norma eludida, la nueva cuota así obtenida superaba en 120.000 euros la liquidada por el obligado tributario, claramente se realizaría el delito fiscal. De este modo, el artículo 305 del Código penal, quedaba definitivamente formalizado: quien sin engaño eluda el pago de tributos por importe superior a 120.000 euros, realiza todos los elementos del delito fiscal.

La Sentencia del Tribunal Constitucional considera ahora lesiva del derecho fundamental a la legalidad penal dicha interpretación, y anula la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona en la que se condenaba al obligado tributario por eludir, en fraude de ley, el pago de tributos por encima de la cantidad fronteriza de 120.000 euros. El Tribunal Constitucional señala que “la exigencia de previsibilidad de una condena a título de delito fiscal no queda satisfecha en aquellos supuestos en que dicha condena venga fundamentada exclusivamente en un comportamiento calificable como fraude de ley”. El garante de la Constitución subraya así que la característica esencial del fraude de ley, pese a su nomen iuris (“fraude”) radica precisamente en la explica-

ción económica de la operación realizada por el obligado tributario, en su transparencia, a pesar de tratarse normalmente de operaciones inusuales, y lo declara incompatible con el concepto de defraudación inherente al delito fiscal. O, lo que es lo mismo, el Tribunal Constitucional sentencia que, con el tratamiento como delito del ahorro fiscal obtenido mediante fraude de ley tributaria, se estaría aplicando la ley penal a supuestos no contemplados en ella.

El Tribunal Constitucional, pues, sienta doctrina sobre lo que cabe y lo que no cabe en el término “defraudare” del delito fiscal. Es obvio, en este sentido, que la simulación de un negocio jurídico sin causa con la finalidad de eludir el pago de tributos dará lugar a un delito fiscal, si la cuota eludida supera los 120.000 euros. La simulación, precisamente, implica engaño u ocultación maliciosa, una defraudación en toda regla, que impide a la administración tributaria el conocimiento de la realidad jurídica y del hecho imponible realmente realizado. Pero igualmente obvio es que, desde la Sentencia 120/2005, el fraude de ley no cabe en el concepto “defraudare” del delito contra la Hacienda Pública porque el fraude de ley, según ratifica ahora el Tribunal Constitucional, no incorpora engaño.

La aplicación del delito fiscal a supuestos de mero fraude de ley tributaria constituye una interpretación analógica prohibida de la ley penal.

El art 205 del Código Penal para describir la conducta típica del delito fiscal menciona “al que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública...eludiendo el pago de los tributos.....”La cuestión es determinar ¿que significa defraudar, significa no pagar y engañar a la Administración tributaria, o quizás un contribuyente defrauda simplemente ,dejando de pagar el tributo a que está obligado, aunque no engañe, ni oculte, aunque haya facilitado a la Administración tributaria todos los datos?.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo, al resolver un recurso de amparo relativo a un caso de fraude a la ley tributaria, ha solucionado la cuestión en sentido inverso a cómo lo venía defendiendo el Tribunal Supremo.

La doctrina mayoritaria siempre ha defendido la tesis de no considerar delito el fraude a la ley tributaria⁴³². Sin embargo otros autores⁴³³, defendieron el planteamiento que el delito fiscal es la “infracción de un deber”. Por lo que es suficiente el incumplir el deber de ingresar en el Tesoro una cuota de más de 120.000 €.

Esta corriente minoritaria es la seguida por el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 28 de noviembre de 2003, y la de 15 de julio de 2002.

Sin embargo la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005 se opone frontalmente a la tesis del Tribunal Supremo, al considerar que el Fraude de ley tributaria no constituye delito fiscal porque no implica ocultación o engaño. Los fundamentos son los siguientes:

1. El que el legislador no haya previsto sanción administrativa para los casos de fraude de ley, no implica “per se” que no pueda haber incurrido en un ilícito penal, por lo que habría que acudir a la tipicidad del delito recogido en el art 305 del código penal.
2. El fraude de ley se diferencia de la simulación en que no presenta ocultación alguna. Es transparente. Dice el TRIBUNAL Constitucional (...) Mientras que la simulación comercial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, en el fraude de ley tributaria no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio utilizado salta a la vista.

432 . Fernando Pérez Royo “El estado del arte de la aplicación del delito fiscal en España, M. Bajo Fernández, G. Rodríguez Mourullo, F. Morales Prats y J. A. Choclan Montalvo entre otros.

433 E. Gimbernat, E. Bacigalupo Zapater, y C. Suarez González

3. Precisamente esa transparencia del Fraude de Ley provoca su atipicidad a efectos del art 305 de código penal. La simulación es típica porque implica ocultación, el fraude de ley es atípico porque carece de ella.

4. Por lo que al no darse los supuestos del art 305 del código penal, para que se produzca el ilícito penal, fundar una condena penal en estos supuestos vulneraría el art 25.1 de la Constitución Española.

4.1.2. La calificación

En la aplicación de la norma tributaria se suelen distinguir dos tareas que se denominan; interpretación y calificación. La interpretación supone entender lo que la norma significa y la calificación supone que lo que se produce en la realidad coincide con lo dispuesto en la norma.⁴³⁴

4.1.1.1. La calificación

En un sentido amplio, la calificación es una operación indispensable en la aplicación de cualquier norma jurídica, por lo que también debe realizarse respecto a las normas tributarias.

Sin embargo, en el ámbito tributario la expresión calificación se utiliza en ocasiones en un sentido más estricto, como posibilidad de aplicar la norma a casos concretos evitando la elusión fiscal. Los autores que utilizan la expresión calificación en un sentido más estricto no niegan que la calificación sea una operación presente en cualquier aplicación de normas tributarias, sino que destacan que en algunos casos la calificación original del contribuyente no ha sido correcta y ha provocado elusión fiscal, por lo que

⁴³⁴ (LGT art.13)

la Administración vuelve a calificar (recalificar) el supuesto de hecho de forma correcta evitando la citada elusión fiscal.

Con la LGT queda claro que toda aplicación de la norma tributaria conlleva que el hecho, acto o negocio realizado en la realidad debe contrastarse con lo que determina la norma que establece la obligación tributaria correspondiente.

La LGT parece permitir utilizar la calificación como mecanismo anti elusión, al menos en los casos previstos legalmente en que la forma o denominación utilizada por los interesados sea distinta.

La LGT en su anterior regulación, el tributo se exigía con arreglo a la naturaleza jurídica del presupuesto de hecho definido por la Ley, cualquiera que fuese la forma o denominación que los interesados le hubiesen dado y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez, desapareciendo cualquier referencia a la naturaleza económica del hecho imponible o a la identificación de las situaciones económicas.

⁴³⁵Sin embargo la regulación actual da un alcance mayor a la figura. Deja de estar dentro de la regulación del hecho imponible y se refiere a cualquier elemento de la obligación tributaria, por lo que se refiere a hechos, actos o negocios que constituyan el supuesto de hecho de cualquier obligación tributaria, pero sin que pueda calificarse de acuerdo con la naturaleza económica de la operación.

Se plantea la cuestión de si es lícito por parte de la Administración, calificar el hecho imponible, cambiando la intención manifestada por los partícipes en el negocio, así pues conforme a la anterior regulación, los Tribunales se han manifestado en diversas ocasiones en relación con la calificación jurídica.⁴³⁶

435(LGT/1963 art.28.2 redacc L 25/1995).

436 1) *En el caso de los seguros a prima única. Se confirma la resolución del TEAC que aplicaba la figura del negocio indirecto, aunque el TS parece basarse en la calificación, sin utilizar la expresión de forma expresa, más que en el negocio indirecto (TS 8-6-*

02).2) En otro caso una entidad comercializa un seguro bajo una modalidad de libreta. Atendiendo a la calificación de las operaciones, la naturaleza jurídica del contrato origen de las prestaciones discutidas es una imposición de capitales con garantía accesorio de seguro (TEAC 9-7-98).3) Ante los titulares de unas acciones que realizan donaciones recíprocas previas de manera que quien iba a vender dona primero a sus familiares las acciones de las que es titular y recibe una cantidad inferior. Existe una donación con causa onerosa o permuta y no una donación simple (TEAC 10-9-98).4) En cuanto al tratamiento de los derechos de imagen de los deportistas. No puede separarse el contrato de trabajo y el contrato de derechos de imagen, ya que ambos elementos constituyen un todo único, se desarrollan durante el mismo tiempo y no hay casos en que se haya contratado el trabajo sin la imagen de quien lo presta (TEAC 17-11-99; 15-12-99).5) En la venta a plazo de las acciones de determinada sociedad a un intermediario que, a su vez, las vende al contado a un tercero. Se trata de una operación de venta al contado directamente entre el vendedor y el segundo comprador y, por tanto, origina un incremento de patrimonio en un solo ejercicio (TEAC 16-11-01).6) Si los socios fundadores que acreditan que el dinero desembolsado se obtuvo mediante un préstamo de su padre que no figura en la declaración del IP de ninguno de ellos. Aunque no se cita de forma expresa el término calificación, no se considera correcta la presunción de la Administración tributaria que ha conducido a liquidar una donación (TS 20-7-98).7) La Administración tributaria no puede equiparar un préstamo sin interés a una donación onerosa, aunque sea de una importante cuantía y plazo dilatado de devolución, pues ello supondría no interpretar en sentido jurídico un acto ajustado en todo a las previsiones para el préstamo en el Código Civil y las tributarias de concreción del hecho imponible y base impositiva en la LITP (TS 8-6-02).En un caso similar al anterior, el TS añade que la calificación no tiene cabida en aquellos supuestos en que el sujeto pasivo, al determinar los valores sobre los que debe tributar, se ha ajustado escrupulosamente a la normativa aplicable (TS 28-9-02; 24-5-03).8) En un caso de contrato de renta vitalicia liquidado por la Administración como donación, el Tribunal señala que la calificación no puede utilizarse como un medio de comprobación de valores cuando la propia norma legal obliga a computarlos de una manera determinada (TS 24-5-03).9) La operación consistente en el canje de participaciones de una entidad a cambio de dinero y un porcentaje en el capital de otra entidad, a cuyos efectos se aumentó el capital de la misma en la medida en que era necesario, constituye una operación única de venta, con independencia de que se instrumente en varios escritos, de acuerdo con el principio de calificación (TEAC 11-10-06).10) De acuerdo con el principio de calificación procede calificar el presupuesto de hecho conforme a su naturaleza jurídica, reducción de capital con devolución de aportaciones con independencia de la forma o denominación que le den las partes (TEAC 12-7-07).11) En relación con una sociedad de inversión de capital variable (SICAV) y en un ejercicio anterior a la aprobación de la L 23/2005 dis-

4.1.1.2. Negocio indirecto

La figura del negocio indirecto abarca los negocios jurídicos que se realizan para la consecución de fines que normalmente se alcanzan mediante otros tipos negociales.

Ha tenido escasa relevancia desde el punto de vista civil, a diferencia de lo que ocurrió en el ámbito tributario en que el TEAC y, a su amparo, la Inspección de los Tributos aplicaron de forma generalizada dicha figura durante algunos años.

Con la vigente LGT se entiende que no es posible aplicar dicha figura, aunque los autores contrarios al negocio indirecto no se pronuncien expresamente. Habría que tener en cuenta que el negocio indirecto se caracteriza como un contrato típico que se adopta con un fin distinto del que le resulta peculiar y propio. Los efectos directos son los propios del contrato celebrado, mientras que los indirectos son los queridos por las partes, por lo que se habla de medio (el contrato típico) y resultado (el fin perseguido a través de aquel)

El negocio indirecto no se ha consolidado en el ámbito civil como figura específica, aunque existen opiniones minoritarias que la defienden. La postura civil dominante señala que supone vaciar de contenido la causa del contrato para dejarla reducida a pura fórmula, por lo que se superpone como anomalía negocial al fraude de ley y al negocio simulado o el negocio fiduciario según los casos. Los autores dan mínima relevancia a la figura, salvo que concurra con el fraude de ley, en cuyo caso lo importante sería precisamente dicho fraude de ley.

p.adic.3ª, la Administración puede comprobar el régimen especial tributario, pero en los términos que establece la propia LIS, es decir, comprobando los presupuestos fácticos, pero no respecto al régimen jurídico material, que corresponde a la CNMV (TEAC 22-11-07; 20-12-07).

Distinto es el negocio fiduciario. No se trata sólo de una anomalía del negocio, sino de una teoría compleja con muchos defensores, pero también críticas y diversas teorías. Los autores rechazan la teoría del doble efecto, en la que existirían dos negocios, uno que produce plenos efectos frente a terceros (p.e., la transmisión de la propiedad del bien al fiduciario), y otro que sólo tiene efectos entre las partes (p.e., el compromiso del fiduciario de no abusar del bien y devolverlo), por lo que se considera que se trata de un contrato unitario que tiene una causa propia como fundamento de la atribución que se realiza. Es muy frecuente el uso del negocio fiduciario en el uso abusivo de los paraísos fiscales.⁴³⁷

Para el TEAC el negocio indirecto se diferencia del negocio en fraude de ley, en que hay una causa típica, si bien el motivo es ir contra el espíritu y fin de la ley. Tampoco se identifica con el negocio simulado, pues en el negocio indirecto nada se finge ni oculta y existe un motivo que intencionalmente supera al fin propio del negocio, sin que exista desproporción entre éste como medio y aquél como fin.⁴³⁸

4.1.1.3. Interpretación

El artículo 12 de la LGT, referido a la interpretación de las normas tributarias, se remite al artículo 3.1 del Código Civil, pero añade que en tanto no se definan por la normativa tributaria los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido

437 Vide. capítulo III usos de los paraísos fiscales.

438 En su origen dicha figura probablemente pretendía resolver casos concretos (p.e., primas únicas en las conocidas «Libretas PTI»), pero fue generalizada por el propio TEAC durante los años siguientes al lease-back o a la renuncia a los derechos de suscripción, entre otros casos diversos (TEAC 13-5-99; 26-4-00; 20-10-00). A partir del año 2001 empiezan a dictarse Resoluciones en que se confirman las liquidaciones de la Inspección sobre simulación o fraude de ley y son más raras las que siguen utilizando el negocio indirecto.

jurídico, técnico o usual, según proceda. El citado artículo 3.1 del Código Civil establece que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

Es preciso destacar que, como ocurre en otras ramas jurídicas, no basta acogerse a una interpretación puramente literal (la letra de la ley) de la norma tributaria para escapar de la tributación procedente⁴³⁹

En definitiva, en la actualidad se encuentra superada la tendencia a realizar una interpretación puramente literal de las normas tributarias, ya que dichas normas deben interpretarse de acuerdo con todos los criterios previstos en el Código Civil, al que la normativa fiscal se remite. Esto tiene importantes consecuencias en el ámbito de lo que se ha denominado la elusión fiscal, no tanto a que la interpretación de las normas sea un mecanismo para luchar contra la misma, sino más bien porque la correcta interpretación del precepto, teniendo en cuenta todos los criterios y en especial atendiendo a su finalidad, es previa a que pueda existir planificación fiscal.⁴⁴⁰

439 . Por ejemplo, cuando el artículo 91 de la Ley del IVA se refiere a «pan común» respecto a la aplicación del tipo superreducido del 4% no basta argumentar que algunos de los tipos de pan especial que existen son muy «comunes» en la práctica, ya que la interpretación del precepto debe tener en cuenta todos los criterios de interpretación y, en el caso concreto, las categorías del Código Alimentario y sus reglamentaciones técnico-sanitarias.

440 La STS 11-5-2004 (RJ 2004/5189) acude a la interpretación para resolver el complejo caso de los bonos austríacos (títulos de Deuda Pública austríaca). Se trataba, en general, de una operación a corto plazo en la que se compraban los bonos inmediatamente antes del vencimiento (el precio incluía el cupón corrido) y se vendían después de cobrar el cupón. Según el artículo 11 del Convenio para evitar la Doble Imposición suscrito el 20-12-1966 entre España y Austria los intereses estaban exentos y los contribuyentes entendían que se producía una disminución como consecuencia de que el precio de compra era superior al de venta. Dicho Convenio fue reformado mediante Protocolo de 24-2-1995 para impedir este tipo de operaciones con fines fiscales. El Tribunal Su-

Distinta de la interpretación es la analogía, que no se define en la LGT, por lo que cabe acudir al artículo 4 del Código Civil, según el cual cuando las normas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante que presente una identidad de razón, se aplicará por analogía la norma referida al supuesto semejante para el supuesto no regulado. En el ámbito tributario, según el artículo 14 de la LGT, no se admite la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, las exenciones y los demás beneficios o incentivos fiscales. El problema que se plantea en la práctica es que no siempre resulta fácil resolver en el caso concreto la diferencia entre la analogía y la interpretación, pues cuando el resultado de interpretar una norma es más amplio que el que se deriva de la mera literalidad de la misma los resultados, en una primera aproximación, son muy parecidos a los derivados de la aplicación de otra norma por analogía.⁴⁴¹

4.1.3. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria

El conflicto en la aplicación de la norma tributaria⁴⁴² se aplica, según la D. T 3ª de la LGT, cuando los actos o negocios se hayan realizado a partir de 1-7-2004, lo que supone, a sensu contrario, que a los actos o negocios anteriores se aplica el fraude de ley

premo afirma de forma clara que las normas anti elusión son innecesarias cuando la controversia se residencia en la correcta interpretación de la norma, en el caso concreto el artículo 46.1 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, aplicable en aquel momento, ya que la diferencia negativa entre el valor de adquisición de los bonos que incluye el importe del cupón corrido y el de enajenación no constituye una disminución patrimonial de acuerdo con una interpretación teleológica del precepto pues se deriva técnicamente por el juego de la normativa interna española en relación con lo dispuesto en el Convenio y es económicamente ficticia.

441 . La STS 8-2-2002 (RJ 2002/1928) aclara que la aplicación de la tarifa del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en caso de sucesión entre cónyuges a las personas que forman una unión de hecho supone aplicar la analogía.

442 (LGT art.15, 159 y disp.trans.3ª.3; RGRI art.194)

del artículo 24 de la Ley 230/1963, según la redacción dada por la Ley 25/1995. Ahora bien, como los actos y negocios realizados a partir de 1-7-2004 tienen efectos en declaraciones y liquidaciones que se realizan posteriormente y la comprobación, en su caso, de las mismas por la Administración se realizará después, siempre dentro de los plazos de prescripción del artículo 66 LGT

El fraude de ley en el ámbito tributario, que antes se ha comentado de forma más extensa, había planteado desde su aparición en la Ley 230/1963 varios problemas de importancia. El primero, las propias dificultades teóricas de la figura. El segundo, su escasa aplicación práctica. El tercero, la justificación de las especialidades de la figura respecto a otros mecanismos anti elusión tributarios, básicamente la exigencia de un expediente especial y la exclusión de sanciones. Lógicamente todos ellos se encontraban relacionados, de manera que la aparición del conflicto en la aplicación de la norma tendría sentido en cuanto solucionara dichos problemas. Sin embargo, aunque parece que las dificultades teóricas del conflicto en la aplicación de la norma son menores que las existentes respecto al fraude de ley, lo que quizás redunde en una mayor aplicación práctica, no parece que se haya solucionado el que parece el principal problema, que es precisamente la existencia de especialidades.

Por ello, quizás el camino adecuado hubiera sido que se crease un único mecanismo anti elusión o, al menos, que la Administración tributaria aplicara el mismo procedimiento respecto a los diversos mecanismos anti elusión, en el sentido amplio que incluye la simulación y la calificación. En todo caso, parece que lo más oportuno hubiera sido que se solicitara un informe dentro del ámbito de aplicación de los tributos que realiza la comprobación (por ejemplo, si se tratara de un órgano, equipo o unidad de inspección debería ser un órgano especializado dentro del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la AEAT). No parece probable que la Administración tributaria tenga tendencia a aplicar el camino que desde el punto de vista procedimental resulta más complicado, sobre todo si existen diferentes figuras que resultan de difícil delimitación. En el ámbito civil o laboral el fraude de ley se utiliza de forma más normal, precisamente porque no se exige un expediente especial como ocurre en la

norma tributaria. Por ello, parece un contrasentido que las exposiciones de motivos de las propias leyes tributarias se quejen de la escasa aplicación del fraude de ley cuando precisamente ello se debe básicamente a que las mismas han establecido especialidades que han reducido su efectividad práctica.

4.1.1.1. Concepto.

Según el apartado 1 del artículo 15 de la LGT se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
- b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

Parece poco afortunada la propia denominación de la figura, ya que no tiene antecedentes en el Derecho Español y no parece muy acertada, ya que como consecuencia de la aplicación de una norma pueden surgir conflictos, como por ejemplo, dudas sobre su constitucionalidad, problemas de interpretación, etc., pero la figura trata de reaccionar contra la elusión fiscal. Parece claro que el Anteproyecto de Ley no quería utilizar la denominación tradicional de fraude de ley por lo que acudía al término «abuso», típico en otros países como Alemania o Francia, lo que se ligaba a la posibilidad de sancionar, por lo que probablemente el término conflicto que se incorpora al Proyecto de Ley y que se mantuvo en la LGT lo que quería dar a entender es que no se trataba de una conducta sancionable.

Lo importante es que, se establece una cláusula general anti elusión en el ordenamiento tributario español, con un alcance más amplio que el fraude de ley, aunque lo más adecuado hubiera sido, como se ha expuesto, que la figura abarcara todos los mecanismos anti elusión. Además, presenta la ventaja de que no se hace depender la figura del que existan dos normas que se opongan o enfrenten, sino en que el acto o negocio sea elusivo, lo que ocurre cuando se producen los requisitos previstos legalmente.

4.1.3.2. Requisitos

Los actos o negocios deben ser artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido, lo que parece dar a entender que el acto o negocio, el conjunto de ellos, resulten inadecuados para la consecución del fin que persiguen, es decir se utilicen de forma forzada. Por tanto, parece requerirse una comparación entre el negocio lógico y habitual y el que puede resultar artificioso o impropio. Lo mismo cuando siendo ordinario se repite varias veces. Por ejemplo, repetición de donaciones.

No deben producirse otros efectos relevantes, es decir que el acto o negocio, o el conjunto de ellos, no tenga otros efectos significativos que sean distintos del mero ahorro fiscal.

En el ámbito del Impuesto sobre Sociedades (art.110.2 Ley 43/1995 que pasa a ser el art.96.2 Real Decreto Legislativo 4/2004) se aplica una fórmula similar respecto a los «motivos económicos válidos» en el régimen especial de fusiones, escisiones y operaciones de activos y canje de valores, que tiene origen en la normativa comunitaria y es similar a mecanismos que existen en diversos países. Por ejemplo, en Estados Unidos para que una operación sea aceptable a efectos fiscales es necesario que tenga un sentido económico (business purpose), ya que si no podría considerarse una mera apariencia teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. Sin embargo, el precepto del Impuesto sobre Sociedades no tiene ninguna especialidad de procedimiento, a diferencia del conflicto en la aplicación de la norma, lo que resulta incoherente desde el punto de vista teórico. En efecto o no tiene sentido la solicitud de informe de una

Comisión Consultiva en ningún caso, con lo que debería suprimirse la redacción del artículo 159 LGT, o debería aplicarse en todos los casos, con lo que debería modificarse la regulación del Impuesto sobre Sociedades para remitir a dicho precepto.

El resultado obtenido debe ser evitar total o parcialmente el hecho imponible o mino-
rar la base o la deuda tributaria (obligación principal y las obligaciones de realizar pa-
gos a cuenta, así como las obligaciones accesorias de interés de demora, recargos por
declaración extemporánea, recargos del período ejecutivo y recargos exigibles legal-
mente sobre bases y cuotas a favor del Tesoro o otros Entes Públicos).

4.1.3.3. Efectos

Según el apartado 3 del artículo 15 en las liquidaciones que se realicen como resultado
de aplicar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria se exigirá el tributo apli-
cando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o
eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que
proceda la imposición de sanciones.

La aplicación de la norma tributaria correspondiente, es el principal efecto de la decla-
ración del conflicto y consiste precisamente en aplicar la tributación que se pretendió
evitar o la eliminación de las ventajas fiscales que se pretendieron obtener.⁴⁴³ En cuan-
to a la exigencia de intereses de demora desde que se produjeron los actos y negocios
supone que el conflicto tiene efectos declarativos. El período de cómputo será, en
principio, el plazo desde la finalización del plazo voluntario de pago y la fecha en que
se practique la liquidación derivada del conflicto.

*443 Como se puede observar es muy similar, incluso en la redacción, al efecto del frau-
de de ley del artículo 24 de la Ley 230/1963, en la redacción dada por la Ley 25/1995.*

La regulación excluye de forma expresa la imposición de sanciones por el conflicto en la aplicación de la norma, aunque cabe considerar que no se excluyen las sanciones por las conductas cometidas con ocasión de la operación que se encuentren tipificadas, como ocurría con el fraude de ley en la regulación anterior (por ejemplo, ocultaciones o falsedades que se han producido para realizar actos o negocios en conflicto). En todo caso, el conflicto en sí no es sancionable, aunque como se expone no excluye de forma automática la sanción de eventuales conductas infractoras que puedan haberse realizado con ocasión de la operación que ha dado lugar al conflicto.

4.1.3.4. Procedimiento

El artículo 159 de la LGT se encuentra regulado en el Título III dentro una sección específica (sección 3ª denominada disposiciones especiales) del capítulo dedicado a las actuaciones y procedimiento de inspección (capítulo IV), lo que parece hacer pensar que no podría aplicarse a las actuaciones y procedimiento de gestión (capítulo III). Dicho de otra manera, podría aplicarse por la Inspección de los Tributos dentro del procedimiento de inspección (sección 2ª del capítulo III), siendo dudoso que se aplique cuando los órganos de la Inspección de los Tributos realizan actuaciones de comprobación limitada y resultando bastante probable que puede declararse en los procedimientos de verificación, comprobación de valores y comprobación limitada realizado por los órganos de gestión tributaria. Sin embargo, no parece que plantee problemas prácticos que se limite únicamente al procedimiento de inspección en sentido estricto. En la práctica, lo normal es que se produzca en el dicho procedimiento de inspección y si se detecta en otro procedimiento cabe terminarlo e iniciar el procedimiento de inspección de acuerdo con lo señalado en la propia LGT, es decir el artículo 133.1.e) respecto a la verificación de datos y el artículo 139.1.c) respecto a la comprobación limitada. En el procedimiento de inspección que se iniciara posteriormente no habría problema para utilizar el conflicto en la aplicación de la norma.⁴⁴⁴

444 La exclusión de la sanción en la LGT es un tema muy polémico desde el punto de vista teórico. El Anteproyecto de Ley enviado a información pública establecía una san-

419

Entrando al contenido del artículo 159 LGT, cabe distinguir las siguientes fases del procedimiento:

1ª Iniciación Se producirá cuando el órgano que realiza la comprobación e investigación estime que pueden concurrir las circunstancias previstas legalmente.

2ª Tramitación: a) Se comunicará al interesado, concediéndole un plazo de 15 días para presentar alegaciones y aportar o proponer las pruebas que estime pertinentes.

ción específica (del 100%) para lo que, entonces, se denominaba «abuso» en la aplicación de la norma, aunque requería que se produjera una maquinación realizada con ánimo defraudatorio. Dicha regulación fue objeto de crítica y el propio dictamen del Consejo de Estado sobre el citado Anteproyecto advertía que ello, al menos tal como se configuraba, suponía la formulación de un tipo infractor excesivamente indeterminado que podía resultar inconstitucional, por incumplir el principio de «lex certa», lo que ligaba a una posición contraria a la sanción en supuestos de fraude de ley o abuso de derecho.

Sin embargo, se considera que no existía obstáculo para que se hubiera establecido dicha sanción, ya que la argumentación del Consejo de Estado hubiera sido acertada si el abuso no se hubiera definido en el Anteproyecto, pero lo cierto es que el mismo definía claramente dicho abuso y especifica las circunstancias necesarias para evaluar si existía o no. Por ello, no se comparte que el precepto contuviera demasiados conceptos jurídicos indeterminados que hicieran que el obligado tributario no pudiera conocer, a priori, si se encontraba en dicha situación. Además, hay que tener en cuenta que la LGT, para dar seguridad jurídica a los obligados tributarios, establece el carácter vinculante de las consultas, lo que facilitaría previamente la solución de casos dudosos a petición del obligado tributario. Finalmente, tampoco se comparte que la propia figura del abuso de derecho excluya la sanción, pues nada impide que la LGT, además de no amparar el abuso de derecho, establezca una infracción específica que desincentive este tipo de conductas en los casos más graves, es decir cuando se aprecie una maquinación con ánimo defraudatorio.

b) Recibidas las alegaciones y practicadas, en su caso, las pruebas procedentes, el órgano actuante remitirá el expediente completo a la Comisión Consultiva, que emitirá un informe teniendo en cuenta:

- El tiempo desde que se comuniqué al interesado la procedencia de solicitar informe preceptivo hasta la recepción del mismo se considera un supuesto de interrupción justificada del cómputo del plazo de las actuaciones inspectoras del art.150 LGT.

- El informe deberá emitirse en el plazo de tres meses desde la remisión del expediente a la Comisión Consultiva, aunque puede ser ampliado mediante acuerdo motivado de la Comisión por un plazo máximo que no puede exceder de un mes.

- Pasado el plazo anterior sin que la Comisión haya emitido el informe se reanuda el cómputo del plazo de duración de las actuaciones inspectoras y se podrán continuar las actuaciones y dictar liquidación, si bien respecto a los actos no relacionados con la declaración de conflicto y sometidos al informe, ya que sigue exigiéndose que sea emitido previamente por la Comisión.

c) Recepción del informe de la Comisión Consultiva, que tiene carácter vinculante y que no es susceptible de recurso o reclamación independiente, aunque puede plantearse su procedencia en los recursos y reclamaciones interpuestos contra los actos y liquidaciones dictados como consecuencia de la declaración del conflicto.

La Comisión Consultiva estará formada, según se desarrolle reglamentariamente, por dos representantes del órgano competente para contestar las consultas tributarias escritas, uno de los cuales actuará como Presidente, y por dos representantes de la Administración tributaria actuante.

3ª Terminación, Corresponde a la Inspección de los Tributos declarar la procedencia de la declaración del conflicto en la aplicación de la norma, si bien vinculada por el previo informe preceptivo dictado por la Comisión Consultiva, aunque puede plantearse su

procedencia en los recursos y reclamaciones interpuestos contra los actos y liquidaciones dictados como consecuencia de la declaración del conflicto.

La no impugnabilidad separada de la declaración de conflicto respecto a la liquidación que posteriormente se dicte, que parece razonable para evitar conflictos inútiles, se establece de forma expresa en la LGT, probablemente para evitar las dudas interpretativas que han llevado a que se considere impugnable separadamente la declaración del fraude de ley por el TEAC, según se ha expuesto anteriormente.

4.1.3.5. Diferencias entre el conflicto en la aplicación de la norma y el fraude de ley tributario

Como el conflicto en la aplicación de la norma supone la desaparición expresa del fraude de ley se plantea la diferenciación entre ambas figuras, pudiéndose distinguir al menos dos posiciones respecto a la nueva figura, que se ven lógicamente condicionadas por la postura que se mantenga acerca del fraude de ley en la regulación de la Ley 230/1963.

Para algunos autores tiene una naturaleza idéntica a la del fraude de ley, pues el abuso de derecho en sentido objetivo que recoge la figura del conflicto no es algo distinto del fraude de ley. La diferencia fundamental sería que el fraude se define en términos subjetivos, mientras el conflicto se define en términos objetivos. Por supuesto, que si se considera que el fraude de ley con la normativa de la Ley 25/1995 se definía de forma objetiva esta posición no resultaría aceptable.

Para otros autores se trata de dos figuras distintas, con independencia de que estén más o menos próximas. Es la posición que parece más razonable, teniendo en cuenta que el fraude de ley es una figura que se regula en general del ordenamiento y que al utilizar una denominación diferente y una regulación distinta lo que se pretende es precisamente diferenciarla. Así la exposición de motivos de la LGT señala de forma expresa que se trata de una figura distinta que sustituye al fraude de ley, precisamente

como un instrumento efectivo de lucha contra el fraude sofisticado, para superar los problemas de aplicación de la figura del fraude de ley en materia tributaria.

Probablemente la figura del conflicto sería una verdadera cláusula anti elusión y, por tanto, más amplia que el fraude de ley, ya que en éste se destacaría la comparación entre dos normas (la de cobertura y la eludida), mientras que en el conflicto se trata de examinar el acto o negocio elusivo pues, tras comparar con el acto o negocio jurídico lógico, si tiene una exclusiva finalidad fiscal el resultado es que se trata de un conflicto en la aplicación de la norma.

4.1.3.6. El conflicto en la aplicación de la norma y la planificación fiscal internacional

Con la globalización de la economía y el consiguiente desarrollo de la planificación fiscal internacional, se ha puesto de manifiesto, la existencia de artificiosas operaciones para disminuir el beneficio a declarar en un determinado territorio.

En el caso español, se ha puesto de manifiesto, con especial virulencia, utilizando las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVES), que si bien originariamente tenía la finalidad de captar el capital extranjero y facilitar el establecimiento de las cabeceras de las Holding internacionales, para lo que se estableció la no tributación en la base imponible en España de los dividendos remitidos por las filiales, a la cabecera ETVE, y la posibilidad sin límite de la deducibilidad de gastos financieros, la practica ha demostrado que se ha utilizado esta ventaja para canalizar a través de España, los beneficios obtenidos por los grupos internacionales.

La operativa es la siguiente, se establece un holding en España, una sociedad matriz que puede revestir, la forma de ETVE o no, y se procede a la compra a través de la mencionada sociedad holding de las participaciones de todas las sociedades del grupo.

Previamente se procede a la valoración de las acciones de las diferentes sociedades bien con medios propios o por encargo a terceros, que mediante el sistema de valoración de flujos de caja, proceden a una valoración de las acciones del grupo que adquiere la Holding, y que supone un incremento de valor sustancioso en la generalidad de los casos.

Para poder financiar las compras se procede a la solicitud de un préstamo a otra empresa del grupo, normalmente ubicada en Holanda o Luxemburgo, con un tratamiento fiscal favorable a los ingresos financieros de préstamos a empresas participadas, lo que origina una carga financiera y unos gastos de importante cuantía que van paulatina-mente drenando la base imponible en España y trasladándola a un país intermedio, que está en el territorio de la Unión Europea y que por lo tanto no tiene retención en el pago de los intereses del préstamo, que bien puede tributar a un tipo reducido o bien trasladar los intereses, que en definitiva es un beneficio encubierto, a un paraíso fiscal, que finalmente distribuirá a los socios, o bien volverá a regresar al mercado para realizar operaciones de compra de nuevas sociedades ajenas al grupo, valiéndose de esa condición privilegiada en el trato fiscal que desequilibra la competencia entre iguales, al acudir al mercado sin tener que soportar la carga fiscal que supone el pago del tributo por el beneficio obtenido.

Posteriormente, se hacen nuevas valoraciones de las acciones revalorizadas del propio grupo y se empieza a dotar gastos por depreciación del valor adquirido, con el consi-guiente valor añadido de nueva reducción de la base imponible y del beneficio decla-rado en España.

Por lo que la creación de las sociedades ETVE, pensadas para la ubicación en España de cabeceras de empresas, que pudieran beneficiarse de la extensa red de convenios con Sudamérica, se ha utilizado en una artificiosa planificación, que tiene por único objeti-vo el fiscal.

4.1.3.7. Jurisprudencia en torno al conflicto en la aplicación de las normas

La Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 3 de mayo de 2006 (recurso número 862/04) entiende que «la nueva regulación del fraude de ley previsto en la vigente LGT bajo la denominación de conflicto en la aplicación de la norma aún con perfiles nuevos, no se presenta como una institución esencialmente distinta a la manera en que fue configurada jurisprudencial y doctrinalmente, siguiendo claramente la regulación prevista en la Ordenanza Tributaria alemana, art. 10». En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2006 (recurso número 150/2004).

Así pues, el conflicto viene a representar un nuevo instrumento en poder de la Administración tributaria que le permite reaccionar contra las infracciones indirectas del ordenamiento jurídico pero que no presenta características sustanciales que lo diferencien de su precedente, el fraude de ley. En esencia, ambas figuras se dirigen contra los comportamientos elusivos de los obligados tributarios que pretenden reducir ilícitamente sus cargas tributarias; propósito que se manifestaba fundamentalmente mediante la ausencia de una verdadera sustancia económica o sustrato mercantil y que se ha hecho explícita en la actual figura del conflicto en la aplicación de la norma tributaria.⁴⁴⁵

445 Igualmente, el Tribunal Económico-Administrativo Central, en diversas resoluciones (entre otras, las de 17 de mayo de 2007, número 2563/2006, 25 de junio de 2009, número 656/2007 y 8 de octubre de 2009, número 7082/2008), concibe el conflicto en la aplicación de la norma tributaria como el fruto de la evolución de la figura del fraude de ley. Así, por todas, la resolución de 25 de junio de 2009, en su fundamento de derecho cuarto, tras analizar la evolución del fraude de ley, afirma lo siguiente:

«De ello es asimismo buena muestra la propia evolución de nuestra normativa reguladora de esta figura pues mientras que la Ley General Tributaria de 1963 requería el "propósito probado de eludir el impuesto", la redacción dada por la Ley 25/1995 eliminó el término "probado"; y, siguiendo con esa evolución, en la LGT de 2003, tras las aportaciones del Informe del Consejo de Estado, la nueva regulación prevista bajo la denominación de "conflicto en la aplicación de la norma tributaria", resaltan esas mis-

425

En cuanto al antecedente del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, el fraude de ley, su caracterización ha sido cumplidamente delimitada por la jurisprudencia. En este sentido, la citada resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, (de 25 de junio de 2009) en sus fundamentos de derecho tercero y cuarto, destaca una serie de pronunciamientos jurisdiccionales.⁴⁴⁶

mas ideas que latían en la anteriormente reseñada doctrina constitucional: actos o negocios, individualmente considerados o en su conjunto, artificiosos o impropios (art. 15 a), de los que no resultan efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal (art. 15 b).

Se confirma, además, la ausencia de sanción, dato este resaltable para marcar la orientación más benévola de nuestro sistema, en la anterior y nueva regulación, a diferencia de otros ordenamientos, como el francés o el australiano, que sí sancionan a los autores del fraude.»

446 «TERCERO. (...) El Tribunal Supremo ha tenido reiteradas ocasiones de pronunciarse y aplicar la figura del fraude de ley, sobre la que, por ejemplo, en sentencia de 21 de diciembre de 2000, manifiesta que "el fraude de ley es sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin, valiendo tanto de subterfugio o ardid, con infracción de deberes jurídicos generales, que se imponen a las personas, e implica, en el fondo, un acto "contra legem", por eludir las reglas del derecho, pero sin un enfrentamiento frontal sin al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura o una cobertura indirecta, respetando la letra de la norma, pero infringiendo su espíritu..."; reiterando así lo que ya antes decía en Sentencia de 29 de julio de 1996, "... infringiendo el espíritu y verdadero sentido de las normas y su contenido ético y social, en la procura del logro de un resultado beneficioso".

En este sentido es igualmente ilustrativa la sentencia del mismo Tribunal Supremo de 15 de julio de 2002, que aporta otro dato de relevancia para el análisis, toda vez que, atendiendo a la cada vez mayor complejidad de los esquemas defraudatorios (y era notable en el caso allí resuelto), hace referencia a que el resultado contrario (norma defraudada), que la conducta constitutiva del fraude de ley produce, puede serlo a una norma concreta o al orden jurídico en su conjunto. Dice textualmente (fundamento de derecho undécimo) el Tribunal Supremo, al deslindar la figura de la simulación, que en

426

A la vista de la argumentación recogida en las resoluciones que se acaban de citar, debe, por tanto, realizarse un análisis del conjunto de las operaciones globalmente consideradas para concluir si las mismas han sido impropias o artificiosas para la consecución

el caso enjuiciado estimaba concurrente, de la del fraude de ley: "Simulación, pues, y no mero fraude de ley, ya que, en el caso de éste, el negocio o negocios realizados son reales (...) Lo que integra el fraude es una conducta que en apariencia es conforme a una norma ("norma de cobertura"), pero que produce un resultado contrario a otra u otras o al orden jurídico en su conjunto ("norma defraudada"). (...) tributaria o de delito fiscal. Por ello mismo la consecuencia que el artículo 6.4 del Código Civil contempla para el supuesto de actos realizados en fraude de ley, simplemente, la aplicación a los mismos de la norma indebidamente relegada por medio de la creación artificiosa de una situación que encaja en la norma de cobertura; o dicho de otra manera, la vuelta a la normalidad jurídica, sin las consecuencias sancionadoras que generalmente habrían de derivarse de una actuación ilegal."»

CUARTO: En esta caracterización del fraude de ley conviene asimismo indicar que, como expresa el propio Tribunal Constitucional "el concepto de fraude de ley (tributaria o de otra naturaleza) nada tiene que ver con los conceptos de fraude o defraudación propios del Derecho penal ni, en consecuencia, con los de simulación o engaño que les son característicos. La utilización del término "fraude" como acompañante a la expresión "de ley" acaso pueda inducir al error de confundirlos, pero en puridad de términos se trata de nociones esencialmente diversas. En el fraude de ley (tributaria o no) no hay ocultación fáctica sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más favorable (norma de cobertura) previsto para el logro de un fin diverso, al efecto de evitar la aplicación de otra menos favorable (norma principal). Por lo que se refiere en concreto al fraude de ley tributaria, semejante "rodeo" o "contorneo" legal se traduce en la realización de un comportamiento que persigue alcanzar el objetivo de disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías ofrecidas por las propias normas tributarias, si bien utilizadas de una forma que no se corresponde con su espíritu. De manera que no existe simulación o falseamiento alguno de la base imponible, sino que, muy al contrario, la actuación llevada a cabo es transparente, por mas que pueda calificarse de estratagema tendente a la reducción de la carga fiscal; y tampoco puede hablarse de una actuación que suponga una violación directa del ordenamiento jurídico que, por ello mismo, hubiera de calificar per se de infracción.

ción del resultado obtenido. La conclusión a la que hemos de llegar para estar en el contexto de esta figura es que el efecto relevante contrastado en las operaciones realizadas es el ahorro fiscal, no siéndolo los restantes efectos jurídicos o económicos de las mismas. Este ahorro fiscal podrá consistir en la elusión total o parcial del hecho imponible, la minoración de la base o la deuda tributaria o con carácter general, la persecución de cualquier ventaja fiscal que pueda reputarse ilícita.

En la delimitación de lo que debe entenderse como actos notoriamente artificiosos o impropios, en contraposición al término usuales o propios, debe tomarse como punto de partida la configuración de la figura del fraude de ley efectuada por los Tribunales ya que, como se ha señalado, puede calificarse la figura del conflicto como una suceso-ra de aquella.

Los recientes pronunciamientos del TEAC relativos al fraude de ley, tomando como base los pronunciamientos anteriormente destacados, contemplan la artificiosidad de los negocios celebrados enjuiciando el conjunto de las operaciones y valorando si éstas determinan una creación artificiosa por parte del sujeto pasivo de las condiciones necesarias para la consecución del fraude pretendido. A estos efectos, destaca si la operativa utilizada sólo se justifica o adquiere sentido para evitar el efecto exigido por el ordenamiento tributario.⁴⁴⁷

447 En síntesis, señala el Tribunal, lo siguiente (resolución de 22 de octubre de 2009): «En suma, cuando todas estas operaciones en su conjunto consideradas no responden a una lógica empresarial pues la compleja operativa se revela innecesaria y contraria a la eficiencia económica, de modo que no se habría llevado a cabo de no ser por la ventaja fiscal, la finalidad elusoria resulta evidente. En la terminología del Tribunal Constitucional, el conjunto de operaciones, sin suponer una violación directa del ordenamiento jurídico, ha constituido un rodeo que buscaba crear artificiosamente las condiciones de aplicación de unas normas (deducibilidad de intereses, consolidación fiscal, etc) merced a las que conseguir la reducción de la carga fiscal, pero violando su espíritu (minoración de la tributación que verdaderamente corresponde a la sociedad operativa)».

La Jurisprudencia Comunitaria también ha amparado esta asociación en numerosas ocasiones. Así, como ha declarado el TJCE, la necesidad de prevenir la evasión fiscal o el abuso puede constituir una imperiosa razón de interés público, capaz de justificar una restricción de las libertades fundamentales. Pero para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objetivo específico de tal restricción debe oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales (sentencia de 12 de diciembre de 2002, Lankhorst-Hohorst GMBH, C-324/2000), carentes de realidad económica o motivos comerciales reales, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio de un Estado miembro (sentencias de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04 y de 13 de marzo de 2007, Thin Cap Group, C-524/2004, entre otras). En diversas sentencias el Tribunal de Luxemburgo identifica la elusión impositiva que se pretende alcanzar mediante los montajes pura-

En consecuencia, no puede identificarse la artificiosidad como la realización de operaciones tortuosas o complejas, pues lo cierto es que las operaciones realizadas, buscando una ventaja fiscal ilícita, pueden no revestir tal tortuosidad y, sin embargo, en la apreciación de la artificiosidad o la inusualidad debe atenderse a si la valoración del conjunto de operaciones desarrolladas permite concluir la creación artificiosa de una estructura en el sentido de que la misma no despliega ninguna lógica empresarial sino la persecución de una elusión fiscal.

Podemos observar que, existe una íntima relación entre los dos requisitos previstos legalmente como delimitadores de la figura del conflicto y se pueden sintetizar en el propósito de eludir el impuesto a que se refería la figura del fraude de ley, toda vez que la utilización de los negocios de forma inadecuada o impropia sólo se pondrá de manifiesto como consecuencia de la ausencia de una explicación plausible (motivo económico) que lo justifique que no sea la del ahorro de impuestos.

mente artificiales con la búsqueda, como único objetivo o como objetivo esencial, de una ventaja fiscal ⁴⁴⁸

Tiene especial interés la concepción alemana del fraude, inspiración de la nueva regulación del fraude de ley según la interpretación dada por la Audiencia Nacional, que hace especial hincapié en el análisis de la finalidad de la operación supuestamente en fraude. Se entiende así que se produce un abuso en las posibilidades de configuración jurídica cuando se utiliza una forma inadecuada al fin perseguido por las partes, que pretenden, en definitiva, obtener una ventaja tributaria al margen de otras razones económicas o extraordinarias.

En relación con la ventaja fiscal obtenida, finalidad última de los actos artificiosos o impropios, ha de existir siempre en un supuesto de conflicto en la aplicación de la norma, y se ha de entender como un concepto amplio ya que puede suponer la no tributación, el diferimiento o la aplicación de alguna norma más beneficiosa que implique menor tributación o la consideración de supuestos de exenciones, bonificaciones o deducciones, presentes o futuras.

A estos efectos, y para poder delimitar la figura del conflicto en la aplicación de la norma en el caso concreto, no se trata de analizar cada uno de los actos individualmente considerados, sino que procede analizar globalmente el conjunto de operaciones realizadas por las entidades que concurren en las operaciones, tratando de delimitar cuál es la finalidad última perseguida con las mismas.

448 (Sentencias de 4 de diciembre de 2008, Jobra, C-330/2007, de 21 de febrero de 2008, Part Service Srl, C-425/2006 y de 22 de mayo, Amplisientifica Srl y Amplifin SpA, C-162/2007). En estos supuestos nos encontramos con actos queridos por las partes (compraventa de participaciones financiada con préstamo intragrupo) pero que, analizados desde el punto de vista de la norma tributaria, nos llevan a la conclusión de que no existen efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal. Hay que analizar la operación concreta a los efectos de verificar si tendría sentido de ignorarse el elemento fiscal.

Así, y frente a las alegaciones del obligado tributario, las operaciones individualmente consideradas podrían ser lícitas y reales (de hecho no se cuestiona en ningún momento la legalidad o validez de cada una de las operaciones), sino que se trata de analizar globalmente las mismas y verificar si responden a una lógica empresarial o si, como ocurrirá en los supuestos de conflicto, la operativa realizada es contraria a la consecución de una mayor eficiencia económica, y el único objeto de las mismas es la ventaja fiscal obtenida.

4.1.4. Simulación

El artículo 16 de la LGT mantiene, con mejoras, la regulación de la simulación del derogado artículo 25 de la Ley 230/1963, en la redacción dada por la Ley 25/1995.

4.1.4.1. Concepto

Como la LGT⁴⁴⁹ sigue sin definir la simulación a efectos tributarios, cabe seguir entendiendo que se trata de la simulación civil, que supone un problema de causa (art.1276 CC), pues lo que se desea es crear una apariencia con un fin determinado, aunque precisamente ello suponga que sea causa falsa la declarada en el negocio simulado. Según la doctrina y la jurisprudencia civil la simulación supone la concurrencia de dos elementos:

1. El acuerdo entre quien emite la declaración y quien la recibe de que la misma no será eficaz para producir efectos vinculantes (acuerdo simulatorio).
2. La finalidad de engaño, haciendo creer a los terceros en la realidad de un negocio que no existe.

449 (CC art.1276; LGT art.16)

Cabe destacar que la redacción del artículo 16 LGT se refiere literalmente al hecho imponible y a la liquidación. Sin embargo, se puede entender que la simulación puede alcanzar a cualquier obligación tributaria y, dentro de la obligación tributaria principal, a cualquier elemento de la misma, a pesar de la redacción literal. Más dudoso resulta que la regulación del artículo 16 abarque actuaciones que no terminan en liquidación, por ejemplo las actuaciones recaudatorias, ya que tradicionalmente se ha entendido que en el procedimiento de apremio no se puede apreciar la existencia de simulación por la Administración y es necesario acudir previamente a los Tribunales de Justicia (450).

4.1.4.2. Clases

Tampoco se distinguen a efectos tributarios, pero siguiendo también a la doctrina y la jurisprudencia civil se puede diferenciar:

- Simulación absoluta: Se produce cuando no existe el negocio aparente (o negocio simulado), pero tampoco hay otro negocio debajo que sea real. La finalidad normal de este tipo de simulación es defraudar a los acreedores, bien fingiendo una disminución del activo (de los bienes o derechos), bien aparentando un aumento del pasivo (de las obligaciones).

450 Es la posición mantenida, por ejemplo, por María Angeles Cascajero Sánchez «Negocios anómalos y procedimientos tributarios (I) y (II)» Revista Estudios Financieros, Contabilidad y Tributación núm 245-246 y 247, sin perjuicio de que estimara que hubiera sido deseable que la normativa tributaria permitiera aplicar la simulación directamente en el ámbito recaudatorio. También considera que no afecta al procedimiento recaudatorio Abelardo Delgado Pacheco, ob. cit., que se refiere las recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25-6 y 27-9-2003, según las cuales la Administración tributaria no tiene competencia para declarar la responsabilidad de los bienes de un cónyuge por deudas contraídas por el otro cónyuge, sino que tal declaración corresponde a los Tribunales de Justicia, habiendo mediado la disolución de la sociedad conyugal, aunque se considere simulada o fraudulenta.

- Simulación relativa: Se produce cuando un negocio real (disimulado) se oculta bajo el negocio aparente (simulado). Dentro de la misma se distinguen diversas subdivisiones, según se refiera a la naturaleza del negocio, o según recaiga sobre alguno de los elementos o condiciones del negocio (consentimiento, objeto, etc.) o los sujetos (que se denomina la interposición ficticia de persona).

4.1.4.3. Simulación y calificación

Para muchos autores la norma de simulación del artículo 16 de la LGT es un supuesto específico de calificación cuando se produce simulación. Así, cuando ésta se produce la Administración puede calificar (recalificar) teniendo en cuenta lo efectivamente querido por las partes, haciendo tributar por el acto o negocio realmente existente (simulación relativa) o por lo que se ha pretendido ocultar (simulación absoluta).

Como algunos autores consideran que puede acudir a la calificación para reaccionar contra la elusión fiscal, es preciso distinguir los supuestos en que se produce simulación respecto a los que se ha realizado una defectuosa calificación. La distinción no siempre es fácil, pero cuando se trata de una simple inadecuación entre lo realizado por el contribuyente y lo querido por la norma (por ejemplo, se han considerado como gastos de reparación unas mejoras a efectos de los rendimientos del capital inmobiliario en el IRPF) basta la simple calificación del artículo 13 de la LGT, mientras si ha existido algo más, como es un acuerdo con finalidad del engaño (por ejemplo, se ha simulado un contrato que no existe con una empresa de reparación para justificar unos gastos de reparación que minoren la deuda tributaria) habrá que acudir al artículo 16 de la LGT.

4.1.4.4. Procedimiento

Según el artículo 16.2 de la LGT la simulación será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, es decir puede declararse sin ningun-

na especialidad, a diferencia del conflicto en la aplicación de la norma. Lo normal será que se produzca dentro del procedimiento inspector, que garantiza la prueba, las alegaciones y audiencia y la motivación de la simulación, pero no parece que exista obstáculo para que pueda apreciarse en cualquier procedimiento de comprobación.

4.1.4.5. Efectos

Según el artículo 16.3 de la LGT la simulación será declarada en el acto de liquidación por la Administración, a los exclusivos efectos tributarios, sin perjuicio de la exigencia de los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente. Por tanto, declarada la simulación por la Administración tributaria, a los exclusivos efectos tributarios, el acto o negocio no se anula a efectos civiles sino que mantiene la eficacia. La anulación del acto o negocio desde el punto de vista no tributario corresponde a los Tribunales de Justicia, sin perjuicio del valor probatorio que dichos Tribunales pueda dar a la simulación declarada por la Administración tributaria.

Por otro lado, conviene rechazar la identificación automática entre simulación e infracción, ya que el acuerdo simulatorio no es equivalente al dolo o culpa exigible en la infracción y son distintos los principios aplicables en el ámbito sancionador, como la presunción de inocencia. En la práctica la simulación tributaria supondrá también normalmente que existe infracción tributaria y, por tanto, que se imponga la correspondiente sanción, pero la declaración de existencia de infracción e imposición de sanción se realiza mediante el procedimiento sancionador, en vez del procedimiento de liquidación, al que se aplican principios distintos.

4.1.5. Las cláusulas anti abuso de los convenios

4.1.5.1. Medidas anti elusión en la legislación española que tienen proyección internacional

En la mayoría de los ordenamientos existen medidas generales contra la elusión fiscal (tax avoidance, Steuerumgehung, fraude de ley).⁴⁵¹

En realidad la elusión fiscal considerada en un sentido amplio englobaría a todos aquellos supuestos en los que se evita o se reduce la Base del hecho imponible.⁴⁵²

Los supuestos de elusión fiscal que no son constitutivos de fraude a la ley tributaria pueden identificarse con la planificación fiscal legítima o la llamada economía de opción.⁴⁵³

El principal objetivo que se pretende con las normas anti elusión es la aplicación de la norma eludida sin embargo no todos los países llegan a los mismos resultados, por las mismas vías. Palao menciona la figura “del abuso de las posibilidades de configuración jurídica del parágrafo 42 de la Ordenanza Tributaria Alemana”; el frau legis, figura a la que se recurre en Holanda y España; el abus de droit francés, en el que se incluyen tanto la simulación, como, por obra del Consejo de Estado de una figura cercana al fraude de ley (abus de droit-fraude d'intention).⁴⁵⁴

451 Las medidas antielusion en la normativa interna española con proyección internacional; Felix Alberto Vega Borrego, Fiscalidad internacional CEF 2010 pag 945

452 Palao (2003a), pág. 82. “la norma antielusión del proyecto de la nueva lgt”; revista de contabilidad y tributacion; cef nº248.

453 Vid Palao (1977), pags 775 a 777, “La elusión fiscal mediante sociedades; Revista española de derecho financiero, nº 15 y 16; Calderón ((2000b); pags 195 a 198; “Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal; en García-Novoa/lopez Díaz: temas de derecho penal tributario; Marcial Pons; Madrid. y Vega Borrego (2003a) pags 98 a 101. “Las medidas contra el treaty shopping; IEF, Madrid

454 La norma antielusion en el proyecto de lanueva LGT, Palao (2003ª) pags 82 y 83. Para mayor de talle vid. Ward (1985), pag 68 y ss; Vogel (1977) pags 117 a 119 y Tohatgi (2002), pags 345 a 362. Revista de contabilidad y tributación CEF 207

A las anteriores, deben sumarse la jurisprudencia británica y el principio “substance over form” de la jurisprudencia norteamericana.

En definitiva estas medidas anti elusión constituyen un límite del derecho de contribuyente a configurar y planificar sus operaciones de la forma que él considere más conveniente y así reducir su carga fiscal.⁴⁵⁵

También lo que se pretende evitar es que una mera interpretación formalista de la ley tributaria permita eludir el pago del impuesto cuando el contribuyente utiliza un artificio.

No obstante hay que reconocer que la existencia de estas cláusulas anti elusión o anti abuso, encierra una cierta indeterminación y generan una inseguridad jurídica.⁴⁵⁶

Pero es el precio que hay que pagar para que la norma no sea burlada.⁴⁵⁷ Ello nos lleva a adoptar estas medidas con extremada cautela.

A veces el esfuerzo de la Administración para intentar aplicar la norma eludida, acreditando que se ha utilizado una vía inadecuada por el contribuyente, no se ve compensado, por el rechazo de los tribunales de las cláusulas generales debido a que no se han justificado suficientemente las razones por las que la conducta del contribuyente responde a los parámetros del fraude a la ley tributaria.⁴⁵⁸

455 Vogel (1997), pag 116. “On double taxation conventions; 3ª ed Kluwer law International; Londres, La Haya, Boston.

456. Graetz (2003) pag 500. “Foundations of International Taxation”; Foundation Press New York.

457. Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude de ley tributaria, crónica tributaria nº 98, Palao (2001) pag 132

458. Gollete (1999), pag vii y Vega Borrego (2003b), 406

Entonces el legislador para evitar las dificultades que entraña la aplicación de cláusulas generales contra la elusión fiscal, aborda la problemática mediante el establecimiento de unas cláusulas específicas para combatir aquellas conductas consideradas fraudulentas.

Estas medidas específicas tienen una serie de problemas por ejemplo su propia configuración no es fácil, lo que origina un incremento de la complejidad del ordenamiento, y después otro problema es que la eficacia de estas normas está limitado porque no sirven para combatir nuevos sistemas de elusión. Así pues el legislador ante las nuevas formas de elusión tratará de combatirlas con normas específicas, esto genera un fenómeno de acción-reacción, que complica extraordinariamente el sistema tributario⁴⁵⁹. Por ello no es conveniente confiar sólo al legislador la capacidad para luchar contra las nuevas formas de elusión fiscal, debiendo existir un instrumento general de lucha contra el fraude y la elusión.⁴⁶⁰

En el ámbito de los CDI también pueden tener lugar conductas de elusión fiscal, utilizando de forma abusiva el propio convenio con el objeto de beneficiarse del mismo y de reducir a su amparo el gravamen exigido por un estado. Ante esta situación podríamos preguntarnos, si los estados contratantes tienen la obligación de cumplir las condiciones del convenio. Pensamos que un estado podría oponerse a la aplicación de un convenio en base a cláusulas generales anti abusivas, y el otro podría negarse a su aplicación en base a cláusulas específicas previstas en su ordenamiento interno.

459.Herrera/Martín (2002), pág 22; "El fraude a la ley tributaria en el derecho español, en Serrano Antón/Soler Rocha; Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el derecho comunitario, IEF, Madrid

460 Palao (2000ª), pág 146. "El atolladero del Fraude de ley Tributaria; Revista de Contabilidad y tributación; CEF nº209/210.

Como conductas abusivas en la utilización de los convenios podemos referirnos, al treaty shopping y el rule shopping conductas tendentes a la reducción de la base imponible, ya que uno de los principales efectos de los CDI son la reducción de la carga impositiva en el país de la fuente⁴⁶¹.

El uso abusivo de los CDI también puede darse, en relación con la forma que una persona con derecho a beneficiarse del CDI emplea el mismo bien sea a través de estructuras circulares o de otro tipo más o menos artificial.

También se pueden mencionar como conductas anti elusivas la creación de sociedades base en territorios de baja tributación con el fin de remansar en esas jurisdicciones rentas obtenidas en otros estados. Los estados han reaccionado contra estas conductas con la transparencia fiscal internacional que tendremos ocasión de analizar más adelante, si bien se ha planteado la posible incompatibilidad de estas normas con los CDI⁴⁶² ya que aunque no supone un abuso de los convenios, si supone un comportamiento abusivo de los contribuyentes

4.1.5.2. Medidas anti abuso en los CDI.-

Un CDI tiene como objetivo fundamental evitar una doble imposición sobre las rentas obtenidas por las personas o entidades residentes en cada uno de los Estados signatarios del convenio. En otras palabras, un CDI persigue evitar que un exceso de imposición sobre esas rentas obstaculice los flujos de inversiones. Y este objetivo se consigue mediante un acuerdo, en forma de convenio internacional bilateral, que trata esencialmente de distribuir o repartir los ámbitos de las potestades tributarias de los res-

461 Martín Jiménez (2002), pag 112.uso abusivos de CDI vid, Van Weeghel (1998),pags 119 a 160;”Domestic anti-abuse rules and double taxation treaties;A spanish perspective part II;Bulletin for international Fiscal Documentación volume 56.

462Los comentarios al art 1 del MCOCDE 1992-2000 y 2003-2008 han examinado la incompatibilidad.

pectivos Estados, determinando qué hechos imponible pueden y deben ser gravados por cada uno de ellos.

Desde la perspectiva del ordenamiento español, un CDI es un tratado internacional que goza pues de la correspondiente supra legalidad que a los tratados internacionales confiere el artículo 96 de la Constitución española. Por lo tanto, un CDI forma parte imperativamente de nuestro ordenamiento jurídico sin que confiera derechos renunciabiles por los contribuyentes. Por el contrario, el CDI establece normativamente esa distribución de materias o hechos imponible entre las potestades tributarias de los dos Estados, al mismo tiempo que incorpora otras cláusulas generales de salvaguardia, como el principio de no discriminación, y crea mecanismos de cooperación entre las Administraciones tributarias.

España en sus convenios sigue, el modelo de convenio de la OCDE. De esta manera, este modelo de convenio, y los comentarios que de una manera tan decisiva lo completan, adquieren un doble valor interpretativo en nuestro ordenamiento:

a) Por una parte, desde la perspectiva del propio Convenio constitutivo de la OCDE, de 14 de diciembre de 1960, y a tenor de sus artículos 5º y 6º, el Modelo de Convenio es una recomendación con el valor de tal frente a los Estados miembros de la OCDE y signatarios de dicho convenio constitutivo, obligados por ello a seguir o tener en cuenta estas recomendaciones al negociar sus convenios bilaterales.

b) Por otra parte, el Modelo de Convenio y sus comentarios tienen indudablemente el valor interpretativo que a los trabajos preparatorios de los tratados internacionales

otorgan los artículos 31 a 33 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.⁴⁶³

Pues bien, en la llamada planificación fiscal internacional, los CDI aparecen como un elemento absolutamente decisivo. Suponiendo ese acuerdo entre dos Estados una distribución entre ellos de los ámbitos de sus potestades tributarias respectivas, un CDI va a suponer esencialmente lo siguiente a los efectos:

- a) Una reducción de la tributación en cada Estado sobre los dividendos, intereses, cánones y plusvalías obtenidos en ese Estado, como Estado en este caso de la fuente, por personas o entidades residentes en el otro Estado.
- b) Una delimitación del concepto de establecimiento permanente, reduciendo los supuestos en los cuales una empresa residente en cualquiera de los Estados puede llegar a tener un establecimiento permanente en el otro Estado.
- c) El establecimiento de un sistema para eliminar la doble imposición entre ambos Estados.

De esta manera, un CDI ente dos Estados determinados se convierte de inmediato en un instrumento decisivo en cualquier planificación o inversión internacional. En términos generales, ese CDI va a permitir a los residentes de un Estado reducir su tributación en el otro Estado, en cuanto a los dividendos, intereses, cánones y ganancias de capital, así como en cuanto a las rentas empresariales puras que sólo van a quedar

463 En concreto, el artículo 32 de este Convenio prevé que en la interpretación de los convenios se tengan en cuenta esos trabajos preparatorios, al mismo tiempo que su artículo 31 hace referencia a los acuerdos entre las partes relativos al tratado objeto de interpretación.

sometidas a tributación en el otro Estado cuando pueda entenderse con arreglo al CDI que un residente del primer Estado tiene en el otro un establecimiento permanente.

4.1.5.3. Las medidas anti elusión propias de los convenios de doble imposición

Los comentarios al artículo 1º del Modelo de Convenio de la OCDE

La red de convenios de un Estado resulta completamente decisiva en el tratamiento fiscal de sus inversiones en el exterior. Por este motivo, para los grupos multinacionales o para muchos operadores económicos puede resultar atractivo situar sus inversiones o determinadas actividades en un Estado, precisamente atendiendo a la red de convenios de ese Estado, llamado así a aparecer como Estado de residencia de las correspondientes entidades. Y por este mismo motivo, en el Derecho Fiscal Internacional ha existido siempre la preocupación por evitar que una entidad pueda beneficiarse de un CDI cuando ello iría en contra del espíritu de ese convenio y de las razones de política económica que justificaron su firma. Surge así en suma la problemática del abuso de convenio, del “treaty shopping” o del “improper use of de convention” según las distintas terminologías usadas para referirse a esta única realidad.

La expresión “treaty shopping” es de origen americano y surge del concepto “forum shopping”, empleado en el procedimiento civil de los EE.UU, tendiente a la búsqueda de aquella jurisdicción que el particular entiende más favorable a sus intereses a la hora de la sentencia o resolución de un litigio.

Esta preocupación ha estado siempre presente en los trabajos de la OCDE, concretamente en sus comentarios a distintos artículos del Modelo de Convenio, especialmente en los relativos al artículo 1º, así como en trabajos específicamente referidos a las “conduit companies” y “base companies”.

Los párrafos 7 y siguientes de los comentarios al artículo 1º del Modelo de Convenio estaban ya dedicados al “improper use of the convention” partiendo de la necesidad de evitar una combinación inadecuada de las ventajas fiscales del ordenamiento de un Estado con los derechos o “treaty benefits” de su red de convenios. En particular, los comentarios señalaban a aquellas entidades creadas con el propósito casi exclusivo de beneficiarse de una red de convenios, incluso mediante cambios de residencia.

De esta manera, el párrafo 10 aludía ya a las medidas anti elusión presentes en el Modelo de Convenio y en concreto a la cláusula de beneficiario efectivo contenida en los artículos 10, 11 y 12, en relación con dividendos, intereses y cánones, así como a la norma del artículo 17.2 respecto de las sociedades de artistas y deportistas.

En 2002 se incorporan dos párrafos nuevos como 10.1 y 10.2 para sugerir el posible uso en este terreno de dos instrumentos ya previstos en el Modelo de Convenio. En primer lugar, se alude a la posibilidad de cuestionar la residencia misma de las sociedades fruto del treaty shopping usando del artículo 4º y de la noción de sede de dirección efectiva (effective place of management), es decir, cuestionando que esas entidades tengan realmente esa sede en el país de su aparente residencia. Por otra parte, se apunta a la posible existencia de un establecimiento permanente de la sociedad matriz en el Estado de residencia de las sociedades filiales de este tipo.

A continuación, los nuevos comentarios del Modelo de Convenio se centran en las formas más habituales de entidades usadas en abuso de convenio, es decir, las llamadas “conduit companies” y “base companies”. Recordemos que de acuerdo con los propios informes de la OCDE acerca de estos tipos de entidades, las llamadas “base companies” son entidades constituidas desde la perspectiva de sus socios y con el fin de remansar rentas en una jurisdicción favorable evitando su tributación en el Estado de residencia último. Desde siempre, los Estados han tratado de luchar contra estas entidades por medio de medidas unilaterales y fundamentalmente a través de la llamada transparencia fiscal internacional.

Las “conduit companies” miran hacia el Estado de la fuente y tratan de obtener los beneficios de una red de convenios en cuanto a la reducción de los impuestos que gravan en ese Estado los dividendos, intereses, cánones o ganancias de capital, frente a la mayor tributación que soportaría el titular real o último de esas rentas de no mediar esa sociedad constituida para aprovechar inadecuadamente una determinada red de convenios. Las medidas anti elusión en los CDI han pensado tradicionalmente sobre todo en este tipo de formas de abuso de convenio.

Los comentarios que se introdujeron partían del modelo norteamericano puesto que ciertamente son los CDI de la red de los Estados Unidos aquellos que han venido recogiendo cláusulas anti abuso más completas. Los nuevos comentarios parten de las técnicas ya conocidas y concretamente de las tres siguientes:

a) “Look through provision”: que atiende preferentemente a la propiedad de la compañía por parte de personas o entidades no residentes en el Estado de residencia de aquella. Esta cláusula sería especialmente adecuada en tratados con Estados con regímenes fiscales de reducida tributación o respecto de entidades sin sustancia económica. Por supuesto, la OCDE se muestra ya preocupada en este caso por salvar aquellas situaciones en las que la entidad perjudicada por una norma de este tipo mereciera en realidad beneficiarse del CDI. De esta forma se ponen de manifiesto ya dos preocupaciones que van a ser constantes en estos nuevos comentarios: la mayor importancia del análisis desde la perspectiva de la sustancia económica de la entidad o de las razones económicas válidas de su existencia, así como la preocupación por evitar que estas cláusulas antielusión puedan llegar a suponer una injustificada inaplicación de un CDI frente a entidades que se han creado por tales razones económicas.

b) “Subject to tax approach”: que aparecería combinada con la anterior para excluir de la aplicación de un CDI a entidades controladas por no residentes respecto de rentas no sujetas a una tributación efectiva en el Estado de residencia de la compañía.

C) “The channel approach”: Que tiende a la función de la compañía como canal para conducir rentas desde el Estado de la fuente que realiza este control hacia un Estado de residencia último, eliminando esta cláusula los beneficios del CDI que se pretende aplicar por la entidad interpuesta. Los pactos y la financiación de la “conduit company” resultan decisivos para esta tarea.

Se introdujeron estas cláusulas en los comentarios de la OCDE insistiendo en su preocupación por evitar un efecto demasiado expansivo de estas normas y en su deseo de contrarrestarlas así con “bona fide provisions”. Para ello, se recomienda atender a los motivos económicos válidos y permitir a la entidad que acredite en su caso que no se ha constituido con el propósito principal de beneficiarse de un CDI. Igualmente, deberá tenerse en cuenta la actividad económica llevada a cabo por la entidad así como la carga fiscal soportada en el Estado de la residencia comparada además con la carga fiscal y los derechos derivados de un CDI a que esa entidad hubiera tenido derecho de ser residente en el Estado al que finalmente corresponderían esas rentas. Igualmente, se recomienda atender al carácter cotizado o no de sus acciones.

En este esquema, la influencia del modelo de Estados Unidos es especialmente evidente en el párrafo 20 de los comentarios al artículo 1º del Modelo de Convenio. Lo que este párrafo recomienda es la incorporación de una cláusula general de limitación de beneficios a los convenios bilaterales, cláusula cuya redacción se toma de las “LOB provisions” usualmente incluidas en los Convenios firmados por los Estados Unidos. Baste decir, pues, que esa cláusula descansa en la noción de “qualified person”, concepto que es aplicable a personas físicas, sociedades cotizadas o sociedades controladas por los anteriores. De esta manera, el CDI será de aplicación no simplemente a las personas residentes en uno u otro Estado sino a las personas residentes que además sean una “qualified person”. Por supuesto, además de los anteriores, podrá sostener la aplicación de un CDI una persona residente que desarrolle en ese Estado una actividad económica o lo haga en el Estado de la fuente, en los términos del párrafo tercero de la cláusula propuesta en los nuevos comentarios.

Los comentarios al artículo 1º terminan con un párrafo 21, destinado específicamente a los llamados “preferential tax regimes”, es decir, al análisis de las consecuencias que en la aplicación de un CDI tiene la existencia o aparición de regímenes de baja imposición para ciertas personas o entidades. Precisamente, para estos regímenes, este párrafo recupera el llamado “exclusión approach”. A estos efectos, se proponen varias posibles normas a incluir en convenios bilaterales, basadas siempre en la idea de excluir del campo de aplicación del CDI rentas sometidas en uno de los Estados a un régimen de baja imposición. No obstante, los comentarios combinan la idea de esta baja imposición con dos elementos adicionales como son la ausencia de sustancia económica para desarrollar las actividades que dan origen a esas rentas y, especialmente, la ausencia de un intercambio efectivo de información. En todo caso, para ciertas rentas, especialmente intereses, dividendos y cánones, se propone una norma de exclusión más amplia que atiende al mero propósito fundamental de beneficiarse del convenio y la ausencia de razones económicas válidas. Igualmente, por último, se da un tratamiento específico a la posible protección frente a cambios de la legislación interna de uno de los Estados que después de la firma de un CDI supongan un desequilibrio en el esquema de distribución de las potestades tributarias que el CDI significó entre los dos Estados signatarios.

Los comentarios a los artículos 10, 11 y 12 del Modelo de Convenio de la OCDE

En 2002 se introdujeron comentarios a los artículos 10, 11 y 12, en esta misma línea de evitar la utilización abusiva de un CDI. Obviamente, estamos en el terreno propio de las “conduit companies” al tratarse de las rentas sobre las que típicamente se proyecta la tributación en la fuente. Por lo tanto, las normas anti abuso han de tener presente sobre todo la utilización de sociedades instrumentales que sean un mero vehículo para eludir o minimizar la tributación en la fuente sobre estas rentas, a lo que incluso ya se alude en los comentarios al artículo 1º. En el terreno de estos artículos 10, 11 y 12, relativos, a dividendos, intereses y cánones, los comentarios aluden a dos cuestiones distintas:

a) En el caso del artículo 10, un nuevo párrafo 32.1 alude explícitamente a la cuestión de la afectación artificiosa de participaciones sociales a establecimientos permanentes para eludir la tributación en la fuente sobre aquellos, cambiando la naturaleza de estas rentas cuando se satisfacen a la casa central por ese establecimiento. En este sentido, se recuerda que un establecimiento permanente ha de suponer el desarrollo de una verdadera actividad económica sin perjuicio de que además las Administraciones tributarias puedan comprobar la verdadera afectación de esas participaciones.

b) Por otra parte, y esto es común a los tres artículos, los nuevos comentarios inciden en el significado de la cláusula de beneficiario efectivo. Ahora bien, esta exigencia de que el destinatario de estas rentas sea su beneficiario efectivo, para la aplicación de estos preceptos de un CDI, ha constituido una norma clásica anti elusión específicamente ceñida a las rentas de esta naturaleza. Por ello aludiremos luego a esta cláusula y a los comentarios del Modelo de Convenio.

Limitaciones a la aplicación del método de exención

Las medidas anti elusión concebidas en los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE se completan con una limitación propuesta a la aplicación del método de exención, en relación con el artículo 23 del Modelo de Convenio. En suma, la OCDE entiende que el método de exención en el Estado de residencia puede tener como justificación evitar la doble imposición teniendo en cuenta la tributación en el Estado de la fuente. Por ello, concretamente en el caso de dividendos e intereses, un régimen preferencial en el Estado de la fuente implantado después de la firma del CDI, podría ser razón para que el Estado de residencia alterara el método de exención por un método de imputación.

Siguiendo a Sanz Gadea, si tomamos en consideración los comentarios al artículo 1º del Modelo de Convenio, podemos constatar, en primer lugar, la preocupación por evitar que los convenios se conviertan en herramientas para el aprovechamiento de ventajas fiscales irregulares o, en general, para facilitar las prácticas nocivas tendentes

446

a la elusión fiscal, y, en segundo lugar, la referencia al número creciente de disposiciones que los países introducen en los convenios para evitar abusos y preservar los efectos de las disposiciones anti elusión de sus legislaciones internas. Los comentarios, sin embargo, no proporcionan soluciones definitivas, sino que se limitan a ofrecer a los países un conjunto de cláusulas anti elusión por si estiman pertinente incorporarlas a los convenios que negocien. Estas cláusulas, atendiendo a su finalidad, pueden ser divididas en dos bloques⁴⁶⁴:

— Dirigidas a evitar la utilización abusiva del convenio a través de sociedades instrumentales.

- Cláusula de transparencia.
- Cláusula de tránsito.
- Cláusula de beneficiario efectivo.

— Dirigidas a expulsar del ámbito de aplicación del convenio a entidades que tributan en régimen privilegiado.

- Cláusula de exclusión.
- Cláusula de sujeción.

Cláusulas dirigidas a evitar la utilización abusiva del convenio

Para entender estas cláusulas es conveniente describir las estrategias o maquinaciones a las que se enfrentan, a cuyo efecto vamos a seguir el informe "Los convenios de doble imposición y la utilización de las sociedades de tránsito" (OCDE 1987. Dos son las estrategias descritas: "direct conduits" y "stepping stone conduits".

⁴⁶⁴ Medidas antielusion fiscal, SanzGadea, IEF2009

Por la estrategia "direct conduits" una compañía residente en el país A recibe intereses, dividendos o cánones procedentes del país B, sin retención por aplicación del convenio entre ambos países. La compañía referida está dominada por una persona o entidad residente en el país C, que no tiene convenio con B pero sí con A. La renta obtenida por la compañía está exenta, y, adicionalmente, a causa del convenio entre A y C los dividendos que la misma distribuya no sufren retención. Es la conocida estrategia triangular, cuyo objetivo es evitar las retenciones respecto de las rentas distribuidas por la entidad residente en B.

La estrategia "stepping stone conduits" es un refinamiento de la anterior. La compañía residente en A no está exenta, pero no tributa efectivamente porque los ingresos recibidos se compensan por gastos (intereses, comisiones, servicios) satisfechos a otra compañía residente en el país D que sí está exenta, y, adicionalmente, a causa del convenio entre A y D los dividendos que la misma distribuya no sufren retención.

Ambas estrategias admiten diversas variantes, aunque su esencia es la misma: amparar las rentas pagadas en un convenio, o varios, respecto de las cuales el perceptor final de las rentas no tiene derecho. A juicio del Comité Fiscal de la OCDE "...el uso de convenios es incorrecto cuando una persona actúa a través de una entidad creada en un Estado fundamentalmente para obtener beneficios del convenio los cuales no serían directamente aplicables a dicha persona...".

En principio es el país de la fuente de las rentas el que resulta perjudicado por una estrategia como las descritas, pero también el país de la residencia, supuesto que tenga establecido, sea por ordenamiento interno o convenio, el método de exención de dividendos, puesto que las entidades intermedias o instrumentales pueden operar como transformadoras de cánones y otras rentas en dividendos.

La OCDE, propone las siguientes cláusulas para hacer frente a las estrategias anteriormente descritas:

- La condición de beneficiario efectivo.
- La cláusula de transparencia.
- La cláusula de tránsito.

Respecto de la cláusula de beneficiario efectivo, el informe de 1987 advierte que "... los artículos 10 a 12 del Modelo de Convenio (se refiere al de 1977) niegan la limitación de gravamen en el Estado de la fuente respecto de los dividendos, intereses y cánones si la compañía conductora no es beneficiario efectivo... Por lo tanto una compañía conductora normalmente no será contemplada como beneficiario efectivo si, aunque formalmente sea propietaria de ciertos activos, tiene muy reducidos poderes, lo que la convierten en una mera fiduciaria o administrador que actúa por cuenta de los verdaderos interesados (muy probablemente sus accionistas)...", pero el informe también añade que "... el hecho de que su principal función es poseer activos o derechos no es en sí mismo suficiente para calificarla como mera intermediaria...", y también que "... las nuevas normas del Modelo de Convenio de 1977 tratan las estrategias conductoras de una manera muy rudimentaria, expresando solamente una preocupación general en el sentido de que el uso impropio de los convenios debería ser evitado...".

La cláusula de transparencia (look-through approach), fue propuesta en el informe de 1987 y ha sido recogida, en los siguientes términos, por los comentarios al Modelo de Convenio de 1995: "Una sociedad residente de un Estado contratante no tendrá derecho a las desgravaciones impositivas previstas en el convenio respecto de cualesquiera rendimientos, ganancias de capital o beneficios, si su propiedad o su control se posee, directamente o a través de una o más sociedades cualquiera que sea su residencia, por personas que no son residentes de un Estado contratante."

La cláusula de transparencia es, ciertamente, muy enérgica, pero por ello puede conducir a excesos. Por tal motivo los comentarios precisan que "... la teoría de la transparencia parece tener un lugar apropiado en los convenios con países donde la imposición es nula o muy débil y en los que normalmente no se ejercitan o se ejercitan de

manera poco significativa actividades industriales o comerciales. Incluso en estos casos sería necesario modificar la disposición o reemplazarla por otra con la finalidad de proteger las actividades industriales o comerciales de buena fe..."

La cláusula de transito (channel approach), también fue propuesta en el informe de 1987, e igualmente ha sido recogida, en los siguientes términos, por los comentarios al Modelo de Convenio de 1995: "Cuando las rentas procedentes de un Estado contratante se obtengan por una sociedad residente del otro Estado contratante, y una o más personas no residentes de ese otro Estado contratante:

- a) Posean, directa o indirectamente o a través de una o más sociedades, cualesquiera que sea su residencia, un interés sustantivo en dicha sociedad, en forma de participación o de otro modo, y
- b) Ejercen directa o indirectamente, de forma individual o conjuntamente, la gestión o el control de la sociedad.

Cualquier disposición de este convenio que reconozca una exención o reducción impositiva no será aplicable si más del 50 por 100 de dichas rentas se utiliza para satisfacer obligaciones con dichas personas (incluidos los intereses, cánones, gastos de desarrollo, publicidad, primer establecimiento y desplazamiento, y amortización de cualquier clase de activos empresariales comprendidos los activos inmateriales y procesos productivos."

Al igual que en la cláusula de transparencia la OCDE advierte que "... los Estados que consideran la introducción de cláusulas de este tipo en sus convenios deben tener en cuenta que podrían afectar a operaciones empresariales normales y que deben, por consiguiente, cumplimentarse con una cláusula de buena fe..."

Cláusulas dirigidas a expulsar del ámbito de aplicación del convenio a personas o entidades que tributan en régimen privilegiado

Aunque estas cláusulas también pueden servir para hacer frente a las estrategias urdidas para utilizar indebidamente los convenios, tienen una finalidad diferente. En efecto, su objetivo es expulsar del ámbito de aplicación del convenio a las sociedades residentes en alguno de los dos Estados contratantes que tributan en régimen privilegiado.

La OCDE propone, a tal efecto, dos cláusulas:

- La cláusula de sujeción.
- La cláusula de exclusión.

La cláusula de sujeción (subject-to-tax-approach) fue propuesta inicialmente en el informe de 1987, y posteriormente recogida en los comentarios al Modelo de Convenio en los siguientes términos:

"Cuando las rentas procedentes de un Estado contratante se obtengan por una sociedad residente del otro Estado contratante, y una o más personas no residentes de ese otro Estado contratante:

a) Posean directa o indirectamente o a través de una o más sociedades cualquiera que sea su residencia, un interés sustantivo en dicha sociedad, en forma de participación o de otro modo, y b) ejercen directa o indirectamente, de forma individual o conjuntamente, la gestión o el control de dicha sociedad. Cualquier disposición de este convenio que reconozca una exención o reducción impositiva será aplicable solamente a las rentas sujetas a imposición en el Estado mencionado en último lugar con arreglo a las reglas generales de su legislación fiscal".

Debe notarse que la estructura de la cláusula de sujeción se construye de manera similar a la de tránsito. Por tanto no se aplica a todo tipo de sociedades, sino sólo a aquellas que están dominadas por personas no residentes en el Estado contratante en el que se hallan constituidas las mismas. A este respecto advierten los comentarios que

"...por determinadas razones, el Modelo de Convenio no recomienda una disposición general de este tipo...". La cláusula de exclusión (exclusión approach) también procede del informe de 1987, y los comentarios al Modelo de Convenio de 1995 la definen de la siguiente manera:

"Ninguna disposición del Convenio que reconozca una exención o reducción impositiva será aplicable a las rentas obtenidas o pagadas por una sociedad definida en la Sección... de la Ley... o en cualquier disposición similar establecida por... después de la firma del convenio."

De acuerdo con los comentarios al Modelo de Convenio este tipo de sociedades mantendrían la protección ofrecida por el artículo 24 (no discriminación) y a los beneficios del artículo 25 (procedimiento amistoso), y también quedarían sujetas al artículo 26 (intercambio de información).

Un efecto similar al de la cláusula de exclusión puede tener el requisito de sujeción a tributación para tener la consideración de residente contenida en el artículo 4.1 del Modelo de Convenio. Este requisito, que fue introducido por el Modelo de Convenio de 1977, dice así: "A los efectos de este convenio, la expresión residente en un Estado contratante significa toda persona que en virtud de la legislación de ese Estado esté sujeta a imposición en él por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga. Sin embargo esta expresión no incluye a las personas que están sujetas a imposición en este Estado exclusivamente por la renta que obtengan procedente de fuentes situadas en el citado Estado..."

En principio, la literalidad de la norma expulsaría del ámbito del convenio a la totalidad de las entidades residentes en los países que aplican el principio de territorialidad. Los comentarios, sin embargo, adoptan un criterio diferente, y en este sentido afirman que "... En sus términos y en su espíritu, esta disposición excluiría igualmente de la definición de residente de un Estado contratante a las empresas bajo control extranjero exentas de tributación en relación con las rentas de fuente extranjera en virtud de regí-

menes de favor concedidos para atraer a las compañías conductoras. Sin embargo esta disposición suscita dificultades y comporta limitaciones. Por consiguiente debe ser interpretada de manera restrictiva pues de lo contrario excluiría del convenio a todos los residentes de los países que aplican el principio de territorialidad, siendo así que, evidentemente, este no es el objetivo buscado...".

Finalmente, también los comentarios al artículo 1.0 del Modelo de Convenio consideran entre las normas que tienden a evitar la utilización abusiva de los convenios a la contenida en el artículo 17.2 a cuyo tenor "cuando las rentas de las actividades que un artista o un deportista ejerce personalmente y en tal calidad son atribuidas no al artista o deportista sino a otra persona, estas rentas son gravables, no obstante las disposiciones de los artículos 7, 14 y 15, es el Estado contratante donde las actividades del artista o deportista son ejercidas".

Cláusulas moderadoras

Los comentarios enuncian las siguientes:

a) Cláusula general de buena fe.

"Las disposiciones anteriores no serán aplicables cuando la sociedad pruebe que su objeto principal, la realización de su actividad empresarial y la adquisición o tenencia de las acciones u otros bienes de los que se deriven las rentas de que se trate, están motivados por razones empresariales válidas y en consecuencia no tienen como objeto principal la obtención de beneficios al amparo de este Convenio."

b) Cláusula de actividad.

"Las disposiciones anteriores no serán aplicables cuando la sociedad realice actividades empresariales sustantivas en el Estado contratante del que es residente, y la desgrava-

ción impositiva reclamada al otro Estado contratante se refiere a rentas relacionadas con dichas actividades."

C) Cláusula de cuantía.

"Las disposiciones anteriores no serán aplicables cuando la reducción impositiva que se reclama no exceda del impuesto aplicado por el Estado contratante del que la sociedad es residente."

D) Cláusula de cotización en bolsa.

"Las disposiciones anteriores no serán aplicables a una sociedad residente de un Estado contratante si la clase principal de las acciones de esa sociedad está admitida a cotización en un mercado de valores autorizado en un Estado contratante, o si dicha sociedad pertenece en su totalidad, directamente o a través de una o más sociedades siendo todas ellas residentes del primer Estado, a una sociedad que es residente del primer Estado y cuya clase principal de acciones está admitida a cotización de esa forma."

e) Cláusula de desgravación alternativa

"Cuando se trate de disposiciones anti elusión referidas a no residentes de un Estado contratante, puede establecerse que la expresión no se entenderá referida a los residentes de terceros Estados cuando esos Estados tengan convenio de doble imposición con el Estado contratante del que se reclama la desgravación impositiva y tales convenios reconozcan desgravaciones impositivas no inferiores a las que se reclaman al amparo de este Convenio."

4.1.5.4. Las cláusulas anti elusión en los CDI de España

Los CDI firmados por España han venido dando escasa atención a las cláusulas anti elusión de carácter general, a pesar de la filosofía que ha inspirado tradicionalmente esos convenios, bajo la cual España aparecía como un país receptor de capitales y de tecnología cuya tributación internacional estaría centrada en los dividendos, intereses y cánones pagados al exterior.

En la actualidad España ha rubricado 94 convenios para evitar la doble imposición. Estando en vigor 85 de ellos⁴⁶⁵; Siguiendo a García Prats podemos clasificarlos, en relación con las cláusulas anti elusión, en los siguientes grupos:

— Convenios que siguen el Modelo de Convenio de 1963. Estos convenios carecen, por regla general, de cláusulas anti elusión, tampoco contienen la regla de beneficiario efectivo ni restringen la condición de residente por razón de la exención de rentas de fuente extranjera. Estos convenios son los suscritos con Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Checoslovaquia, Dinamarca, Ecuador, Finlandia, Alemania, Japón, Marruecos, Holanda, Polonia, Suiza y la ex URSS.

— Convenios que siguen el Modelo de Convenio de 1977. Estos convenios contienen la regla de beneficiario efectivo, a los efectos de evitar el uso incorrecto de los mismos. También restringen la condición de residente por razón de la exención de rentas de fuente extranjera. Estos convenios son los suscritos con Argentina, Australia, Bolivia, Bulgaria, china, Francia, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Italia, Corea, Luxemburgo, México, Noruega, Filipinas, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia, Tailandia, Túnez, Reino Unido y Estados Unidos.

— Convenio con los Estados Unidos. El artículo 17 contiene las cláusulas de transparencia, de exclusión, de sujeción y de transito. También la regla de beneficiario efectivo (artículos 10, 11 y 12) y la restricción de la condición de residente por razón de la exención de rentas de fuente extranjera. En el protocolo Estados Unidos se reserva la

465 A fecha 17 de julio de 2015

facultad de aplicar a las sociedades residentes en España sus normas sobre "personal holding company tax" (secciones 541 a 547 IRC), excepto si "... durante el mismo (período impositivo) la totalidad de su capital pertenece a una o más personas físicas, en esa capacidad, que no sean residentes o ciudadanos de los Estados Unidos...". También se reserva la facultad de aplicar sus normas sobre "accumulated earnings tax" (sección 531 IRC), excepto si la entidad residente en España cotiza en un mercado secundario oficial. Nada se dice respecto de la "CFC Legislation".

— Convenio con Luxemburgo. La especialidad de este convenio es que contiene la cláusula de exclusión, respecto de "... las sociedades holding, definidas en la legislación especial luxemburguesa... a las rentas que un residente de España obtenga de acciones u otros títulos de sociedades similares...". La aplicación de esta cláusula suscitó un incidente respecto de las instituciones de inversión colectiva luxemburguesa.

— Convenios que contienen una cláusula que refuerza la regla del beneficiario efectivo. Estos convenios son los de Portugal, Bolivia, Irlanda, Bélgica e Israel. Esta cláusula se asemeja extraordinariamente a la que la OCDE denomina de transparencia. Así, por ejemplo, en el convenio con Israel se dice que "... una sociedad residente de un Estado contratante en la que los socios no residentes de ese Estados participen, directa o indirectamente, en más del 50 por 100 del capital social no tendrá derecho a los beneficios fiscales establecidos por el presente convenio respecto de los dividendos, intereses, cánones y ganancias de capital procedentes del otro Estado contratante. Esta disposición no será aplicable cuando dicha sociedad realice operaciones empresariales sustantivas, distintas de la simple tenencia de acciones o bienes, en el Estado contratante del que sea residente...". Estas normas se insertan en los protocolos.

— Convenios que expresamente se refieren a la aplicación de cláusulas anti elusión internas. Son los convenios con Dinamarca, Francia, Irlanda, Portugal, Rusia, Cuba, Noruega, Israel. Estas normas se insertan en los protocolos. El convenio con Francia, de 10 de octubre de 1995 (B.O.E. 12 de junio de 1997), permitía a Francia aplicar sus normas sobre transparencia fiscal internacional (artículo 209.B del Code) y subcapitaliza-

ción (artículo 212 del Code), y a España las normas sobre subcapitalización (antiguo artículo 16.9 Ley 61/1978 y actual artículo 20 Ley 43/1995).

En el convenio con Rusia ambas partes contratantes salvan la cláusula de subcapitalización, estableciendo que "... las disposiciones del artículo 24 (no discriminación) se entenderán sin perjuicio de la aplicación por cada Estado contratante de su legislación interna relativa a la subcapitalización...". Lo propio se hace en los convenios con Israel, Portugal, Dinamarca, Cuba y Noruega.

Inversamente, el artículo 11.6 del convenio con el Reino Unido establece la inaplicación de las normas de subcapitalización: "...Cualquier disposición legal de uno de los Estados contratantes en virtud de la cual los intereses pagados por una sociedad a otra se consideren como un dividendo o distribución, que no es deducible como gasto al calcular los beneficios sometidos a imposición en la sociedad pagadora, no se aplicará cuando los intereses se paguen a una sociedad residente en el otro Estado contratante que sea su beneficiaria efectiva. Esta norma no será aplicable cuando más del 50 por 100 del derecho al voto de la sociedad últimamente mencionada sea poseído, directa o indirectamente, por residentes del Estado mencionado en primer lugar...".

— En el convenio con Méjico, se salvan expresamente en el protocolo las normas sobre paraísos fiscales contenidas en la legislación interna.

— Convenio con Irlanda. Contiene una norma en el protocolo, semejante a la cláusula de sujeción, en relación con las ganancias de capital obtenidas por residentes irlandeses susceptibles de tributación en España, a cuyo tenor los beneficios fiscales del convenio en España sólo se aplicarán en la medida que Irlanda grave las rentas. La existencia de varios tipos de convenios en relación con las cláusulas antielusión plantea el problema de las técnicas a aplicar para evitar los abusos en relación con aquellos convenios más desprotegidos que, básicamente, son los concertados según el Modelo de Convenio de 1963.

Simplificando, los CDI españoles pueden clasificarse en tres grandes grupos a estos efectos:

a) En primer lugar, sin duda encontramos el CDI con Estados Unidos. Este convenio sigue el modelo americano en este campo y en consecuencia su artículo 17 incluye una cláusula de limitación de beneficios sin parangón en otros convenios firmados por España. De forma parecida a la recogida en la cláusula de limitación de beneficios cuya incorporación al Modelo de CDI de recomendación ahora por la OCDE, el artículo 17 del CDI con Estados Unidos parte de la reducción del campo de las personas o entidades residentes en un Estado que van a tener derecho a la aplicación del convenio. Únicamente, pues, las personas físicas, las sociedades cotizadas o las entidades dependientes de las anteriores, así como las que desarrollen efectivamente una actividad empresarial en el Estado de su residencia, van a poder invocar la aplicación del convenio. Junto a este principio, se incluye una cláusula general de buena fe, de forma que entidades no comprendidas en las categorías anteriores podrán invocar el convenio cuando prueben ante la Administración tributaria que su constitución o existencia no va dirigida principalmente a disfrutar del CDI.

b) El CDI con Luxemburgo, por su parte, contiene en su Protocolo una cláusula anti elusión realmente peculiar que, ha dado lugar a importantes problemas de aplicación.

El convenio no se aplica a determinadas sociedades holding de Derecho luxemburgués. Tampoco se aplica a las rentas que un residente en España obtenga de acciones u otros títulos de sociedades similares a tales entidades holding ni al patrimonio representado por acciones u otros títulos de participación en el capital de tales sociedades⁴⁶⁶.

⁴⁶⁶ *Se ha firmado un Protocolo que modifica el Convenio entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo el 10/11/2009 (BOE 31/05/2010) en el que modifica el suministro de información del art 27 del MC OCDE*

C) Finalmente, algunos convenios contienen cláusulas anti elusión del modelo look through provisión. Es decir, al menos respecto de ciertas rentas, se excluyen de la aplicación del CDI ciertas entidades controladas por no residentes, salvo que desarrollen una verdadera actividad empresarial en el Estado de la residencia o prueben que su constitución no obedece al propósito de invocar el CDI sino a motivos económicos válidos. En este sentido podemos encontrar este tipo de cláusulas en los Convenios con Israel (apartado tercero del Protocolo), Cuba (apartado 8 del protocolo), Portugal (apartado tercero del Protocolo), Noruega (apartado IV del Protocolo) y Rusia (apartado V del Protocolo).

Normas anti elusión peculiares aparecen, por último, también en algunos convenios. Así sucede en el CDI con Noruega, artículo 15 respecto de la subcontratación de mano de obra, en el CDI con Francia, artículo 6.5, respecto de sociedades inmobiliarias, o en este mismo sentido y precepto, en el CDI con México.

La cláusula de beneficiario efectivo

La llamada cláusula de beneficiario efectivo ha constituido siempre una medida anti elusión presente en los CDI y, en particular, en la mayoría de los convenios firmados por España. No obstante, los límites de esta norma distan de estar claros y la experiencia de su aplicación en España es realmente escasa.

Antes de nada, hemos de tener en cuenta que la cláusula de beneficiario efectivo tiene una perspectiva distinta en el Derecho anglosajón y en aquellos ordenamientos como el español que desconocen la distinción entre propiedad plena y beneficial ownership. Por esta razón, la propia redacción de la cláusula varía. Así, el Modelo de CDI, que responde a la tradición anglosajona, habla hoy de dividendos, intereses y cánones percibidos por quien es beneficial owner de tales rentas. En los convenios españoles, conforme a otra tradición, no se alude a una forma de propiedad sobre esas rentas sino al hecho de que su preceptor sea su beneficiario efectivo, no el último beneficiario.

A partir de aquí, la gran discusión teórica ha versado acerca del alcance de esa expresión y concretamente si la misma atendería a una noción económica pura que permitiría incluso una especie de levantamiento del velo de ciertas entidades para determinar quién es el beneficiario económico último de las rentas obtenidas por aquéllas. A la vista de los comentarios de la OCDE y de la propia expresión utilizada, no parece que sea ese el alcance de la cláusula que atendería más a las características de las relaciones contractuales entre las partes que a la realidad económica subyacente, sin ninguna pretensión de levantamiento del velo. Ello es más cierto porque, aunque las cláusulas generales anti conduit companies y la de beneficiario efectivo se sitúan en el mismo terreno, responden a pretensiones diferentes, siendo aquellas las que delimitan los supuestos de esa especie de levantamiento del velo y la de beneficiario efectivo la que atiende al título jurídico en virtud del cual el perceptor de la renta la obtiene.

En esta línea, los comentarios de la OCDE ceñían la aplicación de la cláusula a aquellos supuestos en los cuales el perceptor de la renta actuase como un puro agente o “nominee” del “beneficial owner”, lo que aproxima la cláusula al terreno de los “trusts” y figuras similares del Derecho anglosajón.

Los comentarios tratan de ampliar el ámbito de esta norma, ligándola a la idea de las “conduit companies” de forma que una entidad no podría invocar un CDI cuando actuase como una pura intermediaria entre el Estado de la fuente y un tercero que fuese quien obtuviese realmente esa renta. En particular, esa entidad intermedia o interpuesta no podría ser considerada como beneficiaria efectiva si, a pesar de su titularidad formal, tuviese una limitada o estrecha capacidad o poder de actuación lo cual la convirtiera en un mero administrador o fiduciario actuando por cuenta de un tercero. No obstante, a pesar de la ampliación del ámbito de la norma que esta redacción supone, no parece que la misma permita atender al beneficiario económico último de rentas obtenidas por sociedades con autonomía y sustancia. La ampliación del ámbito de la norma lleva está más allá del campo de los agentes o nominees pero situándola siempre sobre las condiciones en las que la renta se percibe y no sobre los intereses económicos subyacentes a la propiedad de la entidad perceptora.

Recordemos, finalmente, que en la práctica tributaria española la cláusula de beneficiario efectivo ha tenido una aplicación escasa. Buena prueba de ello es incluso la Resolución del TEAC de 22 de septiembre de 2000 (R.G. 6294/96; R.S. 974-96), relativa al pago de derechos de autor por la Sociedad General de Autores de España. En esta resolución, el TEAC niega la posibilidad de que entidades de gestión de derechos de autor de otros países puedan invocar los Convenios de Doble Imposición de los Estados de su residencia, por entender que tales entidades no son realmente las preceptoras de esos derechos que corresponden a los autores titulares en última instancia de los mismos. El TEAC basa sin embargo su criterio en esta mera circunstancia, sin aludir al significado en este mismo campo de la cláusula que analizamos.

Existen actualmente alrededor de 20 convenios firmados con España como el de Bélgica, Irlanda y Portugal, que contienen dicha cláusula, ya que las empresas beneficiarias tienen más del 50% de partícipes no residentes, en este caso no se aplicaría el Convenio, salvo que se demostrara que la empresa ubicada en el otro estado contratante tenía una actividad real y que no era su objetivo la elusión de impuestos.

Recientemente se ha planteado una discusión, relacionada con la “Discussion Draft” de la OCDE de 29 de abril de 2011 respecto a la aplicación de los beneficios de un tratado a una sociedad del otro estado contratante que no cumple con los requisitos establecidos en el propio tratado mediante la aplicación de una cláusula de limitación de beneficios.

Otras medidas recogidas en MCDI de la OCDE

Verdadera cláusula antielusión es la recogida en cambio en el artículo 17.2 del Modelo de Convenio. Como es sabido, este apartado permite al Estado en cuyo territorio se desarrolla la actuación de un artista o deportista, gravar tales rentas aunque éstas correspondan legalmente a una sociedad o un tercero en cuya sede tales rentas deberían calificarse de rentas empresariales. En suma, la norma levanta el velo de esa sociedad

y atiende a la naturaleza última de la renta, como renta de una actividad artística o deportiva, a fin de preservar precisamente la tributación en la fuente de esa renta, con independencia de que el artista o deportista no aparezca contratando su actuación y esa contratación se lleve a cabo a través de una entidad o un tercero.

4.1.5.5. Las normas generales anti elusión del derecho interno y el abuso de convenio

Los propios comentarios al artículo 1º del Modelo de Convenio reflejan esta convivencia en sus párrafos 22 y siguientes, aludiendo a las cláusulas generales anti abuso propio del Derecho anglosajón, resumidas en el principio “substance over form” y en las normas de transparencia tipo “sub part F”.

Tras aludir a las discrepancias doctrinales y entre los Estados de la OCDE acerca del alcance que pueden tener este tipo de normas cuando afectan a la aplicación de un CDI, los Comentarios admiten que tales normas son aplicables para decidir a su vez la aplicación de un CDI, sin necesidad de que éste último lo haya previsto o admitido expresamente. Esta afirmación es incluso válida a los efectos de evitar la elusión fiscal por medio de “base companies” o “conduit companies”. No obstante, la aplicación de esas normas nunca debe suponer una inaplicación encubierta de un CDI; es decir, esas normas nunca deben ser instrumento que permita a un Estado incumplir sus obligaciones de acuerdo con un CDI. En particular, terminan señalando los comentarios, la ausencia de doble imposición, como base del espíritu de un CDI, debe mantenerse y ello debe ser así en particular cuando una sociedad desarrolla una actividad económica real o con verdadera sustancia en el entorno económico propio del Estado de su residencia.

Las normas generales anti elusión del Derecho tributario español son las contenidas en los artículos 15 y 16 de la LGT. No presentan, inicialmente, ningún problema de compatibilidad con un CDI, al limitarse a recoger principios generales de cualquier ordenamiento tributario, principios vinculados a la idea de la coherencia entre el tratamiento

de un negocio jurídico y la verdadera naturaleza de los negocios realizados entre las partes. Estas no pueden pretender que prevalezcan frente a la Administración tributaria apariencias creadas por ellas con el único o primordial fin de reducir su carga fiscal.

Si los artículos 15 y 16 de la LGT no presentan especiales dificultades a la hora de su aplicación en relación con la de un CDI, el antiguo artículo 24 de la LGT, que recogía el tratamiento del fraude de ley en materia tributaria, si ofrecía alguna peculiaridad. El fraude de ley tributario suponía un intento de corregir situaciones límite en las que la integridad del ordenamiento tributario planteaba un problema cuya solución exigía una técnica de aplicación de dicho ordenamiento distinta de la ordinaria resultante de las reglas comunes de interpretación jurídica, del principio de calificación o del tratamiento de la simulación. En tal caso, el fraude de ley surgiría cuando el contribuyente realizara actos o negocios al amparo del texto de una norma, eludiendo la aplicación de otra, en contra de los principios inspiradores del ordenamiento tributario, sin que por supuesto la primera norma o norma de cobertura de amparo suficiente a la pretensión del contribuyente. Como es sabido, por otra parte, la declaración de la existencia de fraude de ley exigía en el Derecho tributario español, la tramitación y resolución de un expediente específico que acarrearba la exclusión de cualquier sanción, sin perjuicio de los intereses de demora indemnizatorios que procedan.

4.1.5.6. Compatibilidad de las cláusulas internas generales y específicas anti elusión y los CDI

4.1.5.6.1 Opinión de la doctrina y la jurisprudencia sobre la compatibilidad de las cláusulas anti elusión y los CDI

La doctrina ha manifestado en diversas ocasiones que estas medidas no suelen estar autorizadas expresamente en los convenios normalmente, por lo que sí el convenio no autoriza expresamente estas cláusulas internas podría mantenerse que los estados no podrían negar la aplicación del CDI a un sujeto que tiene derecho a ello, a pesar de que su conducta sea reprobable desde el punto de vista del fraude a la ley,” business pro-

pose” etc. , En este sentido en 1986 la OCDE amparándose en el principio “pacta sunt servanda”, defendía que debería aplicarse el régimen del convenio aunque pueda considerarse que el sujeto lo está utilizando de manera abusiva.(467)

Los CDI son tratados internacionales de acuerdo con los Art. 26 y 27 de la convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, una vez que entran en vigor obligan a las partes que lo suscriben a cumplirlos de buena fe. Así pues podríamos llegar a la conclusión que las normas internas en materia de fraude suponen un incumplimiento del convenio si se aplican cuando no lo autoriza expresamente el convenio. (468) Por lo tanto los estados no estarían actuando de buena fe en la interpretación de un tratado cuando admiten la aplicación del fraude de ley. El derecho internacional público, consagra el principio de prohibición de abusos de tratados. (469)

El principio es aceptado en la mayoría de los estados, es normal la existencia de cláusulas generales anti elusión, similares a las contenidas en nuestra LGT Art. 24 de la LGT de 1963 y en el Art. 15 de la LGT de 2003. Por ello podría admitirse la aplicación de estas normas generales, aunque no se mencionen específicamente en el convenio, esta es también la postura de la OCDE. Pero el problema es que no hay uniformidad de este

467 Párrafo 23 Del informe *Double taxation Conventions and the Use of Conduit Companies* en OCDE (1997); “*The Business purpose test and abuse of rights British tax review* nº 2.

468 Ward (1995) pags 178 y 179 ,menciona algunas resoluciones de la corte internacional de la Justicia. Según Ward el principio *pacta sunt servanda*, recogido en el Art. 26 de la CVDT, exige que los tratados se cumplan de acuerdo con los principios de la buena fe, por lo que ello impediría el abuso de derecho.. Por lo que concluye que la prohibición del abuso de derecho constituiría un principio de derecho internacional que debería ser tomado en cuenta en la interpretación de los tratados

469 Martin Jimenez (2002), pag 123.; “*Las medidas, anti-elusivas/anti-abuso internas y los convenios para la eliminación de la doble imposición; en Serrano Antón/Soler Rocha; Las medidas anti abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y en su compatibilidad con el derecho comunitario; IEF, Madrid.*

tipo de normas, y ello podría dar lugar a situaciones dispares, perjudicando el objeto de los convenios que es evitar la doble imposición internacional. (470)

Por ello algunos autores defienden la aplicación de las cláusulas generales anti elusión frente al convenio, sólo cuando las normas previstas en los estados signatarios coinciden.⁴⁷¹

Bocel dice que convendría hacer un esfuerzo interpretativo de los convenios, para evitar que conductas anti elusivas pudieran tener amparo en el convenio frente a las normas generales, para ello propone como parámetro el principio (substance over form) que a su juicio constituye un principio de derecho internacional. (472)

Por último hay que reconocer que existen reticencias a nivel internacional, a la hora de aplicar las normas internas de los estados en estas materias frente a los convenios fir-

470 Podemos citar como ejemplo un caso, Comentado por Van Weeghel (1996) Pág. 10 y SS; "Abuse of tax treaties. European Taxation nº1. Sobre una operación realizada por una sociedad en EEUU con respecto a las participaciones que tenía en una sociedad residente en los Países Bajos para conseguir la tributación como ganancia patrimonial de los dividendos repartidos mediante la venta y la recompra de las participaciones y así eludir el impuesto en la fuente autorizado por el convenio. Bajo la calificación de ganancia patrimonial, sólo el estado de residencia es competente para someter a tributación. El estado holandés señaló que al existir un CDI no era posible aplicar la norma en materia de fraude de ley para que la operación tributara como dividendos. En cambio en EEUU, bajo la norma interna en esta materia la sociedad tributó como si hubiera obtenido dividendos y no como una ganancia patrimonial. Ward (1995), pag 181.

471 Vid lucas Durán (2000), nota 378; "La tributación de los dividendos internacionales" Lex Nova, Valladolid.

472 Vogel (1997), pags 122 a 125 y (1994), pags 90 a 94; "On double taxation Conventions; 3ª edition; Kluwer Law International; Londres-La Haya-Boston.

mados, por lo que sí el convenio no lo expresa específicamente, la doctrina sólo admite su aplicación en circunstancias excepcionales. (473)

La doctrina considera que lo conveniente es abordar el problema en la fase de la elaboración de las normas es decir introduciendo medidas específicas en el propio convenio. Así pues Uckmar mantiene que “las disposiciones detalladas comprendidas en los CDI parecen representar el medio más apropiado para resolver el problema. (474)

Por lo que consideramos que si bien lo más conveniente es incluir dentro del propio convenio las cláusulas anti elusión y que sean conocidas y firmadas por los signatarios del mismo, no es menos cierto que no se puede confiar todo al legislador “convencional” ya que es necesario un instrumento general de reacción para luchar contra los siempre renovados esquemas de elusión fiscal. (475)

4.1.5.6.2 Opinión de la OCDE acerca de la compatibilidad de las cláusulas anti elusión y los CDI

El párrafo 7 de los Comentarios al Art. 1 del MCOCDE señala que el propósito de los CDI es promover mediante la eliminación de la doble imposición internacional, el intercambio de mercancías y servicios y el movimiento de capitales y personas, pero del mismo modo indica que los CDI no deberían facilitar la elusión y la evasión fiscal.

473 Vid Palao (1977), pag 776; “La elusión fiscal mediante sociedades” Revista española de derecho financiero, nº 15/16.

474 Uckmar (1983), pag 184, “Elusión fiscal y evasión fiscal”; Cahiers de droit fiscal international, volumen LXVIIIa Kluwer, Deventer.

475 Essers en IFA (2001^a) pag 60 mantiene que debe ser la propia OCDE la que formule una cláusula general en el modelo de convenio

La posición de la ONU es prácticamente igual que la de la OCDE al respecto, así pues los comentarios que se proponen en el Art. 1 del MCONU son prácticamente iguales a los del MCOCDE 2003-2008.

Bien es cierto destacar que la posición de la OCDE ha experimentado un cambio notable en estos últimos años apartándose de una posición formalista inicial hasta llegar a la posición actual defendida en el Art. 1 de MCOCDE de 2003-2008.

Podríamos distinguir cuatro fases en el posicionamiento de la OCDE.

1. El MCOCDE 1977 adopta una postura formalista en relación con las cláusulas anti abuso internas en el contexto de los CDI sobre todo en los supuestos de treta shopping, (476) de tal manera que solo se admitían las cláusulas anti abuso en el caso de que expresamente se permitieran en el convenio.

2. En la década de los ochenta, la OCDE elabora cuatro documentos sobre

a) Sociedades conductoras, en el que se aborda el problema de la aplicación de los convenios en las estructuras de treta shopping. Al principio la posición de la OCDE en esta materia era absolutamente formalista y en virtud del principio pacta sunt servando, se tendría que aplicar el tratado en los terminados signados. , Aunque se sepa que el sujeto pasivo está utilizando abusivamente el convenio.

b) Sociedades base, este informe se refería a las operaciones en que un contribuyente constituía una entidad en un territorio de baja tributación con el objeto de remansar

476 *Martín Jiménez (2002) pag 123.;"Las medidas, anti-elusivas/anti-abuso internas y los convenios para la eliminación de la doble imposición; en Serrano Antón/Soler Rocha; Las medidas anti abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y en su compatibilidad con el derecho comunitario;IEF,Madrid.*

en ella los rendimientos. El contribuyente así consigue eludir el pago de rendimientos en el país de residencia. (477)

Los estados han venido combatiendo estas conductas o bien con cláusulas generales como el fraude de ley o bien mediante la aplicación de la transparencia fiscal internacional.

Como vemos ya en los años ochenta se parte del formalismo del MCOCDE 1977 para permitir las normas unilaterales anti abusivas de los estados, aunque no estuvieran expresamente autorizadas en el convenio.

c) La subcapitalización; en este informe, admiten la aplicación de la norma interna en estas materias, siempre y cuando respeten el principio de independencia del Art. 9 del MCOCDE, en realidad este tipo de normas encuentran su cobertura en el mencionado Art. 9 del MCOCDE que trata de salvaguardar el principio (arm's length principle).

d) El treaty override. (478). Este informe de 1989 se muestra reacio a la aplicación de las normas internas en el seno de los CDI, que lo admite si existe un consenso internacional en la materia, y si no lo hubiera opta porque habría que renegociar el convenio.

3. El tercer momento sería el MCOCDE 1992 que incorpora parte de las conclusiones de los informes de 1986, sobre sociedades base y conductoras

Según Martín Jiménez los principios generales recogidos en los párrafos 23 a 26 del Art. 1 hacen referencia:

477 Vid. Vega Borrego (2003a) pags 50 a 52.; "Las medidas contra el treaty shopping" IEF, Madrid

478 OCDE (1977).

A que en base al principio sustancia sobre forma hace que no tengan que ser confirmados expresamente para cada CDI.

Es necesario que exista una prueba evidente del uso abusivo del CDI para aplicar las normas internas

Cabría admitir para evitar el uso impropio de los convenios la transparencia fiscal internacional y otras medidas, pero que no generen doble imposición, porque sino prevalecería la protección que le otorga el CDI.

No se pueden aplicar las medidas anti abuso a actividades de producción, de provisión de servicios o de comercio de sociedades con actividad industrial o comercial real cuando estas actividades están vinculadas con el estado donde son residentes y no se sospecha exista elusión fiscal (tax avoidance), siempre y cuando el nivel de imposición sea comparable con el del estado de residencia.

4. La última etapa es la del MCOCDE 2003-2008 en la que se elimina cualquier ambigüedad en cuanto a la posibilidad de compatibilidad de normas internas anti abuso con el MCOCDE.

No obstante la OCDE nos dice que lo deseable es combatir la evasión o elusión con normas específicas anti abuso en los CDI, así pues en su Art. 1º el MCOCDE propone medidas tendentes a evitar el treaty shopping.

No se puede afirmar con carácter general y absoluto que todas las medidas anti elusión sean compatibles con los CDI, para cada caso habrá que hacer un análisis de las circunstancias concurrentes.⁴⁷⁹

479 Así pues y a título de ejemplo el CDI Costa Rica-España (2004, Apdo. I del protocolo) parece asumir la posición de los Comentarios de la OCDE 2003-2008 al señalar “que las disposiciones de este convenio no impedirán la aplicación, por parte de los estados

Aunque siempre serán las cláusulas generales aplicables cuando se aprecie claramente en el contribuyente una conducta abusiva. Pero claro el problema es que no todos los estados consideran igualmente lo que es una conducta abusiva. De hecho, el párrafo. 9,5 de los Comentarios al Art. 1 del MCOCDE reconoce que no es fácil determinar de antemano lo que se entiende como conducta abusiva, indica posteriormente algunos criterios a tener en cuenta para considerarla abusiva.

Por ello es conveniente que cuando un estado considere la conducta de un contribuyente como abusiva, actúe de forma coordinada con el otro estado contratante para intentar evitar actuaciones divergentes. (480). Podemos citar al Convenio España – Cuba (1999)⁴⁸¹

Pistone propone un modelo de convenio de la Unión Europea, que entre otros aspectos, incluiría una norma general contra el fraude a la ley general tributaria. Así pues se debería establecer un concepto unitario de fraude de ley.

Los Estados han formulado un buen número de observaciones, respecto a la admisibilidad de las cláusulas anti abuso, y así Bélgica se muestra contraria al parafo 23 de los

contratantes, de cláusulas tendentes a evitar el abuso en la aplicación del convenio previstas en sus respectivas legislaciones internas.

480 Martín Jiménez (2002) pag 110. .; "Las medidas, anti-elusivas/anti-abuso internas y los convenios para la eliminación de la doble imposición; en Serrano Antón/Soler Rocha; Las medidas anti abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y en su compatibilidad con el derecho comunitario; IEF, Madrid.

481 En su Art. 9 del Protocolo se autoriza a las autoridades competentes de los Estados parte a que de común acuerdo, denieguen los beneficios previstos en el convenio, a una determinada persona o a una determinada transacción cuando consideren que en determinadas circunstancias el objetivo de dicha persona o transacción sea el de obtener ventajas fiscales. En realidad este convenio solo prevé una autorización para denegar los beneficios del convenio en los supuestos de fraude de ley.

Comentarios al Art. 1º del MCOCDE 2003-2008 porque estima que las normas de transparencia fiscal no son compatibles con la aplicación de los CDI. Por su parte Irlanda, considera que no puede afirmarse sin más que esa compatibilidad existe. Para este estado solamente puede llegarse a una respuesta afirmativa o negativa, tras examinar la configuración particular de estas normas y como inciden sobre los CDI que resulten aplicables.⁴⁸² Para Luxemburgo tampoco puede afirmarse que las normas internas anti abuso sean sin más compatibles con los CDI. Cuando el Convenio no establece una norma que autorice expresamente su aplicación, las mismas solamente podrían aplicarse si se acude previamente al procedimiento amistoso.⁴⁸³ La posición de Holanda se acerca a la de Irlanda, es decir que habrá que analizar cada caso para poder llegar a una conclusión al respecto.⁴⁸⁴ Portugal se opone a todas las consideraciones que los Comentarios realizan sobre la relación entre las normas internas anti abuso y los CDI porque su ordenamiento les otorga un rango superior respecto a la legislación interna. Finalmente para Suiza, las normas internas para evitar el uso abusivo de los CDI deben adecuarse a los propios CDI, especialmente cuando estos abordan esta cuestión en su propio articulado.⁽⁴⁸⁵⁾

Los Comentarios al MCOCDE señalan que la compatibilidad de estas normas existe incluso cuando los convenios no se pronuncian expresamente en este sentido, bien para autorizar su aplicación o bien para aclarar cómo se aplican las normas sobre transparencia fiscal internacional en el contexto de los CDI. Sanz Gadea defiende la conveniencia de que se prevean en los CDI disposiciones en este sentido para facilitar su aplicación y respetar del mismo modo las obligaciones derivadas del CDI.

482 (vid para.27, 5MCOCDE 2003-2008).

483 (vid para.27.6 MCOCDE 2003-2008).

484 (vid para. 27.7 MCOCDE 2003-2008.)

485 Suiza desde 1962 tiene normas contra el treaty shopping. Vid Vega Borrego (2003ª), pag 192 a 194.

Los convenios españoles si bien en un primer momento no se preocupaban de esta cuestión, progresivamente lo están haciendo, incluyendo cláusulas que salvaguardan la aplicación de las normas españolas sobre transparencia fiscal internacional en el contexto de los CDI. (486)

El CDI Francia-España admite expresamente la aplicación de las normas francesas sobre transparencia fiscal internacional. Según Martín Jiménez, esta autorización procedería admitirla, por razón de reciprocidad para las normas españolas.

Si analizamos a nivel internacional las medidas internas adoptadas por los diversos países, para evitar el uso de convenios internacionales por residentes en terceros países, con excepción de los casos de Suiza y Estados Unidos, la normativa fiscal nacional del resto de los países no contiene en general normas anti elusión. A este respecto se suelen aplicar, con dificultad, las normas generales para evitar la evasión o la elusión fiscal. En los países con tradición jurídica anglosajona prevalece la capacidad de las autoridades fiscales para determinar cuándo una transacción es consecuencia de razones comerciales justificables o, por el contrario, cuando se pretende exclusivamente obtener, con ánimo elusor, ventajas de un convenio fiscal.

4.1.5.7. La jurisprudencia en España ante la admisibilidad de la validez de las normas anti elusión internas

Podemos citar dos sentencias recientes del TEAC donde se aplican las normas internas anti elusión para evitar el uso abusivo de los Convenios.

486 En un primer momento, solo estaba esta cláusula en el CDI Francia-España (1995, art 16ª del Protocolo). Por el contrario, en un buen número de los CDI recientes se ha incluido este tipo de cláusulas. Son CDI Bosnia-España (2008, art III.iii del Protocolo), CDI Jamaica-España (2008, art IV.D del Protocolo), CDI Moldavia-España (2007, art I.c del Protocolo), CDI Nigeria-España (2009, art I.3 del Protocolo), y CDI Suiza –España (1966/2006, art I.iii del Protocolo).

En el primer caso, no procede la exención del artículo 13.1.g) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (Ley 41/1998) a los beneficios distribuidos por una sociedad filial residente en España a su matriz residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, ya que no se ha acreditado que la titularidad de la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz corresponda a residentes en la Unión Europea.⁴⁸⁷

En el segundo caso procedía la retención por los dividendos repartidos a la no residente, según el CDI aplicable, ya que era mero sujeto interpuesto de la matriz inglesa, constituida, por lo tanto, sin motivos económicos válidos. No era aplicable el régimen filial/matriz establecido en la Directiva 90/435/CEE, pues la entidad inglesa se limita a jugar un papel instrumental para que un inversor no residente en la Unión Europea pueda acceder a la exención derivada de dicha Directiva, circunstancia que pretende evitar la cláusula anti abuso del artículo 13.1.g) de la Ley 41/1998 LIRNR aplicada por la Inspección, cuya actuación debe confirmarse afirmando que la exención de los dividendos pagados desde España no es procedente. La conducta del obligado tributario fue culpable, a la vista de las circunstancias expuestas, por lo que se declara conforme a derecho la sanción impuesta por infracción tributaria grave, con aplicación retroactiva de la Ley 230/1963 General Tributaria por ser más favorable, conforme a lo previsto en el artículo 88.3 cuantificada al 50% y aplicando un incremento de 25 puntos porcentuales por ocultación conforme a lo previsto en el artículo 82.1.d) de la citada Ley, lo que implica un total del 75%. ⁴⁸⁸

⁴⁸⁷ (TEAC 14-06-2007)

⁴⁸⁸ (287 TEAC 28-9-09)

4.1.6. El motivo económico válido en el sistema fiscal y el uso de los paraísos fiscales.

El motivo económico válido es un concepto jurídico nuevo, de reciente incorporación en nuestro Derecho tributario interno, que tiene su origen en el derecho comunitario y que con la aplicación de las Directivas, sobre todo, de la Directiva 90/434/CEE, se ha ido expandiendo por el IS y el IRNR. Es un concepto íntimamente relacionado con el conflicto de aplicación de las normas y el fraude de ley.

La característica esencial es que, generalmente, el concepto aparece vinculado a operaciones fiscales internacionales, con la excepción de las operaciones nacionales de reestructuración empresarial, a las que resulta aplicable el artículo 96.2 de la LIS.

Su delimitación conceptual abierta, la aplicación caso por caso, la carga de la prueba y la sanción inherente han originado una amplia jurisprudencia y doctrina, especialmente, en el ámbito de las reestructuraciones empresariales. (489)

4.1.10.1. En el Impuesto sobre Sociedades

En relación con las operaciones de reestructuración empresarial, artículo 96.2.

La Ley 29/1991, de 16 de diciembre, fue la primera ley que incorporó al ordenamiento jurídico interno las normas contenidas en la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones. En dicha Directiva, en su artículo 11, se establece una medida anti abuso aplicable por los Estados miembros de tal forma que un Estado podrá negarse a aplicar el régimen fiscal favorable de la Directiva cuando la operación “tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una

489 Cordon Ezquerro, Teodoro: *Los motivos económicos validos en el I. de Sociedades y en el I. sobre no residentes; Crónica tributaria boletín de actualidad 5/2012 IEF.*

de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectuó por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal” .

Así, la Ley 29/1991, dentro del Título I “ Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores”, en su artículo 16.2 trasladaba el artículo 11 de la Directiva en los siguientes términos: “Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 1º, se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen tributario establecido en el presente Título y se procederá por la Administración a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos, con las correspondientes sanciones e intereses de demora”.

Aunque ambos textos no son coincidentes, sobre todo porque en la Ley 29/1991 no se hace mención expresa a los motivos económicos válidos, conviene recordar que para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), en su sentencia de 17 de julio de 1997, (asunto C-28/95, Leur-Bloem), a falta de disposiciones más precisas relativas a la aplicación del artículo 11 de la Directiva 90/434/CEE, corresponde a los Estados miembros determinar las modalidades necesarias al objeto de aplicar esa disposición, así como los procedimientos internos necesarios para comprobar que las operaciones económicas no se hayan efectuado por motivos económicos válidos, respetando el principio de proporcionalidad.⁴⁹⁰

490 La Audiencia Nacional, en sentencia de 26-02-2004, señaló que “la exclusión de la normativa contenida en la Ley 29/1991, en base a una presunción relativa a que la fusión se realizase con fines de fraude o evasión fiscal, al amparo de lo establecido en el artículo 16.2 de la LIS, ha de estar plenamente acreditada por la Administración, enervando la finalidad organizativa o comercial en la que se fundan las decisiones empresariales de esta índole, sin que pueda confundirse con el aprovechamiento de determinadas ventajas fiscales mediante los mecanismos tributarios previstos”.

Posteriormente la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del nuevo Impuesto sobre Sociedades, dentro del capítulo VIII “ Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores”, en su artículo 110.2 mantiene la medida anti abuso con la siguiente redacción “Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 97 de esta Ley , se proba- ra que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen tributario establecido en el presente capítulo y se pro- cederá por la Administración a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos”.

Finalmente, es con la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, con efectos 1 de enero de 2001, cuando se introducen los motivos económicos válidos de manera expresa con la nueva redacción que se da al artículo 110.2 de la LIS, que es la vigente en la actuali- dad.⁴⁹¹

Sobre este concepto de motivo económico válido existe una amplia jurisprudencia co- munitaria y nacional, así como consultas tributarias vinculantes, referida a operaciones internacionales, en sintonía con el espíritu de la Directiva, y también a operaciones de carácter exclusivamente nacional. De la misma, así como de la variada doctrina exis- tente podemos destacar los siguientes aspectos:⁴⁹²

491 “No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectuó por motivos económicos váli- dos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las enti- dades que participen en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ven- taja fiscal”.

492 Cordon Ezquerro, Teodoro: Los motivos económicos validos en el I. de Sociedades y en el I. sobre no residentes; Crónica tributaria boletín de actualidad 5/2012 IEF.

El concepto de motivo económico válido va más allá de la pura ventaja fiscal.

La cláusula anti abuso solo es aplicable cuando el principal objetivo de la Operación sea el fraude o la evasión fiscal.

Existe una prohibición de abuso del Derecho Comunitario que faculta a los Estados miembros a adoptar medidas para evitarlo compatibles con las libertades garantizadas por el Tratado. Los Estados deben respetar el principio de proporcionalidad en la aplicación de sus medidas nacionales anti abuso.

La finalidad de beneficiarse de una legislación más favorable no es, por si sola, suficiente para llegar a la conclusión de que existe un uso abusivo de una libertad reconocida en el Tratado.

Puede constituir un motivo económico válido una operación de Reestructuración empresarial con diversas ventajas económicas, entre las que tienen cabida las de naturaleza fiscal, siempre que estas últimas no sean de una importancia vital para justificar la operación.

Es posible una presunción de que una operación tiene como motivo el fraude o la evasión fiscal cuando la misma no se efectúa por motivos económicos válidos como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades intervinientes en la misma.

Debe realizarse un análisis casuístico, caso por caso, por parte de las autoridades nacionales, para determinar si la operación tiene un objetivo exclusivamente fiscal o si existen motivos económicos válidos.

La carga de la prueba de que solo existen motivos fiscales y, por tanto, abuso de la norma, recae sobre la Administración tributaria que niega la aplicación de las ventajas fiscales correspondientes.

En cuanto a la consideración de residencia y domicilio fiscal, artículo 8.1

Con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de diciembre de 2006, introducida por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, se establece una presunción por la que la Administración tributaria podrá presumir la residencia en España para una entidad establecida en un paraíso fiscal *“salvo que dicha entidad acredite que su dirección y efectiva gestión tienen lugar en aquel país o territorio, así como que la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas distintas de la simple gestión de valores u otros activos.”*

Nos podemos preguntar por ¿cual es? el alcance de la expresión “motivos económicos válidos” y “razones empresariales sustantivas distintas de la gestión de valores u otros activos”, para no considerar residente en España a dicha entidad.

En referencia a las correcciones de valor: perdida por deterioro del valor de los elementos patrimoniales artículo 12.1

La Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2008, modifica dicho artículo para regular que no serán deducibles las pérdidas por deterioro o correcciones de valor correspondientes a la participación en entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales excepto que dichas entidades consoliden sus cuentas con las de la entidad que realiza el deterioro en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, y el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realizan actividades empresariales.

Nuevamente nos encontramos ante operaciones de carácter exclusivamente Internacional y vinculadas a paraísos fiscales, aunque en este caso hay que tener motivos económicos válidos y realizar actividades económicas en dichos territorios para que no se aplique la norma anti paraíso.⁴⁹³

En cuanto a la exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, artículo 21.1y 2.

La aplicación del método de exención para eliminar la doble imposición económica internacional es un instrumento de política tributaria muy potente al servicio de las inversiones internacionales de las empresas. Ahora bien, por este motivo se establecen restricciones a su uso como es que en ningún caso se aplicará lo dispuesto en este artículo cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, excepto que resida en un Estado miembro de la Unión Europea y “el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales.”

En este caso la medida fue introducida por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2008 y trata de facilitar la aplicación del método de exención si se prueba la existencia de tales motivos y reducir el ámbito de aplicación de la medida anti paraíso.

En la Transparencia fiscal internacional, artículo 107.15

493 Derogado el art 12,3 LIS por la Ley 16/2013 de 29 de octubre por el que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental, y se adoptan otras medidas tributarias y financieras

La inclusión por imputación en la base imponible de la entidad residente de determinadas rentas positivas obtenidas por entidades no residentes en España pero que son residentes en territorios de baja tributación, es una medida caracterizada como norma anti abuso especial, que con la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, y, con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2008, no resultará aplicable cuando la entidad no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales.

También en cuanto a las obligaciones de documentación en las operaciones vinculadas, artículo 16.2

Dentro de las obligaciones de documentación de las operaciones vinculadas, de acuerdo con la redacción dada por la Ley 36/2006, el RD Ley 6/2010, de 9 de abril, con efectos para los periodos impositivos concluidos a partir del 19 de febrero de 2009, estableció que dicha documentación no será exigible a las personas o entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en el período impositivo sea inferior a ocho millones de euros,(nueve millones con el RD Ley 13/2010) siempre que el total de las operaciones realizadas en dicho período con personas o entidades vinculadas no supere el importe conjunto de 100.000 euros de valor de mercado. No obstante, deberán documentarse en todo caso las operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que residan en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, excepto que residan en un Estado miembro de la Unión Europea y *“el sujeto pasivo acredite que las operaciones responden a motivos económicos válidos y que esas personas o entidades realizan actividades económicas.”*

Es decir, si existen motivos económicos válidos y se realiza una actividad económica por la otra entidad vinculada residente en un paraíso fiscal resulta aplicable a la entidad vinculada residente la exclusión de la obligación de documentación.

Además, en este caso, los motivos económicos válidos se han incorporado al desarrollo reglamentario a través del RD 897/2010, de 9 de julio, con efectos para los periodos impositivos concluidos a partir del 19 de febrero de 2009, mediante la modificación del artículo 18 del RIS, aplicando en relación con las operaciones realizadas con otras personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales, los supuestos de exclusión de la obligación de documentar, tanto en el caso general de que el conjunto de operaciones no supere los 100.000€, a valor de mercado, artículo 18.3, como cuando el conjunto de operaciones específicas con una misma persona o entidad, cualquiera que sea su cifra de negocios, no supere los 250.000€, a valor de mercado, artículo 18.4,e),1º, siempre que existan motivos económicos válidos y se ejerzan actividades económicas en dichos territorios, en cuyo caso no existirá la obligación de documentar cumplidos los requisitos establecidos.

Siguiendo con las obligaciones de documentación, el RD 793/2008, de 3 de noviembre, con efectos para las operaciones realizadas a partir del 19 de febrero de 2009, introdujo en el RIS un nuevo artículo 21 ter para regular las “Obligaciones de documentación de las operaciones con personas o entidades no vinculadas residentes en paraísos fiscales”.

En este caso no se exige vinculación pero sí que se opere con paraísos fiscales. Sin embargo, no serán exigibles las obligaciones de documentación previstas respecto de servicios y compraventas internacionales de mercancías, incluidas las comisiones de mediación en éstas, así como los gastos accesorios y conexos, cuando, entre otros requisitos, el obligado tributario pruebe que la realización de la operación a través de un país o territorio considerado como paraíso fiscal responde a la existencia de motivos económicos válidos.

En cuanto a los gastos no deducibles, artículo 14.1.

El RD ley 12/2012, de 30 de marzo, con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2012, añade al artículo 14.1, la letra h), por la que no son

deducibles aquellos gastos financieros generados en el seno de un grupo mercantil y destinados a la realización de determinadas operaciones entre entidades que pertenecen al mismo grupo como la adquisición a otras entidades del grupo de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades o la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el sujeto pasivo acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones.

4.1.10.2. En relación con el Impuesto sobre la Renta de no residentes.

Rentas exentas, artículo 14.1,h) y m

Figura para el reparto dividendos por la Directiva 90/435/CEE.

La Ley 29/1991, de 16 de diciembre, con efectos desde 1 de enero de 1992, en su artículo 20 regula la exención para los dividendos distribuidos por filiales residentes en España a sociedades matrices residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea, como consecuencia de la trasposición de la Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 24 de dicha Ley 29/1991, la exención no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea, excepto cuando aquélla realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad empresarial desarrollada por la sociedad filial o tenga por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales o pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en esta letra.(Actualmente artículo 14.1,h de la LIRNR)

Aunque la Directiva matriz-filial, 90/435/CEE, no menciona los motivos económicos válidos como requisito de aplicación de la misma, ha sido la norma nacional la que los ha incorporado como medio de prueba a favor de su invocación para que los dividendos queden exentos. No obstante, el artículo 1.2 de la Directiva establece que para cada Estado miembro la Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias para evitar fraudes o abusos.

Para el pago de intereses y cánones por la Directiva 2003/49/CEE

Con efectos desde 1 de julio de 2011, la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, añade la letra m) al artículo 14 de la LIRNR, por lo que estarán exentos, de acuerdo con la Directiva 2003/49/CEE, los cánones o regalías satisfechos por una sociedad residente en territorio español o por un establecimiento permanente situado en éste de una sociedad residente en otro Estado miembro de la Unión Europea a una sociedad residente en otro Estado miembro o a un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro de una sociedad residente de un Estado miembro, cuando se cumplan los requisitos establecidos. No obstante, no será de aplicación la exención cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad perceptora de los rendimientos se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea, excepto cuando aquélla pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente de este régimen. También esta Directiva posibilita en su artículo 5 que los Estados miembros tomen las medidas pertinentes para combatir el fraude y los abusos, en los siguientes términos:

1. La presente Directiva no se opondrá a la aplicación de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a impedir el fraude fiscal o los abusos.
2. Los Estados miembros podrán denegar el amparo de la presente Directiva o negarse a aplicarla a cualquier transacción cuyo móvil principal o uno de cuyos móviles principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso.

4.1.7. Situación actual de la aplicación de las medidas generales anti elusión, para evitar el uso de los territorios de baja tributación.

4.1.7.1. La posición de la doctrina en relación con los negocios anómalos.-

Como ha declarado reiteradamente el TS, la simulación es un vicio de la declaración de voluntad en los negocios jurídicos, por el cual ambas partes, de común acuerdo y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, dan a conocer una declaración de voluntad distinta a su querer interno. Igualmente, la doctrina suele incidir en que esta cuestión estaría subsumida dentro del tratamiento de la causa y, en concreto, en los artículos 1.275 y 1.276 del Cc, relativos a los contratos sin causa o con expresión de una causa falsa.

En cambio, en el conflicto, o en el antiguo fraude de ley⁴⁹⁴, habría un negocio querido y celebrado con causa verdadera y lícita, si bien se ampara en una norma tratando de eludir a otra, persiguiendo un resultado contrario al ordenamiento jurídico, considerando éste como un todo.

Pasando al análisis de la evolución de la doctrina del TEAC en este ámbito de los negocios anómalos, en una primera etapa (hasta la reforma operada en la LGT/1963 por la

⁴⁹⁴ Para López Molino, en artículo publicado en el nº 85 de *Crónica Tributaria*, la diferencia entre fraude de ley y simulación se basa en una cuestión de mera prueba. Así, afirma que si el negocio se realizó con engaño y se logra demostrar, acreditar o probar la responsabilidad culposa de su autor, el negocio podrá ser tenido como un negocio simulado. Si únicamente, por el contrario, se concluye que con la realización de aquél se ha pretendido eludir el pago del tributo, buscando amparo en una norma de cobertura, dictada con finalidad distinta pero de efecto equivalente a la defraudada, el mismo negocio sería considerado como realizado en fraude de ley.

Ley 25/1995), utiliza la doctrina del llamado “negocio indirecto”, que partía de una creación de la doctrina civilista italiana. Esta figura respondía a la idea de la existencia de un negocio real (no simulado) pero en el cual los motivos que realmente han llevado a las partes a celebrarlo son tan contradictorios con su causa típica (o incluso ajenos a la misma), que el negocio ha de calificarse como anómalo, y consecuentemente, debe recalificarse, reconsiderarse, el tratamiento fiscal que inicialmente le habían otorgado las partes.

La doctrina del negocio indirecto del TEAC fue finalmente abandonada a partir de la reforma de la LGT/1963. Desde ese momento, el debate sobre los negocios anómalos se situó en el terreno de las nociones más usuales de la teoría general del Derecho. Así, los autores consideran que el antiguo negocio indirecto se situaría, desde dicha reforma, en realidad como una forma de calificación, sin necesidad de acudir ni a la declaración de fraude de ley ni a la simulación. Tal opinión se ve corroborada por la evolución posterior de las resoluciones del TEAC.

En síntesis, la doctrina del TEAC se recoge inicialmente en una Resolución de 2 de noviembre de 1989 (RG 912-1-88). El TEAC definió el negocio indirecto como aquél en que las partes celebran un contrato típico, regulado por el ordenamiento positivo, que adoptan externamente con la intención de alcanzar en la práctica, un fin distinto del que le resulta peculiar y propio. En estos casos, habría que diferenciar entre los efectos directos del negocio en cuestión (los del contrato típico y real celebrado) y los efectos indirectos (que obedecen a los motivos, a la intención final o al resultado buscado realmente por los contratantes). Frente al negocio simulado, en el indirecto nada se oculta o se finge. Y se diferencia también del fraude de ley porque éste precisa la concurrencia de dos normas y la utilización de una de ellas, la denominada de cobertura, para eludir la aplicación de la otra.

Esta doctrina luego se seguirá en resoluciones de 9 de marzo de 1994 (RG 1329-03) confirmada por SAN de 3 de octubre de 1997; 8 de noviembre de 1994(495) (RG 5430-90) y 29 de marzo de 1995(496) (RG 780-91), entre otras.

El TEAC, no obstante, en una resolución de 26 de junio de 1991 (RG 6717-90), de importante trascendencia, y que fue confirmada luego por la AN en sentencia de 7 de noviembre de 1997, en un asunto de seguros a prima única, prefiere aproximarse directamente al principio de calificación. En el considerando Quinto se lee: *“Con independencia de la exterior forma jurídica utilizada, las situaciones y relaciones económicas que efectivamente existen o se establecen por los interesados en las operaciones de que se trata, sustancialmente idénticas a las derivadas de la colocación de capitales a plazo fijado retribuido financieramente, conducen a calificar (como permite el art. 25 LGT497) los rendimientos de las mismas como rendimientos de capital mobiliario (...)498”*. En esta resolución se rechaza que hubiera de seguirse el procedimiento espe-

495 Es una operación de lease back, hecha con el propósito de aprovechar en aquel entonces la exención por reinversión y la deducción de las cuotas del arrendamiento financiero.

496 Renuncia a derechos de suscripción preferente por socios de una residente a favor de una no residente, que después enajena las acciones no tributando por aplicación del CDI.

497 El antiguo artículo 25 de la LGT/1963 en su apartado segundo es el antecesor del art. 28.2 LGT/1963 (tras la reforma de la Ley 25/95), y que hoy está plasmado en el art. 13 LGT/2003.

498 Esta afirmación cuenta con otros apoyos doctrinales. Así, por ejemplo, el catedrático Rafael Navas afirma que *“la norma sobre calificación de estos casos del art. 28.2 LGT, a la que ya nos hemos referido, es un instrumento suficiente para combatir los supuestos de simulación, puesto que ambas normas, los artículos 25 y 28.2, se refieren a una misma situación, para cuya definición utilizan términos coincidentes o de significado idéntico. Bien es cierto (continúa diciendo el mismo autor) que (...) en la práctica se hace muy difícil distinguir si estamos en un caso de simulación o fraude y, como ha señalado la doctrina (PALAO TABOADA), no es infrecuente que los perfiles de ambas figuras se mezclen en un mismo supuesto. En tal caso, lo lógico será utilizar la norma*

486

cial de fraude de ley, probando el propósito de las partes de eludir el impuesto, sino simplemente de exigir el cumplimiento de las obligaciones fiscales con arreglo a la verdadera naturaleza de los rendimientos abonados (Considerando 6, in fine).

A partir de ese momento, el TEAC abandona la teoría del negocio indirecto y pasa a centrar sus resoluciones en el antiguo art. 25.2 LGT (que es el antecedente del 28.2 y del actual art. 13), apoyándose en la calificación de la verdadera naturaleza jurídica de las operaciones. Así, nos encontramos con las resoluciones de 9 de julio de 1998 (RG 8618-1995), 17 de diciembre de 1998 (RG 1650-1995, 2017-1995) y de 29 de enero de 1999 (RG 2704-1995 y 2259-1996). En las mismas se llega a decir que *“centrándonos exclusivamente en dicha naturaleza jurídica, debe concluirse que las discutidas operaciones no son de seguro, porque falta el elemento esencial de estos contratos, cual es la existencia del riesgo cubierto en grado suficiente para que sea admisible como causa de la operación,...”*.

En resolución de 10 de septiembre de 1998 (RG 3491-1994), el TEAC utiliza exclusivamente el principio de calificación (FD cuarto) y califica como donación con causa onerosa o de permuta lo que las partes querían hacer tributar como una donación pura, partiendo de la verdadera naturaleza jurídica del conjunto de las operaciones realizadas. La inspección había vacilado y mientras el actuario invocó el principio de calificación, la Oficina técnica emplea la noción de negocio simulado y con causa falsa.

sobre la calificación y estar a la naturaleza de lo realmente actuado, prescindiendo de los defectos así como de las formas y denominaciones utilizadas”.

Las afirmaciones anteriores están publicadas en el Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 16 de septiembre de 2000, artículo que llevaba por título “Interpretación y calificación en Derecho Tributario”.

En esta misma resolución, el TEAC (FD octavo) además recuerda que el expediente de fraude de ley es un instrumento excepcional al que debe acudirse cuando no existe otro remedio y no cuando para evitar la pretendida elusión fiscal basta con la “correcta liquidación” de los hechos imponibles producidos.

También podemos citar la reciente STS de 26/01/2015 (recurso de casación 2945/2013); sobre la delimitación del campo entre el principio de calificación y el fraude de ley.

La Inspección de los tributos consideró, por aplicación del principio de calificación que en la liquidación del Impuesto de sociedades del grupo consolidado procedía aplicarla regla de subcapitalización del art 20.1 de la ley 43/1995 al existir en el ejercicio un endeudamiento neto con entidades vinculadas no residentes en la Unión Europea superior en más de tres veces el capital fiscal del grupo consolidado. La inspección estimó que aunque las entidades prestamistas residían en la unión europea , no eran las beneficiarias efectivas de los intereses satisfechos por el obligado tributario, realizando aquellas una mera función de intermediación de los verdaderos beneficiarios, considerando que la operativa llevada a cabo mediante interposición de entidades residentes en la UE a través de las que se canalizó el flujo monetario procedente de las extra comunitarias realmente prestamistas, permitió al grupo consolidado español deducir como gastos los intereses de los prestamos mediante la aplicación del art 20,4 LIS que excluye la limitación de la deducibilidad de los gastos financieros establecida en el apartado 1 del art 20 cuando la entidad vinculada no residente en territorio español lo sea en otro estado miembro de la UE que no sea paraíso fiscal.

El TS en la Sentencia dice que si la liquidación se ha practicado por considerar que consideraba operativo el apartado 1 del art 20 LIS (norma eludida) y no el apartado 4 del mismo precepto (norma de cobertura), la Inspección estaba obligada, por así requerir-

lo el legislador, a declarar el fraude de ley en un procedimiento seguido específicamente a tal fin.

Podemos citar otras sentencias del TS: La STS 30/05/2011 (RECURSO DE CASACIÓN 1061/2007) que establece las diferencias entre el ámbito de la simulación y el fraude de ley; La STS 30/05/2011 (RECURSO DE CASACIÓN 1061/2007) que se refiere a la CALIFICACIÓN atendiendo a la realidad económica subyacente en los negocios jurídicos, la STS 30/05/2011 (RECURSO DE CASACIÓN 1061/2007) que delimita la economía de opción; La STS 30/06/2011 (RECURSO DE CASACIÓN 6068/2007) que aclara la finalidad elusiva.

4.1.7.2. Los Convenios para evitar la doble imposición y el fraude de Ley

En relación con los Convenios de Doble imposición y la posible existencia del Fraude de Ley, la STS de 12/02/2015 recurso de casación 184/2014; establece un criterio a seguir en cuanto a la interpretación de la figura del fraude de ley en materia tributaria. Conflicto con la aplicación de los Convenios de Doble Imposición (CDI) y Tratados, al establecer que:

La aplicación de un CDI no puede constituir un instrumento para legitimar comportamientos que tratan de eludir el deber de contribuir de acuerdo con la capacidad económica o para anular las facultades que el ordenamiento reconoce a la Administración tributaria en pos de la consecución de ese objetivo, como ocurre con las posibilidades de recalificación o la institución del fraude de ley.

Consecuentemente, también en los supuestos en que resulte de aplicación un CDI, la Administración tributaria debe poder contar con los medios jurídicos de reacción frente a comportamientos elusivos que habilita el Derecho interno.

El TS considera que el hecho de que la Administración acudiera a la declaración de fraude de ley, conforme al Art. 24 de la Ley General Tributaria de 1963, desplazando el CDI concernido (entre España y Reino Unido e Irlanda del Norte⁴⁹⁹), no resulta per se contrario a Derecho.

En el mismo sentido la STS de 9/2/2015, Rec. casac. 188/2014; y STS de 18/07/2012, Rec. Casac. 3779/2009, en el que se habla de la aplicabilidad directa del artículo del CDI entre España y Reino Unido, sin necesidad de acudir a las figuras de simulación y fraude de ley.

4.1.7.3. Tendencias en la aplicación en las normas anti elusión en el derecho Tributario

Existe una conciencia de condena de la planificación fiscal agresiva, en esta línea la Administración española ha sido respaldada por los tribunales españoles

El Tribunal Supremo ha prescindido de las categorías tradicionales, en una aproximación a las normas anti elusión, próxima a la doctrina económica de la sustancia econó-

⁴⁹⁹ *Convenio de Doble Imposición entre España y Reino Unido e Irlanda del Norte, aprobado mediante Instrumento de Ratificación hecho en Londres el 21 de octubre de 1975.*

mica⁵⁰⁰. En esta línea también se ha mantenido el TSJE en una posición centrada y próxima al criterio anglosajón de la propuesta económica válida.⁵⁰¹

Sin embargo en España tenemos los siguientes problemas:

- La LGT, la jurisprudencia penal y la doctrina constitucional nos ha anclado en la difícil distinción entre simulación, recalificación y conflicto/fraude de ley.⁵⁰²

⁵⁰⁰ Como aportación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de 2008 a 2010 podemos destacar la prevalencia que da a la justificación económica de las operaciones, frente a una indiferencia a la existencia de anomalía en los negocios. Caso Chocolates Hueso STS 18/3/2008 donde se explica el sentido de la simulación para el, TS; Caso Fin-sa STS 11/12/2008 sobre la existencia de fraude de ley en las operaciones de reducción y aumento de capital; Caso Dasa-CVCP SSTS 25/02/2010 y 25/03/2010 donde se da una amplia definición de fraude de ley. Otros casos; Caso “La Cruz del Campo” STS 09/10/2008 sobre la existencia de un negocio fiduciario; Caso Sevilla CF STS 16/11/2009 sobre derechos de imagen;

⁵⁰¹ Caso Halifax STJE 21/02/2006 donde en un esquema dirigido a la deducción de deducciones indebidas en el IVA se sigue el criterio del derecho inglés, en cuanto a la noción del abuso de derecho, la necesidad de restablecer la situación originaria y la improcedencia de sanciones; El caso Cadbury-Schweppes DTJE 12/09/2006 relativo a sociedades CFC y el abuso del derecho comunitario. Se aborda el significado de libertad de establecimiento, y el abuso de derecho; caso Test Claimants in the thin cap Group Litigation STJE 13/03/2007 sobre Subcapitalización. Se establece una conexión con la STJE 12/12/2002 Caso Lankhorst-Hohorst y; se trata del concepto de abuso de derecho y el art 9 del MCOODE sobre correcciones de valor en operaciones entre empresas; Caso comisión contra R Helénica e ING AUER, de 07/06/2007 y 08/11/2007 sobre sospecha de abuso y presunción de fraude ;Caso Zwijnenburg STJE 20/05/2010 y conclusiones del abogado general de 26/10/2010 en el caso WealdLeasing sobre supuestos de vinculación, reconocimiento del derecho de opción fiscal.

⁵⁰² STS2ª 15/07/2002; STC 120/2005 de 10/05/2005 y STC 57/2010 de 4/10/2010

- Utilizan los tribunales un concepto extenso de simulación a juicio de los contribuyentes.⁵⁰³
- Se da más importancia al fin pretendido que a la justificación económica de la operación o a la propia finalidad de las normas fiscales.
- El delito fiscal presenta perfiles difusos en relación con la legalidad penal del conflicto de aplicación de normas y la simulación

4.1.7.4. La reforma de la Ley General Tributaria en cuanto al conflicto en la aplicación de las normas.-

En la exposición de motivos⁵⁰⁴, y en relación con la figura del conflicto en la aplicación de la norma, heredera del antiguo fraude de ley, que se configuró en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, como un instrumento para la lucha contra los mecanismos más sofisticados de fraude fiscal, se considera que una vez transcurridos diez años desde su entrada en vigor, y con la experiencia acumulada se aconseja permitir su sancionabilidad y ello con un doble fin.

Por un lado, adecuar dicho régimen a la doctrina jurisprudencial, que no excluye la voluntad defraudatoria en dicha figura, conclusión que es asimismo apoyada por un

⁵⁰³ STS 29/03/2010 (sobre un edificio destinado a Universidad); RTEAC RG 1981/2009 de 07/04/2010 ; RTEAC de 23/06/2009 sobre IVA (sobre un edificio afecto a su uso como hospital en contraste con la doctrina del TJCE)

⁵⁰⁴ Ley 34/2015, de 21 de septiembre ,de modificación parcial de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre ,General Tributaria

amplio sector de la doctrina científica y constituye la situación habitual en Derecho comparado.

Por otro lado, facilitar el exacto cumplimiento del mandato del artículo 31 de la Constitución que consagra el deber general de contribuir, mediante la persecución de aquellos dispositivos complejos orientados a la defraudación tributaria.

A estos efectos, la Comisión consultiva podrá dictaminar la existencia de conflicto en la aplicación de la norma, no solamente en el seno de procedimientos de inspección concretos, sino también en relación con actos o negocios no imputables a obligados tributarios concretos en los que concurran las circunstancias del conflicto.

De acuerdo con la LGT se modifican los artículos siguientes:

Dos. Se modifica el apartado 3 del artículo 12, que queda redactado de la siguiente forma:

“3. En el ámbito de las competencias del Estado, la facultad de dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las Leyes y demás normas en materia tributaria corresponde al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y a los órganos de la Administración tributaria que tengan atribuida la iniciativa para la elaboración de disposiciones en el orden tributario, su propuesta o interpretación.

Las disposiciones interpretativas o aclaratorias dictadas por el Ministro serán de obligado cumplimiento para todos los órganos de la Administración tributaria.

Las disposiciones interpretativas o aclaratorias dictadas por los órganos de la Administración tributaria que tengan atribuida la iniciativa para la elaboración de disposiciones en el orden tributario tendrán efectos vinculantes para los órganos y entidades de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos.

Las disposiciones interpretativas o aclaratorias previstas en este apartado se publicarán en el boletín oficial que corresponda.”

Tres. Se modifica el apartado 3 del artículo 15, que queda redactado de la siguiente forma:

“3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones.

No obstante lo anterior, procederá la imposición de sanciones tributarias conforme a lo dispuesto en el título IV de esta ley cuando existiese igualdad sustancial entre el supuesto que haya sido objeto de declaración de conflicto en la aplicación de la norma y aquellos otros supuestos cuya resolución hubiese conformado el criterio administrativo preexistente y público en el momento de presentación de la declaración.

A estos efectos se entenderá por criterio administrativo el establecido en los informes a los que se refiere el apartado 2, así como aquellos otros que pudiera emitir la Comisión

consultiva a solicitud de la Administración tributaria en virtud de lo establecido en el artículo 159.8 de esta ley.

A los efectos previstos en este apartado, la Administración tributaria hará públicos los citados informes con supresión en los mismos de toda referencia a datos que permitan la identificación de las personas a las que afecten.”

Veintiséis. Se modifica el apartado 3 y se introduce un nuevo párrafo 8 en el artículo 159, con la siguiente redacción:

“3. A efectos del cómputo del plazo del procedimiento inspector se tendrá en cuenta lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 150 de esta ley.”

“8. Cuando la Administración tributaria considere que en unos actos o negocios determinados, no imputables a obligados tributarios concretos, pueden concurrir las circunstancias previstas en el artículo 15.1 de esta ley, podrá solicitar motivadamente a la Comisión consultiva que dictamine si concurren tales circunstancias. En estos casos, la Comisión consultiva emitirá informe en el plazo máximo de tres meses.”

Así pues cuando nos encontremos con casos que presentan una estructura notoriamente artificiosa y construida sólo para conseguir efectos fiscales, será posible sancionar el efecto de la reducción en la base imponible, siempre y cuando se haya dictaminado el conflicto y se le haya dado publicidad.

4.2. Medidas específicas

4.2.1. Medidas anti paraíso en el Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas

La normativa española, en el IRPF, hace mención expresa a los paraísos fiscales en diversos artículos, entre los que podemos destacar la adopción de medidas anti paraíso:

4.2.1.1. En la exención sobre determinadas rentas de trabajo obtenidas por expatriados.

Se establece una exención en dicho artículo para promover el trabajo en el extranjero y propiciar la internacionalización de la empresa española. Es una exención de rentas prevista para los rendimientos del trabajo percibidos por los efectivamente realizados en el extranjero.⁵⁰⁵

Están exentos hasta un límite máximo de 60.100 euros anuales los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero, cuando concurran los dos requisitos siguientes:

- Que los trabajos se realicen para una empresa o entidad no residente en España o establecimiento permanente radicado en el extranjero. Cuando la entidad destinataria de los trabajos esté vinculada con la entidad empleadora del trabajador o con aquella en la que preste sus servicios, se entenderá que los trabajos se han realizado para la entidad no residente cuando pueda considerarse que se ha prestado un servicio intragrupo a la entidad no residente porque el citado

⁵⁰⁵ (LIRPF art 7, p; RIRPF art6)

servicio produzca o pueda producir una ventaja o utilidad a la entidad destinataria.⁵⁰⁶

- Que en el territorio en que se realicen se aplique un impuesto de naturaleza idéntica o similar a la del IRPF⁵⁰⁷, y no se trate de un país o territorio que sea considerado como paraíso fiscal. Este requisito se entiende cumplido cuando el país o territorio donde se realicen los trabajos tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición internacional que contenga cláusula de intercambio de información. No obstante, en ausencia de convenio, dicho requisito puede ser probado, a los efectos de la aplicación de la exención, por cualquier otro medio válido en Derecho.⁵⁰⁸

Para que se aplique la exención requiere que se trate de trabajos prestados de manera efectiva en el extranjero, lo que exige tanto un desplazamiento del trabajador fuera del territorio español como que el centro de trabajo se ubique, al menos de forma temporal, en el extranjero y que el trabajo se preste para una entidad no residente o un establecimiento permanente en el extranjero, lo que implica que sean esas entidades o establecimientos los destinatarios o beneficiarios del trabajo.⁵⁰⁹ Tratándose de grupos de empresas, se exige que el trabajo genere un valor añadido a la entidad no residente o establecimiento permanente, ya que si se trata de servicios que redundan en beneficio de todo el grupo de empresas, residentes o no, no se aplica la exención. Con carácter general, en las funciones de dirección y gestión que ejercen los grupos respecto de sus filiales, no cabe entender que se genere un valor añadido para la entidad no residente.⁵¹⁰

⁵⁰⁶ (RIRPF art 6.1.1º)

⁵⁰⁷ *No es necesario que los rendimientos obtenidos hayan sido objeto de gravamen efectivo por dicho impuesto (res DGT 0135/2005, de 28 de marzo)*

⁵⁰⁸ .(DGT CV 20-05-08)

⁵⁰⁹ .(DGT CV 1-4-05).

⁵¹⁰ (DGT 30-12-03; 30-12-03; 28-01-05).

La exención sólo se aplica por las retribuciones devengadas durante los días de estancia en el extranjero. Para cuantificar la renta exenta deben tenerse en cuenta los rendimientos devengados durante los días que efectivamente ha estado desplazado en el extranjero, para lo cual puede adoptarse un criterio proporcional considerando en el denominador el número total de días del año, no los días hábiles.⁵¹¹ Este cálculo debe efectuarse al margen de las retribuciones específicas correspondientes a los servicios prestados en el extranjero.⁵¹²

La exención exige que en el territorio en el que se presten los trabajos se aplique un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IRPF, no que sean gravados de manera efectiva en el mismo.⁵¹³

En el caso de los trabajadores fronterizos españoles que habitualmente pasan a Marruecos, Portugal, Gibraltar, Andorra y Francia, también les es aplicable la exención siempre que cumplan los requisitos para ello.⁵¹⁴

No resulta de aplicación esta exención a los administradores de sociedades, ya que no existe una relación laboral por cuenta ajena.⁵¹⁵

4.2.1.2. Para evitar la pérdida de la condición de contribuyente (en 5 años) por traslado de residencia a paraíso fiscal

⁵¹¹ (DGT 30-12-03).

⁵¹² (RIRPF art.6.2).

⁵¹³ (DGT 30-12-03; CV1-4-05).

⁵¹⁴ (AEAT 14-1-09).

⁵¹⁵ (DGT 30-7-03).

Se han establecido normas preventivas de deslocalización hacia los paraísos fiscales, entre ellas la contenida en el Art. 8,2 de la ley 35/2006 del IRPF dirigida a las personas que trasladen su residencia a territorios de baja o nula tributación, entendiendo por tales los que figuren en la lista de paraísos fiscales RD.1080/1991, y no han salido de la lista como consecuencia de haber firmado con España un CDI o un AII ⁵¹⁶ con cláusula expresa de intercambio de información, sometiendo a tributación durante cinco años (el de salida y cuatro más) por la totalidad de su renta a los nacionales que obtengan residencia en un paraíso fiscal.

Es la noción de residencia habitual la que motiva la condición de contribuyente por este impuesto, con la salvedad de las posibles reglas especiales de convenios o tratados internacionales.

En este sentido, se entiende que el contribuyente tiene su residencia habitual en España cuando concurra cualquiera de las dos circunstancias siguientes:

a) Que permanezca más de 183 días, durante un año natural, en territorio español (no se exige que sean consecutivos, por lo cual pueden ser alternos, pero deben computarse independientemente por cada año natural). Las ausencias esporádicas del contribuyente se consideran como permanencia en España, salvo que aquél acredite su residencia fiscal en otro país. En el supuesto de territorios o países calificados como paraísos fiscales, la Administración tributaria podrá exigir que se pruebe la permanencia en el mismo durante 183 días en el año natural. Para la determinación del período de permanencia en territorio español no se computan las estancias temporales en España que sean consecuencia de las obligaciones contraídas en acuerdos de colaboración cultural o humanitaria, a título gratuito, con las Administraciones Públicas españolas.

⁵¹⁶ *Convenio de Doble Imposición o Acuerdo con Intercambio de Información.*

b) Que radique en España el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta. Como complemento a tales circunstancias, se introducen otras dos reglas:

c) Se presume, salvo prueba en contrario, que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español, cuando residan habitualmente en España el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de aquél.

d) Cuando una persona física de nacionalidad española acredite su nueva residencia fiscal en un país o territorio considerado como paraíso fiscal, no perderá su condición de contribuyente por el IRPF español ni en el período impositivo en que se efectúe el cambio de residencia ni en los cuatro siguientes. No obstante, esta regla no se aplica en el caso de trabajadores asalariados en el Principado de Andorra, siempre y cuando;

517

- El desplazamiento sea consecuencia de un contrato de trabajo con una empresa o entidad residente en el Principado.

- El trabajo se preste de forma efectiva y exclusiva en el citado territorio.- Los rendimientos del trabajo derivados de dicho contrato representen al menos el 75% de su renta anual y no excedan de cinco veces el indicador público de renta de efectos múltiples

En relación con las consultas evacuadas por la DGT en materia de residencia fiscal, podemos destacar:

1) El concepto de residencia habitual es el utilizado por la LGT como punto de conexión para identificar el domicilio fiscal de las personas físicas. No obstante, para las personas físicas que desarrollen principalmente actividades económicas, la Administración tributaria puede considerar como domicilio fiscal el lugar donde esté efectivamente

⁵¹⁷ (LIRPF disp. Adic 21ª):

centralizada la gestión administrativa y la dirección de las mismas. Si no pudiera determinarse dicho lugar, prevalece aquel donde radique el mayor valor del inmovilizado en el que se realicen las actividades económicas ⁵¹⁸

2) El mero hecho de computar un número superior a 183 días de ausencia a lo largo del año, sin acreditar la residencia en otro país, no permite ser excluido del carácter de contribuyente por este impuesto. En cualquier caso, la ley no define el concepto de ausencia esporádica, debiendo entenderse que abarca las salidas circunstanciales o episódicas al extranjero (vacaciones, motivos profesionales, etc.). La Administración ha interpretado que las ausencias son temporales mientras no se acredite la residencia habitual en otro país. Las ausencias dejarán de ser temporales cuando se acredite mediante certificado fiscal que se ha adquirido la residencia en otro Estado. Sin esta prueba, la permanencia en el exterior se entiende que es temporal y su plazo computa en España para determinar la presencia en nuestro territorio ⁵¹⁹

3) La Ley presume la residencia española si residen el cónyuge no separado legalmente, y además, los hijos menores. Presunción que admite prueba en contrario. P.e., trabajador español se desplaza a un establecimiento permanente de su empresa en Ecuador y la familia se queda en España. Se considera residente en España y, por tanto, contribuyente, salvo que acredite la residencia fiscal en Ecuador, en cuyo caso no tributa por este impuesto, sino por el de no residentes; y el cónyuge e hijos tributan por el IRPF.

4) A falta de una definición más precisa, el núcleo de intereses del contribuyente puede entenderse como el lugar donde se concentre la mayor parte de sus inversiones,

⁵¹⁸ (LGT art 48.2.a).

⁵¹⁹ (DGT 27-6-97; 23-2-00).

donde radique la sede de sus negocios, o desde donde administre sus bienes. Puede asimismo admitirse como el lugar en que obtenga la mayor parte de sus rentas.⁵²⁰

5) La presunción de residencia debe desvirtuarse mediante la prueba:

- de la residencia habitual en otro país, como consecuencia de la permanencia en el mismo;
- de la no existencia en España del centro de intereses económicos del sujeto.

La circunstancia de residencia habitual en otro país ha de acreditarse mediante la certificación de residencia expedida por las autoridades fiscales del país de que se trate.⁵²¹

6) No se prueba la residencia fiscal con tarjetas de residencia o pasaportes ni con otros documentos no autenticados.⁵²²

7) La pasividad probatoria del contribuyente provoca la aplicación de los criterios de la permanencia (si no acredita la residencia fiscal en otro país) y de los intereses económicos (si no se prueba la concurrencia de más intereses en otra jurisdicción).⁵²³

8) Los trabajadores transfronterizos son contribuyentes por este impuesto cuando tengan su residencia en España. P.e., empleado de una sociedad domiciliada en Portugal que vive en una vivienda en España y se traslada diariamente a trabajar a Portugal. Reside en España y por tanto es contribuyente.⁵²⁴. Todo ello, sin perjuicio de las reglas especiales que se contengan en los convenios de doble imposición.

⁵²⁰ (DGT 27-4-92).

⁵²¹ (DGT 30-11-92).

⁵²² (TEAC 4-12-98;AN 27-6-02,Rec 245/00)

⁵²³ (TEAC 9-2-01).

⁵²⁴ (DGT CV 2-11-05)

4.2.1.3. La inversión de la carga de la prueba en los casos de residencia habitual en paraíso fiscal.

Se entiende que el contribuyente tiene su residencia en España, cuando se de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- Que permanezca durante más de 183 días durante un año natural, en territorio español.
- Que radique en España el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta.

En relación con los 183 días, se establece que con carácter general, para determinar el periodo de permanencia en territorio español se computarán las ausencias esporádicas, salvo que el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país.

Sin embargo en el caso de Paraísos fiscales la administración tributaria podrá exigir adicionalmente que pruebe la permanencia en el mismo durante 183 días en el año natural.

Cuando una persona física de nacionalidad española acredite su nueva residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente de Paraíso fiscal no perderá su condición de contribuyente por el IRPF español ni en el período impositivo en que se produzca el cambio de residencia ni en los cuatro siguientes (art 8,2 del TRLIRPF)

4.2.1.4. Para los contribuyentes que tengan su residencia habitual en el extranjero

La regla se aplica a aquellos contribuyentes que se hallan en los casos previstos en la LIRPF art 8.2 10.1. Para determinar la cuota íntegra estatal se aplican las escalas estatal y complementaria a la base liquidable general y el tipo de la base liquidable del ahorro.

No se calcula cuota íntegra autonómica, aunque la misma viene englobada en la cuota íntegra estatal, porque se trata de contribuyentes que no tienen su residencia habitual

en el territorio de ninguna Comunidad Autónoma, como consecuencia de tener su residencia en el extranjero por razones diplomáticas u otras o tienen su residencia en un país o territorio considerado como paraíso fiscal, por lo que no pierden su condición de contribuyentes por el IRPF en España.⁵²⁵

4.2.1.5. En la exoneración de retención en activos financieros.

1) La habilitación para regular el procedimiento para hacer efectiva la exoneración en el IRPF y en el IS con respecto a los activos financieros representados mediante anotaciones en cuenta y que se negocien en un mercado secundario oficial de valores español no impide la aplicación de la exención, aun cuando no se haya producido todavía dicha reglamentación.

2) Se prevé la aplicación del sistema del régimen de anotaciones en cuenta para los valores extranjeros admitidos a negociación en Bolsas de valores españolas (RD 116/1192 art 35)). Por tanto, con independencia de la forma de representación de los valores extranjeros en su país de origen, cuando se cumpla el requisito de estar representados los títulos en anotaciones en cuenta, resultará aplicable la exoneración prevista en el IRPF y en el IS para los activos financieros representados mediante anotaciones en cuenta y que se negocien en un mercado secundario oficial de valores español.⁵²⁶

3) Los programas de emisión de valores de renta fija, cuyas emisiones abarquen ejercicios anteriores y posteriores a 1-1-1999, cuya solicitud y aprobación se efectuó con anterioridad a 1-1-1999, estarán exoneradas de retención, por lo que se refiere a las emisiones efectuadas a partir de 1-1-1999, cuando cumplan los requisitos exigidos por

⁵²⁵ (LIRPF art 65 y 66.2)

⁵²⁶ RIRPF art 75.3.e; y DGT CV 10-5-1999

el RIS: representados mediante anotaciones en cuenta y que se negocien en un mercado secundario oficial de valores español.

4) El abono de cupones a personas jurídicas no residentes que operen sin mediación de establecimiento permanente, procedentes de deuda pública segregable, disfrutará de la exención de retención que establece el RIS en lo que se refiere a las emisiones efectuadas con anterioridad a 1-1-1999 y, para las emisiones efectuadas a partir de dicha fecha, siempre que se acredite la no residencia y que no sean obtenidos a través de un país o territorio considerado como paraíso fiscal.

4.2.1.6. La imputación de rentas en el régimen de transparencia fiscal internacional

Se establecen medidas similares a las establecidas para el I. de sociedades en caso de Transparencia fiscal internacional, y nos remitimos a lo tratado en el capítulo referente a la transparencia fiscal internacional.⁵²⁷

4.2.1.7. La imputación de rentas por la cesión de derechos de imagen

El objetivo fundamental perseguido por el régimen especial de los derechos de imagen es someter a gravamen en sede de las personas físicas titulares de los derechos de imagen las retribuciones que perciban las entidades o personas que resulten cesionarias de dichos derechos, cuando concurren determinadas circunstancias que hagan presumir que los cesionarios son meros testaferros que tienen por objeto deslocalizar ese tipo de prestaciones.

Además de la propia naturaleza del régimen, orientado a evitar prácticas elusivas por parte de artistas y deportistas, se establece como medida anti paraíso de forma especí-

⁵²⁷ (LIRPF Artículo 91)

fica, la no deducibilidad para la persona física a que se imputan las retribuciones de los impuestos eventualmente satisfechos en paraísos fiscales.⁵²⁸

4.2.1.8. En la corrección de la doble imposición como consecuencia de la inclusión en la base de los derechos de imagen.

La inclusión en la base imponible de las rentas puede dar lugar a doble imposición por tres conceptos:

1) En sede de la cesionaria 1ª, que incluye entre sus ingresos las contraprestaciones satisfechas por la cesionaria 2ª. Dado que estas mismas contraprestaciones van a tributar en la persona física titular de los derechos de imagen, esta podrá deducir de su cuota líquida los conceptos siguientes:

Si la 1ª cesionaria es no residente:

- el impuesto o impuestos de naturaleza idéntica o similar al IRPF o IS satisfecho en el extranjero por esta, en países o territorios que no sean considerados paraísos fiscales, correspondiente a la renta que la norma obliga a imputar a los titulares de la imagen;
- el impuesto o gravamen efectivamente satisfecho en el extranjero por razón de los dividendos distribuidos por la 1ª cesionaria que deriven de los beneficios procedentes de la cesión de los derechos de imagen que ya se han imputado sus titulares.

Si la 1ª cesionaria es residente en España, el IRPF o IS satisfecho en España por esta correspondiente a la renta que la norma obliga a imputar a los titulares de la imagen.

2) En sede de la propia persona física titular de los derechos de imagen. Esta habrá tributado por la contraprestación percibida de la cesión de sus derechos de imagen a la

⁵²⁸ (Art 92 LIRPF.)

cesionaria 1ª y, lógicamente, esta tributación debe quedar subsumida por la tributación posterior de las rentas que se le imputan. En consecuencia, la persona física titular de los derechos de imagen podrá deducir de su cuota líquida los siguientes conceptos, en función de que la tributación referida haya tenido lugar en España o en el extranjero:

- el impuesto satisfecho en España, cuando la persona física sea no residente, que corresponda a la contraprestación obtenida por la persona física como consecuencia de la primera cesión del derecho a la explotación de su imagen o del consentimiento o autorización para su utilización;
- el impuesto o impuestos de naturaleza idéntica o similar al IRPF satisfecho en el extranjero, en países o territorios que no sean considerados paraísos fiscales, que corresponda a la contraprestación obtenida por la persona física como consecuencia de la primera cesión del derecho a la explotación de su imagen o del consentimiento o autorización para su utilización.

El ejercicio en que se practican estas deducciones coincide con el de inclusión de las rentas en la base imponible, aun cuando los impuestos se hayan satisfecho en otros períodos impositivos. Las anteriores deducciones tienen un límite: la suma de todas ellas no puede exceder del importe de la cuota íntegra que en España corresponda pagar por la renta incluida en la base imponible.

3) En el ámbito de los socios de la cesionaria 1ª, al distribuirse los dividendos que derivan de los beneficios procedentes de la cesión de derechos de imagen que ya se han imputado sus titulares.

Para evitar esta doble imposición, los socios no deben integrar en su base imponible estos dividendos ni, en consecuencia, pueden practicar la deducción por doble imposición internacional.⁵²⁹

4.2.1.9. En el ingreso a cuenta por la inclusión en la base imponible de las rentas derivadas de la cesión de derechos de imagen.

Cuando proceda la inclusión en la base imponible de las rentas derivadas de la cesión de derechos de imagen, la persona o entidad cesionaria 2ª debe efectuar un ingreso a cuenta del IRPF de la persona física titular de los derechos de imagen, de un 19% en 2012 y un 21% en 2013⁵³⁰, de las contraprestaciones, dinerarias o en especie, satisfechas a las personas o entidades no residentes para la obtención del derecho a la explotación de los derechos de imagen.

1) Este ingreso a cuenta tiene una naturaleza distinta a los previstos con carácter general. En este caso, debe realizarse tanto si la renta se satisface en metálico como en especie y, además, funciona como un pago a cuenta de la persona física titular de la imagen, que no es la que percibe directamente las rentas sujetas a ingreso a cuenta. Su función parece ser, además de la genérica de sometimiento a control de estas rentas, la de someter a «retención» todas las rentas que la norma considera que son atribuibles al titular de la imagen, tanto si las cobra directamente como si no.

2) En caso de que la contraprestación se satisfaga en especie, su valoración debe efectuarse aplicando las reglas previstas para los rendimientos del trabajo en especie.⁵³¹

⁵²⁹ (LIRPF art.92.4 y 6).

⁵³⁰ LIRPF disp. 35,4ª redacción L 2/2012 art 61 (BOE 30-6-2012) y LIS disp. Adic. 14ª redacción L2 /2012 art 64 (BOE 30-6-2012)

⁵³¹ (LIRPF art 92.8 y 101.10; RIRPF art 101 y 107).

4.2.1.10. En el traspaso de acciones o participaciones.

Se establece un régimen de diferimiento, de modo que cuando el importe obtenido en el reembolso o transmisión de acciones o participaciones de IIC se destine a la adquisición o suscripción de otras acciones o participaciones en IIC, no procede computar la ganancia o pérdida patrimonial, y las nuevas acciones o participaciones suscritas conservarán el valor y la fecha de adquisición de las acciones o participaciones transmitidas o reembolsadas, salvo que se trate de paraísos fiscales⁵³², en los siguientes casos:

a) En los reembolsos de participaciones en IIC que tengan la consideración de fondos de inversión, cualquiera que sea su clase o naturaleza.

Este régimen es aplicable a los socios o partícipes de IIC españolas reguladas en la L 35/2003, o de alguna de las reguladas en la Directiva 85/611/CEE, que esté constituida en un Estado miembro de la Unión Europea e inscrita en el registro de la CNMV a efectos de su comercialización en España.

b) En las transmisiones de acciones de IIC con forma societaria, siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes:

- Que el número de socios de la IIC cuyas acciones se transmitan sea superior a 500.
- Que el contribuyente no haya participado, en algún momento dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la transmisión, en más del 5% del capital de la IIC, siendo obligación de este último la comunicación por escrito de esta circunstancia a las entidades a través de las cuales vaya a realizar las operaciones de transmisión o reembolso y adquisición o suscripción.

⁵³² (LIRPF art 94, RIRPF art.52)

Estas entidades deben conservar a disposición de la Administración tributaria durante el período de prescripción de las obligaciones tributarias la documentación comunicada por el contribuyente.

Este régimen de diferimiento no se aplica cuando, por cualquier medio, se ponga a disposición del contribuyente el importe derivado del reembolso o transmisión de las acciones o participaciones de la IIC.

Tampoco se aplica el régimen de diferimiento cuando la transmisión o reembolso o, en su caso, la suscripción o adquisición, tenga por objeto participaciones de fondos de inversión cotizados (admitidos a negociación en bolsas de valores). Por tanto, la ganancia o pérdida obtenida en la transmisión o reembolso de participaciones representativas del patrimonio de fondos de inversión cotizados debe computarse siempre (RIRPF disp. Adicional 4ª). Así, los fondos de inversión constituidos en un Estado miembro de la UE que no sea calificado de paraíso fiscal y adaptados a la Directiva 85/611/CEE, objeto de comercialización en España mediante la negociación en la Bolsa española de sus participaciones, tienen el tratamiento de fondos de inversión cotizados (inaplicación del régimen de diferimiento y de retención).⁵³³

4.2.1.11. En la tributación de los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en países o territorios considerados como paraísos fiscales.

Se establecen medidas equivalentes a las analizadas en relación con el Impuesto de sociedades; así pues la Disposición adicional decimotercera: permite una habilitación reglamentaria para establecer obligaciones de información en relación con las operaciones, situaciones, cobros y pagos que efectúen o se deriven de la tenencia de valores o bienes relacionados, directa o indirectamente, con países o territorios considerados como paraísos fiscales. Y la Disposición transitoria duodécima: valor fiscal de las insti-

⁵³³ (Consulta vinculante de la DGT 12-4-2006).

tuciones de inversión colectiva constituidas en países o territorios considerados como paraísos fiscales.⁵³⁴

4.2.1.12. Para las Instituciones de inversión colectiva constituidas en paraísos fiscales.

En cuanto a la tributación de los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en países o territorios considerados como paraísos fiscales presenta las siguientes características (para los socios o partícipes personas jurídicas):⁵³⁵

a) Instituciones afectadas: las entidades constituidas en paraísos fiscales análogas a las instituciones de inversión colectiva reguladas en la L 35/2003.

b) Renta a integrar en la base imponible: los contribuyentes están obligados a integrar en su base imponible la diferencia positiva entre el valor liquidativo de la participación el día que concluye el período impositivo del partícipe y el valor de adquisición de la participación. La renta se integra en la base imponible general.

c) Valoración de la participación: el importe integrado en la base imponible se considera, a efectos fiscales, como mayor valor de la participación, ya que, en otro caso, se generaría una doble imposición cuando se produjese la transmisión o reembolso de las acciones o participaciones.

d) Distribución de beneficios: los beneficios que distribuya la IIC no se integran en la base imponible del contribuyente, lo que se explica por el hecho de que previamente el contribuyente ha debido tributar por la renta generada por las acciones o participaciones. Su importe reduce el valor fiscal de la participación.

⁵³⁴ (Artículo 95)

⁵³⁵ (LIRPF art 95, disp.trans.8ª).

e) Presunción de rentas: la Administración tributaria podrá presumir que la renta a integrar en la base imponible es el 15% del valor de adquisición de la participación, salvo que el contribuyente pruebe que la renta es diferente a la que resulta de la presunción.

4.2.1.13. Declaración de las ganancias patrimoniales por cambio de residencia.-

La ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006 de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, el Texto refundido del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes, aprobado por RDL /2004 de 5 de marzo y otras normas tributarias, introduce una sección 7ª en el Título X en la que se establece la tributación de las ganancias tácitas derivadas de acciones o participaciones en entidades relevantes que se pondrá de manifiesto en los supuestos en los que el contribuyente traslade su residencia fiscal a otro país antes de enajenar dicha cartera, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos.

Se establece no obstante y con las condiciones que se establezcan reglamentariamente, cuando el desplazamiento tenga un motivo laboral a un país que no tenga la condición de paraíso fiscal, o por otro motivo a otro país que tenga suscrito convenio con cláusula de intercambio de información, y previa solicitud del contribuyente, el aplazamiento del pago de la deuda tributaria.⁵³⁶

⁵³⁶ *Art 95,bis La ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006 de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, el Texto refundido del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes, aprobado por RDL /2004 de 5 de marzo y otras normas tributarias,*

4.2.2. Medidas antiparaiso en el Impuesto sobre Sociedades

4.2.2.1. Se establece una presunción de residencia en territorio español para determinadas entidades radicadas en algún país o territorio de nula tributación o considerado como paraíso fiscal.

La residencia es la cualidad que determina la jurisdicción en cuyo ámbito puede ejercerse la plena soberanía fiscal española. Se consideran entidades residentes en España las que cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

- que su constitución se haya realizado conforme a las leyes españolas;
- que su domicilio social se halle en territorio español;
- que tengan la sede de dirección efectiva en dicho territorio

El IS se exige en todo el territorio español, entendiendo como tal la Península, Islas Baleares, Islas Canarias, Ceuta, Melilla, y las zonas adyacentes a las aguas territoriales sobre las que España puede ejercer los derechos que le corresponden, referentes al suelo, subsuelo marino y recursos naturales.⁵³⁷

Con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir de 1-12-2006, la Administración tributaria puede, aun cuando no se cumplan los requisitos anteriores, presumir que una entidad es residente en territorio español cuando está radicada en un territorio calificado como paraíso fiscal o de nula tributación y:

- sus activos principales, directa o indirectamente, son bienes situados en territorio español o derechos que se cumplen o ejercitan en este territorio; o
- su actividad principal se desarrolla en territorio español.

Esta presunción puede destruirse si:

⁵³⁷(art 2 de la ley 26/2014, de 27 de noviembre LIS.)

- la entidad acredita que la dirección y efectiva gestión tiene lugar en el país o territorio donde está radicada; y
- la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales distintas de la simple gestión de valores u otros activos.

Se entiende por sede de dirección efectiva de una entidad el lugar donde radique la dirección y control del conjunto de sus actividades.⁵³⁸

La noción de domicilio fiscal es complementaria de la noción de residencia. Definida una entidad como residente, su domicilio fiscal sirve para delimitar las competencias territoriales de los distintos órganos administrativos (inspector, recaudador...).

Para la aplicación de la presunción de residencia a socios indirectos de una ETVE, residentes en paraísos fiscales, dado que la entidad residente no desarrolla actividad económica diferente a la tenencia de participaciones en entidades no residentes, se debe valorar si los bienes y derechos poseídos a través de las participaciones están situados o se cumplen o ejercitan en territorio español.⁵³⁹

En cuanto a las Entidades jurídicas, la ley 36/2006 establece una presunción a favor de residencia en España, aunque radiquen en paraísos fiscales, en función de si sus activos y actividad fundamental radica en España, salvo que acredite razones económicas válidas y que su dirección efectiva este en un paraíso fiscal.

⁵³⁸ (Disposición transitoria duodécima).

⁵³⁹ Consulta vinculante de la DGT de 18 de septiembre de 2008.

La reforma fiscal introduce el denominado “exit tax” a partir de 2015 que grava las ganancias patrimoniales producidas por un cambio de residencia y salida del país; busca desincentivar la salida de capital y las desinversiones en empresas españolas.

La norma crea un impuesto de salida para quienes tengan una cartera de más de cuatro millones de euros de plusvalías latentes o controlen más del 25 % de una sociedad con activos superiores al millón de euros que deberán tributar a los tipos del ahorro si se van de España a un país que no sea de la Unión Europea, aunque en el caso de que lo hicieran por motivos laborales su deuda queda aplazada.(art 19 ,de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades).

4.2.2.2. Medidas que tienden a poner límites a las correcciones por depreciaciones de participaciones en entidades residentes en paraísos fiscales.

Era una medida para limitar las pérdidas por deterioro (Art. 12,3 del TRLIS)⁵⁴⁰; incluía una medida importante que afectaba las participaciones en entidades residentes en paraísos fiscales en virtud de la cual, el deterioro correspondiente a dichas participaciones no tendrá el carácter de deducible. Si bien hay una excepción referida a entidades que consoliden cuentas con la entidad que registra el deterioro en el sentido del Art. 42 del c de c o cuando residan en la UE y el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realizan actividades empresariales. Del mismo modo también se recogía otra limitación relativa a las depreciaciones de cartera en valores de renta fija que coticen en el mercado secundario de valores (Art. 12,4 LIS. No serán deducibles las pérdidas por deterioro de valores de renta fija que coticen en mercados secundarios de valores situados en países o territorios clasificados reglamentariamente de paraísos fiscales. Sin embargo se amplió las

⁵⁴⁰ Derogado por la Ley 16/2013 de 29 de octubre por el que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental, y se adoptan otras medidas tributarias y financieras.

limitaciones a las depreciaciones por deterioro, a todas las sociedades las medidas de limitación de la deducción por depreciación de la cartera de valores. La reforma fiscal para 2015, junto con la no deducibilidad de los deterioros de valor de elementos patrimoniales introducida en 2013, se añade la no deducibilidad por deterioro respecto a otro tipo de activos con la excepción de las existencias y de los créditos y partidas a cobrar art 13, de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades).

Se establecía una serie de límites a las correcciones por pérdida de valor de los elementos patrimoniales, como las derivadas de participaciones en entidades residentes en paraísos fiscales o las derivadas de valores que tuviesen un valor cierto de reembolso que estuvieran admitidos a cotización en mercados secundarios organizados situados en paraísos fiscales.⁵⁴¹

⁵⁴¹ *La ley 16/2013 sobre Medidas de fiscalidad medioambiental y otras medidas tributarias, modifica el (art 12 LIS). Para los períodos iniciados a partir de 1 de enero de 2013 se elimina la deducibilidad fiscal del deterioro de valor de las participaciones en el capital o fondos propios de entidades, tanto residentes como no residentes en España.*

Se estableció un régimen transitorio que consiste, fundamentalmente, en lo siguiente:

- Se han de integrar en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades las pérdidas por deterioro que hubieran sido fiscalmente deducibles en períodos iniciados antes del 1 de enero de 2013. Sin embargo, no se deberán integrar las pérdidas por deterioro que vengan determinadas por la distribución de dividendos o participaciones en beneficios y que no hayan tenido derecho a la deducción por doble imposición interna o que no hayan resultado deducibles en el ámbito de la deducción por doble imposición internacional. Con esta excepción se reconoce la no reversión del deterioro cuando, conjuntamente con el dividendo distribuido, no ha tenido un efecto neto negativo en la base imponible del impuesto.
- Se han de reintegrar las pérdidas por deterioro antes mencionadas con independencia y al margen de que haya podido haber otras correcciones de valor por deterioro que no hayan resultado deducibles. De hecho, se especifica que se entenderá que la recuperación de fondos propios de la participada se corresponde, en primer lugar, con pérdidas por deterioro que hayan resultado deducibles en el pasado.

4.2.2.3. El establecimiento de límites a la deducibilidad de gastos de servicios correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades residentes en paraísos fiscales, o que se paguen a través de personas o entidades residentes en éstos.

Se establece límites a la deducibilidad de gastos de servicios correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades residentes en paraísos fiscales, o que se paguen a través de personas o entidades residentes en éstos.⁵⁴²

Para determinar la base imponible del IS no son deducibles los gastos de servicios correspondientes a operaciones:

- realizadas directa o indirectamente con personas o entidades residentes en países o territorios calificados como paraísos fiscales; o

La integración en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades se ha de realizar en el periodo en el que se produzca la recuperación de los fondos propios de la entidad participada, con independencia de su imputación contable en la cuenta de pérdidas y ganancias. Se ha de integrar, en la proporción que corresponda a su participación, el valor de los fondos propios que al cierre del ejercicio exceda al del inicio.

También se debe integrar el deterioro deducido en el pasado cuando se reciban dividendos o participaciones en beneficios de las entidades participadas, salvo que estas rentas no den lugar a un ingreso contable en la entidad que las percibe. Es decir, si no se registra en la perceptora el dividendo como ingreso, por corresponder a reservas generadas con anterioridad a la adquisición de la participada, no se integrará en la base ningún importe en concepto de reversión del deterioro.

En el caso de entidades cotizadas en un mercado regulado, la reversión de las pérdidas por deterioro registradas y deducidas en periodos iniciados antes de 1 de enero de 2013 deberá integrarse en la base imponible del impuesto del periodo en el que se produzca la recuperación contable.

⁵⁴² (Artículo 15.g de la Ley 27/2014 de 27 de noviembre del Impuesto de Sociedades).

- que se paguen a través de personas o entidades residentes en dichos países o territorios.

No obstante, dichos gastos son deducibles en la medida en que el sujeto pasivo pruebe que el gasto devengado responde a una operación o transacción efectivamente realizada. Se produce así una inversión de la carga de la prueba: la sociedad residente que soporta el gasto debe probar la realidad de la operación de la que deriva el gasto.

1) Se complementa así el criterio de valoración de las operaciones realizadas con paraísos fiscales. Implica presumir un valor de mercado cero para estas operaciones, en contra de lo que sucede con carácter general, en la aplicación de esta regla de valoración.

2) No precisa la norma la extensión de los servicios a que alude. Previsiblemente, la Administración Tributaria pretende restringirlos a los definidos en el subgrupo 62 del PGC (servicios exteriores), excluyendo, entre otros, los gastos derivados de operaciones financieras. Debe, no obstante, añadirse que, en puridad, cabría incluir en aquel concepto todas las actividades que tengan consideración de servicios, con arreglo a las normas de IVA.

3) Si la entidad residente en paraíso fiscal está sujeta al régimen de transparencia fiscal internacional y realiza operaciones con entidades residentes en territorio español, con independencia de que estas entidades sean o no las obligadas a incluir en sus bases imponibles las rentas positivas obtenidas por aquella, prevalece la no deducibilidad del gasto frente a la transparencia. En otros términos, no son objeto de inclusión en la base imponible de las sociedades residentes que reúnan los requisitos de la transparencia fiscal internacional aquellas rentas positivas obtenidas por entidades residentes en paraísos fiscales que correspondan a gastos no deducibles de sociedades residentes en territorio español que operan con dicha entidad extranjera.

4.2.2.4. Las reglas de valoración para operaciones realizadas con o por personas o entidades residentes en paraísos fiscales.

Se establece el valor normal de mercado como regla de valoración en las operaciones realizadas con personas físicas o jurídicas residentes en paraísos fiscales.

“La Administración tributaria podrá valorar, por su valor normal de mercado, las operaciones efectuadas con o por personas o entidades residentes en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales cuando la valoración convenida hubiera determinado una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación.”⁵⁴³

La Ley 36/2006 de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal abordó la reforma del artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) de 2004 que regula los ajustes por operaciones vinculadas y los precios de transferencia.

El preámbulo de la Ley 36/2006 alega dos objetivos de esta reforma. El primero referente a la valoración de estas operaciones según precios de mercado, enlazando de esta forma con el criterio contable existente que resulta de aplicación en el registro en cuentas anuales individuales de las operaciones reguladas en el artículo 16 del TRLIS.

En este sentido, el precio de adquisición por el cual han de registrarse contablemente estas operaciones debe corresponderse con el importe que sería acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia, entendiendo por el mismo el valor de mercado, si existe un mercado representativo o, en su defecto, el derivado de aplicar determinados modelos y técnicas de general aceptación y en armonía con el principio de prudencia. En definitiva, continúa el mencionado preámbulo, el régimen fiscal de las operaciones vinculadas recoge el mismo criterio de valoración que el establecido en el ámbito contable, pudiendo la Administración Tributaria corre-

⁵⁴³ (Artículo 18 de la Ley 27/2014 de 27 de noviembre del Impuesto de Sociedades).

gir dicho valor contable cuando determine que el valor normal de mercado difiere del acordado por las personas o entidades vinculadas, regulándose las consecuencias fiscales de la posible diferencia entre ambos valores.

El segundo objetivo, de acuerdo con la exposición de motivos, es adaptar la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional, en particular a las Directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro Europeo sobre precios de transferencia, a cuya luz debe interpretarse la normativa modificada. De esta manera, se homogeneiza la actuación de la Administración Tributaria española con los países de nuestro entorno, dotando además a las actuaciones de comprobación de una mayor seguridad al regularse la obligación de documentar por el sujeto pasivo la determinación del valor de mercado que se ha acordado en las operaciones vinculadas en las que interviene.

Este segundo objetivo resulta especialmente relevante. En efecto, las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia han influido en la legislación española, en la jurisprudencia y en la doctrina administrativa pero no existía una referencia jurídica que amparase la interpretación de las normas bajo el paraguas de la elaborada doctrina de la OCDE.

Este cambio legislativo requerirá, sin duda, una revisión de las políticas de precios de transferencia seguidas hasta la fecha por los grupos multinacionales establecidos en España, dotándose a la Administración tributaria de nuevos mecanismos para poder comprobar la valoración a mercado de las operaciones entra-grupo y especialmente de aquellas susceptibles de ocasionar perjuicio económico para la Hacienda Pública.

Otro de los objetivos pretendidos con esta modificación normativa, que, por su especial trascendencia se ha preferido articular en ley distinta de aquella por la que se introduce el resto de la reforma del Impuesto sobre Sociedades, es el de fomentar los mecanismos de colaboración de los contribuyentes con la Administración tributaria en esta materia, mediante la flexibilización del régimen de los acuerdos previos de valora-

ción y la introducción de una nueva regulación para la resolución de los conflictos que surjan con Administraciones de otros Estados.

4.2.2.4.1. Modificaciones que introdujo en el Impuesto sobre Sociedades.

Obligación del contribuyente: la principal novedad que se introduce en la Ley del Impuesto sobre Sociedades es la obligación para el contribuyente de valorar por su valor normal de mercado las operaciones que realice con personas o entidades vinculadas, con independencia del impacto que la valoración de estas transacciones entra-grupo puedan tener en la tributación de las entidades que las realizan.

Como es sabido, la normativa anterior únicamente confería la facultad a la Administración Tributaria para que ajustase la valoración convenida en transacciones vinculadas cuando la misma determinara una menor tributación en España de la que hubiese correspondido por la aplicación del valor normal de mercado, o un diferimiento de la misma.

Facultad de la Administración: de acuerdo con la anterior obligación del contribuyente, la Administración tributaria podrá comprobar la valoración otorgada a las operaciones realizadas entre entidades vinculadas en relación con el Impuesto sobre Sociedades, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre la renta de No Residentes, y efectuar los ajustes que considere oportunos respecto de aquellas valoraciones que no sean acordes con el mencionado valor normal de mercado.

Obligaciones de documentación: la valoración a precio de mercado de las operaciones realizadas con entidades vinculadas debe justificarse por parte del contribuyente mediante la oportuna documentación que deberá mantener a disposición de la Administración tributaria.

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley señala que las obligaciones específicas de documentación deberán responder al principio de "minoración del coste de

cumplimiento" y garantizar a la Administración tributaria el ejercicio de sus facultades de comprobación, pudiendo, no obstante, establecerse excepciones o modificaciones de la obligación general de documentación, de acuerdo con las características de los grupos de empresas o las operaciones. La Ley establece que estas obligaciones de documentación serán exigibles a partir de los 3 meses siguientes a la entrada en vigor de la norma que las desarrolle.

Concepto de vinculación: La Ley introduce además cambios en el concepto de personas o entidades vinculadas, entre los que cabe destacar los siguientes:

- Se sustituye el término "sociedad" por el más amplio de "entidad", lo cual permitiría extender el perímetro de vinculación a otro tipo de entidades, como por ejemplo Instituciones de Inversión Colectiva, Uniones Temporales de Empresas, Agrupaciones de Interés Económico, etc.
- Se cambia la referencia a los "ascendientes y descendientes" de socios y/o consejeros y administradores por la nueva de "personas unidas por razones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado".
- Se mantiene la vinculación entre socio y sociedad en los supuestos en los que se tiene una participación directa del 5% al menos (o del 1% si se trata de sociedades cotizadas). Asimismo, si la participación se tiene de manera indirecta, dicho porcentaje igualmente permanece en el 25%.
- Se establece que existirá, a estos efectos, un Grupo cuando varias sociedades constituyan una "unidad de decisión".
- Se amplían los supuestos de vinculación, no solo a los administradores de derecho, sino también a los de hecho.

Métodos de valoración: se regula de forma más ordenada, completa y acorde a las Directrices de la OCDE los diferentes métodos de valoración para la determinación del valor normal de mercado, señalando, con carácter principal, tres métodos diferentes: (i) el método del precio libre comparable, (ii) el método del coste incrementado y (iii) el método del precio de reventa, sin que a estos efectos se establezca, como ocurría en la normativa anterior, la prelación del primero respecto de los otros dos.

Asimismo, se establecen dos métodos subsidiarios (basados en el beneficio que deben obtener las entidades intervinientes en relación con un conjunto de transacciones agregadas) para aquellos casos en los que, debido a la complejidad o a la información relativa a las operaciones, no puedan aplicarse adecuadamente los métodos anteriores (basados en el precio de la transacción). Dichos métodos subsidiarios son: (i) el método de la distribución del resultado de las operaciones y (ii) el método del margen neto del conjunto de las operaciones. Este último no se encontraba recogido en la normativa actualmente anterior.

Servicios: como consecuencia de las reiteradas resoluciones judiciales en materia de servicios de apoyo a la gestión, las cuales recortaban de manera notable el alcance de dicho concepto, la Ley modifica la regulación anterior, sustituyendo dicha expresión por la más amplia y acorde con las Directrices de la OCDE en la materia, de "gastos en concepto de servicios" que deberán ser valorados conforme a los métodos antes señalados.

"Cost sharing": se amplía también la regulación de los llamados "acuerdos de reparto de costes", que, con la nueva normativa, resultarán aplicables no sólo a las actividades de investigación y desarrollo, sino a cualquier otro tipo de actividad susceptible de ser acogida a este tipo de acuerdos.

La deducción de los gastos derivados de un acuerdo de esta naturaleza estará condicionada al cumplimiento de determinados requisitos, coherentes todos ellos con las Directrices de la OCDE en esta materia

Acuerdos Previos de Valoración: se amplía la vigencia de los acuerdos previos de valoración de operaciones entre personas y entidades vinculadas (APAs) realizadas por la Administración Tributaria a un máximo de cuatro años (hasta ahora eran tres), ampliándose su alcance posible a todas las operaciones del período impositivo en curso en la fecha de su aprobación e incluso a las realizadas en el período impositivo anterior, siempre que no hubiera finalizado el plazo voluntario de presentación de la declaración por el impuesto correspondiente.

Ajuste secundario: se introduce una regulación específica en relación con el denominado "ajuste secundario", estableciéndose que en aquellas operaciones en las cuales el valor convenido sea distinto al normal de mercado, la diferencia entre ambos tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal correspondiente a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de tal diferencia.

En particular, la Ley señala que la diferencia que pudiera ponerse de manifiesto en las relaciones entre una entidad y sus socios o partícipes tendrá, atendiendo a los porcentajes de participación correspondientes, la consideración de participación en los beneficios de dicha entidad, si la diferencia fuera favorable al socio o partícipe, o de aportación a los fondos propios por parte de éste, si la diferencia fuera a favor de la entidad.

Infracciones y sanciones: adicionalmente a la regulación del procedimiento para la comprobación del valor normal de mercado, la Ley también efectúa una descripción de las infracciones tributarias específicas derivadas del incumplimiento de las nuevas obligaciones introducidas en materia de precios de transferencia:

4.2.2.4.2 Modificaciones en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes

Extensión a no residentes: la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR), hace extensivas a los no residentes las obligaciones mencionadas en el punto anterior, y ello con independencia de que actúen en España a través de un establecimiento

permanente. Por otro lado, se especifica con carácter expreso que dichas obligaciones también son aplicables respecto de las transacciones entre establecimientos permanentes dentro o fuera de España.

Suspensión de la liquidación: se permite suspender la obligación de pago de la deuda tributaria derivada de un ajuste por precios de transferencia, con ocasión de la solicitud de aplicación del procedimiento amistoso de los Convenios para evitar la Doble Imposición o del Convenio de Arbitraje para conseguir eliminar la doble imposición internacional derivada de dicho ajuste.

Con la normativa anterior, el contribuyente se veía obligado a recurrir ante los Tribunales Económico-Administrativos para conseguir dicha suspensión, lo cual impedía que empezase a computar el plazo de 2 años que el Convenio de Arbitraje otorga a los Estados para llegar a un acuerdo amistoso antes de la fase arbitral.

4.2.2.4.3. Impuesto sobre el valor añadido.

La ley da nueva redacción a la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), sustituyendo la regla de valoración a coste por la de valoración a mercado para la determinación de la base imponible en los supuestos en los que exista vinculación entre las partes que intervengan en una operación sujeta al IVA.

Para aclarar el significado del término "valor normal de mercado" la Ley lo define como "aquél que, para adquirir los bienes o servicios en cuestión en ese mismo momento, un destinatario, en la misma fase de comercialización en la que se efectúe la entrega de bienes o prestación de servicios, debería pagar en el territorio de aplicación del Impuesto en condiciones de libre competencia a un proveedor independiente".

4.2.2.4.4. Real Decreto 1793/2008.

Por su parte la ley prevé un desarrollo reglamentario que establecerá la documentación que deberá estar a disposición de la Administración tributaria a estos efectos. La ley establece que las obligaciones específicas de documentación deberán responder al principio de minoración del coste de cumplimiento, garantizando a la vez a la Administración tributaria el ejercicio de sus facultades de comprobación en esta materia, especialmente en aquellas operaciones susceptibles de ocasionar perjuicio económico para la Hacienda Pública. Para ello, el futuro desarrollo reglamentario podrá fijar excepciones o modificaciones de la obligación general de documentación, de acuerdo con las características de los grupos empresariales, las empresas o las operaciones vinculadas, en particular cuando la exigencia de determinadas obligaciones documentales pudiera dar lugar a unos costes de cumplimientos desproporcionados.

Finalmente el desarrollo reglamentario se produjo con el Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, en el cual se detalla la documentación que deberá estar a disposición de la Administración tributaria a tales efectos. Las obligaciones específicas de documentación responden al principio de minoración del coste de cumplimiento, garantizando a la vez a la Administración tributaria el ejercicio de sus facultades de comprobación en esta materia, especialmente en aquellas operaciones susceptibles de ocasionar perjuicio económico para la Hacienda Pública.

De acuerdo con lo preceptuado en la disposición transitoria tercera del Real Decreto 1793/2008, y, en consonancia con lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 36/2006, las obligaciones de documentación serán exigibles a partir de los tres meses siguientes a la entrada en vigor de dicho Real Decreto.

El citado Real Decreto 1793/2008, recoge los principios fundamentales que deben inspirar la regulación de las obligaciones de documentación de las operaciones vinculadas. En particular, atendiendo al principio de minoración del coste de cumplimiento, dicho precepto exime de la obligación de llevanza de documentación a las entidades que se integren en un mismo grupo de consolidación fiscal, respecto de las ope-

raciones vinculadas realizadas entre ellas, así como a las agrupaciones de interés económico, respecto de las operaciones realizadas con sus miembros, dadas las características especiales de los regímenes fiscales aplicables a unas y a otras. Tampoco será obligatoria la llevanza de documentación respecto de las operaciones vinculadas realizadas en el ámbito de ofertas públicas de venta o de ofertas públicas de adquisición de valores.

En particular, la documentación relativa al grupo (masterfile) que las entidades vinculadas deben elaborar y poner a disposición de la Administración tributaria, en relación con las operaciones vinculadas que realicen en el período impositivo con cualquier otra entidad del grupo, está desarrollada en el Reglamento, cuya nueva redacción se ajusta perfectamente a lo dispuesto en el Código de Conducta.

Del mismo modo, se regula la documentación específica relativa al obligado tributario que haya realizado la operación vinculada, ajustándose plenamente a lo dispuesto en el Código de Conducta EU TPD.

Otro aspecto importante es que la normativa detallada anteriormente establece un tratamiento diferenciado según se trate de PYME's o multinacionales.

De acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento la cumplimentación de la documentación relativa al grupo (masterfile) no será exigible para los grupos cuyo importe neto de la cifra de negocios, referido a la totalidad de las empresas del grupo, en el ejercicio inmediato anterior, sea inferior 8 millones de euros. Dicho límite es el establecido en la normativa del Impuesto de Sociedades a efectos de adquirir la condición de entidad de reducida dimensión.

Asimismo, en relación con la documentación específica del obligado tributario, exige la llevanza de una documentación más simplificada cuando una de las partes que intervenga en la operación sea una entidad de reducida dimensión, en los términos y no se

trate de operaciones realizadas con personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales.

Además, cuando la documentación elaborada para un período impositivo continúe siendo válida en otros posteriores, no será necesaria la elaboración de nueva documentación, sin perjuicio de que deban efectuarse las adaptaciones que fueran necesarias. La obligación de cumplimentación del masterfile únicamente se referirá al período impositivo en que el obligado tributario hubiera realizado operaciones vinculadas con otras entidades del grupo. Adicionalmente, las informaciones a suministrar deberán estar relacionadas, directa o indirectamente, con las operaciones realizadas por el obligado tributario. Tratándose de un grupo, la entidad dominante podrá optar por preparar y conservar la documentación relativa a todo el grupo. Cuando la entidad dominante no sea residente en territorio español, deberá designar a una entidad del grupo residente en España para conservar la documentación.

Del mismo modo, la obligación de aportar documentación específica se referirá al período impositivo en que el obligado tributario haya realizado la operación vinculada.

Con arreglo a lo anterior, podría afirmarse que la norma española ha alcanzado un equilibrio entre la exigencia de documentación completa y los costes de conformidad o la carga administrativa.

4.2.2.4.5. Las aportaciones de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre del Impuesto sobre Sociedades para 2015.

Siguiendo las recomendaciones de la OCDE en su informe BEPS, el legislador español ha introducido algunas modificaciones relacionadas con los precios de transferencia.

En relación con la ACCION 8 BEPS referida a Intangibles. No es una recomendación obligatoria, y no está terminada pues existe una interrelación con el resto de medidas

BEPS que aún no han sido terminadas. Se define el concepto de intangibles. Pero aún no se ha incorporado esta recomendación en la reforma del Impuesto de sociedades

En relación con la ACCION 13 BEPS referida a la Documentación; una de las principales innovaciones propuestas por las BEPS en cuanto a documentación se refiere, es la documentación “país por país”; responde a una continua reclamación de las asociaciones no gubernamentales, que exigían para terminar con el imperio de las multinacionales que especificaran país por país donde obtenían sus beneficios y sus interrelaciones entre empresas del grupo a fin de evitar trasladar las bases a los territorios que ofrecieran una fiscalidad más favorable.

Sin embargo esta recomendación es provisional, y no tiene tampoco carácter obligatorio, la documentación “country by country”. No se ha incorporado esta modificación al Art 18 LIS sobre operaciones vinculadas. Sin embargo si esta previsto exigir a las empresas dicha documentación en el Reglamento que desarrolle la ley 27/2014.

La Unión Europea ha elaborado un “Código de Conducta” que se ha incorporado en el art 17,18 y 20 del RIS

En las operaciones vinculadas, se modifica el perímetro de vinculación se restringe la vinculación socio sociedad al 25% de la participación.

Se simplifica las obligaciones formales; se incorpora como novedad la posibilidad de emitir un informe de país por país como obligación; por lo que nos encontraríamos con un tercer documento “máster file”, documento país, e informe de país por país con variad información.

Se elimina la jerarquía en los métodos de valoración se recogen los cinco métodos y se añade uno más de acuerdo con las técnicas de valoración aceptable en economías independientes (pensando en el descuento de flujos).

Se establece una nueva categoría en la documentación, simplificada, específica y de intangibles, que siempre ha de ser general.

Se admite la simulación (disregarding) en el ajuste en caso de vinculadas. El art 18 LIS da cobertura al art 9 del Modelo de Convenio de la OCDE para considerar que una reestructuración empresarial no tiene motivo, anulando sus efectos. Anteriormente se aplicaba el conflicto en la aplicación de las normas de la ley General Tributaria. Ahora con este precepto del LIS se le da cobertura en el Impuesto.

4.2.2.5. Los límites a la aplicación de coeficientes de subcapitalización diferentes en operaciones efectuadas con o por personas o entidades residentes en paraísos fiscales.

En la normativa anterior no se permitía a las sociedades ubicadas en paraísos fiscales hacer una propuesta a la admón. para aplicar un coeficiente distinto del previsto con carácter general de 3/1

El art 20,4 establecía que no se aplicaba la subcapitalización a los demás países de la Unión Europea salvo que fuera un paraíso fiscal como sería en el caso de Gibraltar, aunque no se dice nada en torno a Chipre.

El RD 12/2012, modificó el art 20 LIS, con el objeto de limitar la deducibilidad de los gastos financieros entre otras medidas, ante la urgencia requerida ante los efectos de la crisis económica, y la necesidad de aumentar los ingresos del estado español.

Publicado en el BOE 31/03/2012. Entrada en vigor el mismo día 31/03/2012. Se aplica a los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2012. Convalidado por el Congreso de los Diputados y no tramitación como proyecto de ley.

En cuanto a la limitación a la deducción de gastos financieros. En principio, se presenta una doble limitación.⁵⁴⁴

a) Con carácter general, se establece una limitación temporal a la deducción de los gastos financieros. En particular, serán deducibles los “gastos financieros netos” con un límite máximo del 30% del “beneficio operativo del ejercicio”.

Este beneficio operativo se define así:

“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, y adicionando los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio, siempre que se correspondan con dividendos o participaciones en beneficios de entidades en las que, o bien el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea al menos el 5 por ciento, o bien el valor de adquisición de la participación sea superior a 6 millones de euros, excepto que dichas participaciones hayan sido adquiridas con deudas cuyos gastos financieros no resulten deducibles por aplicación de la letra h) del apartado 1 del artículo 14 de esta Ley.”

544 *Francisco de la Torre; notas a la reforma fiscal RD 12/2012*

Esto viene a coincidir con el beneficio ordinario antes de amortizaciones, intereses e impuestos (EBITDA en inglés), adicionando los dividendos y participaciones en beneficios si se posee más del 5% o la inversión fue superior a 6 millones de euros (que son los requisitos de exención de dividendos de fuente externa de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros).

A estos efectos, la norma entiende por “gastos financieros netos” el exceso de gastos financieros respecto de los ingresos derivados de la cesión a terceros de capitales propios devengados en el período impositivo.

En todo caso, serán deducibles, sin límite alguno, gastos financieros netos del periodo impositivo por importe de hasta 1 millón de euros. Este límite se aplica por sujeto pasivo, es decir por empresa o grupo en consolidación fiscal.

Por otra parte, esta limitación de la deducibilidad de gastos financieros no se aplica a entidades que no formen parte de un grupo (en los términos del artículo 42 del código de comercio), salvo que la financiación vinculada exceda del 10% de los gastos financieros netos.

Esta limitación de la deducibilidad de los gastos financieros tampoco se aplica a los grupos bancarios. No obstante, estos grupos deben sacar a las participadas no financieras de su grupo de consolidación.

Los gastos financieros netos que no hayan sido objeto de deducción podrán deducirse en los períodos impositivos que concluyan en los 18 años inmediatos y sucesivos, conjuntamente con los del período impositivo correspondiente. Es decir, reciben un tratamiento similar al de una base imponible negativa.

b) Asimismo, en todo caso, serán no deducibles los gastos financieros devengados en el período impositivo, derivados de deudas con entidades del Grupo (con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas), para

adquirir acciones o participaciones en fondos propios de otras entidades del grupo y salvo que se acredite que existen motivos económicos válidos.

La Exposición de Motivos establece dos ejemplos de motivos económicos válidos (entre otros):

“...aquellas operaciones que sean razonables desde la perspectiva económica, como pueden ser supuestos de reestructuración dentro del grupo, consecuencia directa de una adquisición a terceros, o bien aquellos supuestos en que se produce una auténtica gestión de las entidades participadas adquiridas desde el territorio español.”

La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de sociedades que se aplicará a partir del 2015, sigue introduciendo modificaciones en la línea de las que se hicieron, en el Real Decreto ley de 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen determinadas medidas tributarias para la reducción del déficit público, en la que introducían dos tipos de limitaciones, la primera referida a la no deducibilidad de aquellos gastos financieros generados en el seno de un grupo mercantil, destinadas a la realización de determinadas operaciones dentro del grupo, excepto las que tuvieran contenido económico real, y una segunda limitación que en la práctica se convirtió en una regla de imputación temporal específica. En esta segunda medida se incide más siguiendo las recomendaciones BEPS de la OCDE

Se prevé una limitación adicional en relación con los gastos financieros asociados a la adquisición de participaciones en entidades cuando, posteriormente la entidad adquirida, se incorpora al grupo de consolidación fiscal al que pertenece la adquirente o bien es objeto de una operación de reestructuración.

Se recoge una medida específica sobre gastos financieros. Art15 LIS (sustituye al art 14, 1, h LIS anterior) y por otra parte recoge una regla objetiva más otra específica. Art16

LIS (sustituya a la existente en el art 20 LIS); la norma específica se refiere a actividades apalancadas

4.2.2.6. La no exención sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes en paraísos fiscales.

La aplicación de la exención requiere que la entidad participada no resida en un paraíso fiscal, excepto que, con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir del 1-1-2008, resida en un Estado miembro de la UE y el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales.⁵⁴⁵

En definitiva, con esta regla la exención no alcanza a la parte de renta que se corresponda con la recuperación del valor de la participación.⁵⁴⁶

4.2.2.7. La exención de determinadas rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente, salvo que se halle situado en un paraíso fiscal.

Se establece la no deducibilidad por doble imposición de las rentas percibidas en el extranjero en un establecimiento permanente.⁵⁴⁷

⁵⁴⁵ (Artículo 21 de la Ley 27/2014 de 27 de noviembre del Impuesto de Sociedades).

⁵⁴⁶ (LIS art 21,2)Modificado por Ley 16/2013 y posteriormente por la Ley 27/2014 de 27 de noviembre del Impuesto de Sociedades

⁵⁴⁷ “Exención de determinadas rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento. En ningún caso se aplicará lo dispuesto en este artículo cuando el establecimiento permanente esté situado en un país o territorio calificado de paraíso fiscal, excepto que se trate de un Estado miembro de la Unión Europea y el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades

4.2.2.8. La improcedencia de la deducción por actividades de exportación cuando la inversión o el gasto se realice en un paraíso fiscal.

Se excluyen las deducciones por actividades de exportación a paraísos fiscales.⁵⁴⁸ Si bien esta deducción se ha eliminado con carácter general a partir de 2015 por la nueva ley 27/2014 de 27 de noviembre del Impuesto de Sociedades.

4.2.2.9. Los límites al tratamiento de los dividendos y las participaciones en beneficios percibidos por las entidades de capital-riesgo cuando las rentas se obtienen a través de paraísos fiscales

des económicas. (art 22.7 Ley 27/2014 de 27 de noviembre del Impuesto de Sociedades).

548 Artículo 37. Deducción por actividades de exportación. 1. La realización de actividades de exportación dará derecho a practicar las siguientes deducciones de la cuota íntegra :a) El 25 por ciento del importe de las inversiones que efectivamente se realicen en la creación de sucursales o establecimientos permanentes en el extranjero, así como en la adquisición de participaciones de sociedades extranjeras o constitución de filiales directamente relacionadas con la actividad exportadora de bienes o servicios o la contratación de servicios turísticos en España, siempre que la participación sea, como mínimo, del 25 por ciento del capital social de la filial. En el período impositivo en que se alcance el 25 por ciento de la participación se deducirá el 25 por ciento de la inversión total efectuada en éste y en los dos períodos impositivos precedentes. A efectos de lo previsto en este apartado las actividades financieras y de seguros no se considerarán directamente relacionadas con la actividad exportadora .b) El 25 por ciento del importe satisfecho en concepto de gastos de propaganda y publicidad de proyección plurianual para lanzamiento de productos, de apertura y prospección de mercados en el extranjero y de concurrencia a ferias, exposiciones y otras manifestaciones análogas, incluyendo en este caso las celebradas en España con carácter internacional. 2. No procederá la deducción cuando la inversión o el gasto se realice en un Estado o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal. 3. La base de la deducción se minorará en el 65 por ciento de las subvenciones recibidas para la realización de las inversiones y gastos a que se refiere el apartado.

Se establecen unos límites al tratamiento de los dividendos y las participaciones en beneficios percibidos por las entidades de capital-riesgo cuando las rentas se obtienen a través de paraísos fiscales.⁵⁴⁹

4.2.2.10. El régimen de tributación de los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en paraísos fiscales.

Se establece un régimen específico de tributación para los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva que estuvieran ubicadas en paraísos fiscales.⁵⁵⁰

4.2.2.11. En el Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores

⁵⁴⁹ Se establece una limitación a las sociedades de capital riesgo respecto a las rentas que se obtengan a través de un país o territorio calificado como paraíso fiscal o cuando el adquirente resida en dicho país o territorio. (art 50.5 y 6 de la ley 27/2014, de 27 de noviembre del impuesto de Sociedades)

⁵⁵⁰ Artículo 54. *Tributación de los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales.*

1. Los sujetos pasivos de este impuesto y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que obtengan sus rentas mediante establecimiento permanente en territorio español, que participen en instituciones de inversión colectiva constituidas en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales, integrarán en la base imponible la diferencia positiva entre el valor liquidativo de la participación al día del cierre del período impositivo y su valor de adquisición. La cantidad integrada en la base imponible se considerará mayor valor de adquisición.

2. Los beneficios distribuidos por la institución de inversión colectiva no se integrarán en la base imponible y minorarán el valor de adquisición de la participación. Estos beneficios no darán derecho a deducción por doble imposición.

3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que la diferencia a que se refiere el apartado 1 es el 15 por ciento del valor de adquisición de la acción o participación.

Los siguientes artículos de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre del impuesto de Sociedades); 80 (Canje de valores), artículo 81 (tributación de los socios en las operaciones de fusión, absorción y escisión total o parcial) y artículo 89 (participaciones en el capital de la entidad transmitente y de la entidad adquirente). Establecen una serie de limitaciones al régimen general cuando intervienen personas o entidades residentes en paraísos fiscales

4.2.2.12. En la transparencia fiscal internacional con presunciones o limitaciones con entidades residentes en paraísos fiscales

Esta medida anti elusión es aplicada tradicionalmente en muchos países, fundamentalmente que sean exportadores de capitales,⁵⁵¹ se empezó a aplicar en EEUU. En los años sesenta, y se ha venido aplicando en la mayor parte de los países, si bien su eficacia es limitada, consiste en imputar a los residentes las rentas obtenidas en el extranjero no repatriadas.

La transparencia fiscal en el régimen fiscal español trata de evitar los efectos que se producen, en un mercado de capitales liberalizado, cuando sujetos residentes en España, personas físicas o jurídicas, colocan sus capitales en sociedades residentes en territorios de baja tributación, por motivos exclusivamente fiscales, con el objeto de evitar la imputación en sus bases imponibles de las rentas generadas por esos capitales.⁵⁵²

La interposición de una sociedad instrumental entre la fuente de la renta y el titular último de los capitales atrae la fiscalidad de esas rentas hacia esa sociedad, evitándose así que sean gravadas en España hasta que la sociedad distribuya dividendos al socio

⁵⁵¹ *La transparencia fiscal internacional; protocolos para su aplicación, Jose Antonio Rodriguez Ondarza y Juan Jose Rubio Guerrero Cronica Tributaria nº 96 (2000) pp 123 a 147.*

⁵⁵² *Esta regulada en LIRPF art.91; LIS art.107 redacc L 4/2008 art.1º.10*

residente en territorio español, o bien este transmita su participación en la sociedad instrumental. Con ello se logra un diferimiento en el pago de impuestos, lo que trata de evitar este régimen de transparencia fiscal internacional.

La deslocalización por motivos fiscales de capitales no invertidos directamente en actividades empresariales, se contrarresta en los sistemas tributarios de los países desarrollados mediante métodos de transparencia fiscal. A través de ellos, las rentas pasivas -aquellas que no derivan del desarrollo de explotaciones económicas- obtenidas por sociedades residentes en territorios de tributación privilegiada se imputan a sus socios residentes como si estos hubiesen obtenido directamente aquellas rentas sin mediación de la sociedad interpuesta. El régimen se basa en una extensión del principio de tributación por la renta mundial, es decir, los residentes están sometidos a tributación por la totalidad de sus rentas, cualquiera que sea el lugar en que se obtienen y la residencia del pagador.

Si bien el mecanismo se establece para afectar a las sociedades instrumentales constituidas en el extranjero y no a las que realizan actividades productivas, estas últimas también se ven involucradas cuando no repatrian sus beneficios y cuando adquieren activos de carácter instrumental en un porcentaje significativo. De este modo, de una forma indirecta se promueve la repatriación de beneficios obtenidos en el extranjero derivados de actividades productivas o bien su reinversión en dichas actividades.

En la legislación española a los solos efectos de la aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional, se considera como grupo de sociedades mercantil, el constituido por la sociedad dominante y sus dependientes, así como las sociedades multigrupo y asociadas tenidas en cuenta para la formulación de las cuentas anuales contables consolidadas⁵⁵³. Son sociedades multigrupo aquellas sociedades no dependientes que son gestionadas por una o varias sociedades del grupo, que participan en su capital social, conjuntamente con otra u otras ajenas al grupo. Las sociedades asociadas

553 . (RD 1159/2010 art.1 a 5).

son aquellas no incluidas entre las empresas del grupo, en las que una o varias sociedades del grupo ejercen una influencia significativa en su gestión por tener una participación en ella, en el sentido de poder intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de aquella. En las demás referencias que la norma fiscal hace al grupo de sociedades mercantiles, este está constituido, exclusivamente, por la sociedad dominante y sus dependientes, sin que formen parte las sociedades multigrupo y asociadas.

Ámbito de aplicación.

El régimen⁵⁵⁴ se configura en base a los siguientes elementos:

- la participación en la sociedad instrumental no residente.
- el grado de tributación de la sociedad no residente.
- la residencia de la sociedad participada.
- el tipo de rentas obtenidas por la sociedad instrumental.

Las normas que rigen sobre transparencia fiscal internacional son compatibles con los principios rectores de los convenios bilaterales, de acuerdo con la doctrina desarrollada por la OCDE. Así, pueden ser aplicadas sobre entidades instrumentales residentes en países con los que España tenga suscrito convenio para evitar la doble imposición.

Participación en la entidad no residente.

La aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional requiere que se tenga una capacidad de control y de decisión sobre la entidad instrumental no residente.⁵⁵⁵

⁵⁵⁴ (LIS art.107 redacc L 4/2008; LIRPF art.91)

⁵⁵⁵ (LIRPF art.91.1.a; LIS art.107.1.a)

La capacidad de control se entiende alcanzada cuando se tiene una participación igual o superior al 50% del capital, los fondos propios, los resultados o los derechos de voto de la entidad instrumental no residente en territorio español. La fecha de referencia en la que debe apreciarse si se tiene dicho control es la de cierre del ejercicio social de la entidad instrumental, por lo que no es de aplicación la transparencia fiscal internacional cuando al cierre no se alcance dicho control, aun cuando se haya tenido de forma continuada durante el resto del ejercicio.

En cuanto a la prelación sobre la que versa el grado de control, la Ley no establece un orden de unas sobre las otras, lo cual quiere decir que siempre que se alcance el porcentaje del 50% sobre cualquiera de las magnitudes sobre las que la LIS predica el poder de control, se entiende cumplido este requisito al efecto de la aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional. Esto es, puede que no teniendo la mayoría del capital de la entidad instrumental se alcance la mayoría de los derechos de voto, y se cumpla esta condición.

El control puede ser ejercido por:

- la persona física por sí sola;
- la entidad residente por sí sola;
- la persona física conjuntamente con entidades vinculadas en términos fiscales , o con otras personas sujetas por obligación personal de contribuir unidas por vínculos de parentesco en línea directa o colateral, incluido el cónyuge, por consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado inclusive;
- la entidad residente conjuntamente con personas o entidades vinculadas en términos fiscales.

En definitiva, el control puede alcanzarse bien individualmente o conjuntamente con personas o entidades vinculadas con el sujeto pasivo en términos fiscales, cualquiera que fuese la residencia de dichas personas o entidades.

No obstante, al tiempo de determinar el grado de control, si en el referido grupo de vinculación existe alguna entidad no residente, la participación que ha de tenerse en cuenta es la poseída por el sujeto pasivo indirectamente en la entidad instrumental a través de dicha entidad no residente.

De acuerdo con lo anterior, es requisito necesario la existencia de un grupo integrado por entidades y personas vinculadas entre sí que, a nivel de dicho grupo de vinculación, tengan el requerido grado de participación sobre la entidad no residente, de manera que para determinar el referido grupo es indiferente, a estos efectos, la residencia de las entidades y personas que lo integran. Si se presenta esta circunstancia, se imputa la renta que corresponda a la persona o sociedad residente en España, integrante de ese grupo, siempre que tenga una participación en la sociedad no residente.

Ahora bien, cuando en ese grupo de vinculación hubiese alguna entidad no residente en territorio español, a efectos de calcular el grado de control, no se toma en consideración la participación directa que esa entidad no residente tiene en la sociedad instrumental de baja tributación, sino la participación indirecta que sobre esta última tienen las personas físicas o entidades vinculadas residentes en España a través de aquella otra entidad vinculada no residente.

La inclusión obliga a las personas o entidades residentes en España que, formando parte del mencionado grupo de vinculación, participen directamente en la entidad no residente, o que lo hagan indirectamente a través de otra u otras entidades no residentes integrantes, asimismo, de ese grupo de vinculación.

La jurisprudencia y la transparencia fiscal;

Si una entidad no residente tiene accionistas con y sin derecho a voto que cumplan los requisitos de control, todos ellos, con independencia de los derechos políticos de su

participación, han de incluir en su base imponible la renta positiva de la entidad no residente, en la proporción oportuna.⁵⁵⁶

En relación con una SICAV de Luxemburgo, la DGT dice que el análisis para determinar si existe o no un grupo residente que controla a la entidad no residente debe hacerse sobre la base de valores homogéneos con una contrapartida equivalente y que respondan a inversiones equiparables, situación que se manifiesta en un compartimiento estanco de una SICAV luxemburguesa (Subfondo), donde las acciones representativas son homogéneas y resulta posible hacer el análisis para verificar la existencia o no de un grupo de control.⁵⁵⁷

Grado de tributación de la entidad no residente.

La segunda condición que se precisa para que sea aplicable el régimen de transparencia fiscal internacional es que la entidad instrumental no residente haya satisfecho un impuesto análogo o de naturaleza idéntica al IS sobre las rentas susceptibles de ser imputadas, inferior al 75% del que hubiese correspondido de acuerdo con las normas de dicho impuesto.

La LIS toma como elemento diferenciador de un territorio privilegiado fiscalmente la comparación del gravamen satisfecho por las rentas obtenidas en dicho territorio por la entidad instrumental respecto del que hubiera resultado de aplicar las normas de la LIS teniendo en cuenta el tipo de gravamen del sujeto pasivo residente que tiene el control sobre aquella entidad instrumental, de manera que si aquel gravamen es inferior al 75% de este último, las rentas pasivas obtenidas por la entidad no residente

⁵⁵⁶ (DGT 10-11-95).

⁵⁵⁷ (DGT 28-11-97).

pueden ser objeto de inclusión en la base imponible de la sociedad residente que participa en la referida entidad instrumental no residente.

1) La LIS no define lo que se entiende por gravamen de naturaleza idéntica o análoga al IS, al igual que ocurre en la deducción por doble imposición internacional. No obstante, por dicho gravamen debe entenderse todo tributo que tenga por objeto gravar las rentas obtenidas por la entidad no residente, cualquiera que sea el elemento que se tome para determinar dicha renta.

A efectos de aplicar el régimen de exención de dividendos y plusvalías de participaciones en entidades no residentes se tienen en cuenta aquellos impuestos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, siquiera sea parcialmente, con independencia de que el objeto del tributo lo constituya la propia renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de aquella.

2) En cuanto al concepto de importe satisfecho, debe entenderse por tal la totalidad de los impuestos pagados por la entidad no residente por la obtención de rentas en calidad de sujeto pasivo, cualquiera que fuese el Estado que la hubiera gravado. Debe considerarse no sólo el importe último de la cuota a ingresar, sino, además, las posibles retenciones o ingresos a cuenta que haya soportado la entidad sobre las rentas obtenidas, así como el posible impuesto pagado en un tercer Estado al haber obtenido rentas en él que han sido allí gravadas.

3) Por impuesto que hubiese correspondido según las normas del IS español, la norma parece referirse a la cuota del impuesto español antes de la aplicación de la deducción por doble imposición internacional, aunque del tenor literal de la Ley cabe la interpretación contraria.

Así pues, es aplicable la transparencia fiscal internacional a las rentas procedentes de una sociedad de inversión mobiliaria de capital variable residente en Luxemburgo constituida por un residente en España, cuando dicha sociedad esté sometida a un

gravamen del 0,06% sobre su patrimonio, pues no es un impuesto idéntico o análogo al IS.⁵⁵⁸

Sin embargo no es aplicable el régimen de transparencia fiscal internacional por los dividendos y plusvalías obtenidos por una entidad no residente procedentes de la participación tenida por esta última en el capital de una entidad residente que desarrolla actividades empresariales, aun cuando dichas rentas gocen de exención en sede de aquella entidad no residente⁵⁵⁹

Puede resultar polémico el cálculo del impuesto extranjero en el caso de existencia de bonificaciones o exenciones en el país de origen. Cuando proceda deducir de la cuota del impuesto las devengadas o satisfechas por otro u otros de exacción previa, se deducen en sus cuantías íntegras, aunque estas hayan sido objeto de exención o bonificación, en España o en el extranjero. La no deducción de la cuota declarada exenta en la liquidación practicada en otro país dejaría sin efecto alguno para el contribuyente la exención obtenida⁵⁶⁰

Residencia de la sociedad participada

Para los períodos impositivos iniciados a partir del 1-1-2004 el régimen de transparencia fiscal internacional no es aplicable cuando la entidad no residente en territorio español resida en algún Estado miembro de la UE, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal. No obstante, para los períodos impositivos iniciados a partir del 1-1-2008, en el ámbito del IS, este régimen no es aplicable cuando la sociedad no residente en territorio español resida en algún Estado que sea miembro de la UE si se acredita por el sujeto pasivo que la constitución y operativa de

⁵⁵⁸ (DGT 8-10-98).

⁵⁵⁹ (DGT 2-7-99).

⁵⁶⁰ (TS 27-1-88).

la entidad participada responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales. En definitiva, el régimen de transparencia fiscal internacional es igualmente aplicable cuando la entidad participada resida en la UE, incluso si no reside en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, cuando no desarrolla actividades económicas y no acredita que su constitución y actividad responden a motivos económicos válidos.

El régimen se extiende a la UE cuando la entidad participada residente en la UE solamente persigue una ventaja fiscal al margen de la realización de actividades económicas.

Rentas imputables.⁵⁶¹

Si se cumplen las condiciones sobre la participación y grado de tributación señaladas en la ley, procede la inclusión en la base imponible de la persona o entidad residente que participa en la entidad instrumental de las rentas positivas procedentes de las siguientes fuentes, teniendo en cuenta que, con independencia de cuáles sean las rentas imputadas, para la persona física residente tienen la naturaleza de rentas integrantes en la base imponible general:

Bienes inmuebles. 562

Se imputan las rentas positivas procedentes de la titularidad de bienes inmuebles rústicos y urbanos o de derechos reales que recaigan sobre los mismos.

Dichas rentas son las calificadas en el IRPF como rentas procedentes del capital inmobiliario.

⁵⁶¹ (LIRPF art.91.2; LIS art.107.2)

⁵⁶²(LIRPF art.91.2.a; LIS art.107.2.a).

No obstante, no son objeto de inclusión:

1. Las rentas derivadas de inmuebles afectos a actividades empresariales desarrolladas por la entidad instrumental, de acuerdo con lo dispuesto en el IRPF. Estas rentas proceden realmente de actividades empresariales y no del capital inmobiliario.
2. Las rentas derivadas de inmuebles que estén cedidos en uso a otras entidades no residentes en la medida en que estas últimas y la entidad instrumental pertenezcan a un mismo grupo mercantil.

No se incluyen estas rentas aunque no se obtengan en el marco de una actividad empresarial desarrollada por la sociedad instrumental no residente. Es decir, se trataría de rentas del capital inmobiliario, pero las rentas derivadas de la cesión de estos inmuebles no serían objeto de inclusión.

Participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad y cesión a terceros de capitales propios ⁵⁶³

Son objeto de imputación las rentas positivas derivadas de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad y de la cesión a terceros de capitales propios a que se refiere el IRPF, es decir, dividendos y asimilados y las rentas derivadas de activos financieros.

No se consideran como rentas del capital mobiliario y, por tanto, no son objeto de inclusión, las rentas positivas derivadas de los siguientes activos financieros:

-Los tenidos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias originadas en el ejercicio de actividades empresariales.

563 (LIRPF art.91.2.b; LIS art.107.2.b)

-Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades empresariales.

-Los tenidos como consecuencia del ejercicio de actividades de intermediación en mercados oficiales de valores.

-Los tenidos por entidades de crédito y aseguradoras como consecuencia del ejercicio de sus actividades empresariales, sin perjuicio de que sean objeto de inclusión aquellas rentas derivadas de operaciones realizadas con entidades residentes en territorio español que sean deducibles a efectos fiscales en estas últimas entidades y estén vinculadas con la entidad instrumental no residente.

*Actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios.*⁵⁶⁴

Se imputan las rentas positivas derivadas de actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios, excepto los directamente relacionados con actividades de exportación, realizadas directa o indirectamente con personas o entidades residentes en España y vinculadas con la entidad instrumental no residente, siempre que dichas actividades determinen gastos fiscalmente deducibles en tales entidades residentes.

Debe destacarse que la vinculación se predica respecto de la entidad instrumental no residente y la sociedad residente en la que se genera el gasto fiscalmente deducible, con independencia de que exista o no vinculación entre esta última y la sociedad residente a la que sea de aplicación la transparencia fiscal internacional.

La inclusión de las rentas derivadas de estas actividades tiene por objeto evitar que grupos de sociedades, especialmente los bancos y las compañías de seguros cautivas, vinculadas entre sí tengan una entidad en un territorio de baja tributación, cuyo senti-

⁵⁶⁴ (LIRPF art.91.2.c; LIS art.107.2.c)

do sea puramente fiscal y no obedezca a razones de índole empresarial, con el objeto de generar gastos fiscalmente deducibles en territorio español e ingresos en la entidad instrumental sometida a una tributación privilegiada.

No obstante, no son objeto de inclusión las siguientes rentas:

- Las derivadas de estas actividades cuando representen una pequeña parte en comparación con el total de las operaciones realizadas por la entidad instrumental, en particular, cuando más del 50% de los ingresos procedentes de dichas actividades procedan de operaciones realizadas con terceros no vinculados con dicha entidad cualquiera que sea la residencia de estos. Por tanto, cuando más del 50% de los ingresos de la entidad instrumental no residente proceda de operaciones con entidades vinculadas, residentes o no en España, las rentas correspondientes a estas operaciones son objeto de imputación, con independencia de la proporción que representen sobre el total de las obtenidas por la entidad no residente.
- Se entiende que proceden de actividades crediticias y financieras y por tanto, no son objeto de inclusión, las rentas positivas derivadas de la cesión a terceros de capitales propios cuando el cedente (entidad instrumental no residente) y el cesionario pertenezcan a un mismo grupo de sociedades mercantil y los ingresos del cesionario procedan, al menos en el 85%, del ejercicio de actividades empresariales, con la única excepción de que este último resida en territorio español, en cuyo caso dicha renta positiva es objeto de inclusión salvo que concurra la circunstancia de que más del 50% de sus ingresos deriven de operaciones con terceros.

Computo de las fuentes de rentas.⁵⁶⁵

Una sociedad residente tiene el 100% de participación en una entidad no residente que cumple los requisitos para que las rentas obtenidas por la misma sean objeto de imputación. La entidad no residente obtiene las siguientes fuentes de rentas:

- a) Arrendamiento de inmuebles a entidades no vinculadas. Estas rentas son objeto de imputación.
- b) Arrendamiento de inmuebles a entidades vinculadas residentes en territorio español (grupo mercantil). Estas rentas son objeto de imputación.
- c) Arrendamiento de inmuebles a entidades vinculadas no residentes (grupo mercantil). Estas rentas no son objeto de imputación.
- d) Arrendamiento de inmuebles a cualquier entidad en el marco de una actividad económica. Estas rentas no son objeto de imputación.
- e) Dividendos de entidades, residentes o no en territorio español, en las que participa en porcentajes inferiores al 5%. Estas rentas son objeto de imputación.
- f) Intereses procedentes de entidades no vinculadas. Estas rentas son objeto de imputación.
- g) Intereses procedentes de entidades vinculadas residentes en territorio español (grupo mercantil). Estas rentas son objeto de imputación, excepto que más del 50% de sus ingresos procedan de operaciones con personas o entidades no vinculadas.

⁵⁶⁵ (LIRPF art.91.2.d; LIS art.107.2.d)

h) Intereses procedentes de entidades vinculadas no residentes (grupo mercantil). Estas rentas no son objeto de imputación si los ingresos de la entidad cesionaria proceden al menos en el 85% del ejercicio de actividades empresariales.

i) Intereses procedentes de cualquier entidad en el marco de una actividad crediticia. Estas rentas no son objeto de imputación, excepto que la entidad cesionaria sea vinculada residente en territorio español y el gasto sea deducible, salvo que más del 50% de sus ingresos procedan de operaciones con personas o entidades no vinculadas.

1) No se aplica este régimen cuando la entidad no residente capte recursos en los mercados internacionales para prestarlos a otras no residentes (DGT 23-2-96).

2) Cuando una entidad no residente presta capitales propios al establecimiento permanente de una entidad residente del mismo grupo, no puede entenderse que se está realizando la cesión a entidades no residentes del mismo grupo, por lo que las rentas que se obtengan deben incluirse en la base imponible de esta última (DGT 26-2-96).

3) Para la determinación la renta objeto de inclusión debe computarse de forma separada cada una de las cuatro fuentes de rentas imputables y, dentro de cada fuente, la totalidad de operaciones de la misma. Sólo se incluye la renta que resulte positiva en el conjunto de operaciones de cada fuente, con independencia de que en otras fuentes la renta resulte negativa. No obstante, el importe total a imputar de rentas positivas no puede exceder de la renta total de la sociedad no residente.

Así, por ejemplo, para el caso de las transmisiones, sólo es objeto de inclusión la renta positiva derivada del conjunto de las realizadas en el ejercicio. En la práctica esto determina que puedan compensarse dentro de la misma entidad no residente las rentas positivas y negativas generadas por dichas transmisiones (DGT 10-11-95).

4) Aunque se cumplan los requisitos para incluir las rentas derivadas de la prestación de servicios en este régimen, si por el tipo de servicio (transporte de gas en el caso concreto) el mismo sólo puede prestarse en un territorio extranjero concreto, de una interpretación finalista se deriva la no aplicación de dicho régimen especial (DGT CV 29-2-08).

Rentas no imputables.⁵⁶⁶

La LIS establece determinados supuestos en los que las rentas positivas obtenidas por la entidad instrumental derivadas de las fuentes establecidas en la ley, no se incluyen en la base imponible de las personas o entidades residentes en territorio español, en función del cumplimiento de determinadas circunstancias. Tales rentas son las siguientes:

Grado de participación.⁵⁶⁷

No se incluyen las rentas de inmuebles y del rendimiento del capital mobiliario previstas en la ley y obtenidas por la entidad instrumental no residente en cuanto procedan o deriven de entidades en las que su participación, directa o indirecta, sea superior al 5% y se cumplan los dos requisitos siguientes:

- que la entidad instrumental no residente dirija y gestione las participaciones poseídas en esas otras entidades mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales;
- que los ingresos de esas otras entidades de las que se obtengan las rentas procedan, al menos en el 85%, del ejercicio de actividades empresariales.

⁵⁶⁶ (LIRPF art.91.2, 3 y 7; LIS art.107.2 a 4 y 8)

⁵⁶⁷ (LIRPF art.91.2; LIS art.107.2)

Se entiende que proceden de estas actividades las rentas señaladas en cuanto tengan su origen en entidades cuyos ingresos procedan al menos en un 85% de actividades empresariales y sobre las que la entidad instrumental tenga al menos un 5% de participación.

La causa por la que estas rentas no son objeto de inclusión parece encontrarse en que, en la medida en que el régimen de transparencia fiscal internacional tiene por objeto imputar exclusivamente rentas pasivas y nunca rentas procedentes de la realización de actividades empresariales, en los supuestos de transformación de tales rentas empresariales en rentas pasivas como consecuencia de la interposición de una entidad instrumental no residente, aunque esté situada en un territorio de baja tributación, dichas rentas pasivas no deben ser objeto de inclusión en la base imponible de la sociedad residente, pues ello supondría la inclusión indirecta de rentas empresariales en contra de la finalidad que persigue este régimen especial.

Puede entenderse que la entidad no residente cuenta con los medios materiales y personales para dirigir las participaciones cuando exista un consejo de administración o un administrador cuya actividad se refiera, total o parcialmente, a la dirección o gestión de la participación (DGT 10-11-95).

Importancia cuantitativa de las rentas ⁵⁶⁸

Tampoco se incluyen determinadas rentas obtenidas por la entidad instrumental no residente en cuanto la suma de los importes de las mismas sea inferior al 15% de la renta total de la entidad instrumental no residente o inferior al 4% de los ingresos totales de la misma.

Estos límites parecen conceder un margen por debajo del cual, aun cuando la entidad instrumental no residente obtenga rentas pasivas, en la medida en que la mayor parte

⁵⁶⁸ (LIRPF art.91.3; LIS art.107.3)

de sus rentas o ingresos procedan de actividades empresariales, no procede la inclusión de aquellas rentas pasivas.

Si en el grupo de sociedades mercantil al que pertenecen la sociedad residente y la entidad instrumental, existen otras entidades igualmente no residentes, los citados límites del 15% y 4% pueden referirse a la renta o ingresos, respectivamente, del conjunto de estas entidades no residentes. Este criterio se basa en que la norma intenta dar el mismo trato al supuesto en que, en ese mismo grupo, las rentas pasivas se concentran en una sola entidad instrumental o bien se repartan entre todas las entidades no residentes cuando sean estas quienes obtengan tales rentas por tener la titularidad de los bienes y derechos que las generan.

Además de lo anterior, para la persona física residente se establece la no inclusión en su base imponible del impuesto o impuestos de naturaleza similar al IS efectivamente satisfecho por la sociedad no residente por la parte de renta a incluir.

*Rentas previamente imputadas.*⁵⁶⁹

No se incluyen en la base imponible de la sociedad residente en territorio español los dividendos o participaciones en beneficios percibidos de la entidad instrumental en la parte que corresponda a renta positiva que haya sido incluida con anterioridad en su base imponible. Igual tratamiento se aplica a los dividendos a cuenta percibidos de dicha entidad no residente.

Esta norma trata de evitar una doble imposición de las rentas obtenidas por la sociedad no residente, por cuanto son objeto de inclusión cuando esta última obtiene dichas rentas y nuevamente se integrarían en la base imponible de la persona o sociedad residente cuando esta las percibiera en forma de dividendos por su participación en la entidad no residente. En caso de distribución de reservas, estas se identifican aten-

⁵⁶⁹ (LIRPF art.91.7; LIS art.107.8)

diendo a la designación contenida en el acuerdo social, entendiéndose aplicadas las últimas cantidades abonadas a dichas reservas.

La no integración de los dividendos es de aplicación cualquiera que sea el tipo de cambio en la fecha en la que se devengue, respecto al existente en la fecha de cierre del ejercicio de la entidad instrumental no residente. En definitiva, el importe del dividendo no se integra en la base imponible aun cuando sea mayor o menor a la renta a integrar en la base imponible como consecuencia del diferente tipo de cambio.

Por otro lado se establece un precepto de cierre al objeto de evitar una segunda tributación sobre las rentas incluidas previamente en la base imponible al disponer que una misma renta positiva sólo puede ser objeto de inclusión una sola vez, cualquiera que sea la forma y la entidad en la que se manifieste aquella renta.

Naturaleza de los gastos. ⁵⁷⁰

No se incluyen las rentas imputables cuando esas rentas se correspondan con gastos no deducibles de entidades residentes en territorio español, en especial cuando deriven de gastos por servicios de operaciones realizadas con entidades o personas que residen en paraísos fiscales, cuando no se pruebe que ese gasto responde a una operación realizada de forma efectiva.

1) De acuerdo con las normas temporales de imputación, los dividendos a cuenta pueden percibirse antes de que se incluyan en la base imponible las rentas de las que proceden. En consecuencia, no ha de integrarse en la base aquella parte del dividendo a cuenta que corresponda a la renta que previsiblemente será objeto de imputación directa en un ejercicio posterior. No obstante, si al cierre del ejercicio no se tiene la participación requerida (50% sobre el capital, fondos propios, resultados o derechos de

⁵⁷⁰ (LIRPF art.91.3; LIS art.107.4)

voto) el dividendo a cuenta debe integrarse en la base imponible con la deducción por doble imposición que corresponda.

2) Cuando la entidad instrumental no residente obtenga rentas empresariales no susceptibles de imputación, conjuntamente con rentas pasivas, y se distribuyan dividendos con cargo a los beneficios procedentes de dichas rentas por un importe inferior al dividendo, al objeto de determinar si los dividendos proceden de las rentas empresariales o pasivas, puede aplicarse el mismo convenio establecido respecto de las ETVE, esto es, considerar que el dividendo procede en primer lugar de las rentas objeto de imputación.

No se incluyen en la base imponible de la entidad residente las rentas que corresponden a las variaciones de provisiones por depreciación (actualmente, deterioro de valor) de las inversiones financieras que tenga la entidad no residente (DGT 12-11-96).

El régimen de transparencia fiscal internacional es de aplicación tanto a personas físicas como a entidades, sujetas al IRPF o al IS respectivamente, y trata de evitar los efectos que se producen, en un mercado de capitales liberalizado, cuando sujetos residentes en España colocan sus capitales en sociedades residentes en territorios de baja tributación, por motivos fundamentalmente fiscales, con el objeto de evitar la integración en sus bases imponibles de las rentas generadas por esos capitales.

La interposición de una sociedad instrumental entre la fuente de la renta y el titular último de los capitales, atrae la fiscalidad de esas rentas hacia la sociedad, evitándose así que sean gravadas aquellas en España, hasta que la sociedad no distribuya dividendos al socio residente en España, o bien este transmita su participación en la sociedad instrumental. Con ello se logra un diferimiento en el pago de impuestos, lo que este régimen trata de evitar.

La deslocalización por motivos fiscales de capitales no invertidos directamente en actividades empresariales, se contrarresta en los sistemas tributarios de los países des-

arrollados mediante métodos de transparencia fiscal. A través de ellos, las rentas pasivas -aquellas que no derivan del desarrollo de explotaciones económicas- obtenidas por sociedades residentes en territorios de tributación privilegiada se imputan a sus socios residentes como si estos hubiesen obtenido directamente aquellas rentas, sin mediación de la sociedad interpuesta. El régimen se basa en una extensión del principio de tributación por la renta mundial, es decir, los residentes están sometidos a tributación por la totalidad de sus rentas, cualquiera que sea el lugar en que se obtienen y la residencia del pagador.

Si bien el mecanismo se establece para afectar a las sociedades instrumentales constituidas en el extranjero y no a las que realizan actividades productivas, estas últimas también se ven involucradas cuando no repatrían sus beneficios y cuando adquieren activos de carácter instrumental en un porcentaje significativo. De este modo, de una forma indirecta se promueve la repatriación de beneficios obtenidos en el extranjero derivados de actividades productivas.

Sociedad residente en paraíso fiscal

Presunciones⁵⁷¹

Como consecuencia de la falta de intercambio de información, hasta ahora, con los países y territorios clasificados como paraísos fiscales, la Administración se ve imposibilitada para determinar si se cumplen los requisitos y circunstancias exigidas para aplicar la transparencia fiscal internacional. Por este motivo la norma presume, por el hecho de tener la entidad participada su residencia en tales países, que se cumplen parte de los requisitos exigidos para aplicar el régimen, invirtiendo la carga de la prueba a la sociedad residente, es decir, las presunciones admiten prueba en contrario a cargo del sujeto pasivo residente.

⁵⁷¹ (LIRPF art.91.11; LIS art.107.12)

En particular, cuando la entidad participada sea residente en un paraíso fiscal se presume que:

1. El importe satisfecho por la entidad no residente imputable a las rentas objeto de inclusión es inferior al 75% del que hubiese correspondido de aplicar las normas del IS
2. La renta obtenida por la entidad no residente son imputables.
3. La renta obtenida por la entidad no residente objeto de inclusión en la base imponible de la persona física o sociedad residente en territorio español equivale al 15% del valor de adquisición de la participación en aquella entidad.

Las anteriores presunciones no se aplican cuando la entidad participada no residente efectúe la consolidación de sus cuentas, en base a lo dispuesto en la normativa mercantil, con alguna entidad residente en territorio español obligada a incluir sus rentas.

1) El único requisito que no se presume es el grado de participación sobre la entidad no residente, que ha de ser probado por la Administración para poder aplicar la transparencia fiscal internacional, en el caso de que la sociedad residente no haya incluido renta alguna por su participación en aquella entidad no residente.

2) A través de las cuentas consolidadas, existe información suficiente para poder apreciar si se cumplen o no las circunstancias requeridas para la inclusión obligatoria de las rentas positivas obtenidas por la entidad instrumental no residente.

Tributación de los socios residentes ⁵⁷²

Determinación de las rentas imputables ⁵⁷³

⁵⁷² (LIRPF art.91; LIS art.107 redacc L 4/2008 art.1º.10)

El importe de la renta positiva a incluir en la base imponible de la persona o sociedad residente en España se determina aplicando los principios y criterios establecidos con carácter general en la normativa del IS para el cálculo de la base imponible. Por renta total se entiende el importe de la base imponible que resulte de aplicar dichos principios y criterios.

Lo anterior significa que si la sociedad instrumental no residente ha tenido bases imponibles negativas en un ejercicio, las mismas compensan las rentas obtenidas en los ejercicios que concluyan dentro de los 15 años inmediatos siguientes, para así determinar la renta positiva a incluir en la persona o entidad residente.

Para determinar la renta a incluir, se utiliza el tipo de cambio vigente al cierre del ejercicio social de la entidad no residente.

Cuando la persona o sociedad residente proceda a transmitir la participación, directa o indirectamente, en la sociedad instrumental no residente, la renta derivada de la operación se obtiene por diferencia entre el valor de transmisión de la participación y el valor de adquisición y de titularidad.

El valor de adquisición y de titularidad a computar es la suma de las siguientes partidas:

- el precio o cantidad desembolsada para su adquisición;
- la renta positiva que, sin efectiva distribución, hubiese sido incluida en la base imponible del socio como renta de sus acciones o participaciones en el período de tiempo comprendido entre su adquisición y transmisión.

Cuando la entidad no residente tenga como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, en los términos previstos en la ley (mismas activida-

573 (LIRPF art.91.6 y 9; LIS art.107.7 y 10 -redacc L 35/2006-)

des que las que desarrollaban las derogadas sociedades patrimoniales), el valor de transmisión a computar es, como mínimo, el teórico resultante del último balance cerrado, una vez sustituido el valor contable de los activos por el valor que tendrían a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio o por el valor normal de mercado, si este es inferior.

1) Dado que la LIS, al contrario que lo que sucede con el IRPF, no trata de una forma separada los gastos correspondientes a determinadas fuentes de ingresos, en los casos de empresas con varias actividades puede resultar polémica la atribución de gastos a las mismas (por ejemplo, los gastos generales en una empresa que realiza actividades productivas y de cesión a terceros de capitales). En principio, ha de estimarse como válido cualquier criterio racional de imputación de costes.

2) Para la determinación de la renta positiva a imputar, los tributos satisfechos por la entidad no residente constituyen un gasto deducible, como por ejemplo el Gravamen Especial sobre Bienes Inmuebles de Entidades No Residentes; sin embargo no tiene dicha consideración el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (DGT 15-1-01).

Modificaciones en la ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades.

Siguiendo las recomendaciones de la OCDE en su informe BEPS, y la Acción 3, se modifican las normas de imputación de rentas:⁵⁷⁴

- Estableciendo un catálogo adicional de rentas pasivas.
- Definiendo el concepto de entidad pasiva
- Restringiendo la regla de mínimos.

⁵⁷⁴ Art 100 de la Ley 27/2014 de 27 de diciembre del Impuesto sobre sociedades

Cuando una entidad participada resida en un país o territorio calificado de paraíso fiscal o territorio de nula tributación se presume que la renta obtenida de las entidades, un 15% del valor de la participación.

Se establece la no deducibilidad en la base imponible imputada por aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional de los impuestos satisfechos en paraísos fiscales (100,14LIS)

El legislador al desconfiar de la existencia de un gravamen efectivo en el extranjero, impide la corrección de la doble imposición dado que las correspondientes rentas quedarán sometidas a gravamen tanto en España como en su caso, en el extranjero.

Se aplica, la presunción de tributación reducida (art 107,14 LIS)

- Se presume que se cumple una de las condiciones básicas del art 107,1 LIS es decir que el importe satisfecho por la entidad residente en PF es inferior al 75% del que hubiera correspondido en España.
- Se considera la presunción de obtención de rentas pasivas (art 107,14 LIS) se presume se cumple la condición del 107,1 LIS que las rentas son pasivas.
- Así como la presunción sobre el importe de la renta generada (art 107,14 LIS) se presume que la renta generada por la entidad residente en un PF es de un 15% del coste de adquisición.

4.2.2.13. Limitaciones con entidades residentes en paraísos fiscales en relación con entidades de tenencia de valores extranjeros.

Se establecen una serie de limitaciones en el caso de beneficios obtenidos y de transmisiones participaciones en entidades de tenencia de valores extranjeros, en el caso

de operaciones de Entidades de tenencia de valores extranjeros, con residentes en paraísos fiscales.⁵⁷⁵

4.2.2.14. En relación con las Participaciones preferentes

Se regula el régimen financiero y fiscal de las participaciones preferentes emitidas por entidades de crédito o entidades residentes en España o en un territorio de la Unión Europea que no tenga la consideración de paraíso fiscal cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad a una entidad de crédito y cuya actividad exclusiva sea la emisión de participaciones preferentes. Las participaciones preferentes deben cotizar en mercados secundarios organizados y no otorgan a sus titulares derechos políticos ni derechos de suscripción preferente; deben tener carácter perpetuo, como norma general.⁵⁷⁶

En cuanto a su régimen fiscal, la remuneración predeterminada de carácter no acumulativo que debe percibir el inversor tiene la consideración de gasto deducible para la entidad emisora y las rentas percibidas por los inversores tienen la consideración de rendimientos del capital mobiliario derivados de la cesión a terceros de capitales propios.⁵⁷⁷

El régimen fiscal y de obligaciones formales de las participaciones preferentes se extiende a los valores emitidos por los fondos de titulización con independencia de la fecha de emisión del instrumento de titulización.⁵⁷⁸

⁵⁷⁵ *Artículo 108,4 de la ley 27/2014, de 27 de noviembre del impuesto de Sociedades): distribución de beneficios y transmisión de la participación. Régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros.*

⁵⁷⁶ *de acuerdo con lo dispuesto en la L 13/1985 disp adic 2ª redacc L4/2008 ,RGGI art 43 y 44.*

⁵⁷⁷ *(DGT 8-7-03).*

⁵⁷⁸ *(L36/2007 disp trans.2ª)(DGT CV 2-10-08).*

1) Respecto a las obligaciones de información.

2) El régimen fiscal también será aplicable a las emisiones de instrumentos de deuda emitidos por las entidades autorizadas, en determinadas condiciones, y a las emisiones de participaciones preferentes e instrumentos de deuda por entidades residentes en España o en un territorio de la Unión Europea que no tenga la consideración de paraíso fiscal cuyos derechos de voto pertenezcan en su totalidad a entidades cotizadas que no sean de crédito.

3) Se aplica el régimen fiscal de las participaciones preferentes a las emisiones de instrumentos de deuda realizadas directamente por entidades de crédito siempre que se cumpla el requisito de cotización en mercados organizados.⁵⁷⁹

4) Si la remuneración se efectúa mediante el incremento del nominal de los valores en el importe que resulte de aplicar los tipos de interés previstos para cada período sobre el nominal inicial o sobre el nominal resultante de anteriores incrementos, se considera que dicho aspecto no altera el carácter no acumulativo de estos valores, carácter que queda asegurado con la obligación de no devengar remuneración alguna cuando no existan beneficios distribuibles cualquiera que sea la fórmula de remuneración prevista. Por tanto, la emisión podrá aprovechar el régimen financiero y fiscal de las participaciones preferentes (DGT CV 11-7-08).

⁵⁷⁹ Desde este punto de vista se considera instrumento de deuda todo tipo de instrumentos distintos de aquellos que constituyen una participación en el capital propio de una entidad, con independencia de su forma de retribución (DGT CV 9-2-05; CV31-5-05). En el mismo sentido respecto a las emisiones de instrumentos de deuda realizadas directamente por las cajas de ahorro (DGT CV 28-3-06).

En el caso de un contribuyente en España que invirtió en 5.000 participaciones preferentes emitidas por el banco Santander en las islas Bahamas, percibiendo unas rentas de 3.000€ se califican estas rentas como rendimientos de capital mobiliario y por lo tanto con su correspondiente retención.

Otro caso sería el de un inversor residente en el RU; en este caso estarían los rendimientos exentos de retención, ya que las participaciones preferentes tienen un tratamiento similar al de la deuda pública, para no alterar la libre competencia en las emisiones internacionales y por lo tanto no se practica la retención.

4.2.2.15. En relación con las retenciones de rendimientos de activos financieros emitidos desde paraísos fiscales

En cuanto a la Deuda extranjera y activos negociados en mercados organizados extranjeros: su tratamiento está equiparado, desde el 1-1-2000, al de la Deuda pública española y los activos financieros negociados en mercados españoles, dado que se exoneran de retención las rentas (transmisión e intereses) derivadas de la Deuda emitida por las Administraciones públicas de países de la OCDE y de cualquier tipo de activo financiero negociado en mercados organizados de dichos países.

1) La exclusión de la obligación de retención se asienta en la disposición de una información suficiente por parte de la Administración tributaria. En este sentido, las entidades financieras que efectúen el pago de los intereses de estos valores (en el caso de perceptores sujetos pasivos del IS) o que intervengan en su transmisión, amortización o reembolso (en todos los casos) están obligadas a calcular el rendimiento imputable al titular e informar del mismo tanto al titular como a la Administración tributaria, a la que asimismo informarán sobre las personas que intervengan en las operaciones mencionadas. A las mismas obligaciones de información están obligadas las entidades gestoras del mercado de Deuda Pública en Anotaciones (RIRPF Art. 75.3.e; RIS ara 59.q). La OM EHA/3895/2004 modifica OM EHA/3480/2008, que aprueba el modelo 198, recoge el contenido de esta obligación de información

2) La exclusión de la obligación de retener no alcanza a los rendimientos que deriven de cuentas basadas en operaciones sobre letras del Tesoro o los activos financieros anteriores (representados en anotaciones en cuenta y negociados en un mercado español o de la OCDE) que, por tanto, se encontrarán sujetos a retención a cuenta del IRPF o del IS.

3) Son mercados secundarios oficiales de valores españoles: las Bolsas de Valores, el mercado de Deuda pública en Anotaciones, el mercado AIAF de renta fija, los mercados de futuros y opciones y cualesquiera otros que se autoricen, de ámbito estatal o autonómico (L24/1998 art. 31.2 redacc L 47/2007).

4) Para el procedimiento para hacer efectiva la exclusión de retención de los intereses, percibidos por un sujeto pasivo del IS o contribuyente por el IRNR, procedentes de los activos financieros que estén representados mediante anotaciones en cuenta y se negocien en un mercado secundario oficial de valores español, a excepción de los rendimientos o rentas derivadas de los valores de la Deuda pública a los que se aplique un procedimiento específico.

5) El RD 1285/1991 sobre intereses de Deuda pública española percibidos por inversores no residentes sin establecimiento permanente en España, la OM 20-4-1998 relativa a las rentas obtenidas por entidades exentas según la LIS Art. 9 y la OM 19-6-1997 sobre rendimientos obtenidos por sujetos pasivos del IS derivados de Deuda pública calificada de segregable, regulan los procedimientos de pago de intereses de la Deuda del Estado exceptuados de retención y se entienden vigentes con la normativa en vigor desde 1-1-1999 hasta tanto no se regule un nuevo procedimiento. Por su parte el RD 1948/2000 ha extendido tales procedimientos a la deuda emitida por las CCAA y las Corporaciones Locales cuando dicha deuda esté registrada en la Central de Anotaciones (actualmente, Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores) y el ente emisor haya firmado un acuerdo con el Banco de España para que este le preste el servicio de devolución de retenciones practicadas en

los pagos del cupón. Un régimen similar al antedicho se aplica a los titulares no residentes (salvo que residan en paraísos fiscales) de participaciones preferentes, otros instrumentos de deuda y a los fondos de titulización

6) A las emisiones realizadas por entidades que tengan su residencia en España y cuyo acuerdo social de emisión haya de cumplir las normas de derecho español, les resultará de aplicación la exoneración de retención cuando se efectúe la colocación de los valores fuera del territorio nacional, en algún otro país de la OCDE, y se admitan los valores a negociación en un mercado organizado de algún país de la OCDE distinto de España (DGT 27-4-04).

4.2.2.16. En relación con obligaciones de información de determinados activos financieros.

En cuanto a las Participaciones preferentes (L 13/1985 disp. adic 2ª redacc L4/2008;RGGI art 43 y 44;OM EHA/3895/2004 modif OM EHA/3480/2008): La entidad de crédito dominante de un grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito tiene la obligación de informar a la Administración tributaria y a las instituciones encargadas de la supervisión financiera, de las actividades realizadas por las filiales emisoras de las participaciones preferentes o de los instrumentos de deuda y de la identidad de los contribuyentes del IRPF y los sujetos pasivos del IS, que sean titulares de los valores emitidos por aquellas, así como los contribuyentes del IRNR que obtengan rentas procedentes de tales valores mediante establecimiento permanente situado en territorio español. También deben cumplir con esa obligación las entidades cotizadas respecto de las participaciones u otros instrumentos de deuda emitidos por sociedades residentes en la UE en territorios que no tengan la consideración de paraíso fiscal y cuyos derechos de voto correspondan directa o indirectamente a la citada entidad cotizada. Todas estas entidades deben presentar una declaración (modelo 198).

Tienen la consideración de recursos propios de las entidades de crédito y de los grupos consolidables de entidades de crédito, entre otras, las participaciones preferentes.

Las participaciones preferentes tienen el siguiente régimen fiscal:

1º. Entidad emisora. La remuneración satisfecha a los titulares de las participaciones tiene la consideración de gasto deducible.

2º. Titulares de las participaciones. Las rentas derivadas de las participaciones preferentes tienen la calificación, tanto para las personas físicas como jurídicas, de rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios.

3º. Depósito. Cuando la entidad emisora de las participaciones preferentes es una filial de una entidad de crédito, los recursos obtenidos en la emisión deben depositarse en su totalidad en la entidad de crédito dominante o en otra entidad del grupo o subgrupo consolidable; los rendimientos de tales depósitos no están sometidos a retención a cuenta del IS, sin perjuicio de que el rendimiento sea ingreso para la entidad emisora y gasto en la entidad depositaria.

4º. Extensión del régimen. El mismo régimen fiscal y obligaciones de información es aplicable a las emisiones de instrumentos de deuda realizadas por una entidad de crédito residente en territorio español o una filial residente en territorio español o en un territorio de la UE (no paraíso fiscal) siempre que los derechos de voto correspondan en su totalidad, directa o indirectamente, a una entidad de crédito dominante de un grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y cuya actividad u objeto exclusivo sea la emisión de participaciones preferentes y/u otros instrumentos financieros, siempre que se cumplan los requisitos de cotización en mercados organizados y, en su caso, de depósito permanente y garantía de la entidad dominante.

Es también de aplicación el régimen fiscal anterior, con los mismos requisitos y obligaciones de información, respecto de:

- las emisiones de participaciones preferentes en las que la entidad dominante de un grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito sea una entidad que se rija por el derecho de otro Estado;
- las participaciones preferentes u otros instrumentos de deuda emitidos por una sociedad residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad, directa o indirectamente, a entidades cotizadas que no sean de crédito;
- las emisiones de participaciones preferentes u otros instrumentos de deuda emitidos por entidades cotizadas que no sean de crédito; y
- valores cotizados en mercados organizados y emitidos con cargo a fondos de titulización hipotecaria y a fondos de titulización de activos.

4.2.3. Medidas antiparaíso en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

4.2.3.1. No exigencia del acto administrativo previo de derivación de responsabilidad para los responsables solidarios cuando se trate del depositario o gestor de bienes o derechos no afectos a un establecimiento permanente y perteneciente a personas o entidades residentes en paraísos fiscales

Se establecen normas específicas de derivación de responsabilidad para los representantes, gestores, responsables de residentes en paraísos fiscales.⁵⁸⁰

4.2.3.2. Rentas exentas. No exención de determinados rendimientos y ganancias patrimoniales obtenidas a través de paraísos fiscales

Se evitan aplicar las exenciones sobre rentas de diversa naturaleza a personas ubicadas en paraísos fiscales.⁵⁸¹

⁵⁸⁰ (IRNR Artículo 9:)

⁵⁸¹ (art 14 del IRNR)

4.2.3.3. Deuda tributaria. Exigencia de imposición complementaria sobre las cuantías obtenidas por establecimientos permanentes de entidades no residentes y transferidas al extranjero cuando tales entidades tengan su residencia fiscal en otro Estado miembro de la Unión Europea y se trate de un paraíso fiscal

Se exige la imposición complementaria a las rentas de un establecimiento permanente en España cuando el destinatario se encuentra ubicado en un paraíso fiscal.⁵⁸²

582 Artículo 19. Deuda tributaria.1. A la base imponible determinada con arreglo al artículo anterior se aplicará el tipo de gravamen del 35 por ciento, excepto cuando la actividad del establecimiento permanente fuese la de investigación y explotación de hidrocarburos ; en tal caso, el tipo de gravamen será del 40 por ciento.2. Adicionalmente, cuando las rentas obtenidas por establecimientos permanentes de entidades no residentes se transfieran al extranjero, será exigible una imposición complementaria, al tipo de gravamen del 15 por ciento, sobre las cuantías transferidas con cargo a las rentas del establecimiento permanente, incluidos los pagos a que hace referencia el artículo 18.1.a), que no hayan sido gastos deducibles a efectos de fijación de la base imponible del establecimiento permanente. La declaración e ingreso de dicha imposición complementaria se efectuará en la forma y plazos establecidos para las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente.3. La imposición complementaria no será aplicable: a) A las rentas obtenidas en territorio español a través de establecimientos permanentes por entidades que tengan su residencia fiscal en otro Estado miembro de la Unión Europea) A las rentas obtenidas en territorio español a través de establecimientos permanentes por entidades que tengan su residencia fiscal en un Estado que haya suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición, en el que no se establezca expresamente otra cosa, siempre que exista un tratamiento recíproco.4. En la cuota íntegra del impuesto podrán aplicarse: a) El importe de las bonificaciones y las deducciones a que se refieren los artículos 30 al 44 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo. b) El importe de las retenciones, de los ingresos a cuenta y de los pagos fraccionados.5. Las distintas deducciones y bonificaciones se practicarán en función de las circunstancias que concurran en el establecimiento permanente, sin que resulten trasladables las de otros distintos del mismo contribuyente en territorio español.6. Cuando las retenciones, ingresos a cuenta y pagos fraccionados efectivamente realizados superen la cantidad resultante de practicar en la cuota íntegra del impuesto las bonificaciones y deducciones a que se refiere el apartado 4.a) de este artículo, la Administra-

568

4.2.3.4. Entidades sin presencia en territorio español. Se establecen determinadas especialidades cuando la entidad en régimen de atribución de rentas está constituida en un paraíso fiscal

A las retenciones o ingresos a cuenta sobre las rentas que obtengan en territorio español no les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 90.2 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo. Las retenciones o ingresos a cuenta se practicarán de la siguiente forma:

a) Si se acredita al pagador la residencia de los miembros de la entidad y la proporción en que se les atribuye la renta, se aplicará a cada miembro la retención que corresponda a tenor de dichas circunstancias de acuerdo con su impuesto respectivo.

b) Cuando el pagador no entienda acreditadas las circunstancias descritas en el párrafo anterior, practicará la retención o ingreso a cuenta con arreglo a las normas de este impuesto, sin considerar el lugar de residencia de sus miembros ni las exenciones que contempla el artículo 14. El tipo de retención será el que corresponda de acuerdo con el artículo 25.1.

Cuando la entidad en régimen de atribución de rentas esté constituida en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, la retención a aplicar seguirá en todo caso la regla establecida en el párrafo anterior.⁵⁸³

ción tributaria procederá a devolver de oficio el exceso, en los plazos y condiciones previstos en el artículo 139 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4 /2004, de 5 de marzo.

583 Artículo 39. Entidades sin presencia en territorio español.

1. Cuando una entidad en régimen de atribución de rentas constituida en el extranjero obtenga rentas en territorio español sin desarrollar en éste una actividad económica en la forma prevista en el apartado 1 del artículo anterior, los miembros no residentes en

569

territorio español serán contribuyentes de este impuesto sin establecimiento permanente y la parte de renta que les sea atribuible se determinará de acuerdo a lo dispuesto en el capítulo IV.

2. A las retenciones o ingresos a cuenta sobre las rentas que obtengan en territorio español no les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 90.2 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo. Las retenciones o ingresos a cuenta se practicarán de la siguiente forma:

a) Si se acredita al pagador la residencia de los miembros de la entidad y la proporción en que se les atribuye la renta, se aplicará a cada miembro la retención que corresponda a tenor de dichas circunstancias de acuerdo con su impuesto respectivo.

b) Cuando el pagador no entienda acreditadas las circunstancias descritas en el párrafo anterior, practicará la retención o ingreso a cuenta con arreglo a las normas de este impuesto, sin considerar el lugar de residencia de sus miembros ni las exenciones que contempla el artículo 14. El tipo de retención será el que corresponda de acuerdo con el artículo 25.1.

Cuando la entidad en régimen de atribución de rentas esté constituida en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, la retención a aplicar seguirá en todo caso la regla establecida en el párrafo anterior.

La retención o ingreso a cuenta será deducible de la imposición personal del socio, heredero, comunero o partícipe, en la misma proporción en que se atribuyan las rentas.

3. Tratándose de transmisiones de bienes inmuebles situados en territorio español, cuando alguno de los miembros de la entidad en atribución de rentas no sea residente en territorio español, el adquirente practicará, sobre la parte de la contraprestación acordada que corresponda a dichos miembros, la retención que resulte por aplicación del artículo 25.2.

4. Las entidades a que se refiere este artículo no estarán sometidas a las obligaciones de información a que se refiere el artículo 91 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo.

4.2.3.5. Imposibilidad de optar por dicho régimen de tributación por IRPF, para los contribuyentes residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea, si se trata de contribuyentes residentes en paraísos fiscales

El régimen opcional no será aplicable en ningún caso a los contribuyentes residentes en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales.⁵⁸⁴

584 Artículo 46. Opción para contribuyentes residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea.

1. El contribuyente por este Impuesto, que sea una persona física residente de un Estado miembro de la Unión Europea, siempre que se acredite que tiene fijado su domicilio o residencia habitual en un Estado miembro de la Unión Europea y que ha obtenido durante el ejercicio en España por rendimientos del trabajo y por rendimientos de actividades económicas, como mínimo, el 75 por ciento de la totalidad de su renta, podrá optar por tributar en calidad de contribuyente por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, siempre que tales rentas hayan tributado efectivamente durante el período por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

2. La renta gravable estará constituida por la totalidad de las rentas obtenidas en España por el contribuyente que se acoge al régimen opcional regulado en este artículo. Las rentas se computarán por sus importes netos, determinados de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo.

3. El tipo de gravamen aplicable será el tipo medio resultante de aplicar las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a la totalidad de las rentas obtenidas por el contribuyente durante el período, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador, teniendo en cuenta las circunstancias personales y familiares que hayan sido debidamente acreditadas.

El tipo medio de gravamen se expresará con dos decimales.

4. La cuota tributaria será el resultado de aplicar el tipo medio de gravamen a la parte de base liquidable, calculada conforme a las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, correspondiente a las rentas obtenidas por el contribuyente no residente en territorio español durante el período impositivo que se liquida.

5. Para la determinación del período impositivo y el devengo del impuesto se estará a lo dispuesto por el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Perso-

4.2.4. Medidas antiparaíso en otros impuestos y cuerpos legislativos.

Existen una serie de disposiciones específicas, tanto en las normas referentes al delito de blanqueo de capitales⁵⁸⁵, inversiones al exterior⁵⁸⁶, normativa laboral restringiendo beneficios a empresas operadoras en paraísos fiscales, aduaneras⁵⁸⁷, que tratan de poner trabas a las operaciones con paraísos fiscales o al menos impedir que se beneficien de la legislación interna.

nas Físicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, para los contribuyentes por dicho impuesto.

6. Las personas físicas a las que resulte de aplicación el régimen opcional regulado en este capítulo no perderán su condición de contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

7. El régimen opcional no será aplicable en ningún caso a los contribuyentes residentes en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales.

8. Los contribuyentes por este impuesto que formen parte de alguna unidad familiar de las establecidas en el artículo 84.1 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, podrán solicitar que el régimen opcional regulado en este artículo les sea aplicado teniendo en cuenta las normas sobre tributación conjunta contenidas en el título VI del citado texto refundido, siempre que se cumplan las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

9. Reglamentariamente se desarrollará el contenido de este régimen opcional.

585 (Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.)

586 Procedimiento de declaración de inversiones al exterior en caso de paraísos fiscales..2011

587 Resolución de 24 de febrero de 2012 de la DGAEAT por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero 2012 BOE 01-03-2012.

La normativa relativa al blanqueo de capitales establece que los obligados deben examinar con carácter especial las operaciones de los paraísos fiscales así como los que figuran en las listas del GAFI como países no cooperantes.⁵⁸⁸ Se establece la obligación de comunicar las operaciones sospechosas cuando superen la cuantía de 30.000€.

La Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, en su exposición de motivos, nos dice que la globalización de la actividad económica en general, y la financiera en particular, así como la libertad en la circulación de capitales, junto con la reproducción de conductas fraudulentas que aprovechan dichas circunstancias, hacen aconsejable el establecimiento de una obligación específica de información en materia de bienes y derechos situados en el extranjero. De esta forma, a través de una disposición adicional⁵⁸⁹ que se incorpora a la Ley General Tributaria, se establece dicha obligación de

588 Art 7,2b del RD.925/1995y orden EC/262/2002

589 «Disposición adicional decimoctava. Obligación de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero.

1. Los obligados tributarios deberán suministrar a la Administración tributaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 29 y 93 de esta Ley y en los términos que reglamentariamente se establezcan, la siguiente información:

a) Información sobre las cuentas situadas en el extranjero abiertas en entidades que se dediquen al tráfico bancario o crediticio de las que sean titulares o beneficiarios o en las que figuren como autorizados o de alguna otra forma ostenten poder de disposición.

b) Información de cualesquiera títulos, activos, valores o derechos representativos del capital social, fondos propios o patrimonio de todo tipo de entidades, o de la cesión a terceros de capitales propios, de los que sean titulares y que se encuentren depositados o situados en el extranjero, así como de los seguros de vida o invalidez de los que sean tomadores y de las rentas vitalicias o temporales de las que sean beneficiarios como consecuencia de la entrega de un capital en dinero, bienes muebles o inmuebles, contratados con entidades establecidas en el extranjero.

información, así como la habilitación reglamentaria para su desarrollo. La obligación se completa con el establecimiento en dicha disposición del régimen sancionador en caso de incumplimiento de la obligación.

4.2.4.1. El Impuesto sobre determinados bienes inmuebles en manos de no residentes

Este nuevo gravamen especial fue recogido por la disposición adicional sexta de la Ley 18/91 por lo reducido de su aplicación y teniendo en cuenta el número de exenciones previstas en el apartado 4 de la mencionada disposición adicional va dirigido a resolver los casos de sociedades ubicadas en Paraísos Fiscales, denominándosele el "Impuesto sobre las sociedades gibraltareñas" ,sociedades no residentes que habían proliferado considerablemente hasta alcanzar un número superior a las 10.000 y desde donde se canalizaban importantes inversiones en la Costa del Sol .

Se creó un control sobre este tipo de sociedades, estableciéndose la posibilidad de exenciones por la Dirección general de Tributos en los casos que quede demostrada suficientemente la titularidad de los accionistas de las mencionadas sociedades.

Este impuesto tenía un precedente en el Derecho Comparado, el art 990 D del Código General de Impuestos francés, introducido por una Ley de 26 de diciembre de 1982,estableció un impuesto sobre el valor de mercado de los bienes inmuebles situados en Francia propiedad de personas jurídicas cuya sede de dirección estuviere situada en el extranjero.

c) Información sobre los bienes inmuebles y derechos sobre bienes inmuebles de su titularidad situados en el extranjero.

Las obligaciones previstas en los tres párrafos anteriores se extenderán a quienes tengan la consideración de titulares reales de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 4 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

El impuesto era del 3% menor que el establecido en España del 5%. Esto ocasionó durante los años posteriores a su implantación en Francia una desinversión masiva de las inversiones extranjeras en las zonas turísticas y especialmente en la Costa Azul, y su canalización hacia otros lugares que pudieran dar a esas inversiones un tratamiento fiscal más favorable.

Una gran parte de estas inversiones inmobiliarias acudieron a España, a las zonas turísticas, que experimentaron posteriormente una expansión sin precedentes y un momento de gran prosperidad.

Desde un punto de vista estrictamente legal se plantearon cuestiones de legalidad, era discutible este nuevo impuesto del 5% sobre entidades no residentes poseedoras de bienes inmuebles en España, dado que en el caso de que existiera un Convenio para evitar la Doble Imposición con el país donde tuviera su domicilio fiscal la entidad no residente, podría alegarse el principio de "no discriminación", respecto al tratamiento a las entidades residentes.

Vogel recoge una sentencia del Consejo de Estado francés declarando que la aplicación del I. Especial sobre Bienes Inmuebles, supone una vulneración del principio de "no discriminación" reconocido en el Convenio para evitar la Doble Imposición entre Bélgica y Francia.

Además, suponía una contradicción con lo dispuesto en el art 4 de la Directiva Comunitaria 88/361/CEE. Este precepto autoriza a los Estados Miembros a adoptar medidas para evitar el incumplimiento de la normativa interna fiscal. Pero tales medidas han de ser necesarias condición que según ha establecido el tribunal de Justicia en su Sentencia de 24 de junio de 1986, es una medida que corresponde valorar a los Órganos Jurisdiccionales de cada estado, siempre que resulte de todo tipo imprescindible.

En realidad el objetivo de este impuesto especial era la lucha de la evasión fiscal que utilizaba sociedades residentes en paraísos fiscales como vehículo para realizar inversiones en España.

Es posible que algunos inversores españoles con dinero fuera de nuestras fronteras, en lugar de realizar una inversión directamente en una zona turística, constituyan o adquieran una sociedad domiciliada en un paraíso fiscal, por ejemplo Gibraltar, Islas del Canal o isla de Man, a cuyo nombre realizan la inversión.

La opacidad de estas inversiones circulares, en que los recursos financieros vuelven a entrar en España es lo que ha motivado la implantación de este impuesto especial, que puede ser modificado por las Leyes de Presupuesto Generales.

Todos los Convenios de doble imposición siguen las directrices del art 6 de Modelo de Convenio de la OCDE, así pues el derecho a gravar las rentas de los bienes inmuebles se atribuye al Estado de la fuente, es decir el Estado donde está situado el bien inmueble que genera la renta; ya que siempre hay una relación muy estrecha entre la fuente de la renta y el Estado donde esta dicha fuente. Tiene un derecho preferente, aunque también el estado de residencia puede también gravar las rentas de los inmuebles, salvo el caso del Convenio con Austria, aunque lógicamente tendrá el estado la obligación de eliminar la doble imposición.

En cuanto al marco de tributación de las ganancias de capital, aparece diseñado en el art 13 del Modelo de la OCDE, y podemos decir que salvo las ganancias procedentes de enajenación de bienes inmuebles la potestad tributaria se atribuye al estado donde reside el transmitente. Algunas veces para evitar la tributación de las ganancias de capital procedentes de las ventas de bienes inmuebles, se pueden usar las llamadas real estate companies, que son aquellas compañías cuyo principal activo consiste en la tenencia de bienes inmuebles en el otro estado contratante. A través de la venta de las acciones de estas real estate companies se está transmitiendo la propiedad inmobiliaria. En algunos casos las real estate companies son utilizadas para evitar los gastos re-

gistrales y los impuestos indirectos de transmisión. Este tipo de compañías resulta especialmente interesante cuando la titularidad de sus acciones corresponde a compañías residentes en un Estado que concede una exención(en lugar de deducción)en el caso de la ganancia de capital producida por la venta de las acciones (por ejemplo; Bélgica, Holanda y Luxemburgo).

En algunos tratados el uso de estas “real estate companies” no tiene justificación cuando el propósito es evitar la carga fiscal producidas por bienes inmuebles, pues en estos tratados la venta de las acciones de este tipo de compañías tributará en el Estado donde el inmueble esté situado.

Por supuesto esto es sólo una desventaja cuando la legislación nacional del estado de origen grava la venta de la “real estate companies”. Ejemplos de este tipo de tratados son los existentes en Canadá, Francia y Suecia, Los EEUU, y Luxemburgo.

El gravamen especial sobre bienes inmuebles de Entidades no residentes constituye hoy un concepto diferenciado en el IRNR⁵⁹⁰

Las características a destacar son:

- Están sujetos las entidades no residentes propietarias en España de inmuebles o derechos reales de goce o disfrute y que no estén exceptuadas del impuesto.
- La base imponible coincide con el valor catastral de no existir dicho valor se acude a las normas de patrimonio para valorar el inmueble.
- El tipo de gravamen es del 3%.
- El devengo se produce el 31 de diciembre de cada año.

⁵⁹⁰ (LINR art 40 a 45)

- La cuota es gasto deducible en el IRNR que en su caso grave los rendimientos y ganancias patrimoniales derivados de la explotación del inmueble.⁵⁹¹

Exenciones.⁵⁹²

- Los estados e instituciones extranjeras
- Los organismos internacionales
- Las entidades que desarrollen en España, continuada o habitualmente, explotaciones económicas diferenciadas de la simple tenencia o arrendamiento del inmueble.
- Las sociedades que coticen en mercados secundarios de valores, incluso cuando la propiedad del inmueble se tenga de modo indirecto a través de una entidad con derecho a aplicar un CDI con clausula de intercambio de información.⁵⁹³
- Las entidades sin ánimo de lucro de carácter benéfico o cultural, así reconocidas en un Estado con el que España tenga convenido clausula de intercambio de información, siempre que los inmuebles se utilicen para el mismo fin.
- Las entidades que cumplan los siguientes dos requisitos: 1. ser residentes en países con los que España tenga firmado CDI con clausula de intercambio de información; 2. que las personas físicas que en última instancia posean directamente o indirectamente, el capital o patrimonio de la entidad sean residentes en España o en país con el que España tenga convenio en los términos señalados.

⁵⁹¹ (DGT 15-01-01)

⁵⁹² (LIRNR art42;RIRNR art 20)

⁵⁹³ Suiza incluida desde el 1-7-2007)

Para conseguir la exención los interesados deben presentar una documentación reglada⁵⁹⁴, e identificar a los propietarios verdaderos.

Se considera que existe una explotación económica diferenciada cuando:

- a) El valor real del inmueble no exceda de cinco veces el de los elementos patrimoniales afectos a la actividad económica.
- b) que el volumen anual de operaciones sea superior o igual a cuatro veces la base imponible del gravamen especial.
- c) que dicho volumen sea igual o superior a 600.000 euros.

4.2.4.2. Documentación con paraísos fiscales.

Se establecen determinadas obligaciones contables cuando las empresas realicen operaciones con personas residentes en paraísos fiscales. Así pues quienes realicen operaciones con personas o entidades residentes en paraísos fiscales están sujetos a la obligación de documentación de las operaciones vinculadas⁵⁹⁵

Adicionalmente, desde el 19-2-2009, si no son vinculadas están sujetos a las siguientes obligaciones de documentación:

- a) Nombre y apellidos o razón social o denominación completa, domicilio fiscal y NIF del obligado tributario y de las personas o entidades con las que se realice la operación, así como descripción detallada de su naturaleza, características e importe. Asimismo, debe identificarse a las personas que, en nombre de dichas personas o entida-

594 (RIRNR art 20; OM EHA/3316/2010 art 9 a 13) y (art 42.1.b LIRNR)

595 (LIS art 16.2 redacc L 36/2006; L36/2006 disp adic 7ª; RIS art 18 a 20 redacc RD 1793/2008)

des, hayan intervenido en la operación y, en caso de que se trate de operaciones con entidades, la identificación de los administradores de las mismas.

b) Análisis de comparabilidad.

c) Explicación de la selección del método de valoración elegido, incluyendo una descripción de las razones que justificaron la elección del mismo, así como su forma de aplicación, y la especificación del valor o intervalo de valores derivados del mismo.

d) Criterios de reparto de gastos en concepto de servicios prestados conjuntamente en favor de varias personas o entidades residentes en paraísos fiscales, así como los correspondientes acuerdos, si los hubiera, y acuerdos de reparto de costes.

e) Cualquier otra información de que haya dispuesto el obligado tributario para determinar la valoración de sus operaciones.

No se exigen estas obligaciones respecto de servicios y compraventas internacionales de mercancías, incluidas las comisiones de mediación en estas, así como los gastos accesorios y conexos, si se cumplen determinados requisitos.

La documentación debe estar a disposición de la Administración tributaria a partir de la finalización del plazo voluntario de la declaración o liquidación, permitiendo a esta comprobar que:

- se ha declarado la renta derivada de esas operaciones según el valor resultante de dicha documentación (en caso contrario esta conducta constituye una infracción grave); y
- junto con los datos tenidos por la propia Administración, el valor acordado por las partes responde o no al verdadero valor de mercado al objeto de efectuar las correspondientes correcciones a dicho valor.

La documentación en operaciones vinculadas,⁵⁹⁶ es exigible a partir del 19-2-2009⁵⁹⁷. Entre tanto, es de aplicación la normativa vigente en materia de documentación de las operaciones vinculadas y régimen sancionador y no son sancionables las valoraciones efectuadas cuando se aplica correctamente alguno de los métodos de valoración previstos.

La documentación debe elaborarse teniendo en cuenta la complejidad y volumen de las operaciones realizadas, de forma que permita a la Administración comprobar que la valoración de las mismas se ha ajustado a lo previsto para las operaciones vinculadas.

En su preparación, el obligado tributario puede utilizar aquella documentación relevante de que disponga para otras finalidades. Dicha documentación se divide en dos partes:

- La documentación relativa al grupo al que pertenezca el obligado tributario. A estos efectos se entiende por grupo el establecido en la ley, así como el constituido por una entidad residente o no residente y sus establecimientos permanentes en el extranjero o en territorio español, respectivamente. Tratándose de un grupo mercantil la entidad dominante puede optar por preparar y conservar la documentación relativa a todo el grupo. Si la dominante es no residente en territorio español, debe designar a una entidad residente para conservar la documentación, todo ello sin perjuicio de la obligación que tiene todo obligado tributario de aportar, cuando la Administración lo requiera, en plazo y completa la documentación relativa al grupo al que pertenece.

⁵⁹⁶ (RIS art 18 a 20 redacc RD 1793/2008)

⁵⁹⁷ (RD 1793/2008 disp trans 3ª)

- La documentación del obligado tributario. Como excepción no es exigible la documentación, tanto del grupo como del obligado tributario, en relación con las siguientes operaciones vinculadas:
 - Las realizadas entre entidades de un mismo grupo que tribute por el régimen de consolidación fiscal.
 - Las realizadas con sus miembros por las AIE y las UTEs inscritas en el registro especial del MEH.
 - Las realizadas en el ámbito de ofertas públicas de venta o de ofertas públicas de adquisición de valores.

A efectos de determinar la base imponible deben valorarse por su valor normal de mercado todas las operaciones efectuadas con personas o entidades residentes en países o territorios calificados como paraísos fiscales cuando la valoración pactada entre las partes determine una tributación en España inferior, o un simple diferimiento de dicha tributación, en comparación con la que hubiera resultado de haber operado a precios normales de mercado. La valoración se establece sin posible prueba en contrario, sean o no vinculadas las partes que intervienen en la operación. Si fueran vinculadas la Administración no precisa probar la existencia de dicha vinculación, como consecuencia de esta norma. Esta regla de valoración se aplica tanto por los contribuyentes como por la Administración tributaria en una comprobación posterior. En estos casos, los sujetos pasivos que realicen estas operaciones están obligados a documentar los criterios que han utilizado para determinar el valor de mercado. En el caso de las prestaciones de servicios se presume un valor de mercado cero para la prestación, salvo que el pagador demuestre que el gasto responde a una operación efectivamente realizada. Si el gasto es deducible se aplica la regla general de valoración de mercado cuando la valoración pactada determine una tributación en España inferior o un diferimiento de dicha tributación.

El Reglamento del I. De Sociedades aprobado en 2015,⁵⁹⁸ regula en su art 37, la necesidad de documentación de las operaciones con personas o entidades no vinculadas residentes en paraísos fiscales.

Además de cumplir con los requisitos generales de documentación en el caso de operaciones con paraísos fiscales:

- Se exigirá documentación específica con la misma persona o entidad vinculada aunque no se superen los 250.000€.
- Deberá mantenerse a documentación relativa a todas las operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que residan en un país o territorio calificado como paraíso fiscal, excepto que residan en un estado miembro de la Unión Europea o en Estados integrantes del Espacio Económico Europeo con los que exista un efectivo intercambio de información y el contribuyente acredite que las operaciones responden a motivos económicos válidos y que esas personas realizan actividades económicas.
- La documentación a la que se refiere el art 16.1.a), del Reglamento (Estructura y organigrama, descripción de actividades y principales competidores) deberá comprender adicionalmente cuando se trate de operaciones con personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales, la identificación de las personas que, en nombre de dichas personas o entidades, hayan intervenido en la operación y, en caso de que se trate de operaciones con entidades, la identificación de los administradores de las mismas.
- A las operaciones con personas o entidades residentes en países o territorios considerados paraísos fiscales, que no tengan la consideración de vinculadas no les será exigible la documentación prevista⁵⁹⁹ respecto de servicios y compraventas internacionales de mercancías incluidas las comisiones de mediación, así

598 Reglamento del I. De Sociedades (RD 634/2015 de 10 de julio) capítulo VIII; art 37

599 RD 634/2015 de 10 de julio Rgto I. Sociedades art 18

como los gastos accesorios y conexos cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que el contribuyente pruebe que la realización de la operación responde a motivos económicos válidos.
2. Que el contribuyente realice operaciones equiparables con personas o entidades no vinculadas que no residan en paraísos fiscales y acredite que el valor convenido sea equiparable, efectuadas las oportunas correcciones.

4.2.4.3. Información de los bienes de residentes en el extranjero

La Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude introduce a través de la nueva disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, una nueva obligación específica de información en materia de bienes y derechos situados en el extranjero.

El desarrollo reglamentario de esta nueva obligación de información ligada al ámbito internacional se encuentra en los artículos 42 bis, 42 ter y 54 bis del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio y que han sido introducidos por el Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre.

La Orden HAP/72/2013, de 30 de enero, por la que se aprueba el modelo 720, determina el lugar, forma, plazo y procedimiento para su presentación.

a) Bienes cuya titularidad debe informarse

- Cuentas en entidades financieras situadas en el extranjero

- Valores, derechos, seguros y rentas depositados, gestionados u obtenidos en el extranjero
- Bienes inmuebles y derechos sobre bienes inmuebles situados en el extranjero

b) Sujetos obligados

Deberán presentar esta declaración todas aquellas personas, físicas y jurídicas, residentes en territorio español, los establecimientos permanentes en dicho territorio de personas o entidades no residentes y las entidades a las que se refiere el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria, que sean titulares de alguno de los bienes citados con anterioridad.

Como excepciones a la regla general cabe destacar, entre otras:

- En relación con la obligación de informar de cuentas en entidades financieras, no existirá obligación de informar sobre ninguna cuenta cuando los saldos a 31 de diciembre y los saldos medios del último trimestre de éstas, no superen, conjuntamente, los 50.000 Euros. Además, la presentación de la declaración en años sucesivos sólo será obligatoria cuando se produzca un incremento superior a 20.000 Euros respecto de las cuantías que determinaron la presentación de la última declaración.
- El mismo límite, así como la obligación de presentar la declaración en años sucesivos, comentado en el párrafo anterior, aplica para el conjunto de bienes de esta categoría: valores, derechos, seguros y rentas depositados, gestionados u obtenidos en el extranjero.
- El mismo límite, así como la obligación de presentar la declaración en años sucesivos, procede para el conjunto de bienes de la siguiente categoría: bienes inmuebles y derechos sobre bienes inmuebles.

-Idénticos límites a lo dispuesto en párrafos anteriores, para los bienes inmuebles así como derechos sobre éstos.

-Aquellos bienes de los que sean titulares personas jurídicas y demás entidades residentes en territorio español, así como establecimientos permanentes en España de no residentes, registrados en su contabilidad de forma individualizada y suficientemente identificados.

- Aquellos bienes de los que sean titulares personas físicas residentes en territorio español que desarrollen una actividad económica y lleven su contabilidad de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, registrados en su contabilidad de forma individualizada y suficientemente identificados. Esta excepción, no aplica para los valores, derechos, seguros y rentas.

C) Plazo de presentación modelo 720:

Se realizará entre el 1 de enero y el 31 de marzo del año siguiente a aquel al que se refiera la información a suministrar. No obstante de acuerdo con la disposición adicional única del Real Decreto 1715/2012, de 28 de diciembre, el plazo de presentación del modelo 720 correspondiente al ejercicio 2012 se realizará entre el 1 de febrero y el 30 de abril.

d) Consecuencias del incumplimiento

- Comisión de infracción tributaria muy grave: En el caso de incumplimiento de la obligación de declaración, se prevé un régimen sancionador que establece una multa de 5.000 Euros por cada dato o conjunto de datos, referido a cada cuenta o elemento patrimonial, omitido o aportado de forma incompleta, inexacta o falsa, con un mínimo de 10.000 Euros. Esta sanción se reduce a 100 euros por cada dato o conjunto de datos, con un mínimo de 1.500 Euros, en el caso de presentación fuera de plazo sin requerimiento previo, o en el caso de que se hubiera presentado por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos, cuando exista obligación de hacerlo por dichos medios.

- Adicionalmente, el incumplimiento de la obligación de información tiene consecuencias en el IRPF en el IS, que a grandes rasgos, podría suponer una mayor cuota a ingresar en el IRPF o en el IS como consecuencia de considerar los bienes no declarados como ganancia patrimonial o renta no declarada, con la correspondiente sanción consistente en una multa proporcional del 150% del importe de la cuantía de la cuota íntegra resultante de la imputación en el IRPF o en el IS.
- Las rentas descubiertas y no declaradas se imputarán al último período impositivo de entre los no prescritos, y como novedad de especial relevancia destacar que estas rentas no declaradas no prescribirán

5. Medidas anti elusión adoptadas por otros países

Vamos a tratar de analizar las diferentes medidas adoptadas por una serie de países para evitar que los paraísos fiscales sean un elemento imprescindible en la transferencia de los beneficios. Más adelante veremos cuál ha sido la incidencia del BEPS de la OCDE en las decisiones adoptadas recientemente por diversos países al incorporar a sus legislaciones las recomendaciones previstas.

5.1.Francia

Las medidas destinadas a luchar contra la evasión fiscal en Francia tienen su fuente en disposiciones legales clásicas de derecho interno (600) dejando al margen otras disposiciones específicas (601), así como las disposiciones previstas en los convenios para evitar la doble imposición.

Por otra parte la administración francesa puede utilizar una serie de medidas, que si bien no son propiamente normas contra la evasión fiscal, la permiten luchar eficazmente contra elusiones, consecuencia de la internacionalización del flujo de operaciones, por ejemplo intentar que las actividades de una sociedad extranjera tenga una sede efectiva en Francia, o bien por otra parte la figura del abuso de derecho, aunque se haya aplicado poco.

600 (arts 57,70,123 bis,155ª,209B y 238ª del CGI ,código general de impuestos) “Article 57 Modifié par LOI n 2009-1674 du 30 décembre 2009 - art. 22 (V)Para el gravamen de las empresas dependientes o controladas por otras que estén fuera de Francia.

LOI n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009 art 22 VII 1 : les présentes dispositions sont applicables aux exercices ouverts à compter du 1er janvier 2010.”

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=FFED2F17B815185288873A570CB27951.tpdjo17v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006199533&cidTexte=LEGITEXT000006069577&dateTexte=20120830

601 (Impuesto del 3%,ISF impuesto sobre la fortuna,OPCVM organismo de colocación colectiva de valores mobiliarios,territorialidad de los derechos de cambio)

Disposiciones de derecho interno.-

1. Medidas que impiden transferir beneficios al extranjero.-

Se permite a la administración francesa modificar los datos declarados por las empresas francesas participadas por otras en el exterior o bien que tengan el control de otras situadas fuera de Francia. (602)

En base a esta disposición, los beneficios transferidos por estas empresas fuera de Francia bien por incremento del precio de compra o por minoración del de venta, o por cualquier otro medio, se puede modificar en la base imponible de la empresa francesa y se gravan estos beneficios en Francia. Lo mismo es aplicable a empresas que formen un grupo consolidado con empresas fuera de Francia, cuestión que ni siquiera es necesario demostrar cuando la empresa con la que se relaciona está ubicada en un paraíso fiscal.

Si existiese un convenio de doble imposición la administración puede aplicar las cláusulas del convenio que permiten luchar contra la evasión fiscal. (603)

2. Cantidades pagadas al extranjero por los servicios prestados en Francia

Cada vez es más frecuente encontrarnos con cantidades pagadas en remuneración de servicios prestados por determinadas personas, con cierta frecuencia profesionales del deporte o del espectáculo, que actúan frecuentemente a través de sociedades interpuestas.

602 /art 57 CGI *Código general de impuestos*)

603 (V.art 9 del convenio franco-neerlandés de 16 de marzo de 1973)

Esta situación logra plena eficacia si la sociedad está establecida en un país que haya firmado convenio con Francia, porque tradicionalmente, la posibilidad de gravar este tipo de servicios se reserva al país de residencia del beneficiario, siempre y cuando no haya prestado sus servicios mediante un establecimiento permanente. Alguna vez el país donde se origine la renta tiene posibilidad de establecer un pequeño gravamen del 5% pero no más.

Por ello y desde 1980 las cantidades percibidas por una persona domiciliada o establecida fuera de Francia por los servicios prestados por una o más personas domiciliadas en Francia son gravables:(604)

- Si controlan directa o indirectamente la persona que percibe la remuneración de los servicios.
- Si se prueba que esta persona no ejerce de una manera notable una actividad comercial, diferente de dicha prestación de servicios.
- En todo caso si esta en un territorio de fiscalidad privilegiada.

3. Pagos a no residentes que se encuentran en un régimen de fiscalidad privilegiada.

El objetivo es luchar contra ciertas prácticas utilizadas por personas físicas o jurídicas establecidas en Francia para reducir su imposición fiscal. (605)

Estas prácticas consisten fundamentalmente por los interesados en aumentar de manera artificial sus cargas fiscales, lo que se puede hacer de diferente manera; mediante la devolución de los intereses de un préstamo, rendimientos de concesiones de marcas

604 "Article 155 A (Modifié par Loi 89-935 1989-12-29 art. 30 Finances pour 1990 JORF 30 décembre 1989).

605 (art 238^a del CGI) "Article 238 A Modifié par LOI n°2009-1674 du 30 décembre 2009 - art. 22 (V).;238-0 A.LOI n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009 art 22 VII 2 : les présentes dispositions sont applicables aux exercices ouverts à compter du 1er janvier 2011."

o patentes, remuneraciones por servicios o comisiones, que no son sino transferencias en cubiertas de dividendos y beneficios, que pasan de una jurisdicción a otra sin ser gravados como resultados de la cuenta de explotación.

De acuerdo con la legislación francesa las cantidades pagadas o debidas por una persona física o jurídica domiciliada o establecida en Francia en beneficio de personas físicas o jurídicas establecidas en un país de fiscalidad privilegiada así como la devolución de los intereses de un préstamo a una entidad financiera situada en un país de fiscalidad privilegiada, se admitirán siempre que se prueben que los gastos corresponden a operaciones reales y que no tiene un carácter extraordinario o injustificable

La normativa francesa (606) realiza una autentica inversión de la carga de la prueba porque normalmente es quien afirma quien tiene que probar en derecho. (607)

4. Medidas para los particulares

Que tienen participaciones en entidades extranjeras ubicadas en lugares con fiscalidad privilegiada. (608)

Estas medidas tienen por objeto la lucha contra la evasión fiscal internacional, tiene como finalidad gravar a las personas físicas con domicilio en Francia por los rendimientos obtenidos de activos monetarios o financieros detentados por el intermediario de estructuras financieras establecidas en el extranjero y que se benefician de un régimen fiscal privilegiado, incluso aun en el caso en que no se distribuyan los rendimientos. (609)

606 (art 238 CGI)

607 “Onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat”

608 “Article 123 bis Modifié par LOI n°2009-1674 du 30 décembre 2009 - art. 22 (V)608

609 (art 123 bis del CGI)

Que trasladan su domicilio fuera de Francia a un territorio de fiscalidad privilegiada.

En este caso se gravan las plusvalías en el informe y las latentes del interesado que traslada su domicilio. Si bien siempre pueden diferir el pago. (610)

Cambiando el hecho imponible en herencias y donaciones.

Se han modificado las reglas de territorialidad en materia de derechos sucesorios y de donaciones a título gratuito, para gravar en Francia a los herederos o legatarios domiciliados fiscalmente en Francia que reciben bienes del extranjero. (611)

5. Beneficios de los países con fiscalidad privilegiada.

Según el art 209B del CGI (612) si una persona jurídica ,objeto de imposición en el Impuesto de sociedades explota una empresa fuera de Francia o es propietario directamente o indirectamente del 50% de las acciones, derechos de voto o derechos financieros, en una sociedad o un grupo establecido fuera de Francia y si esta sociedad o el grupo están en un país que les ofrece un régimen fiscal privilegiado, el beneficio obtenido por la extranjera en la parte proporcional detentado por la sociedad francesa es imponible en Francia. En definitiva es una modalidad de transparencia fiscal internacional.

6. El abuso de derecho como medida anti paraíso.

El arsenal jurídico de medidas de derecho común, permite a la administración fiscal francesa sancionar la simulación y la creación jurídica artificial.

610 (art 167 CGI)

611 (art 750 CGI)

612 "Article 209 B Modifié par LOI n°2012-958 du 16 août 2012 - art. 14 (V)612

El contribuyente es libre para elegir el marco jurídico que crea conveniente, pero su libertad tiene un límite y este es el abuso de derecho. No debe establecer relaciones ficticias y no debe crear estructuras con el único fin de lograr un beneficio fiscal. No hay definición legal alguna de la evasión y fraude fiscal en la materia, el problema es saber cuando el contribuyente traspasa la frontera de lo legal.

Por otra parte, en virtud de lo dispuesto en el art 64B LPF los actos que intenten disimular la verdadera naturaleza de un contrato o de un acuerdo bajo la apariencia de estipulaciones que permitan su inscripción registral que permitan una tasa de importe inferior, o se trate de un traslado de beneficios o rentas, no se pueden oponer a la regularización de la administración que puede restituir su verdadero carácter a la operación litigiosa. Pero en este caso corresponde a la administración la carga de la prueba.

7. Transferencias de activos fuera de Francia.

Las empresas pueden ser gravadas anualmente sobre los activos transferidos al extranjero a una persona, a un organismo, un trust o una institución equiparable encargada de generar activos en su propio interés o de asumir por su cuenta un compromiso existente o futuro.

Esta medida se refiere a los activos de la empresa transferidos directamente o indirectamente por ella misma o por un intermediario cualquier que sea la fecha de transferencia de los activos. (613)

8. Una tasa especial del 3% sobre los inmuebles en manos de entidades no residentes.

613 "Article 238 bis-0 I. Modifié par Ordonnance n°2005-1512 du 7 décembre 2005 - art. 22 JORF 8 décembre 2005 en vigueur le 1er janvier 2006

Esta medida copiada posteriormente por el legislador español se creó en Francia en 1983, para evitar que los franceses adquirieran propiedades inmobiliarias a través de sociedades ubicadas en paraísos fiscales, fundamentalmente Montecarlo, para los inmuebles situados en la Costa Azul.⁶¹⁴

Medidas de derecho internacional aplicadas por la administración francesa.

Hay que hacer mención de las medidas previstas en los convenios normalmente siguiendo el modelo de la OCDE:

- La exclusión de ciertas personas del beneficio de las disposiciones de los convenios. Con ello se evitan, que no sea el beneficiario efectivo el favorecido por las disposiciones convencionales.
- Las cláusulas de intercambio de información, estas disposiciones permiten a las administraciones informarse dentro de ciertos límites sobre los actos de un contribuyente en otro estado
- Las cláusulas de asistencia a la recaudación, para dar pleno efecto a las cláusulas de intercambio de información.
- Las medidas anti abuso de carácter general (cláusulas anti treaty shopping). Que impiden la utilización de los convenios para canalizar las rentas y beneficios hacia sociedades base en países de baja tributación
- Las cláusulas declarativas que obligan a los beneficiarios de los convenios.

La nueva política de Francia contra los paraísos fiscales.⁶¹⁵

614 "Article 990 DModifié par LOI n°2007-1824 du 25 décembre 2007 - art. 20 (V). Esta disposición se aplica cualquier que fuere la persoan interpuesta

615 Julien Saiac; 13/04/2010 .

Siendo Presidente de la república francesa, Nicolás Sarkozy (2007-2012), volvieron los paraísos fiscales a estar en el centro de la atención política y mediática. Vamos a estudiar cuales son las últimas medidas y tendencias que tiene Francia intención de tomar para luchar contra ellos, también analizaremos cuáles son los problemas que plantea la aplicación efectiva del nuevo arsenal contra los paraísos fiscales.

Francia ha abordado el problema de los paraísos fiscales mediante la definición de una estrategia fiscal en tres puntos.

Primer punto, la autoridad fiscal ha abierto una posibilidad de regularización de los activos depositados en el extranjero por residentes en Francia.

El segundo punto, Francia ha firmado acuerdos para intercambiar información con muchos de los paraísos fiscales (incluyendo Jersey, Guernesey, Isla de Man, Islas Vírgenes Británicas, San Marino, Andorra, Gibraltar, Liechtenstein, los turcos y Caicos, Islas Caimán, Bermuda, Bahamas, Vanuatu, y Uruguay).

Por último, el tercer punto se definió en el derecho francés el concepto de territorio no cooperante (NCST). Esto es una novedad porque hasta ahora sólo una referencia a "regímenes fiscales preferenciales" existía en el Código General de Impuestos (CGI). También es una pequeña revolución pues aparece ahora en el artículo 238-0 A del CGI siendo una referencia directa a lo que algunos se refieren como "ley blanda" de la OCDE.

La lista de NCST se publicó por orden del 17 de febrero de 2011, e incluye dieciocho jurisdicciones: Anguila, Belice, Brunei, Costa Rica, Dominica, Granada, Guatemala, Islas Cook, Islas Marshall, Liberia, Montserrat, Nauru, Niue, Panamá, Perú, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas. Las medidas contra los países no cooperantes, (NCST) se refieren a la aplicación de la retención de impuestos en la fuente desde el 1 de marzo de 2010, y a la exclusión de la aplicación de la directiva matriz-filial y el régimen de las ganancias de capital a largo plazo del 01 de enero 2011.

La lista se actualizará anualmente a partir del 1 de enero para reflejar

- los acuerdos celebrados recientemente (sobre todo en Francia).
- la eficacia de los acuerdos para el intercambio de información existentes
- el examen de las leyes estatales llevada a cabo por el Foro Mundial

Los países podrán ser excluidos de la lista así como podrán entrar en la misma otros países. Si se incluye un nuevo país a la lista de no cooperantes, los efectos no tendrán eficacia hasta el 1 de enero del año siguiente (un año después), mientras que la salida de la lista produce efectos inmediatos.

La articulación entre diferentes regímenes que actúan contra la represión de la evasión fiscal internacional

El régimen fiscal NCST se superpone a las actuales normas anti-abuso que se aplican en general en contra de los estados con regímenes fiscales preferentes (CGI, art. 209 B, 57, 123 bis, 238 A) sin que la cuestión del cambio de informaciones sea un criterio.

Por lo tanto, un país de régimen fiscal privilegiado que ha celebrado un acuerdo de asistencia administrativa con Francia, no se consideraría una NCST, pero todavía está potencialmente en el ámbito de aplicación del artículo 209 B del CGI. Por el contrario, los ingresos de un ETNC que han sufrido un gravamen comparable a los impuestos franceses (y que no estaría a por lo tanto en el ámbito del artículo 209 B) y que serían distribuidos a una sociedad matriz francesa, no podrían acogerse al régimen de matriz-filial en Francia, en ausencia de cualquier cláusula de salvaguardia en el artículo 154-6 j) del CGI.

En este contexto, ¿cuál es el alcance exacto de los acuerdos sobre intercambio de información? No se pueden considerar convenios de doble imposición, dado que no contienen mecanismo alguno de eliminación de la doble imposición. Sin embargo, algunos

597

tratamientos fiscales favorables están condicionadas al hecho de que el contribuyente esté establecido o domiciliado en un Estado o territorio que haya celebrado con Francia ", un convenio fiscal que contenga una cláusula de asistencia administrativa en la lucha contra el fraude y la evasión de impuestos (CGI, art. 210-0 A II sobre las reglas para las fusiones, art. 158 sobre la deducción del 40% sobre los dividendos pagados). El problema que se plantea es, si se aplican, estos regímenes favorables, en el caso de que se haya firmado un simple acuerdo de intercambio de información. La respuesta no es clara.

Por el contrario, parece que, con sujeción a los requisitos de los informes de cumplimiento, el impuesto del 3% sobre el valor de los bienes inmuebles en Francia propiedad de las empresas ya no se aplicaría a las personas jurídicas domiciliadas en un país que haya firmado un acuerdo para el intercambio de información. En efecto, la noción de "acuerdo de asistencia administrativa (de conformidad con el art. 990 E 3 de la CGI) se refiere a los acuerdos de un intercambio de información a priori.

Cuestiones sobre la aplicación práctica de las medidas contra la ETNC.⁶¹⁶

En cuanto a la retención sobre las rentas del capital mobiliario, dos son las cuestiones que requieren una atención especial: los productos de las inversiones de renta fija y los dividendos.

El Artículo 125 A III del CGI ha sido reescrito para limitar el alcance de la retención obligatoria de los dividendos y rendimientos de activos financieros a tipo fijo, cuando el deudor este establecido en Francia y se pagan fuera de Francia en una ETNC. En este caso, la retención se aplicará desde el 1 de marzo de 2010, al tipo del 50%, a menos que puedan demostrar que la operación no tiene otro propósito y efecto que permitir la ubicación de estos productos en un ETNC(cláusula de salvaguardia).Esta disposición,

616 Estados y Territorios no cooperativos

permite someter a retención obligatoria los productos e renta fija pagados a un establecimiento financiero intermedio ubicado en un ETNC, sea cual fuere la residencia fiscal del beneficiario de los dividendos incluso si está situado en un país con convenio de doble imposición (lo que no es muy habitual).

Por otra parte, las entidades de crédito no siempre pueden saber dónde residen los suscriptores de obligaciones emitidos por empresas francesas, dado el número de intermediarios financieros que pueden estar involucrados en la cadena de pagos (véase el papel de las cámaras de compensación, los custodios ...). Por temor a poner en juego su responsabilidad, que podrían adoptarse para recoger de forma sistemática la retención a cuenta del 50%.

Esta legislación podría tener graves consecuencias sobre la liquidez de estos títulos. La introducción de una retención del 50% sobre los dividendos pagados en un ETNC plantea el mismo tipo de dificultad (art. 119 bis y 187 del CGI). Eso incluye los pagos realizados a través de una institución financiera establecida en ETNC, independientemente de la residencia fiscal del beneficiario efectivo, y los pagos realizados directamente al beneficiario de una ETNC residentes. Los pequeños accionistas no domiciliados en tales estados o territorios, pero que puede ser retenido en la fuente a una tasa del 50%, pueden ser reacios a comprar títulos de empresas francesas en estas condiciones.

Un reglamento 2010/11 se publicó 22 de febrero 2010 para hacer frente a estas dificultades en lo que respecta a los títulos de deuda.

Un decreto de 4 de abril de 2012 ha puesto al día la lista de estados y territorios no cooperativos (ETNC)⁶¹⁷

617De acuerdo con el art 238-0 A du Code général des impôts, desde el primero de enero de 2011 la lista de los estados y territorios no cooperativos será fijada por un decreto del ministro de Economía y del Presupuesto, con el beneplácito del ministro de asuntos exteriores y actualizada a 1 de enero de cada año desde el 1 de enero de 2012 la lista es la siguiente: - Botswana ; - Brunei ; - Guatemala ; - Îles Marshall ; - Montserrat ; -

599

5.2. Reino Unido.

La legislación británica sobre las “Controlled Foreign Companies (CFCs)” desincentiva a las sociedades residentes en el Reino Unido a utilizar sociedades ubicadas en paraísos fiscales que intentan pagar menos impuestos.⁶¹⁸

Cuando el Reino Unido figuraba en el séptimo puesto de países industrializados introdujo una serie de medidas para evitar la evasión fiscal internacional. A diferencia de otros sistemas fiscales la distinción entre dividendos activos y pasivos esta menos acentuada de tal manera que esta reglamentación no permite gravar sistemáticamente en el Reino Unido todas las rentas “inadmisibles” cualquiera que fuera la fuente.⁶¹⁹

Sin embargo como suele suceder en este tipo de reglamentaciones una sociedad residente bajo jurisdicción británica, puede evitar las disposiciones anti paraíso demostrando que realiza una verdadera actividad comercial con socios independientes, justificándolo fundamentalmente con la existencia de personal y de un establecimiento independientemente de que se pague poco o nada por dicha actividad.

La definición de CFC debe de reunir los siguientes tres requisitos:

1. Debe tratarse de una sociedad no residente en el Reino Unido

Nauru ; - Niue ; Philippines. No se consideran ETNC, los estados y territorios siguientes: Anguilla, Belize, Costa Rica, Dominique, Grenade, Îles Cook, Îles Turques-et-Caïques, Liberia, Oman, Panama et Saint-Vincent et les Grenadines. Por contra se ha añadido a los ETCN Botswana. (Arr. 4 avr. 2012, NOR): EFIE1210124A, JO 12 avr.

⁶¹⁸<http://www.hmrc.gov.uk/international/cfc.htm> 2012-10-04; H&M Revenue and Customs

⁶¹⁹<http://www.hmrc.gov.uk/> 2012-10-04

2. La sociedad en cuestión debe ser controlada por una o más personas o sociedades residentes en el Reino Unido.
3. El gravamen pagado por la sociedad debe responder a criterios de régimen fiscal privilegiado según la legislación fiscal británica.

Tratándose de la definición de residencia fiscal de las sociedades en el Reino Unido, desde 1988 el criterio es, el del lugar de constitución, con anterioridad podría ser considerado el lugar donde estuviera la dirección o el control de la misma. Por lo que podría ser considerada la sede de dirección efectiva el lugar de residencia de la sociedad.

En cuanto al concepto de sociedad controlada, se entiende un control directo o indirecto, implica que el control de la mayoría se ejerce:

- Mediante derechos de voto
- De capital
- De derechos en la distribución de dividendos
- De derechos en el caso de liquidación.

Pero a partir del año 2000 se puede considerar que existe el control de una persona sobre una empresa cuando tiene poder para gestionar una sociedad conforme a sus intereses, bien sea en base a los estatutos o a cualquier otro documento

Por otra parte aunque en principio no sería considerada controlada por residentes, será tratada como tal si:

- Dos personas controlan el conjunto de la sociedad.
- Una de ellas es residente en el Reino Unido y posee al menos el 40%, de intereses, derechos o poderes del conjunto.
- La otra persona no es residente a efectos fiscales en el Reino Unido y detenta al menos el 40% (pero no más del 55%) de los intereses, derechos o poderes que las dos personas detentan conjuntamente.

En cuanto a considerar que una sociedad no residente esta en un lugar de fiscalidad privilegiada, dependerá que de que el gravamen soportado sea inferior al 75% al que le correspondería en el Reino Unido. En la práctica afectara a los países con una tasa inferior o igual al 22,5% dado que en el reino Unido EL tipo aplicable es del 30% y el 19% para las compañías pequeñas “Small Companies”. Para el 2012 el 20% por lo que sería un 5%.⁶²⁰

Consecuencias de la calificación de una sociedad como CFC.-

Si una sociedad residente en el reino unido participa en un 10% al menos de una sociedad considerada como CFC se le gravará en el reino unido sobre los beneficios obtenidos por la CFC. Sin embargo no se gravaran los rendimientos distribuidos por la sociedad extranjera si es inferior su participación al 10% (para determinar el cálculo se ha de tener en cuenta esta proporción, se tiene igualmente en cuenta lo distribuidos a personas o sociedades vinculadas).

Los accionistas pueden deducirse el impuesto pagado en el extranjero de los que tiene que ingresar en el Reino Unido, Igualmente podrán deducirse las retenciones efectuadas en el Reino Unido sobre los rendimientos de las CFC.

Del mismo modo debemos indicar que las plusvalías obtenidas por la CFC no están sujetas por lo que no pueden ser gravadas en el Reino Unido.

Exclusiones de la reglamentación de la CFCs.-

La reglamentación preventiva hacia las CFC no se aplicara en las situaciones siguientes:

a) Cuando tienen una política de distribución aceptable.

⁶²⁰<http://www.hmrc.gov.uk/rates/corp.htm>

Las “CFCs” que tengan una actividad comercial (“trading companies”) deben distribuir a sus accionistas al menos el 90% de los beneficios disponibles en el plazo de 18 meses siguientes al fin del ejercicio, en el curso del cual hayan sido realizados.

La misma regla se aplica a las otras CFCs calificadas como (non trading companies) en la misma proporción es decir el 90% de los beneficios imposables excluidas las plusvalías y los impuestos satisfechos en el extranjero a partir de los ejercicios abiertos a partir de diciembre de 1993.

En esta disposición se basa en el régimen específico de las sociedades controladas por un pequeño número de propietarios (“close companies”) En efecto estos últimos son gravados como accionistas sobre una parte de los beneficios no distribuidos.

La filosofía de esta primera excepción del régimen de las CFCs es que los dividendos distribuidos a los accionistas británicos serán impuestos en todo caso en el reino Unido. La ley de finanzas para 1999-2000 ha introducido una disposición que intenta terminar con esquemas que permitan, para transferir la propiedad de una filial británica a una CFC. A partir de 1999 las distribuciones operadas por una CFC no se consideran como política de distribución aceptable, si se trata de redistribuciones de dividendos de fuente británica que no hayan sido tomados en cuenta para el cálculo de los beneficios de la CFC imposables localmente.

b) Sociedades cotizadas.-

Por analogía con otra regla que prevalece con las “close companies”, las sociedades en que las acciones estén en manos de particulares y coticen en Bolsa y representen más del 35% de los derechos de voto esta excluidas del campo de aplicación de las CFCs.

c) Se trate de actividades no sujetas.-

Se requieren cuatro condiciones:

- Que tengan presencia real en los países de residencia (por ejemplo tener un local comercial y un número suficiente de asalariados, y no una presencia formal reducida a una simple dirección postal.
- Que su actividad principal no consista en el leasing, colocación de fondos, la gestión de participaciones o derechos de la propiedad industrial y que no se trate de sociedades re facturadoras.
- Que las actividades ejercidas no se reduzcan esencialmente a operaciones de negocio de mercaderías con sus socios residentes en el Reino Unido.
- Que una parte sustancial de los rendimientos de la sociedad no sea representados por dividendos obtenidos por la CFC salvo en el caso de que se trate de una sociedad Holding.

d) Inversores de buena fe

La legislación sobre la “CFCs” no tiene la idea de aplicarse cuando se trate de filiales extranjeras de empresas británicas cuando su localización no esté motivada para la evasión fiscal.

Está claro que es difícil de apreciar caso por caso los inversores en el extranjero de buena fe. Es por lo que el fisco británico ha publicado una lista de países.

A diferencia de lo que han hecho estados como Alemania, Francia Japón o España, la primera parte de esta lista no menciona los paraísos fiscales pero enumera los países que están excluidos del campo de aplicación de la CFCs, mientras que la segunda lista si considera una serie de países que han instaurado regímenes considerados como privilegiados por el Reino Unido y para los que se aplica la legislación de las CFCs.

La legislación para traer beneficios de CFC en la red tributaria del Reino Unido se introdujo por primera vez por la Ley de Finanzas de 1984 El Reino Unido recientemente ha

llevado a cabo una revisión completa de sus reglas CFC como parte de los esfuerzos para aumentar la competitividad general del régimen fiscal del Reino Unido.

Modificaciones introducidas en la regulación de las CFC a partir de 2012 en EEUU.-

Los cambios más recientes en la legislación CFC fueron introducidas en la Ley de Finanzas 2012. Las nuevas reglas CFC están dirigidas a gravar los beneficios sólo que provengan del extranjero desviados artificialmente desde el Reino Unido.

Las nuevas reglas se aplican a los períodos contables de los CFC que comiencen a partir del 1 de enero de 2013; las viejas reglas CFC siguen aplicando a los períodos contables que comiencen antes del 31 de diciembre de 2012, con las medidas transitorias en vigor. El nuevo régimen de CFC se establece en la parte 9A de la Tributación (Internacional y otras disposiciones) Act 2010.

Las nuevas reglas de CFC en términos generales se aplican si la empresa en el extranjero es:

- Residente fuera del Reino Unido; y
- Controlada desde el Reino Unido (una compañía extranjera se considera controlada desde el Reino Unido si los accionistas son capaces de asegurar que los asuntos de la empresa se llevan a cabo de acuerdo con sus deseos, sin embargo hay, disposiciones especiales contra las joint-venture y la legislación anti-evasión destinadas a prevenir la elusión de las normas de control).

Ya no es un requisito para la CFC que hayan tributado en un régimen preferencial de bajos impuestos (como se aplicaba en el régimen anterior); Sin embargo, esta es ahora una exención específica a nivel de entidad (véase más adelante).

Tipo de ingresos atribuibles y cuando se incluye.-

Bajo el nuevo régimen, las fuentes de ingresos se consideran por separado y no en un "todo o nada" base. Las ganancias de capital y los ingresos por alquiler se excluyen del régimen.

Existen reglas específicas previstas por el "test de pasarela" (ver abajo) para los beneficios empresariales y los beneficios financieros. La evaluación de si las entidades de ultramar controlados desde el Reino Unido son CFC, tal como se define a efectos fiscales del Reino Unido, debe realizarse para cada período contable de la CFC y cualquier reparto de beneficios debe ser declarado en la declaración del impuesto de sociedades de la entidad participada por otra residente en UK. El nuevo régimen de CFC se aplica tanto a las filiales y sucursales extranjeras exentas de empresas del Reino Unido

Crédito por impuestos extranjeros

En caso de no exención y de distribución de beneficios de la CFC se gravará en el Reino Unido dicho beneficio por el Impuesto de sociedades, el impuesto de sociedades del Reino Unido se reduce justificando el pago de otros impuestos " El impuesto gravable, es el resultante de practicar la deducción por el impuesto que le hubiera correspondido pagar a la CFC en el Reino Unido de haber recibido allí sus rentas. (por ejemplo, el Impuesto sobre Sociedades satisfecho en el país del CFC); el impuesto sobre la renta del Reino Unido deducidos en la fuente de los pagos (por ejemplo, intereses) recibidos por la CFC; y los impuestos satisfechos por ingresos, en el Reino Unido en realidad aplicarse respecto de los beneficios imponibles de la CFC (por ejemplo, si la CFC tiene una sucursal o agencia del Reino Unido).

Reglas complementarias para atrapar la inversión en entidades no capturado por reglas SEC.

En la medida en que los beneficios obtenidos por una entidad que el Reino Unido considera que es transparente, esos beneficios se consideran como ganancias de los socios, miembros de esa entidad y sujetos en el Reino Unido a liquidación del impuesto.

Exenciones

Hay varias excepciones que podrían aplicarse a la CFC respecto de una determinada fuente de ingresos (a través de la prueba de puerta de enlace) o en un nivel de entidad (a través de las exenciones a nivel de entidad). También hay una exención específica que puede aplicarse a financiar empresas.

Las exenciones se aplican para evaluar el grado en que los tipos de beneficios (es decir, los beneficios de explotación, ingresos financieros, etc.) deben ser tratados como potencialmente gravables en el Reino Unido. Las pruebas se pueden aplicar en cualquier orden, por lo que los grupos pueden solicitar el más sencillo primero, que debe minimizar su carga de cumplimiento de CFC. prueba de puerta de enlace

Gateway test

Es una nueva característica de la legislación CFC que tiene como objetivo proporcionar un marco para evaluar si determinadas fuentes de ingresos de un CFC se han desviado artificialmente desde el Reino Unido. Si es así, tendría que pasar a través de la puerta de entrada y estarán sujetos a prorrateo los ingresos de la CFC a no ser que concurra una de las exenciones (ver más adelante). La puerta de entrada se divide en una "pre-gateway" y una prueba principal puerta de entrada.

"Pre-gateway"

El propósito de la pre-gateway es permitir a los grupos para identificar si están o no están dentro del alcance de las normas sin necesidad de llevar a cabo el análisis y cálculos más detallados requeridos por el resto de la legislación.

El pre-puerta de entrada para los beneficios empresariales (en términos generales, los beneficios de explotación, excluyendo los ingresos por intereses) se compone de tres condiciones:

El motivo que no sea sólo tributario: En términos generales, si el Reino Unido o en el extranjero impuesto se reduce como consecuencia de la disposición, pero la disposición habría tenido lugar aún en ausencia de los ahorros en impuestos;

No hay actividades desde el Reino Unido: La CFC no tiene activos o riesgos que se gestionan desde el Reino Unido; o

Independencia: Incluso si hay una conexión Reino Unido, la CFC tiene la capacidad de ejercicio de su actividad, si los activos o riesgos gestionados en el Reino Unido dejaron de ser gestionados desde el Reino Unido.

Si la CFC cumple cualquiera de las condiciones anteriores, sus beneficios empresariales no pasan a través de la pre-gateway y que, por tanto, están fuera del alcance de las normas de CFC.

En cuanto a los ingresos por intereses no comerciales y beneficios similares ("ganancias de capital"), la pre-puerta de enlace no se pasara y por lo tanto no se aplicaran las normas CFC, cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

Los ingresos financieros de carácter incidental: ganancias financieras del CFC son no más del 5% de sus beneficios definidos, por lo que son inherentes a la actividad de la CFC; o

Las ganancias financieras de la CFC se derivan de la inversión de los fondos mantenidos a efectos de un comercio o negocio exento propiedad, sujeto a ciertas exclusiones.

Prueba principal puerta de entrada (gateway)

La puerta de enlace realiza una función similar a la pre-gateway: se trata de identificar las utilidades desviadas artificialmente desde el Reino Unido. Sin embargo, la entrada

general será necesario un análisis más detallado para llevar a cabo. El cumplimiento asociado podría ser poco atractivo para algunos grupos, y la dependencia de una exención a nivel de entidad podría prever una exclusión más sencilla de las reglas CFC.

Los beneficios que pasan por la puerta de entrada están dentro del alcance de las normas de CFC y entonces será necesario determinar si alguna de las exclusiones o exenciones se pueden aplicar. Para determinar si los beneficios empresariales pasan a través de la puerta de entrada, es necesario identificar las importantes funciones de las personas ("SPF") en relación con los activos y riesgos que son de propiedad / soportados por la CFC. SPF es un concepto que se utiliza para determinar los beneficios imputables a un establecimiento permanente.

Los beneficios de las empresas pasarán a través de la puerta de entrada y se gravarán, en la medida en que se relacionan con FPS en el Reino Unido. Esto está sujeto a una serie de exclusiones, incluyendo las siguientes:

- Si las actividades del Reino Unido son una minoría del total de actividades;
- Si los beneficios no fiscales sustanciales se integran al grupo a través de la tenencia de activos y riesgos en alta mar;
- Si es razonable suponer que las empresas independientes hubieran celebrado los acuerdos de la misma manera, con el mismo efecto comercial; o
- Si los beneficios comerciales "puerto seguro": se excluyen todos los beneficios de explotación si se cumplen cinco condiciones, muchas de las cuales requieren la conexión del Reino Unido limitada.

Se requiere un proceso similar para las ganancias financieras. Los beneficios financieros pasan a través de la puerta de entrada y se gravarán en el RU, si:

- Hay asociada Reino Unido SPF;
- Cualquier parte de la financiación proviene del Reino Unido;
- El préstamo se ha hecho en lugar de un dividendo para el Reino Unido;

- Los beneficios surgen de un arrendamiento financiero para el Reino Unido.

Exenciones a nivel de Entidad

Hay una serie de excepciones a nivel de entidad que los grupos pueden optar por aplicar como alternativa a las disposiciones de puerta de enlace o de las finanzas de la empresa. Cuando un SEC cumpla una exención de persona moral, sin cargo CFC será imputada en relación con cualquiera de sus beneficios.

Las excepciones son las siguientes:

- Bajas ganancias exención: La contabilidad o beneficio imponible de la CFC no excedan de 50.000 libras esterlinas, o no superen 500.000 GBP y beneficios no comerciales no excedan de 50.000 GBP;
- Bajo exención margen de beneficio: Esta exención está disponible en los beneficios contables ajustados de un CFC no excedan del 10% de sus gastos de funcionamiento correspondiente. Se excluye los gastos por pagar a una persona relacionada, lo que puede limitar la utilidad de esta exención;
- Territorios excluidos de la exención: residente CFC en los territorios especificados (destinados en general a ser aquellos con un tipo impositivo titular de más del 75% de la principal tasa de impuesto de sociedades del Reino Unido) estarán exentos, siempre que su ingreso dentro de ciertas categorías no exceda del 10% del ganancias de la compañía antes de impuestos ajustado (o GBP 50.000, si es mayor);
- Exención de impuestos: Una CFC estará exenta si el impuesto local a pagar en el territorio de la CFC de residencia es por lo menos el 75% de los correspondientes impuestos del Reino Unido.

Exenciones para compañías financieras.-

Si un CFC tiene beneficios financieros, que se consideran excluidos de las reglas de CFC en la puerta de entrada, y la CFC no puede beneficiarse de una exención de persona moral, hay disposiciones específicas de beneficio financiero.

Estas disposiciones prevén la exención total o parcial de las ganancias derivadas de las "relaciones de préstamos admisibles" (en sentido amplio, los préstamos otorgados a empresas extranjeras vinculadas distintas de las realizadas a establecimientos permanentes del Reino Unido, los propietarios no residentes o empresas del Reino Unido conectados

5.3. Alemania

Medidas anti paraíso de Alemania

A parte de los Convenios de doble imposición que suelen llevar una cláusula de asistencia administrativa y más raramente de asistencia a la recaudación, el derecho interno alemán ofrece a las autoridades un cierto número de instrumentos de lucha contra la evasión fiscal relativamente eficaces.

En primer lugar sobre la base del Art. 42 de "*l'Abgabenordnung*" relativo al abuso de derecho (Missbrauch) con el que la administración y los tribunales han intentado parar las transferencias de beneficios al extranjero, especialmente por las sociedades "relais" establecidas en los paraísos fiscales.

En la práctica funciona desde el momento en que la administración detecta que el contribuyente ha construido una estructura o un negocio artificioso, con la intención de eludir el impuesto, entonces la carga de la prueba se invierte y corresponde al contribuyente el probar que la operación no es artificiosa y que no se ha hecho para eludir el pago del impuesto.⁶²¹

El Art. 42, se utiliza fundamentalmente para luchar contra las sociedades pantalla (boîtes aux lettres) con el sólo fin de reducir las retenciones en la fuente. Este artículo no

621 Art.42 Ao N.F. - *Ein Vergleich Der Alten Und Neuen Rechtslage*; de Hendrik Scholer

se ha aplicado desde hace mucho tiempo siempre que el beneficiario último de estas rentas fuera un contribuyente alemán⁶²²

Para paliar la ineficacia del Art. 42 en numerosos casos, se promulgó en 1972, /68 de septiembre, la ley fiscal relativa a las relaciones con el extranjero (Aussensteuergesetz-AstG) que se inspira en parte en las disposiciones del Internal Revenue Code americano sobre las “controlled foreign corporations”.

La AstG trata sucesivamente de:

- De la regularización de los beneficios declarados en función de las transferencias de beneficios al extranjero.
- De la transferencia del domicilio de las personas físicas alemanas a países de fiscalidad reducida.
- De la imposición de las plusvalías de participación como continuación del cambio de domicilio al extranjero.
- Del recurso contra las sociedades relais (Zwischengesellschaften)
- De las fundaciones familiares (Familienstiftungen) establecidas fuera de Alemania.

La lucha contra las sociedades deslocalizadas en paraísos fiscales a fin de evitar la imposición alemana más elevada por el camino de las sociedades relevo (relais) (Zwischengesellschaften) ha sido emprendida desde un principio por la jurisprudencia alemana sobre la base de la teoría del abuso de derecho, la jurisprudencia simplemente desconfiaba de la relación jurídica y económica de estas sociedades relais y presumía que su sede de dirección efectiva estaba en Alemania.

622 BFH de 29 de octubre de 1997 *Affaire Mónaco; Paradis fiscaux et opérations internationales Francis Lefevre* 2002.

Pero esta aproximación no era suficiente, la ley fiscal relativa a las relaciones con el extranjero (Aussensteuergesetz-AstG), adopta una posición radicalmente diferente, reconocía la realidad de las sociedades relais (relevo) pero asimilaba las rentas pasivas de estas sociedades controladas en más del 50% por accionistas alemanes, siempre y cuando estén rentas hubieren estado sometidas en el lugar de origen a un tipo de gravamen de al menos el 30%.

El derecho alemán se inspira en las disposiciones fiscales americanas relativas a las "Controlled Foreign Corporations" (Subpart F Income)

5.4. Italia:

Medidas anti paraíso fiscal adoptadas en Italia.⁶²³-

En Italia desde 1 de enero de 1992 las sociedades residentes en Italia no se pueden deducir gastos ocasionados por operaciones con sociedades residentes en paraísos fiscales situados fuera de la Unión Europea en el caso que las controlen o sean controladas por estas sociedades residentes en paraísos fiscales o la sociedad matriz.⁶²⁴

Son considerados países de fiscalidad privilegiada los que permiten una exoneración total de los impuestos sobre la renta o bien el impuesto debido es inferior a la mitad que el que debería ser ingresado en Italia en relación con rentas de la misma naturaleza.

Sin embargo una sociedad italiana puede presentar prueba a contrario, y por lo tanto evitar esta no deducibilidad de gastos, siempre que pueda probar que ejerce una actividad económica real, o las operaciones referidas son de un interés incontestable por

⁶²³<http://www.mef.gov.it/> 2012-10-02

⁶²⁴ Art. 2359 del CC italiano.

ella, la prueba debe ser aportada por la empresa italiana a requerimiento de la administración en un plazo de 30 días.⁶²⁵

Se consideran gravables los dividendos repartidos a una sociedad italiana desde una filial residente en un paraíso fiscal cuando se encuentre la entidad emisora, fuera de la Unión europea y tengan una exención de rentas de más del 60%.

Para la aplicación de estas medidas, un decreto de 24 de abril de 1992 ha venido a completar la ley dando dos listas de países considerados como paraísos fiscales, la primera lista enumera una serie de países en los que las nuevas reglas se aplican en todo caso, mientras que en la segunda lista se mencionan una serie de países, en los que se aplicarán las reglas siempre y cuando operen mediante un tipo específico de sociedades por ejemplo las sociedades holdings, domiciliadas en suiza por ejemplo.

En relación con las personas físicas se ha introducido una disposición,⁶²⁶ mediante la cual los nacionales italianos que cambien su residencia a un país considerado como paraíso fiscal, se presume conserva la residencia en territorio italiano, incluso aunque se hayan dado de baja en el registro de su comunidad.

De acuerdo con el derecho italiano se considera residente a toda persona que está inscrita en el registro de su comunidad, que tiene el centro de sus intereses vitales, o su vivienda habitual en Italia la mayor parte del año fiscal. Esta disposición ha invertido la carga de la prueba al ciudadano italiano que cambia su residencia a un paraíso fiscal externo a la Unión europea, si bien hay que hacer notar que existe una lista diferente

625 Medida incluida en la ley 413 de 30 de diciembre de 1991 de acuerdo con la ley italiana de finanzas para 1992, que recogía medidas contra la lucha y la evasión fiscal en países de fiscalidad privilegiada.

626 Ley nº 448 de 23 de diciembre de 1998.

de paraísos fiscales para las personas físicas redactada por la administración italiana diferente de las existentes para las sociedades.⁶²⁷

Son considerados residentes en Italia, las personas inscritas en el censo de su ciudad o pueblo, tiene un establecimiento en Italia, en su defecto, el centro principal de sus intereses económicos, o bien residen en Italia por un periodo superior a seis meses.

Podemos mencionar las medidas adoptadas en Italia para conseguir la repatriación de capitales, de acuerdo con las indicaciones del G20.⁶²⁸

5.5. Bélgica.

Bélgica ya tenía, desde 1991, un régimen específico destinado a tratar de diferente manera a las sociedades establecidas en países que tuvieran una fiscalidad privilegiada, y que fuera notablemente más ventajosa que la que correspondiera en la propia Bélgica.⁶²⁹

No obstante no considera en ningún caso paraísos fiscales los países en vía de desarrollo que ofrecen a los inversores condiciones fiscales interesantes.

A diferencia de lo que ocurre en otros países no existe un porcentaje mínimo de referencia para saber si estamos ante un país de fiscalidad privilegiada.

⁶²⁷ Decreto 4 de mayo de 1999.

⁶²⁸ Roma, 20 dicembre 2001; *Misure contro la detenzione illecita di capitali all'estero. Il Ministero dell'Economia e delle Finanze comunica che nell'ambito della programmazione delle attività di controllo per il 2002 sarà inserito quale obiettivo specifico il controllo a finalità di contrasto della detenzione illecita di capitali all'estero da parte di contribuenti residenti in Italia.* http://www.mef.gov.it/ufficio-stampa/comunicati/2001/comunicato_0404.html

⁶²⁹ <http://www.minfin.fgov.be/portail2/fr/index.htm> 2012-10-04 Ministerio de Finanzas Belga

Se establecieron inicialmente tres listas no exhaustivas, de países en los que los rendimientos de las sociedades que allí estaban establecidas, no podían por diversas razones beneficiarse de las deducciones existentes para las demás sociedades residentes en Bélgica.⁶³⁰

La primera lista se refería a países donde no existía un impuesto equivalente al de sociedades belga.

Del mismo modo se recogía una serie de países donde no se gravaba por el I. de sociedades a una serie de sociedades determinadas por ejemplo en Barbados las IBC detenidas en un 90% por no residentes, y que no tuvieran una actividad real o local, así como las compañías de seguro offshore.

La segunda lista recogía a países con disposiciones de derecho común notablemente ventajosas, por ejemplo Hong Kong, Aruba, etc...

La tercera lista recogía una serie de países en los que la legislación belga consideraba que todas las sociedades Holding o de Financiación, o algún tipo de ellas gozaba de un régimen de fiscalidad privilegiada; por ejemplo Las Antillas neerlandesas, Jersey, Liechtenstein, Luxemburgo (sociedades holding de 1929) y Uruguay.

A las sociedades holding y de financiación les presta una especial atención la legislación belga, curiosamente porque desde hace muchos años este país, ha establecido una legislación beneficiosa para este tipo de sociedades y por lo tanto a su vez establece medidas para que los belgas no se beneficien de estos regímenes privilegiados en detrimento de la propia hacienda belga. Fundamentalmente esta legislación se hizo pensando en las sociedades luxemburguesas que su proximidad hacía la competencia Bélgica.

⁶³⁰ Monitor de 24 de agosto de 1991.

Es preciso recordar que la ley belga no define a las sociedades holding o de financiación, tan solo hay una serie de comentarios administrativos que han dado una definición particularmente larga de este tipo de sociedades, pudiendo ser:

- Un holding económico que controla a otras sociedades mediante las participaciones que el detenta.
- Un holding financiero que busca la rentabilidad de su inversión sin finalidad de control.
- Un holding de promoción, que adquiere títulos de sociedades en formación, o en fase de desarrollo para después colocarlas en el mercado.
- Un holding que cuida de los derechos resultantes de las marcas y patentes que detenta.

En cuanto a sociedades de financiación son aquellas en las que la actividad principal consiste en prestar a otras empresas, normalmente vinculadas.

El régimen fiscal de una sociedad holding o financiera se considera privilegiado si están gravados sus beneficios levemente o simplemente si no están gravados.

5.6. EEUU.

Medidas anti paraíso adoptadas en EEUU.⁶³¹

Los principios de imposición en los EEUU. Sobre rentas de fuente americana obtenidos por no residentes son bastante coherentes en relación con la adopción con una ley de 1966, "Foreing Investors Tax". En cambio el gravamen de personas jurídicas residentes en EEUU sobre las rentas de fuente extranjera, resulta de la adopción progresiva de

⁶³¹<http://www.irs.gov/> 2012-10-04

una serie de disposiciones particulares, destinadas a reducir ciertos abusos y por lo tanto no guardan la misma coherencia.

Hay que destacar dentro de las medidas implementadas por los EEUU. para evitar los paraísos fiscales como refugio de actividades que financian el terrorismo y actividades delictivas, las adoptadas con la Ley Patriot Act así como con la Ley Fatca, a las que ya nos hemos referido anteriormente.

Podemos destacar una serie de cuestiones en relación con los rendimientos obtenidos en el extranjero por residentes de EEUU.⁶³²

- La imposición de sociedades extranjeras controladas por estadounidenses residentes en EEUU.”CFC”
- Las reglas aplicables a los “Passive Foreign Investment Companies” (PFICs).
- La reglamentación referente a créditos de impuesto en el extranjero.
- La imposición de operaciones de reestructuración internacionales.
- Las reglas referentes a las inversiones en las “Possessions”
- Las normas para empresas exportadores, “Foreign Sales Corporations” (FSCs)
- Las reglas aplicables a los precios de transferencia.
- Las reglas relativas a “learning stripping”

Sociedades extranjeras controladas por residentes.⁶³³

Por regla general, los EEUU no gravan las rentas de una sociedad extranjera salvo que estas no sean repatriadas a EEUU en forma de dividendos. Pero para evitar la acumula-

632[http://www.irs.gov/uac/SOI-Tax-Stats---International-Business-Tax-Statistics 2012-10-04](http://www.irs.gov/uac/SOI-Tax-Stats---International-Business-Tax-Statistics-2012-10-04)

633[http://www.irs.gov/uac/SOI-Tax-Stats---Controlled-Foreign-Corporations ;2012-10-04](http://www.irs.gov/uac/SOI-Tax-Stats---Controlled-Foreign-Corporations-2012-10-04)

ción de rentas en paraísos fiscales, la sub-parte F del Código Fiscal IRC secciones 951-954 prevén que ciertos tipos de rentas de sociedades extranjeras (Subpart "F" Income) sean gravables directamente si los accionistas americanos detentan al menos el 10% del accionariado de la sociedad, como si se hubieran distribuidos las rentas remansadas.

Cada contribuyente paga en forma proporcional a su participación.

Un problema que afecta a los pequeños accionistas son las obligaciones formales, pues cada pequeño accionista debe de suministrar una cierta información (information return of US persons with respect to Certain Foreign Corporations)

Las informaciones que se solicitan son esencialmente:

- Indicaciones del accionariado
- Cálculo del beneficio de acuerdo con las normas americanas.
- Impuestos extranjeros pagados por la sociedad.
- Informe de operaciones con sociedades americanas vinculadas.
- Estados financieros según las normas americanas del GAAP.

Es frecuente que las sociedades extranjeras no calculen su beneficio en función de las reglas fiscales americanas, y no aplican las normas del GAAP en sus estados financieros, y para cumplir las normas de las CFC tengan que requerir los costosos servicios de las auditoras.

Rentas Subpart F

Las reglas para determinar que se consideran rendimientos "sub -part F "son complejas y destinadas a gravar cierto tipo de operaciones que han sido montadas para evitar el régimen de penalización de las sociedades extranjeras controladas por residentes.

La noción de rendimiento comprende fundamentalmente ciertos tipos de rentas pasivas, que son fácilmente localizables en otros países, como alquileres, intereses y dividendos, así como los rendimientos de ventas y prestaciones de servicio realizados fuera del país donde se ha constituido la sociedad extranjera.

Se puede no obstante evitar el gravamen si el contribuyente puede demostrar que la CFC ha soportado un impuesto extranjero suficientemente elevado.

“Passive Foreign Investment Companies” (PFICs)

No es raro que el congreso Americano adopte una legislación concerniente a un problema particular en materia de fiscalidad internacional y que tenga consecuencia en otros campos no previstos.

Se refiere a los contribuyentes americanos que invierten en sociedades extranjeras cuya actividad principal consiste en inversiones que generan rentas pasivas, como intereses, alquileres, dividendos, rentas, plusvalías y royalties. Con carácter general los contribuyentes que invierten en "passive investment companies" americanas son gravados por las rentas que obtienen en condiciones de derecho común.

El Crédito de impuesto extranjero

Las personas residentes en EEUU incluyendo a los ciudadanos extranjeros tributan por su renta mundial, incluyendo los rendimientos extranjeros.

Desde 1918 el método elegido para evitar la doble imposición de rentas extranjeras es la concesión de un crédito de impuesto, por el impuesto extranjero soportado por las rentas obtenidas. Este crédito de impuesto puede ser directo por ejemplo cuando obtiene las rentas una sucursal o de forma indirecta cuando son obtenidas en el país de origen por una filial.

El crédito de impuesto es facultativo, y los contribuyentes pueden si lo prefieren deducirse de su renta imponible los impuestos soportados por sus rentas extranjeras. Siempre que un contribuyente opta por el crédito de impuesto extranjero pagado en un año fiscal pagado durante un año fiscal para un impuesto determinado no podrá elegir deducirse de su renta otros impuestos extranjeros pendientes en el mismo año.

El límite a deducir del impuesto extranjero es el tipo de gravamen correspondiente americano, y si no se puede deducir en el ejercicio lo podrá hacer en los cinco ejercicios siguientes.

Las reorganizaciones internacionales.

Transferencias hacia el extranjero.-El código fiscal americano tiene una serie de disposiciones que permiten a las sociedades transferir activos entre entidades jurídicas distintas sin pagar inmediatamente la plusvalía obtenida. Estas disposiciones tratan de facilitar la creación, reorganización y liquidaciones de sociedades.⁶³⁴

Hay determinados activos que no pueden beneficiarse de la franquicia de impuesto, como son los stocks, los copyrights y ciertos bienes intangibles.

Trasferencias de Estados Unidos a terceros países.-

El Art. 367 del Código Fiscal americano, permite a la administración fiscal IRS gravar ciertas transferencias de activos hacia los EEUU o entre sociedades extranjeras. El fin de esta disposición es esencialmente impedir la repatriación a tipos reducidos de plusval-

634 El Art. 367 del código fiscal impide las transferencias de activos para eludir el impuesto (outbound transfers) a menos que los bienes transferidos sean utilizados en una operación comercial o industrial.

ías y de rentas de sociedades controladas por residentes en EEUU cuando han escapado al gravamen progresivo.

Transferencias de bienes incorporeales.-

En paralelo con los principios que rigen los precios de transferencia (section 482) desde 1986 el Código fiscal americano prevé que la remuneración en contrapartida de la transferencia de bienes incorporeales a sociedades extranjeras con las que una persona americana tenga vinculación, que debe corresponder al valor real atribuible a estos bienes.

Sociedades de "Possessions" americanas.

Los EEUU han autorizado a cierto número de territorios (Possessions) que si bien no podemos hablar propiamente de EEUU están bajo soberanía americana Samoa, Guam, Las marianas del norte, Puerto Rico y las Islas Vírgenes americanas, tener su propio sistema fiscal que a menudo refleja el americano.

Sociedades exportadoras

Desde hace muchos años los EEUU han previsto incentivos a la exportación, aplicando un gravamen especial a los beneficios obtenidos por las exportaciones realizadas por sociedades denominadas DISC (Domestic International sales Corporation), actitud condenada por el GATT.

Posteriormente se crearon las FSC (Foreing Sales Corporation) que establecen un régimen de beneficios para los accionistas de estas sociedades.

Precios de transferencia.-

El código fiscal americano tiene disposiciones similares Art. 16 del I. De Sociedades del Estado Español o el Art. 57 del CGI del estado francés para sociedades vinculadas. Establece un régimen de obligaciones formales en cuanto a las declaraciones y a la documentación a conservar. Del mismo modo prevé la celebración de APA, s para dotar de seguridad jurídica a las empresas.

Earnings Stripping.-

Los intereses de los préstamos que contrata una empresa americana son en principio gastos deducibles aunque sean pagados a una empresa vinculada o no, o sean gravados o no en EEUU.

En 1989 se introdujo una modificación en el Tax Code (section 163j) prohibiendo la deducción de intereses pagados a una sociedad vinculada que no hubiera pagado en EEUU.

Esta medida tenía por objeto que una sociedad matriz pudiera vaciar (Stripping) su filial americana bajo la forma de cargar gastos financieros.

Las disposiciones referentes al “earning stripping” vienen a completar las medidas anti elusión concebidas en los precios de transferencia.⁶³⁵ Considerándose la falta de sustancia económica.⁶³⁶ como elemento para negar la deducibilidad de los intereses.

635 Medidas antiparaiso “Paradis Fiscaux et operations internationales”; Francis Lefevre 2002. Paris

636 <http://www.irs.gov/Businesses/Coordinated-Issue---All-Industries> ;2012-10-04

6. MEDIDAS PLANTEADAS PARA EVITAR LAS TRANSFERENCIAS DE BENEFICIOS A LOS TERRITORIOS DE BAJA TRIBUTACION

6.1. Análisis de las propuestas planteadas.

Hemos podido ver como los paraísos fiscales surgen al ofrecer determinadas jurisdicciones, un refugio donde los usuarios, puedan ocultar su identidad y su patrimonio, después porque ofrecen un mejor trato fiscal y porque facilitan con una flexible legislación la creación, traspaso y liquidación de entidades.

Este ha sido el origen, “el puerto seguro”, posteriormente los paraísos fiscales, evolucionan hacia una configuración activa sobre todo en el mundo financiero, así como se usan de cuartel general para las multinacionales, ya no se utilizan únicamente como refugio de rentas y patrimonios.

Si quisiéramos simplificar la actitud de los estados y de las instituciones internacionales respecto a los paraísos fiscales, en los últimos 50 años veríamos que se paso por las siguientes fases

- 1960. Un desconocimiento del problema y su dimensión; sólo se adoptan medidas por algunos estados a nivel individual.
- 1998. Surgen quejas por parte de algunos estados, ya que los inversores acuden a estados vecinos que ofrecen un mejor tratamiento fiscal. Se adoptan medidas a nivel internacional contra la competencia perjudicial.
- 2003. Se empieza a constatar que ya no se repatrían las rentas obtenidas en el extranjero a los países donde se encuentra el domicilio fiscal de los perceptores, y que los nacionales empiezan a deslocalizarse. Se potencia el intercambio de información y la transparencia.

- 2013. Hay una preocupación cierta y evidente de la erosión de las bases imponibles en los impuestos de sociedades y en los ingresos de los estados, y una transferencia de beneficios hacia paraísos fiscales y países de baja tributación. Al conocer la dimensión del problema se decide a nivel internacional tomar medidas. La OCDE elabora el informe BEPS.

A nivel internacional ha sido la OCDE la que ha encabezado la lucha contra los territorios de baja tributación, seguida de la Unión Europea, estableciendo en un primer momento unas listas de paraísos fiscales y de jurisdicciones perjudiciales⁶³⁷, preocupándose de la transferencia del beneficio de unos países a otros estableciendo unas directrices en relación con los precios de transferencia, para evitar la evasión fiscal y luchando contra el secreto bancario y por el intercambio de información.

La Unión Europea por su parte siguiendo los pasos de la OCDE, elaboró un Código de Conducta para la fiscalidad empresarial⁶³⁸

En relación con los paraísos fiscales la OCDE realizó un estudio genérico sobre la evasión fiscal a los paraísos fiscales,⁶³⁹ posteriormente se trato de determinar las carac-

637 *"Harmful Tax Competition;An Emerging Global Issue";Informe de 1998"Competencia fiscal global :un problema";OCDE,París*

638 *Resolucion de 1997 contra las medidas que puedan afectar a la localización de actividades empresariales y las normas que permiten un nivel inferior de gravamen que el generalmente aplicable.*

639 *Informe 1977*

terísticas de los paraísos fiscales⁶⁴⁰, más tarde elaboró una lista de 35 paraísos fiscales⁶⁴¹.

Se ha intentado establecer listas negras de países no cooperativos, así como en los modelos de convenio de la OCDE para evitar la doble imposición, cláusulas de salvaguarda, para evitar el treaty shopping y la presencia de sociedades conductoras.

Posteriormente una vez demostrada la ineficacia del sistema de listas negras, se optó por la lucha contra aquellos países que facilitaban el acceso de no residentes en condiciones muy favorables, haciendo la competencia al resto de jurisdicciones vecinas. Así pues se realizaron intentos por eliminar las prácticas perjudiciales y la competencia dañina.⁶⁴²

Para lo cual se investigaron los instrumentos ofrecidos por las diferentes jurisdicciones haciéndose un catalogo de los que deberían ser eliminados. Sin embargo se llegó a la conclusión que las jurisdicciones por pequeñas que fueran eran soberanas y que no se podía obligar a que subieran u homologaran los tipos de gravamen.

Ante lo cual se cambia el criterio seguido de impedir la creación y existencia de paraísos fiscales y se adopta el criterio más permisivo de admitir que cualquier jurisdicción, no se considere paraíso fiscal, siempre que colabore en el suministro de información o

640 Informe 1998

641 Informe 2000

642 Acuerdo de intercambio de información de 2003 "Global level playing field"

bien que firme un número determinado de convenios con clausula de suministro o de información.⁶⁴³

La filosofía es la siguiente: ya que no podemos impedir la existencia de paraísos fiscales, ni influir en las diferentes jurisdicciones para homologar la presión fiscal, conozcamos al menos quienes son los usuarios de los paraísos fiscales, que patrimonio tienen en ellos y cuáles son las operaciones que desde allí realizan.

La Unión Europea en junio de 2015, ha elaborado una lista de 30 países o territorios considerados no cooperativos, en su lucha para combatir la evasión fiscal.

El G20 hace su aparición como heredero del G/7, G/8 y G/10 y toma las riendas de la situación y encarga a la OCDE, cree un Foro de Transparencia Global, que vigile una serie de estándares en el suministro de información, cuestión en la que se ha empleado a fondo la institución en la última década del siglo XX

Pero en los albores del siglo XXI acontecen una serie de circunstancias que hacen cambiar la actitud de las grandes naciones ante los paraísos fiscales.

En primer lugar el atentado de las Torres Gemelas de Nueva York⁶⁴⁴, actividades terroristas financiadas a través de paraísos fiscales, EEUU toma la decisión unilateral de luchar contra los paraísos con sus presidentes Bush y Obama, legislando en solitario.⁶⁴⁵

643 Informe 2001 de intercambio de información y la lista de 2002 con paraísos fiscales no cooperativos.

644 El 11-09-2001

Posteriormente la crisis financiera de 2008 ha puesto de manifiesto la debilidad y opacidad del sistema financiero, que utiliza paraísos fiscales, infestado de activos tóxicos y circulando “el gran dinero” a través de los paraísos sin control alguno.

Por último, es en la primera década del siglo XXI cuando el G-20 como árbitro mundial toma el relevo de la lucha contra los paraísos fiscales, y se plantea el problema de la transferencia del beneficio y la erosión de las bases imponibles, al realizar un estudio la OCDE y ver la dimensión del problema.

El papel de los paraísos en la transferencia de beneficios es fundamental y produce dañinas consecuencias, en la economía pues afecta a la libre competencia al permitir que las multinacionales ubiquen sus cuarteles generales en zonas de baja tributación y acudan a los mercados internacionales con un menor coste de producto al ser menor su coste fiscal y con el consiguiente perjuicio de las empresas que no utilizan estas estructuras.

En segundo lugar porque al no tributar estas empresas donde obtienen el beneficio erosionan las bases y los ingresos del estado, estableciendo una mayor desigualdad social, y esto se pone de manifiesto con mayor virulencia en los países en vías de desarrollo puesto que les impiden dar el paso hacia el desarrollo condenándolos a una pobreza permanente.

Favorecen la existencia de patrimonios creados con financiación ilícita procedente del tráfico de drogas, armas, el juego, la corrupción etc...

645 2010 *The Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)* y en 2011 “*USA Patriot Act*”.

En un mundo global cada vez mas interconectado, las leyes fiscales no han seguido el ritmo marcado por las multinacionales, la modificación sufrida en los activos financieros así como los avances experimentados por la economía digital, se han creado una serie de lagunas, “grises” llamadas eufemísticamente, que pueden ser explotadas por las multinacionales, para utilizar los paraísos fiscales y las zonas de baja imposición.

La OCDE venía trabajando en diversos proyectos contra la evasión fiscal⁶⁴⁶ el último era un proyecto conocido por el acrónimo BEPS en el que se estudia si las normas actuales permiten la asignación de los beneficios imponibles a lugares diferentes de aquellos en que la actividad real se lleva cabo, y las medidas para evitarlo

A petición de los ministros de finanzas del G-20, en julio de 2013, la OCDE puso en marcha un plan de acción sobre BEPS, en un informe en el que se identificaban 15 acciones específicas que consideraba eran precisas fin de dotar a los gobiernos con los instrumentos nacionales e internacionales parar hacer frente al desafío,

En 2015, la OCDE ha presentado un paquete definitivo de medidas para llevar a cabo una reforma integral, coherente y coordinada de la normativa tributaria internacional⁶⁴⁷; El Proyecto OCDE/G20 de lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS por sus siglas en Inglés) dota a los distintos Estados de solu-

646 Trabajos realizados por la OCDE en 2011 “Luchar contra la planificación fiscal agresiva atraves de la mejora y la transparencia de la comunicación de informaciones”, En 2012 “Dispositivos híbridos; cuestión de política y de disciplina fiscal. Y 2013 “Luchar contra la erosión de la base de imposición y la transferencia de beneficios BEPS”

647 Discutido por los ministros de Finanzas del G20 en su reunión del 8 de octubre de 2015 en Lima, Perú.

ciones para limitar los «vacíos normativos» existentes a nivel internacional que permiten que los beneficios de las empresas «desaparezcan» o sean trasladados artificialmente hacia jurisdicciones de baja o nula tributación, en las que se desarrolla una escasa o inexistente actividad económica.⁶⁴⁸

Los trabajos acometidos a solicitud de los líderes del G20 para dar respuesta a los problemas BEPS se remiten al Plan de acción BEPS del G20/OCDE del año 2013, que contempla 15 «acciones» para poner fin a la elusión fiscal internacional. Dicho Plan de Acción gira en torno a tres pilares o líneas de actuación fundamentales: dotar de coherencia a aquellas normas de Derecho interno que abordan actividades transfronterizas; reforzar las exigencias de actividad sustancial en los actuales estándares internacionales para así establecer la conexión entre los tributos y el lugar de realización de las actividades económicas y de creación de valor y; mejorar la transparencia y seguridad jurídica para empresas y administraciones.

6.2. Medidas propuestas por la OCDE para solucionar el BEPS en 2015

6.2.1. Para responder a los desafíos de la economía numérica.

La economía numérica es un concepto menos amplio que el de economía informática, y no se remite tan sólo al comercio electrónico. Habría que identificar las principales

648 Las estimaciones más prudentes indican que los resultados de BEPS se traducen en unas pérdidas globales de recaudación en el ámbito del impuesto sobre sociedades (IS) de entre el 4% y el 10%, es decir, de 100 a 240 mil millones de dólares estadounidenses al año. En el caso de los países en vías de desarrollo el impacto potencial es particularmente mayor, dado que su dependencia en la recaudación por este impuesto es generalmente más alta.

dificultades que plantea la economía digital estableciendo normas internacionales de atribución de valor, en base a la generación de datos comercializables de ubicación relevante, mediante el uso de productos y servicios digitales.⁶⁴⁹

La economía digital es el resultado de un proceso de transformación desencadenado por las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), cuya revolución ha abaratado y potenciado las tecnologías, al tiempo que las ha estandarizado ampliamente, mejorando así los procesos comerciales e impulsando la innovación en todos los sectores de la economía.

Dado que la economía digital se está convirtiendo cada día más en la economía propiamente dicha, resultaría imposible, tener que delimitar y separar el radio de acción de la economía digital del resto de la economía a efectos fiscales. La economía digital y sus modelos de negocio presentan algunas características clave que resultan potencialmente relevantes desde una perspectiva fiscal, entre las que se incluyen la movilidad, la importancia de los datos, los efectos de la red, la proliferación de modelos de negocio multilaterales, una tendencia hacia el monopolio u oligopolio y la volatilidad.

Entre los tipos de actividad analizados se incluyen diversas categorías: comercio electrónico, tiendas de aplicaciones, publicidad en línea, almacenamiento en una nube virtual, plataformas participativas en red, negociación de alta frecuencia y servicios de pago en línea. Asimismo, la economía digital ha acelerado y alterado la propagación de cadenas de valor mundiales en las que las EMN integran sus operaciones en todo el globo.

649 En septiembre de 2013 se creó el Grupo de Expertos sobre la Fiscalidad de la Economía Digital (GEFED), órgano auxiliar del Comité de Asuntos Fiscales (CAF).

Estrategias y recomendaciones para abordar los problemas BEPS en el contexto de la economía digital

La economía digital y la imposición directa; medidas a adoptar

(Según el informe de la OCDE)

- *La modificación de la lista de excepciones a la definición de establecimiento permanente (EP) a fin de garantizar que toda excepción contemplada en dicha lista esté subordinada a la condición general de que las actividades objeto de excepción tengan un carácter auxiliar o preparatorio, e introducción de un nuevo criterio anti fragmentación con fines anti elusivos que impida poder acogerse a las excepciones al estatus de EP mediante la fragmentación de las operaciones entre las distintas entidades de un mismo grupo.*⁶⁵⁰

- *Modificación de la definición de EP para abordar aquellos casos en los que la utilización de mecanismos o estructuras artificiosos para la venta de bienes o servicios de una empresa de un grupo multinacional se traduce, en la práctica, en la celebración de con-*

650 Por ejemplo, con arreglo a este nuevo criterio, el hecho de que un vendedor en línea de productos tangibles (siendo los componentes esenciales de su modelo de negocio la proximidad de los clientes y la necesidad de realizar las pertinentes entregas con rapidez) posea un almacén local de grandes dimensiones en el que trabaje un número considerable de empleados y utilice dichas instalaciones con fines de almacenamiento y entrega de bienes o mercancías vendidos en línea a dichos clientes, se considerará constitutivo de EP.

tratos, de modo que habrá que considerar que esas ventas han sido efectuadas por dicha empresa.⁶⁵¹

- *Tras su revisión, las Directrices sobre Precios de Transferencia establecen claramente que la titularidad jurídica de los intangibles no genera necesariamente, por sí sola, el derecho a percibir la totalidad (ni tan siquiera una parte) de los beneficios emanados de la explotación de los mismos, sino que las entidades del grupo que desarrollen las funciones esenciales, aporten la mayor parte de los activos y tengan la capacidad para controlar los riesgos más importantes desde un punto de vista económico, lo que se determinará en función de la delimitación exacta de la transacción efectivamente realizada, tendrán derecho al reparto de los beneficios correspondientes. Las directrices específicas en este ámbito garantizarán, asimismo, que el análisis de los precios de transferencia no se vea afectado por asimetrías de información entre la administración tributaria y el contribuyente en lo que respecta a intangibles de difícil valoración, o bien por la remisión a acuerdos contractuales especiales, tales como los acuerdos de reparto de costes (ARC).*

- Las recomendaciones relativas al diseño eficaz de normas de compañías extranjeras controladas (CFC) de transparencia fiscal internacional aplicables a CFC incluyen definiciones de las rentas de las CFC que harán que las rentas típicamente obtenidas en el ámbito de la economía digital queden sometidas a gravamen en la jurisdicción en que se halle ubicada efectivamente la matriz.

651 Esta circunstancia se daría, por ejemplo, cuando un vendedor en línea de productos tangibles o un proveedor en línea de servicios de publicidad hagan uso del equipo de ventas de una filial local para negociar y concluir ventas efectivas de dichos productos o servicios con grandes clientes potenciales y se celebren dichos contratos habitualmente sin efectuar la matriz modificación material alguna, circunstancia que determinaría que esta actividad sea constitutiva de EP de la matriz

Existen otros desafíos fiscales de la economía digital. Estos desafíos, relacionados con la determinación de la existencia de un nexo (también denominado punto de conexión o criterio de sujeción), con el tratamiento fiscal de los datos y con la calificación de las rentas a efectos de la imposición directa, a menudo están interrelacionados. Por otra parte, la economía digital plantea problemas en torno a la recaudación por impuesto sobre el valor añadido (IVA), especialmente cuando un consumidor privado adquiere bienes, servicios y activos intangibles de proveedores situados en el extranjero.

- *La decisión de modificar las excepciones al estatus de EP, asegurándose de que tan sólo resulten aplicables a aquellas actividades que tengan un carácter preparatorio o auxiliar, que se adoptó como resultado de las acciones incardinadas en la Acción 7 del Plan de Acción BEPS, en toda la red de convenios fiscales existente de forma sincronizada y eficaz mediante la firma del acuerdo multilateral en virtud del que se modifican los convenios fiscales bilaterales en el marco de la Acción 15.*

- *La recaudación del IVA/IBS aplicable a los suministros transfronterizos, más concretamente en lo que respecta a transacciones de empresa a consumidor (B2C), representa un tema crucial. A este respecto, se insta a los distintos países a seguir las recomendaciones de las Directrices Internacionales sobre IVA/IBS de la OCDE y plantearse la aplicación de los mecanismos de recaudación tributaria contemplados por éstas.*

6.2.2. Para neutralizar los efectos de los montajes híbridos.

Los mecanismos híbridos se nutren de las asimetrías o divergencias existentes en cuanto al tratamiento fiscal de una entidad o de un instrumento financiero con arreglo a los

ordenamientos de dos o más jurisdicciones, lo que puede acabar generando una doble imposición o, bien el diferimiento a largo plazo de los tributos

La OCDE ha identificado cuatro problemas esenciales en relación con los montajes híbridos:

- La existencia de dos deducciones por el mismo préstamo
- La existencia de deducciones sin haberse gravado los dividendos
- La utilización abusiva del crédito de impuesto extranjero
- El privilegio de afiliación; que consiste en la desgravación fiscal o exención al distribuir dividendos una filial residente a su matriz para atenuar la imposición.

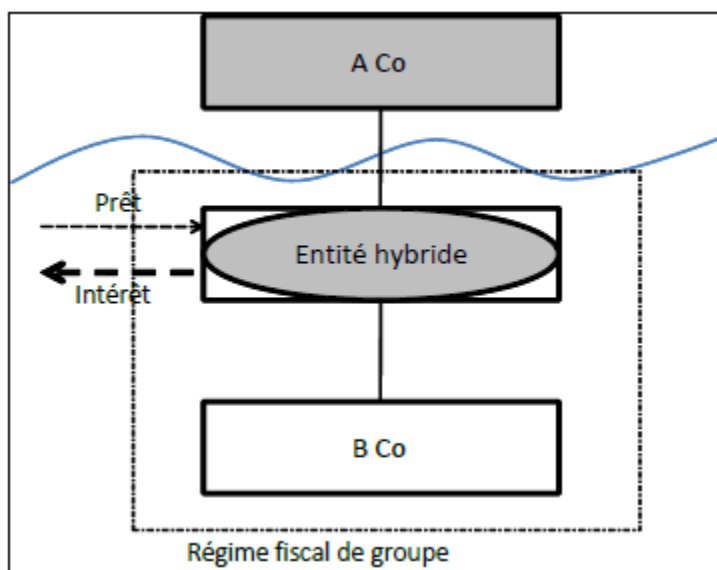
Doble deducción con el mismo préstamo.-

Un mecanismo de doble deducción consistiría en permitir en las jurisdicciones A y B una deducción de gastos financieros derivados de una misma obligación contractual. (Ver esquema adjunto).

Entre las jurisdicciones A y B se interpone una entidad híbrida considerada transparente a efectos fiscales en la jurisdicción A y no transparente en B. La entidad híbrida utiliza los fondos obtenidos de financiación externa para realizar una aportación de fondos propios a B.

Los principales efectos fiscales derivados de esta estructura son en primer lugar la posibilidad de deducción del pago de intereses en la sede de la entidad híbrida, que además podrá compensarse con las rentas de otras empresas que formen parte del grupo fiscal B y en segundo lugar también la deducción del pago de intereses en la sede de A por transparencia, con lo que se consume una doble deducción de intereses por la misma operación.

Graphique 1. « Double déduction » avec une entité hybride



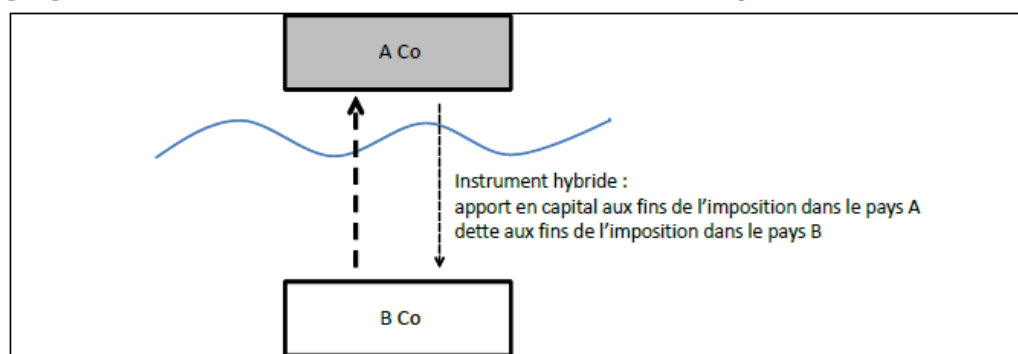
Deducción en un territorio y no inclusión en la base como ingreso en otro.-

Permite la deducción fiscal por el pago de intereses en la jurisdicción A, mientras que en la jurisdicción B no se incluye en la base imponible el correspondiente ingreso.

La entidad A realiza una aportación de capital a través de un instrumento híbrido en la entidad B. En la sede de A, dicho instrumento híbrido es considerado fiscalmente como una aportación al capital de B, mientras que en sede de B, como un instrumento de deuda.

Los principales efectos fiscales de esta estructura son la posibilidad de deducción fiscal de intereses en sede de B, cuyo ingreso correspondiente será calificado como un dividendo exento en A.

Graphique 2. “Déduction/absence d’inclusion” avec un instrument hybride



Estructuras de aprovechamiento de un crédito fiscal extranjero.-

Permite la aplicación de un crédito fiscal por un impuesto extranjero que en principio no sería aplicable.

La entidad A constituye o adquiere acciones en un vehículo especial (SPV) y posteriormente formaliza con la entidad B que es residente fiscal en otra jurisdicción, un contrato de “repo”. A vende las acciones de SPV a B a cambio de un precio y se compromete a la recompra a un precio determinado.

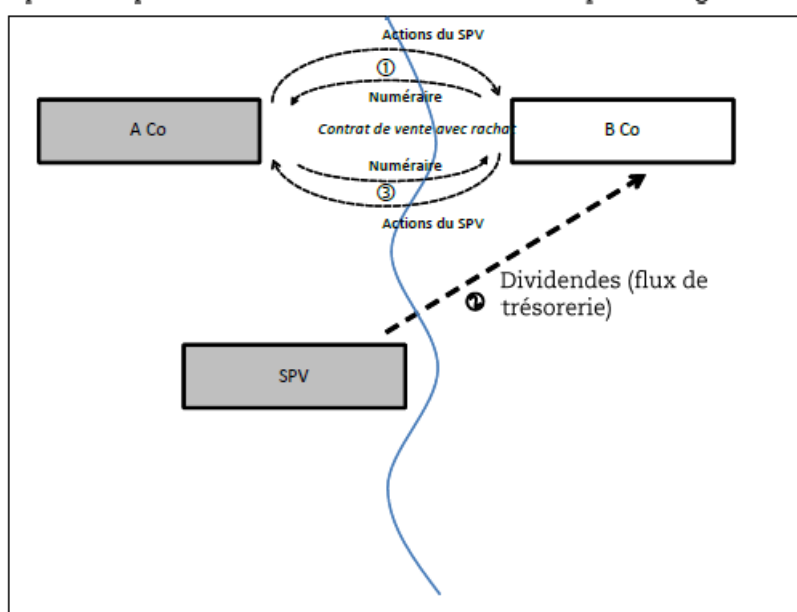
En la jurisdicción de residencia de B el contrato de “repo” recibe un tratamiento fiscal de venta y recompra, y por lo tanto B es considerado el titular de las acciones de SPV y tendrá derecho a recibir los dividendos distribuidos por esta. En este sentido B tendrá derecho a aplicar un crédito fiscal por el impuesto pagado por PSV.

En la jurisdicción de residencia de A, dicho contrato recibe la calificación jurídica de préstamo garantizado con las acciones de PSV y tendrá derecho a percibir los dividendos distribuidos por esta. Así tendrá derecho o bien a aplicar una exención fiscal, sobre

los dividendos recibidos de B, o bien a reclamar un crédito fiscal indirecto por el impuesto pagado por SPV.

Los principales efectos fiscales de esta estructura híbrida, son de una parte la deducción fiscal en la sede de A, y la imposición en la sede de B, que podrá compensar en su jurisdicción con el crédito fiscal por el impuesto pagado por SPV.

Graphique 3. Dispositif donnant lieu à des crédits d'impôt étranger avec transfert hybride



El informe final de la OCDE de 2015, hace una serie de recomendaciones: las incluidas en la Parte I giran en torno a la modificación de las normas de Derecho interno, mientras que las descritas en la Parte II se refieren a toda una serie de propuestas de modificación al texto del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE. Una vez transpuestas a los ordenamientos internos y a los tratados, estas recomendaciones neutralizarán los efectos de los mecanismos híbridos poniendo fin, así, a la aplicación de deducciones múltiples de gastos incurridos una sola vez, deducciones sin la correspondiente tributación de las rentas, o la generación de múltiples deducciones por doble imposición internacional a partir de un único impuesto pagado.

Al quedar neutralizados los desajustes fiscales de los mecanismos híbridos, las normas impedirán la utilización de dichas estructuras elusivas como mecanismo de erosión de la base imponible y de traslado de beneficios, sin que ello tenga un impacto negativo en la inversión y el comercio transfronterizo.⁶⁵²

Parte I

Esta parte del informe contiene recomendaciones para la formulación y el diseño de normas que den respuesta a las asimetrías registradas en el tratamiento fiscal de pagos efectuados en virtud de un instrumento financiero híbrido o aquellos otros satisfechos en favor o por parte de una entidad híbrida. Asimismo, recomienda introducir normas que regulen las asimetrías indirectas que se producen cuando los efectos de un mecanismo híbrido se importan en una tercera jurisdicción.

La norma principal prevé que los países denieguen a los contribuyentes la posibilidad de deducirse un pago en la medida en que no se halle incluido en la base imponible o rentas sujetas a gravamen del beneficiario en la jurisdicción contraparte, o bien cuando resulte igualmente deducible en esta última. Por lo general, en el supuesto de no aplicar la norma principal, la jurisdicción contraparte puede aplicar una norma secundaria en base a la que se exige reflejar el pago deducible dentro de los ingresos o se impide la doble deducción del mismo atendiendo a la naturaleza de la asimetría.

Parte II

Esta parte aborda las medidas de la Acción 2, destinadas a impedir que la utilización de entidades y estructuras híbridas, o también entidades con doble residencia, se destinen a beneficiarse indebidamente de las disposiciones de los convenios fiscales, así como para asegurarse de que los convenios existentes no obstaculicen la aplicación de las modificaciones a la normativa interna recomendada en la Parte I.

652 El presente informe sustituye al informe provisional titulado *Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos* (OCDE, 2014)

En primer lugar, la Parte II analiza el problema de las entidades con residencia dual, es decir, aquellas con residencia fiscal en dos Estados diferentes, al tiempo que señala que los trabajos desarrollados en el marco de la Acción 6 darán respuesta a la preocupación que suscita el problema BEPS relativo a las entidades con doble residencia estableciendo que los casos de doble residencia con arreglo al convenio fiscal aplicable se resolverán uno a uno, atendiendo a las circunstancias del caso, en lugar de remitirse al criterio actualmente vigente de la sede de dirección efectiva. No obstante, este cambio no erradicará completamente la preocupación ante posibles prácticas elusivas BEPS por parte de las entidades con doble residencia, de ahí la necesidad de modificar la normativa interna a fin de abordar otras estrategias con fines elusivos conexas a la doble residencia fiscal.

La Parte II hace referencia igualmente a la aplicación de los convenios y tratados fiscales a entidades híbridas, o lo que es lo mismo, aquellas a las que ambos, o bien ninguno de los Estados firmantes de dicho convenio atribuyen la condición de contribuyentes, como es el caso de las asociaciones personalistas (partnerships) en muchos países. El informe propone incluir en el Modelo de Convenio OCDE (OCDE, 2010) una nueva disposición y Comentarios detallados para garantizar no sólo que se aplican las ventajas derivadas de los convenios aplicables a los ingresos o rendimientos de estas entidades cuando concurren las circunstancias idóneas, sino también que no se aplican en aquellos casos en que ningún Estado, de conformidad con su legislación interna, considere las rentas obtenidas por dicha entidad como ingresos de uno de sus residentes.

Por último, la Parte II trata las eventuales problemáticas en el contexto de los convenios fiscales que pueden derivarse de las recomendaciones formuladas en la Parte I. Esta parte comienza examinando los problemas que plantean los convenios en relación con las normas que se traducen en la inadmisión de la deducción de gastos o que exigen la inclusión de un pago determinado dentro de los ingresos habituales, concluyendo que, por lo general, los convenios fiscales no impedirán la aplicación de dichas normas. Esta parte prosigue analizando los efectos de las recomendaciones mencionadas en la Parte I por lo que a las disposiciones de los convenios sobre la eliminación de la doble imposición se refiere y subraya que pueden surgir problemas en aquellos supues-

tos de convenios bilaterales que contemplan la aplicación del método de exención a los dividendos procedentes de sociedades extranjeras. Por otra parte, el informe describe posibles modificaciones de los tratados para dar respuesta a los problemas que nos ocupan. La última cuestión analizada en la Parte II guarda relación con las posibles repercusiones de las cláusulas de no discriminación de los convenios fiscales en las recomendaciones de la Parte I, concluyendo el informe que no existirá conflicto alguno con dichas cláusulas de no discriminación siempre que las normas de Derecho interno formuladas para implementar las presentes recomendaciones presenten una redacción clara y fácilmente inteligible.

6.2.3. Para reforzar las reglas de las sociedades extranjeras controladas, SEC (CFC)

A veces, en algunos países, los rendimientos de entidades no residentes, no se imputan a los accionistas nacionales en tanto en cuanto no sean repatriados.

Las normas CFC de transparencia fiscal internacional relativas a CFC son la respuesta normativa al riesgo de que cualquier contribuyente con una participación mayoritaria en una filial extranjera erosione la base imponible en su país de residencia y, en algunos casos, también en otros países, des localizando o trasladando sus rentas a una CFC. Sin una regulación tal, las CFC representan auténticas oportunidades para el traslado de beneficios y el diferimiento a largo plazo de los tributos.

Desde que entrasen en vigor en 1962, un número cada vez mayor de jurisdicciones ha venido implementando las normas CFC, actualmente disponibles en 30 de los países participantes en el Proyecto OCDE/G-20 de lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (Proyecto BEPS), habiendo manifestado otros muchos países interés en su aplicación. Sin embargo, las normas CFC no siempre han seguido el

ritmo de los rápidos cambios que se han registrado en los contextos comercial y empresarial internacionales, presentando en su mayor parte características funcionales que no abordan el problema BEPS de manera eficaz.

Este informe final, presenta las distintas recomendaciones en módulos o bloques fundamentales. Por otra parte, cabe añadir que las recomendaciones no representan normas o estándares básicos, sino que han sido concebidas para garantizar que las jurisdicciones que opten por implementarlas aplicarán normas que impidan de manera más efectiva que los contribuyentes trasladen sus rendimientos a filiales situadas en el extranjero. Los módulos o bloques fundamentales que establece el informe para el diseño de normas CFC eficaces son:

- *Definición de CFC: Las normas CFC se aplican generalmente a empresas extranjeras participadas cuyo control lo ejercen accionistas de la jurisdicción en que se encuentra ubicada la matriz. El informe establece una serie de recomendaciones con objeto de determinar cuándo tienen los accionistas un grado de influencia suficiente sobre una empresa extranjera como para afirmar que se trata de una CFC. Por otra parte, contiene recomendaciones sobre la regulación de las entidades sin forma de sociedad mercantil y sus rendimientos conforme a las normas CFC.*
- *Exenciones aplicables a las CFC y determinación de umbrales impositivos: Con frecuencia, la aplicación de las normas CFC vigentes está supeditada a la previa aplicación de disposiciones tales como exenciones por el tipo de gravamen, criterios anti elusivos o umbrales impositivos mínimos. El informe recomienda que se apliquen las normas CFC exclusivamente a CFC sometidas a tipos impositivos efectivos considerablemente más bajos que los aplicados en la jurisdicción en que se halla la matriz.*

- *Definición de «rentas CFC»:* Si bien, algunos países consideran todos los ingresos de una CFC como «rentas CFC» imputables a los accionistas residentes en la jurisdicción de la matriz con arreglo a las normas CFC vigentes, muchas de las normas CFC relativas a sociedades extranjeras controladas tan sólo resultan aplicables a determinados tipos de rendimientos. A este respecto, el informe recomienda que las normas CFC aporten una definición de «rentas CFC», al tiempo que establece una lista no exhaustiva de planteamientos o combinación de enfoques en los que podrían inspirarse las normas CFC para elaborar una definición tal.
- *Cómputo de rentas:* En este sentido, el informe recomienda, por un lado, que las normas CFC se rijan por la legislación aplicable en la jurisdicción de la matriz a fin de efectuar el cómputo de los rendimientos de la CFC imputables a los accionistas y, por otro, que las pérdidas registradas por la CFC se compensen únicamente con las ganancias de dicha sociedad u otras CFC ubicadas en la misma jurisdicción.
- *Atribución de rentas:* El informe recomienda vincular, siempre que sea posible, el umbral de atribución al umbral de control, así como también calcular la cuantía de las rentas atribuibles atendiendo al porcentaje de titularidad o grado de influencia.
- *Prevención y eliminación de la doble imposición:* Una de las consideraciones fundamentales de política tributaria que hay que tener en cuenta a la hora de diseñar normas CFC eficaces gira en torno a cómo asegurarse de que dichas normas no generen situaciones de doble imposición. En consecuencia, el informe no sólo hace hincapié en la importancia tanto de prevenir como de eliminar la doble imposición, sino que recomienda, por ejemplo, que aquellas jurisdicciones dotadas de normas CFC contemplen el reconocimiento de deducciones

fiscales por los impuestos efectivamente pagados en el extranjero –incluidos aquellos que gravan los rendimientos de empresas matrices intermediarias en virtud del régimen TFI aplicable– e insta a los distintos países a devolver la doble retención practicada en los dividendos y ganancias del capital fruto de la transmisión o enajenación de participaciones en dicha CFC cuando sus rentas hubieran estado previamente sujetas a gravamen con arreglo al régimen TFI aplicable.

6.2.4. A fin de limitar la erosión de las bases por gastos financieros.

La mayor parte de la legislaciones distinguen entre el tratamiento fiscal del capital propio y de los préstamos. Normalmente se considera a estos como un recurso que no pertenece a la empresa.

A parte del pago de intereses, existen otros métodos como las garantías, los derivados financieros, las pólizas de compañías de seguro cautivas (por ejemplo en las Islas Caimán).

Los grupos pueden aumentar exponencialmente el nivel de endeudamiento soportado por cada entidad del grupo a través de préstamos intragrupo. Los grupos multinacionales pueden utilizar instrumentos financieros para efectuar pagos económicamente equivalentes a los intereses, aunque con una distinta forma jurídica, sustrayéndose así a las limitaciones en materia de deducción de intereses. Los riesgos de erosión de la base imponible y de traslado de beneficios por parte de grupos multinacionales en esta área surgen en tres escenarios básicos:

- *El grupo concentra un elevado nivel de deuda con entidades independientes en países de elevada tributación.*

- *El grupo utiliza préstamos intragrupo para generar deducciones por intereses superiores a los gastos efectivamente incurridos por pago de intereses a terceros.*
- *El grupo utiliza financiación obtenida de empresas del grupo o a entidades independientes para generar rentas no sometidas a gravamen.*

El enfoque recomendado en el informe final, se fundamenta en una norma de ratio fijo que limita las deducciones netas de una entidad, en concepto de intereses y otros pagos económicamente equivalentes a intereses, a un porcentaje determinado de sus beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA, por sus siglas en inglés). Este criterio debería aplicarse, como mínimo, a las entidades que formen parte de grupos multinacionales. A fin de garantizar que los países aplican un ratio fijo que sea lo suficientemente bajo para prevenir BEPS, reconociendo al mismo tiempo que Partiendo de que no todos los países se encuentran en la misma situación, el enfoque recomendado incluye una horquilla de posibles ratios de entre el 10% y el 30%, al tiempo que se apunta a una serie de factores que los países han de tener en cuenta a la hora de establecer el ratio fijo aplicable con referencia a dicha horquilla. Este enfoque puede complementarse con una norma de ratio global del grupo que permite a una entidad exceder dicho límite en determinadas circunstancias.

Habida cuenta de que algunos grupos presentan un alto grado de endeudamiento frente a terceros por razones ajenas a la tributación, se recomienda aplicar simultáneamente la norma de ratio del grupo y la norma de ratio fijo, lo que permitirá a una empresa con un nivel de gasto neto por intereses por encima del ratio fijo fijado por un país deducirse una cuantía máxima de intereses calculada en base al coeficiente de correlación entre el gasto financiero neto y los beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA) del grupo a nivel mundial. Asimismo, los países pueden aplicar un incremento de hasta un 10% sobre el importe del gasto neto por intereses abonados a entidades independientes para evitar la doble imposición. La

norma de ratio global del grupo basada en los beneficios obtenidos puede también ser remplazada por otras normas de ratio de grupo diferentes, como es el caso de la norma de salida de fondos (norma de "equity escape", en inglés), actualmente vigente en algunos países, y que regula que compara el nivel de capital social y número de activos de una determinada entidad con los del grupo al que pertenece. Un país puede decidir no introducir una norma de ratio de grupo. No obstante, en ese caso dicho país deberá aplicar la norma de ratio fijo a las empresas pertenecientes a multinacionales y a grupos de empresas nacionales indistintamente, sin discriminación alguna.

El enfoque recomendado afectará principalmente a entidades con un elevado nivel de gasto neto por intereses y con un alto coeficiente de gasto financiero neto frente a beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA), y en particular cuando la entidad en cuestión registre un ratio superior al ratio global del grupo del que forma parte. Es un sistema sencillo que garantiza que la deducibilidad del gasto financiero neto de toda entidad esté directamente relacionada con las rentas imponibles fruto de sus actividades económicas. Un rasgo importante de la norma de ratio fijo es que únicamente introduce límites a la deducibilidad del gasto financiero neto de toda entidad (esto es, gastos menos ingresos por intereses). Dicha norma no coarta la posibilidad que tienen los grupos multinacionales de obtener financiación de entidades independientes de forma centralizada en el país y en la entidad más eficientes teniendo en cuenta factores ajenos a la fiscalidad, tales como la calificación crediticia, la divisa y el acceso a los mercados de capitales, y posteriormente volver a prestar dichos fondos dentro del propio grupo para financiar sus actividades económicas.

Por último, el informe final pone de manifiesto que los sectores bancario y de seguros presentan características específicas que han de tenerse debidamente en cuenta, de ahí la necesidad de formular normas adecuadas ad hoc para dar respuesta a los riesgos de prácticas elusivas BEPS en dichos sectores.

Cabe añadir que las cuantías en concepto de intereses intragrupo y pagos económicamente equivalentes a intereses se ven igualmente afectadas por las normas de determinación de los precios de transferencia⁶⁵³

6.2.5. En la lucha contra las prácticas fiscales dañinas teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia.

Hay que evitar la existencia de sociedades que no realizan ninguna actividad económica real, y se constituyen en determinadas jurisdicciones para beneficiarse de las ventajas ofrecidas por los convenios de doble imposición o por la propia normativa interna con bajos o nulos tipos impositivo, canalizando los beneficios obtenidos en territorios de alta tributación hacia esas jurisdicciones.

Actualmente preocupa el riesgo que supone la utilización de regímenes fiscales preferenciales para transferir artificialmente los beneficios y la falta de transparencia en lo que respecta a ciertos tax ruling (decisiones administrativas en relación a contribuyen-

653 . Las modificaciones introducidas en el Capítulo I de las Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias con arreglo a las Acciones 8 a 10 del Plan de Acción BEPS, recogidas en el informe de la OCDE titulado Asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor (OCDE, 2015), limitan la cuantía de intereses pagaderos a empresas del grupo que no desarrollen una actividad sustancial la tasa de rendimiento exento de riesgo de los fondos aportados y requieren que se tomen en consideración las sinergias de grupo existentes a la hora de cuantificar los pagos financieros intragrupo.

tes específicos). La importancia del trabajo sobre prácticas tributarias perniciosas⁶⁵⁴ se puso de manifiesto al incluirlo como parte del (Plan de Acción BEPS)⁶⁵⁵

Los países llegaron a un acuerdo en la determinación de que se considera actividad sustancial; consideraron numerosos enfoques, obteniendo consenso el mecanismo nexo. Dicho enfoque, desarrollado en el contexto de regímenes de PI (Propiedad intelectual) permite al contribuyente acogerse a un régimen de PI únicamente cuando aquél haya incurrido en ciertos gastos asociados a actividades de investigación y desarrollo (I+D) que generen rentas procedentes de la explotación de la PI. El enfoque basado en la existencia de nexo utiliza el gasto como un indicador de la actividad desarrollada y se sustenta en un principio conforme al cual, al estar concebidos los regímenes de PI como instrumento para fomentar el desarrollo de actividades de I+D e impulsar el crecimiento y el empleo, el criterio de actividad sustancial debe garantizar que los contribuyentes que se acogen a dichos regímenes han desarrollado efectivamente dichas actividades y han incurrido en un gasto real en I+D. Este mismo principio puede aplicarse igualmente a otros regímenes preferenciales, para cuya instauración se exigiría que existan actividades sustanciales cuando dichos regímenes conceden beneficios a un contribuyente en la medida en que lleve a cabo las actividades principales generadoras de los ingresos susceptibles acogerse al régimen preferencial.

654 *Competencia fiscal perniciosa: Un problema mundial emergente*; OCDE 1998

655. *La Acción 5 como medida del BEPS encomendaba al Foro sobre Prácticas Fiscales Perniciosas a poner al día el trabajo sobre prácticas tributarias perniciosas con la mejora de la transparencia como prioridad, incluido el intercambio espontáneo obligatorio en las resoluciones individuales relativas a regímenes preferenciales, y con la existencia de una actividad económica sustancial como requisito básico para aplicar cualquier régimen preferencia.*

En lo concerniente a la transparencia, se ha acordado un marco de referencia bajo el que se incluyan todas aquellas decisiones administrativas en relación a contribuyentes específicos que puedan dar lugar prácticas elusivas BEPS ante la falta de un intercambio espontáneo de información relevante con carácter obligatorio. Dicho marco contempla seis categorías de acuerdos o decisiones administrativas.⁶⁵⁶

6.2.6. Impedir la utilización abusiva de los convenios fiscales.

Normalmente los convenios funcionan bien, pero hay que impedir la interposición de terceros países, sociedades pantallas o conductoras, o que por medio de los precios de transferencia se trasladen beneficios. El treaty shopping es una de las preocupaciones sobre la BEPS más importantes.

La Acción 6 del Proyecto (BEPS) identifica al uso abusivo de los convenios fiscales y en particular a la búsqueda del convenio más favorable (treaty shopping), como una de las principales causas por las que BEPS lo considera un problema.

⁶⁵⁶ .” (i) acuerdos relativos a la aplicación de regímenes fiscales preferenciales; (ii) acuerdos previos sobre valoración de precios de transferencia (APA) de carácter unilateral y transfronterizo u otros acuerdos fiscales unilaterales en el mismo ámbito; (iii) acuerdos concediendo un ajuste a la baja de los beneficios; (iv) acuerdos relativos a establecimientos permanentes (EP); (v) acuerdos en materia de sociedades «canalizadoras de rentas» (tipo conduit); y (vi) cualquier otro tipo de acuerdos que el Foro considere en el futuro que podrían conllevar un riesgo de prácticas elusivas BEPS ante la ausencia de intercambio de información.”

Los contribuyentes que incurren en prácticas constitutivas de treaty shopping u otras estrategias encaminadas al uso abusivo de los convenios fiscales minan la soberanía tributaria de los Estados afectados al reclamar indebidamente las ventajas derivadas de la aplicación de un convenio en circunstancias en las que éstas no resultan aplicables, lo que enfrenta a los países en cuestión a la consiguiente pérdida de ingresos fiscales o de recaudación tributaria.

La mayor parte de los países afectados ya han decidido incluir en sus respectivas legislaciones cláusulas anti abuso en sus respectivos convenios fiscales, pero entienden que establecer un estándar básico requeriría una cierta flexibilidad. Por ello el informe final incluye unas nuevas cláusulas:

En primer lugar, estas nuevas cláusulas anti abuso comienzan por abordar el treaty shopping, el cual involucra estrategias mediante las cuales un sujeto no residente en un determinado Estado pretende aprovecharse de los beneficios que, en virtud del convenio fiscal celebrado por dicho Estado, tan sólo les resultan aplicables a los residentes en su territorio, a cuyo fin interponen, por ejemplo, una sociedad ficticia en dicho Estado. He aquí tres recomendaciones para poner fin a dichas estrategias:

“– Primera: Inclusión en los convenios fiscales de una declaración explícita en virtud de la que los Estados firmantes de un convenio se comprometen a evitar situaciones que entrañan el riesgo de doble no imposición o excesivamente reducida a través de la evasión fiscal o el abuso del Derecho, también patente en las transacciones que persiguen la adopción de soluciones de conveniencia o la aplicación abusiva del convenio más favorable (recomendación presente en el apartado B del informe).

– Segunda: Inclusión en el Modelo de Convenio de la OCDE (en adelante, «MC OCDE») de una cláusula anti abuso específica, también denominada cláusula de limitación de beneficios (LOB, por sus siglas en inglés), que limita el acceso a las ventajas concedidas en virtud del convenio a las entidades que reúnen ciertas condiciones como son una determinada personalidad jurídica, titularidad y naturaleza de sus actividades generales, teniendo a su vez por objeto dichas condiciones garantizar la existencia de un nexo suficiente (presencia fiscalmente imponible) entre dicha entidad y su Estado de residencia. Actualmente, podemos encontrar estas disposiciones de limitación de beneficios, que han demostrado su eficacia para impedir innumerables fórmulas y modalidades de treaty shopping, en los convenios celebrados por algunos países.

– Tercera: Inclusión en el MC OCDE de una cláusula anti abuso más genérica basada en los propósitos principales de las transacciones u operaciones (norma PPT, por sus siglas en inglés, o test del propósito principal) para abordar otras formas de uso abusivo de los convenios, incluidos aquellos supuestos no contemplados por la referida cláusula de limitación de beneficios. Con arreglo al test del propósito principal, si las transacciones u operaciones realizadas tienen la finalidad, entre otras, de aprovecharse de los beneficios del convenio, su concesión quedaría supeditada al reconocimiento explícito de la conformidad de dichos beneficios con el tenor literal y el espíritu de las disposiciones del convenio.”

6.2.7. Con objeto de impedir la elusión artificiosa del estatuto del establecimiento permanente.

Por lo general, los convenios fiscales establecen que los beneficios empresariales de empresas extranjeras son susceptibles de someterse a gravamen en un determinado Estado únicamente cuando dicha empresa cuente con un EP, ubicado en ese mismo territorio, al que resulten imputables dichos beneficios. En consecuencia, la definición del concepto de «establecimiento permanente» en los convenios es de vital importan-

cia de cara a determinar si las rentas obtenidas por una empresa no residente han de tributar en otro Estado.

El Plan de Acción BEPS subrayaba la necesidad de actualizar dicha definición de cara a evitar el uso de ciertas estrategias comunes con fines elusivos a las que se recurre, en la actualidad, para eludir el alcance previsto de la definición de EP en vigor, representadas, por ejemplo, por mecanismos en virtud de los cuales los contribuyentes sustituyen a las filiales que venían actuando como distribuidoras por comisionistas y conductores al traslado de los beneficios fuera del país en el que se efectuaban las ventas sin que tuviera lugar una modificación sustancial de las funciones desempeñadas en ese país. Adicionalmente, es necesario modificar la definición de EP para impedir que determinadas actividades puedan acogerse a las excepciones específicas incluidas en la definición de EP que actualmente prevé el apartado 4 del artículo 5 del Modelo de Convenio de la OCDE un tema de particular importancia en el ámbito de la economía digital.

Exclusión fraudulenta del estatus de EP mediante la articulación de contratos de comisión y estrategias análogas

Un contrato de comisión puede definirse libremente como un instrumento a través del cual una persona vende productos tangibles en un Estado en su propio nombre, aunque por cuenta de una empresa extranjera que es la verdadera propietaria de dichos productos. Gracias a dicho contrato, una empresa extranjera puede vender sus productos en un Estado sin contar, en la práctica, con un establecimiento permanente propiamente dicho al que puedan imputarse dichas ventas a efectos fiscales, no teniendo que tributar, en consecuencia, en dicho Estado por los beneficios generados por las mismas. Debido a que el sujeto que realiza las ventas no es el propietario de los productos objeto de intercambio, éste no puede verse sometido a gravamen por las

rentas obtenidas con dichas ventas, pudiendo eventualmente tener que tributar tan sólo por la retribución o contraprestación que percibe a cambio de sus servicios (generalmente, una comisión). Normalmente, una empresa extranjera que recurre a un contrato de comisión no dispone de un establecimiento permanente ya que puede evitar la aplicación de lo previsto en el apartado 5 del artículo 5 del MC OCDE, ya que los contratos celebrados por la persona que actúa en calidad de comisionista no son vinculantes para la empresa extranjera. Si bien el apartado y artículo antes mencionados se remiten a la celebración formal de los contratos en nombre de la empresa extranjera, es posible impedir la aplicación de dichas disposiciones modificando las condiciones contractuales sin aportar cambios sustanciales a las funciones o actividades desarrolladas en un Estado. Los contratos de comisión han suscitado una enorme preocupación por parte de las administraciones tributarias de numerosos países, tal y como se infiere de algunos casos inherentes a dichos contratos, objeto de litigios y controversias en países de la OCDE.

Estrategias análogas que persiguen evitar la aplicación del apartado 5 del artículo 5 MC OCDE hacen referencia a circunstancias en las que los contratos negociados fundamentalmente en un Estado concreto no se concluyen formalmente en dicho Estado sino que se celebran o autorizan en el extranjero, o bien cuando la persona que ejerce habitualmente los poderes que le facultan para celebrar contratos actúa como «agente independiente», al que le resulta aplicable la excepción prevista en el apartado 5 del artículo 5 aun cuando exista una estrecha relación con la empresa extranjera por cuenta de la que actúa.

En términos de política tributaria, cuando las actividades que realiza un intermediario en un país tienen como finalidad la celebración habitual de contratos que generan obligaciones que habrá de cumplir una empresa extranjera, habrá que considerar que esta empresa tiene una presencia fiscalmente imponible en ese país en virtud de la que queda justificado su sometimiento a gravamen en el mismo, a menos que el in-

intermediario realice esas actividades en el marco de una actividad independiente. Tanto los cambios incorporados a los apartados 5 y 6 del artículo 5 del MC OCDE como los Comentarios detallados a partir de ahí y que están incluidos en el apartado A del informe giran en torno a los contratos de comisión y estrategias similares, asegurándose de que la redacción de dichas disposiciones normativas reflejen mejor la decisión de política tributaria subyacente.

Exclusión fraudulenta del estatus de EP acogiéndose a las excepciones específicas contempladas en el apartado 4 del artículo 5 del MC OCDE

Cuando se introdujeron originariamente las excepciones a la definición de EP recogidas en el apartado 4 del artículo 5 del MC OCDE, se consideraba que, generalmente, las actividades objeto de dichas excepciones tenían un carácter preparatorio o auxiliar.

No obstante, desde entonces se han producido cambios significativos e innovaciones en la forma de desarrollar una actividad empresarial, puesto de manifiesto en el informe en relación con la Acción 1 (Cómo abordar los desafíos fiscales de la Economía Digital, OCDE, 2015). En función de las circunstancias, las actividades antes consideradas meramente preparatorias o auxiliares pueden haberse convertido, a día de hoy, en actividades principales o funciones esenciales de determinadas empresas.

La preocupación ante el riesgo de erosión de la base imponible y el traslado de beneficios conexa al apartado 4 del artículo 5 se deriva también de lo que se conoce como «fragmentación de actividades». Dada la facilidad con que las EMN pueden alterar sus estructuras para obtener ventajas fiscales, es importante aclarar que no es posible eludir las obligaciones inherentes a las rentas obtenidas mediante EP fragmentando un negocio en funcionamiento y cohesionado en varias operaciones pequeñas para alegar que cada una de ellas está vinculada a actividades con un carácter meramente preparatorio o auxiliar a las que resultan aplicables las excepciones previstas en el apartado

4 del artículo 5. La norma contra la fragmentación propuesta en el apartado B abordará la preocupación por el riesgo de prácticas elusivas que conllevan a BEPS.

Otras estrategias para la exclusión fraudulenta del estatus de EP

La excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 5 del MC OCDE, aplicable a obras o proyectos de construcción o de instalación, ha dado lugar a abusos consistentes en el fraccionamiento de contratos entre empresas estrechamente vinculadas. La norma PPT o test del propósito principal que se incorporará al texto del MC OCDE fruto de la adopción del informe sobre la Acción 6 (impedir la utilización abusiva de convenios fiscales) abordará los riesgos de prácticas elusivas BEPS derivados de dichos abusos.

Acciones comunes en relación con los precios de transferencia.-

Los intercambios comerciales intragrupo se han intensificado de manera significativa durante las últimas décadas, acompañados en todo momento de una rápida globalización de la actividad económica. Las normas de determinación de precios de transferencia, utilizadas a efectos tributarios, tienen por objeto establecer las condiciones, incluido el precio, aplicables a las transacciones efectuadas en el seno de una empresa multinacional y que determinan el reparto y asignación de beneficios a las empresas del grupo ubicadas en distintos países. La incidencia de dichas normas en empresas y administraciones tributarias se ha incrementado a medida que han aumentado el volumen y valor de los intercambios intragrupo. Como ya señalase el Plan de Acción BEPS, los estándares internacionales vigentes en materia de precios de transferencia pueden ser objeto de una aplicación errónea a fin de obtener unos resultados en los que la atribución de beneficios no esté alineada con la actividad económica que los genera. El trabajo realizado en el marco de las Acciones 8 a 10 del Plan de Acción BEPS

ha tratado de dar respuesta a este problema a fin de garantizar que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor.

Los países adoptan aplican el principio de plena competencia como piedra angular de las normas para la determinación de los precios de transferencia. Dicho principio está recogido en los convenios y se halla formulado en el apartado 1 del artículo 9 de los Modelos de Convenio de la OCDE y de las Naciones Unidas (MC OCDE y MC ONU, respectivamente). Las Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias, representan la interpretación común de numerosos países del principio de plena competencia.⁶⁵⁷

El principio de plena competencia exige que el precio fijado para aquellas operaciones realizadas entre empresas asociadas sea el mismo que si se tratase de operaciones entre empresas independientes en condiciones y circunstancias económicas comparables. Si las condiciones de la transacción difieren de las que rigen entre entidades independientes en circunstancias comparables, habrá de ajustarse el cálculo de los beneficios con fines tributarios.

El trabajo en materia de precios de transferencia llevado a cabo en el marco del Plan de Acción BEPS se centra en tres áreas clave. El trabajo resultante de la Acción 8 analiza los aspectos de precios de transferencia relativos a las operaciones de intangibles. El trabajo realizado en el marco de la Acción 9 trata la asignación contractual de riesgos económicos y la consiguiente atribución de ingresos a las entidades que asumen di-

657 Las Directrices sobre precios de transferencia fueron publicadas por primera vez en el informe de 1979 titulado «Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales», que fue posteriormente revisado y nuevamente publicado en 1995 como las Directrices que conocemos, y que fueron actualizadas nuevamente actualizadas en 2010.

chos riesgos, pudiendo no corresponderse dichos rendimientos con las actividades efectivamente desarrolladas. Asimismo, se aborda la tasa de retorno de la inversión realizada por una empresa del grupo multinacional con gran capital social y número de activos cuyos beneficios no corresponden al nivel de actividad realizado por la compañía que efectúa la inversión. El trabajo incardinado en la Acción 10 se centra en áreas que presentan riesgos significativos, como el alcance de la recalificación de las rentas derivadas de operaciones que resultan irracionales desde una perspectiva comercial para las distintas empresas involucradas, el uso de los métodos de determinación de los precios de transferencia que da lugar al diferimiento de las rentas procedentes de las principales actividades económicas del grupo multinacional, y la necesidad de neutralizar el uso de ciertos tipos de pagos entre empresas pertenecientes a dicho grupo (como por ejemplo, los costes de gestión o los gastos de administración de la casa central) que erosionan la base imponible ante la falta de coherencia y compatibilidad con la creación de valor.

Las directrices revisadas para evitar la erosión de las bases imponibles, exigen la cuidadosa delineación de la transacción real entre entidades vinculadas analizando, a tal fin, las relaciones contractuales entre las partes y sometiendo a examen la conducta de las mismas. En su caso, la conducta complementará o reemplazará los términos contractuales cuando estos estén incompletos o resulten incompatibles con la conducta de las partes. Junto con la correcta aplicación de los métodos de valoración de los precios de transferencia para evitar la asignación de beneficios en emplazamientos que no contribuyen a la generación de dichos beneficios, esto determinará la atribución de beneficios a las empresas que lleven a cabo las actividades empresariales correspondientes. Cuando la transacción entre empresas vinculadas carezca de racionalidad comercial, las directrices permitir la ignorar los acuerdos a efectos de precios de transferencia.

Asimismo, las directrices revisadas incluyen dos aclaraciones importantes en relación con los riesgos y los intangibles.

El término «**riesgo**» se define como el efecto de la incertidumbre en la consecución de los objetivos del negocio. En todas las actividades de una empresa, en cada medida adoptada para explotar las oportunidades, en cada vez que una empresa gasta dinero o genera beneficios, existe incertidumbre y se asumen riesgos. Ninguna empresa con ánimo de lucro asume riesgos asociados a oportunidades comerciales sin esperar a cambio rendimientos positivos. Esta noción económica, en virtud de la cual cuanto mayor sea el riesgo asumido más elevada será la rentabilidad esperada, ha llevado a los grupos multinacionales a adoptar estrategias de planificación fiscal consistentes en la reasignación contractual de riesgos, en ocasiones sin variar las actividades comerciales. Para dar respuesta a este problema, el informe determina que los riesgos asumidos contractualmente por una parte que no tiene la capacidad, en la práctica, de ejercer un control específico y significativo sobre los riesgos, o que carece de capacidad financiera para asumir tales riesgos, serán atribuidos a la parte que ejerza efectivamente dicho control y que disponga de capacidad financiera suficiente para asumir los riesgos en cuestión.

Por lo que respecta a los **intangibles**, las directrices establecen claramente que la titularidad jurídica de los intangibles no genera necesariamente, por sí sola, el derecho a percibir la totalidad (ni tan siquiera una parte) de los beneficios emanados de la explotación de los mismos. Las entidades del grupo que desarrollen funciones importantes, aporten gran parte de los activos y controlen los riesgos económicamente relevantes, de acuerdo con la delineación de la transacción efectivamente realizada, tendrán derecho a una remuneración proporcional al valor de sus contribuciones. Estas pautas específicas garantizarán que el análisis de precios de transferencia no se vea afectado por posibles asimetrías de información entre la administración tributaria competente y el contribuyente en lo que respecta a intangibles difíciles de valoración, o bien por el uso de acuerdos contractuales especiales, tales como los acuerdos de reparto de costes.

Las directrices abordan también la situación en la que una empresa del grupo con elevado capital proporciona **financiación** pero realiza una escasa actividad.

Si dicha entidad vinculada carece, en realidad, de la capacidad necesaria para controlar los riesgos financieros conexos a dicha inversión de capital (debido, por ejemplo, a que se limita a proporcionar dinero cuando se le solicita, sin evaluar si la parte receptora es o no solvente), no se le asignarán los beneficios derivados de los riesgos financieros, teniendo derecho a percibir estrictamente al rendimiento exento de riesgo correspondiente a los fondos aportados, o incluso menos cuando, por ejemplo, la transacción carezca de racionalidad comercial, en cuyo caso las directrices contemplan la posibilidad de ignorar la operación.

Por último, las directrices establecen que los métodos de precios de transferencia asignarán beneficios a las actividades económicas importantes. En adelante, no podrán asignarse los beneficios sinérgicos derivados de las actividades del grupo a aquellos de sus miembros que no contribuyan a la generación de tales beneficios.⁶⁵⁸

Las directrices están vinculadas en su conjunto y de forma global a otras acciones del Proyecto BEPS. Como ya hemos señalado anteriormente, dichas directrices son la garantía de que aquellas entidades con gran número de activos sin ninguna otra actividad económica relevante (como son las denominadas cash boxes) no tienen derecho a percibir beneficios extraordinarios, sino tan sólo y estrictamente el rendimiento exento de riesgo de los fondos aportados. Por otra parte, si se califica dichos rendimientos como intereses y/o pagos económicamente equivalentes, esos beneficios marginales

658 Así, por ejemplo, los descuentos obtenidos por el volumen de bienes solicitados por una serie de empresas del grupo habrán de aplicarse a dichas empresas

se verán afectados igualmente por las normas sobre deducibilidad de los intereses a las que se refiere la Acción 4. Adicionalmente, las directrices sobre el uso abusivo de los convenios fiscales atinentes a la Acción 6 dificultarán enormemente la posibilidad de diferir pagos al país del que es residente fiscal una determinada cash box con el fin de sustraerse a la retención en la fuente. Asimismo, es más que plausible que toda entidad cash box con un nivel de actividad mínimo o sin actividad económica alguna constituya el objetivo de las normas CFC de transparencia fiscal internacional (Acción 3). Habida cuenta de todo lo expuesto, el papel jugado por las cash boxes en la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios se verá seriamente comprometido a la luz del enfoque integral apuntado por el Plan de Acción BEPS.

6.2.8. Para asegurar que los precios de transferencia están en línea con la creación del valor en: Activos incorporeales.

El objetivo sería que las sociedades multinacionales tributarán en cada país por los beneficios realmente obtenidos en el mismo. Por lo que:

- Habría que adoptar una definición clara y completa de que se entienden por activos incorporeales
- Hacer que los beneficios asociados a activos incorporeales sean en función de la creación del valor
- Elaborar nuevas reglas de cálculo de los precios de transferencia
- Actualizar las instrucciones relativas a los acuerdos de reparto de costes.

6.2.9. Para asegurar que los precios de transferencia están en línea con la creación del valor en Riesgos y asignación de capital.

Tendríamos que asignar un beneficio a cada sociedad, por ejemplo que los gastos financieros de una sociedad estuvieran en función de la asignación de capital país por país.

Habría que establecer unas reglas claras para no asignar un capital excesivo a una sociedad, así como la atribución de un riesgo excesivo.

Las reglas establecidas deberán de gravar las rentas en función de la creación de valor.

6.2.10. Asegurar que los precios de transferencia están en línea con la creación del valor en; Otras transacciones de alto riesgo.

- Precisar los casos en que las transacciones puedan ser recalificadas.
- Establecer métodos de Precios de transferencia, especialmente para el reparto de beneficios en las cadenas de valor.
- Mecanismos de previsión contra los excesivos gastos de gestión, o de establecimiento.

6.2.11. Establecer metodologías para la recopilación y análisis de datos sobre la BEPS y las acciones para enfrentarse a ella.

El informe final pone de manifiesto que la planificación fiscal de algunas EMN se benefician de las asimetrías y vacíos normativos existentes en el ámbito de la fiscalidad internacional, disociando los beneficios susceptibles de ser sometidos a gravamen de la actividad subyacente que genera valor.⁶⁵⁹

⁶⁵⁹ El informe titulado *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios* (OCDE, 2013) admitió abiertamente que se cierne una gran incertidumbre sobre la magnitud e impacto global negativo de dichas prácticas elusivas en la actividad económica y los ingresos públicos.

Los trabajos que han venido realizándose desde 2013 confirman la magnitud del problema, registrándose pérdidas globales de recaudación en el ámbito del impuesto sobre sociedades (IS) de entre el 4% y el 10%, es decir, de 100 a 240 mil millones de dólares al año. Dado que los países en desarrollo dependen en mayor medida de la recaudación por IS en términos porcentuales del PIB que los países desarrollados, las estimaciones del impacto en los primeros presentan valores superiores a los de estos últimos.

Aparte de estas cuantiosas pérdidas de recaudación tributaria, las prácticas elusivas BEPS causan otros muchos efectos económicos adversos tales como inclinar la balanza en favor de EMN responsables de prácticas de planificación fiscal agresiva, potenciar las asimetrías en el tratamiento fiscal de la deuda, colocar erróneamente la inversión extranjera directa (IED) y reducir la financiación de la infraestructura pública necesaria, entre otros.

Existen seis indicadores de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (indicadores BEPS) que se remiten a múltiples fuentes de datos, utilizan diversos parámetros de medida y analizan las distintas prácticas elusivas de BEPS. Cuando se combinan los distintos indicadores existentes y se presentan en forma de «tabla de indicadores», éstos proporcionan claros indicios de la existencia de conductas ilícitas, así como de la creciente magnitud del fenómeno.

- *Las filiales de EMN ubicadas en países de baja tributación registran unos márgenes de beneficios superiores a los obtenidos a escala mundial por la EMN de la que forman parte. Por ejemplo, los márgenes de beneficio reportados por filiales de*

EMN ubicadas en países de baja tributación resultan, en promedio, dos veces más elevados que los registrados a escala mundial por el grupo al que pertenecen.

- *Se estima que los tipos impositivos efectivos (TIE) pagados por EMN líderes se sitúan de 4 a 8,5 puntos porcentuales por debajo de los aplicados a empresas equiparables que realizan operaciones exclusivamente nacionales, lo que actúa en detrimento de las empresas locales y EMN que no incurrir en prácticas de planificación fiscal agresiva, aunque ello puede deberse, en algunos casos, a la remisión cada vez más frecuente por parte de las EMN a regímenes tributarios regulados o negociados en el país en cuestión.*
- *El nivel de concentración de la inversión extranjera directa (IED) es cada vez mayor. El volumen de IED en países con ratios de IED neta a PIB de más del 200% aumentó durante el período 2005-2012, resultando 38 veces superior al de los países restantes en 2005 y 99 veces superior en 2012.*
- *El problema de la retirada de los beneficios impositivos de las jurisdicciones donde tienen lugar las actividades que los generan, particularmente evidente por lo que respecta a los activos intangibles, sigue en aumento. A modo de ejemplo, la ratio de pagos de regalías percibidos frente al gasto en I+D en una serie de países de baja tributación resultó 6 veces superior a la ratio media en los restantes países considerados en la muestra, habiéndose triplicado desde 2009. El valor de la ratio de pago de regalías de dichos países de baja tributación ascendía al 3%, lo que constituye un indicio de la exis-*

tencia de prácticas elusivas BEPS, si bien no asigna un valor a ni cuantifica la magnitud e impacto de BEPS.

- *Las filiales de EMN ubicadas en países con tipos impositivos más altos presentan elevados coeficientes de gastos por intereses abonados tanto a entidades vinculadas como independientes. La ratio gastos por intereses/rentas de filiales de las principales EMN del mundo establecidas en países de alta tributación triplica prácticamente la ratio global de las entidades independientes de las respectivas EMN.*

Junto con un nuevo análisis empírico de los efectos fiscales y económicos de las prácticas elusivas BEPS, respaldado por los cientos de estudios y medios de prueba que acreditan la existencia de mecanismos y estrategias que posibilitan el traslado de beneficios como son la manipulación y/o alteración de los precios de transferencia, la ubicación estratégica de los activos intangibles y la deuda o el uso abusivo de convenios fiscales, entre otros, estos indicadores BEPS arrojan claras muestras de que se está procediendo a trasladar beneficios, fenómeno de gran magnitud e impacto económico que se prevé siga en aumento y el cual provoca distorsiones con efectos económicos adversos. Por otra parte, los estudios empíricos han constatado la incidencia negativa de BEPS en la competencia entre empresas, el grado de apalancamiento, la localización de la deuda y de las inversiones en activos intangibles, lo que se traduce en efectos fiscales colaterales (también denominados «desbordamientos») a nivel internacional y en un gasto superfluo y excesivo de recursos que obedecen a consideraciones de «ingeniería fiscal».

No obstante, tanto los indicadores como los análisis en materia de BEPS se ven claramente afectados por las considerables limitaciones de los datos actualmente disponibles. La información de la que se dispone no está completa ni resulta comparable de

un país o empresa a otro, y casi nunca refleja los datos relativos a los impuestos efectivamente pagados.

El informe final recomienda que la OCDE aúne esfuerzos y trabaje conjuntamente con los distintos gobiernos, guardando la confidencialidad necesaria, en la notificación y análisis de una mayor cantidad de datos estadísticos relativos al IS, con el fin de proporcionar datos internacionalmente comparables y coherentes⁶⁶⁰

6.2.12. Obligar a los contribuyentes a hacer conocer los dispositivos de planificación fiscal agresiva.

Uno de los principales retos a los que se enfrentan las administraciones tributarias de todo el mundo es la falta de información exhaustiva y pertinente sobre las estrategias de planificación fiscal agresiva. El acceso rápido y en tiempo real a este tipo de información brinda la oportunidad de responder con prontitud a eventuales riesgos fiscales, ya sea mediante la adecuada evaluación del riesgo, las pertinentes inspecciones tributarias o modificando la legislación aplicables.

El informe final ofrece un marco modular que permite a los países que no cuenten con normas de declaración obligatoria diseñar un sistema a este respecto que cumpla sus expectativas de obtener anticipadamente información sobre estructuras de planificación fiscal potencialmente agresivas o abusivas y los usuarios de las mismas. Las recomendaciones incluidas en el informe no constituyen un estándar básico, por lo que los

660 . Los análisis estadísticos basados en los datos incluidos en informe estandarizado país por país pueden ayudar a mejorar significativamente los análisis económicos de BEPS.

distintos países pueden decidir libremente si introducir o no regímenes de declaración obligatoria.

Principios de diseño y principales objetivos de los regímenes de declaración obligatoria

Los regímenes de declaración obligatoria deben ser claros y fáciles de entender; deben encontrar el justo equilibrio entre los costes de cumplimiento adicionales soportados por los contribuyentes y los beneficios que se derivan para la administración tributaria; deben ser eficaces para alcanzar los objetivos prefijados; deben identificar con precisión aquellas estructuras sujetas a la obligación de declaración; han de ser lo suficientemente flexibles y dinámicos para permitir a la administración tributaria competente adaptar el sistema con el fin de dar respuesta a nuevos riesgos (o despejar aquellos riesgos que hayan quedado obsoletos), y deben garantizar que la información recopilada se utiliza de manera eficaz.

El principal objetivo de los regímenes de declaración obligatoria radica en aumentar el nivel de transparencia facilitando a la administración tributaria pertinente información anticipada acerca de las estructuras de planificación fiscal potencialmente agresivas o abusivas con el fin de identificar a los promotores y usuarios de tales estructuras. Otro de los objetivos principales de este tipo de regímenes es la disuasión: es más que probable que los contribuyentes se lo piensen dos veces antes de poner en marcha una estructura si están obligados a declararla. Por otra parte, se ejerce presión sobre aquellos colectivos o sujetos que pretendan incurrir en prácticas elusivas, ya que los promotores y usuarios cuentan con remotas posibilidades de llevar a término su objetivo sin que las autoridades se lo impidan.

Los regímenes de declaración obligatoria complementan y se distinguen simultáneamente de otros tipos de obligaciones de declaración y notificación, como son los regímenes de cumplimiento cooperativo, por estar específicamente diseñados para detectar estructuras de planificación fiscal que explotan las deficiencias de un particular sistema tributario, al tiempo que dotan de la flexibilidad necesaria a las administraciones tributarias para establecer umbrales, rasgos distintivos y/o filtros que afecten a operaciones de especial interés y áreas que entrañan un supuesto riesgo.

Principales características de diseño de los regímenes de declaración obligatoria

Para conseguir diseñar con éxito un régimen de declaración obligatoria eficaz, hemos de tener en cuenta las siguientes características: quién realiza la declaración, qué información hay que declarar, cuándo declararla y cuáles son las consecuencias de incumplir dicha obligación. Por lo que respecta a las mencionadas características, el informe recomienda a todos aquellos países que adopten regímenes de declaración obligatoria cuanto sigue:

- *Aplicar la obligación de declarar tanto al promotor como al contribuyente o, en su caso, bien al promotor o bien al contribuyente;*
- *Aplicar de manera combinada rasgos genéricos y específicos, llevando implícita cada uno de ellos la obligación de declaración. Mientras que los rasgos genéricos se centran en características que son frecuentes en las estructuras fomentadas, tales como el requisito de confidencialidad o el pago de una elevada comisión, los rasgos específicos afectan a diversos*

ámbitos que suscitan especial preocupación como, por ejemplo, la utilización de pérdidas;

- *Establecer un mecanismo de seguimiento que permita vincular las declaraciones efectuadas por promotores y clientes, ya que la identificación de los usuarios de dichas estructuras representa también un aspecto fundamental de todo régimen de declaración obligatoria. Los regímenes existentes llevan a cabo dicha identificación remitiéndose al número de referencia de las estructuras y/o instando al promotor a facilitar una lista de clientes. Cuando un país imponga la obligación principal de declarar al promotor, se recomienda introducir números de referencia relativos a dichas estructuras y exigir, cuando la legislación nacional lo permita, la elaboración de listas de clientes;*
- *Vincular el plazo de declaración al momento en que se pone la estructura a disposición del contribuyente cuando la obligación de declarar recaiga en el promotor o, cuando la obligación de declarar recaiga en el contribuyente, vincularlo a la implantación de la estructura en cuestión, e*
- *Imponer sanciones (incluidas las no pecuniarias) que garanticen el cumplimiento de las normas de declaración obligatoria con arreglo a lo dispuesto en sus respectivas normativas internas.*

Mejora y fomento del intercambio de información

La transparencia es uno de los tres pilares sobre los que se erige el Proyecto BEPS y unas cuantas de las medidas desarrolladas con motivo de dicho proyecto va a dar lugar a un mayor intercambio de información con o entre administraciones tributarias. El Centro de Colaboración e Información Conjunta sobre Refugios Tributarios Internacionales (JITSIC, por sus siglas en inglés) del Foro sobre Administración Tributaria de la OCDE representa una plataforma internacional para una cooperación reforzada y asistencia mutua entre administraciones tributarias en virtud de los instrumentos jurídicos vigentes, que podrían prever líneas estratégicas de cooperación en lo concerniente a la información recabada por los países participantes por medio de declaraciones obligatorias.

6.2.13. Reexaminar la documentación de los precios de transferencia.

El informe final, contiene una revisión de los estándares aplicables a la documentación sobre precios de transferencia, así como un modelo estandarizado de informes país por país sobre ingresos, impuestos satisfechos y ciertos indicadores de actividad económica.

La Acción 13 del Plan BEPS aconseja el desarrollo de «normas relativas a la documentación sobre precios de transferencia para aumentar la transparencia hacia la administración tributaria, teniendo en cuenta los costes de cumplimiento para las empresas. Las normas a desarrollar incluirán el requisito de que las empresas multinacionales suministren a todos los gobiernos pertinentes la información necesaria sobre la asignación y el reparto mundial de sus ingresos, la actividad económica y los impuestos pagados en los distintos países, aplicando un modelo común».

En respuesta a la esta obligación, se ha desarrollado un enfoque estandarizado en tres niveles en relación con la documentación sobre precios de transferencia.

En primer lugar, las directrices relativas a la documentación sobre precios de transferencia establecen la obligación, por parte de las empresas multinacionales, de facilitar a las administraciones tributarias competentes información completa y exhaustiva acerca de sus actividades económicas a escala mundial y de sus políticas generales en materia de precios de transferencia en un «archivo maestro» al que tendrán acceso todas las administraciones tributarias pertinentes.

En segundo lugar, el «archivo local», específico para cada país, contiene información más detallada sobre operaciones específicas, identificando pertinentemente la información sobre operaciones entre entidades vinculadas, los importes de dichas operaciones y el análisis efectuado por la empresa en la determinación de los precios de transferencia de esas operaciones.

En tercer lugar, las grandes empresas multinacionales están obligadas a presentar un informe país por país indicando el nivel de ingresos, beneficios antes de impuestos y cuantía del impuesto sobre sociedades satisfecho y devengado con carácter anual en cada una de las jurisdicciones en que desarrollan sus actividades. Asimismo, debe constar el número total de empleados, el capital declarado, beneficios no distribuidos y activos tangibles con los que cuenta en cada jurisdicción fiscal. Por último, las empresas multinacionales han de identificar clara y debidamente cada una de las entidades pertenecientes al grupo que desarrollen su actividad en una determinada jurisdicción fiscal, especificando el tipo concreto de actividad económica que desarrolla cada entidad.

En su conjunto, estos tres documentos (archivo maestro, archivo local e informes país por país) instan a los contribuyentes a articular de manera coherente sus posiciones en materia de precios de transferencia y proporcionan a las administraciones tributarias información útil a efectos de evaluar el riesgo en materia de precios de transferencia, optimizar la utilización de los recursos de inspección y, en caso de tener que llevarlas a cabo, aportar información para iniciar y orientar el procedimiento inspector.

El contenido específico de los diversos documentos refleja un intento de alcanzar un equilibrio entre las necesidades de información de las administraciones tributarias, las preocupaciones relativas al uso indebido de la información y los costes y cargas de cumplimiento que recaen sobre las empresas. Algunos países lograrán ese equilibrio de una forma diferente, exigiendo que el informe país por país contenga información adicional sobre las operaciones (más allá de la información requerida en los archivos maestro y local sobre operaciones realizadas por entidades que operan en sus jurisdicciones) acerca de los pagos efectuados a entidades vinculadas en concepto de intereses, cánones o regalías y, en especial, las retribuciones por servicios de empresas asociadas. Ésta es la postura defendida principalmente por países con mercados emergentes (Argentina, Brasil, República Popular China, Colombia, India, México, Sudáfrica y Turquía), que señalan necesitar esa información para evaluar los riesgos y tener dificultades para obtener información sobre las actividades realizadas a escala mundial por los grupos multinacionales con sede en otros territorios.

Es indiscutible la importancia de que la aplicación de las normas relativas a la documentación sobre precios de transferencia y, más concretamente y el informe país por país sea eficaz y coherente. En consecuencia, los países participantes en el Proyecto BEPS alcanzaron un acuerdo sobre los aspectos más relevantes de la implementación de dicha documentación e informes, respectivamente. En base a dicho acuerdo, las empresas multinacionales han de presentar los archivos maestro y local directamente

a las administraciones tributarias competentes en cada caso. La presentación de los informes país por país deberá tener lugar en la jurisdicción de residencia fiscal de la sociedad matriz, teniendo acceso las distintas jurisdicciones a su contenido mediante el mecanismo de intercambio automático de información articulado en los instrumentos de cooperación gubernamental como, por ejemplo, el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, convenios fiscales bilaterales o acuerdos de intercambio de información tributaria. En circunstancias excepcionales, también pueden utilizarse mecanismos secundarios para almacenar dicha documentación a modo de copia de seguridad en la jurisdicción local de que se trate.

A fin de facilitar la aplicación de los nuevos estándares de información, se ha desarrollado un paquete de medidas de implementación que consiste en un modelo de legislación, que pueden adoptar los países para instar a los grupos multinacionales a presentar el informe país por país, así como en acuerdos entre autoridades competentes concebidos para facilitar la implementación del intercambio de dichos informes entre administraciones tributarias. El siguiente paso radica en desarrollar un Esquema XML y la correspondiente Guía de usuario de cara a poder articular el intercambio electrónico de dichos informes.

6.2.14. Aumentar la eficacia de los mecanismos amigables (amistosos)

Con miras a erigir un sistema tributario internacional que impulse el crecimiento económico y una economía global resiliente, es absolutamente prioritario suprimir la elusión y evasión fiscal transfronteriza, así como también erradicar de manera eficiente y eficaz la doble imposición. Los países afirman que la adopción de las medidas desarrolladas para enfrentarse a la erosión de la base imponible y al traslado de beneficios atendiendo a las estrategias y recomendaciones del Plan de Acción BEPS no deben generar una innecesaria inseguridad a los contribuyentes que cumplen sus obligaciones ni conducir a situaciones de doble imposición involuntaria. En definitiva, la mejora

de los mecanismos de resolución de controversias es por consiguiente una parte fundamental del trabajo sobre BEPS.

El artículo 25 del Modelo de Convenio de la OCDE prevé un mecanismo, con independencia de las acciones o recursos legales previstos por el Derecho interno, mediante el que las autoridades competentes de los Estados contratantes pueden resolver las diferencias o superar obstáculos en lo concerniente a la interpretación o aplicación del convenio a partir de un enfoque consensuado. Este mecanismo –el procedimiento amistoso– desempeña un papel fundamental en la correcta aplicación e interpretación de los convenios fiscales, principalmente para garantizar que ninguno de los Estados contratantes someta a gravamen a los contribuyentes a quienes resultan aplicables las ventajas del convenio celebrado, circunstancia que contraviene las condiciones del mismo.

Las medidas desarrolladas en el marco de la Acción 14 del Plan de Acción BEPS están encaminadas a reforzar la eficacia y eficiencia del procedimiento amistoso. Dichas medidas apuntan a minimizar los riesgos de incertidumbre y doble imposición involuntaria velando por la aplicación coherente y adecuada de los convenios fiscales, así como también por la oportuna y efectiva resolución de controversias por lo que respecta a su interpretación o aplicación a través del procedimiento amistoso. Estas medidas se apoyan en un sólido compromiso político en lo concerniente a la resolución eficaz y tempestiva de controversias por remisión al procedimiento amistoso y a los ulteriores avances para responder con rapidez a los conflictos que se planteen.

Mediante la adopción del presente informe, los distintos países han dado luz verde a cambios importantes en sus respectivas actitudes frente a la solución de controversias, hecho que se plasma fundamentalmente en el desarrollo de un estándar básico en lo referente a la resolución de conflictos de interpretación o aplicación de los convenios,

habiéndose comprometido a su rápida aplicación y habiendo acordado garantizar su efectiva implementación mediante la puesta en marcha de un sólido mecanismo de supervisión inter pares, cuyos resultados remitirá periódicamente el CAF al G-20. He aquí los objetivos del referido estándar:

- *Asegurarse de que las obligaciones contraídas en virtud de los convenios sobre procedimientos amistosos se aplican plenamente y de buena fe, resolviendo tempestivamente aquellos casos objeto de procedimientos amistosos;*
- *garantizar la implementación de procedimientos administrativos que fomenten la supresión y resolución tempestiva de todo conflicto de interpretación o aplicación de los convenios,*
y
- *asegurarse de que los contribuyentes tengan acceso a los procedimientos amistosos cuando reúnan las condiciones para ello.*

El estándar básico se complementa con una serie de buenas prácticas. El seguimiento de la aplicación de dicho estándar se llevará a cabo de conformidad con los criterios de referencia detallados y atendiendo al método de evaluación que se prevé desarrollar en el contexto del Proyecto BEPS de la OCDE/G-20 en 2016.

Aparte del compromiso firme de implementar el estándar básico por parte de todos los países que declaran aceptar y adherirse a los resultados del Proyecto BEPS, otros países como Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos, han manifestado su compromiso de esta-

blecer procedimientos de resolución de controversias con carácter preceptivo y vinculante en sus convenios fiscales bilaterales, tales como el arbitraje, en cuanto mecanismo que garantiza la resolución de conflictos en la interpretación y/o aplicación de convenios en un plazo determinado, hecho que representa un gran paso adelante en la medida en que todos estos países juntos se vieron implicados en más del 90% de los casos pendientes de trámite a finales de 2013, según las estadísticas de la OCDE.

6.2.15. Elaborar un instrumento multilateral

La aprobación del Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (Plan de Acción BEPS, OCDE, 2013) por parte de los Líderes del G-20 con motivo de la Cumbre de San Petersburgo, que tuviera lugar en septiembre de 2013, atestigua un apoyo político sin precedentes a la adaptación del sistema tributario internacional en vigor ante los desafíos que plantea la globalización. Los convenios fiscales se remiten a una serie de principios comunes concebidos para poner fin a las situaciones de doble imposición que pueden afectar al comercio y a las inversiones transfronterizas.

La red actual de convenios fiscales bilaterales se remonta a los años 20 del pasado siglo, mientras que el primer Modelo de Convenio Tributario con carácter no vinculante fue obra de la Liga de las Naciones. La OCDE y la Organización de las Naciones Unidas (ONU) han actualizado con posterioridad sus propios modelos de convenio (MC OCDE y MC ONU, respectivamente) inspirándose en el modelo originario. El contenido de esos modelos se refleja en los miles de acuerdos bilaterales suscritos entre jurisdicciones.

La globalización ha amplificado los efectos de las lagunas y discrepancias inherentes a los sistemas tributarios de los distintos países, lo que ha hecho necesario reexaminar

ciertas características del sistema actual de convenios fiscales bilaterales que facilitan la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Más allá de los desafíos a los que se enfrenta el sistema actual en cuestiones de fondo, la enorme cantidad de convenios bilaterales complica significativamente la actualización de la red actual de convenios fiscales. Aun cuando se aprobase de forma consensuada la modificación del MC OCDE, se precisaría de considerables recursos y tiempo para transponerla y plasmarla debidamente en la mayoría de los convenios bilaterales. En consecuencia, la red existente no está bien sincronizada con los modelos de convenio tributarios y, con el tiempo, surgen problemas a los que es imposible dar una respuesta inmediata. Ante la falta de un mecanismo que garantice su rápida implementación, las modificaciones aportadas a los modelos de convenio no hacen sino acrecentar las discrepancias entre el contenido de los referidos modelos y el de los convenios fiscales en vigor. Como es evidente, ello se contrapone al objetivo político de reforzar el sistema actual poniendo fin a las prácticas elusivas BEPS, en parte modificando la red de convenios bilaterales, lo que resulta necesario no solamente para erradicar dichas prácticas, sino también para garantizar la sostenibilidad del marco de consenso a fin de eliminar la doble imposición. Por esta razón, los Estados han decidido estudiar la viabilidad de un instrumento multilateral que produciría los mismos efectos que una renegociación simultánea de miles de convenios fiscales bilaterales.

La Acción 15 del Plan de Acción BEPS prevé el análisis de algunas cuestiones de Derecho Tributario y Derecho Internacional Público relativas a la elaboración de un instrumento multilateral que permita a los países que así lo decidan implementar las medidas fruto de los trabajos realizados dentro del Proyecto BEPS y modificar los convenios fiscales bilaterales que hubieran suscrito. Partiendo de este análisis, los países interesados desarrollarán un instrumento multilateral que brinde un enfoque innovador en el ámbito de la fiscalidad internacional teniendo en cuenta la constante evolución y transformación de la economía global y la necesidad de adaptarse rápidamente a dicha evolución. El objetivo de la Acción 15 radica en agilizar y simplificar la implementación de las medidas BEPS previstas en los convenios. Se trata de un planteamiento innova-

dor sin ningún precedente igual en el ámbito tributario, si bien existen precedentes de convenios bilaterales modificados por un instrumento multilateral en otros ámbitos del Derecho Internacional Público.⁶⁶¹

6.3. Últimas medidas adoptadas por el legislador fiscal español en torno a los paraísos fiscales y a la transferencia del beneficio.

No se han hecho esperar las primeras medidas que recogen las recomendaciones de la OCDE en su plan de acción contra la erosión de las bases imponibles y la transferencia del beneficio.

6.3.1 La limitación de la deducibilidad de los gastos financieros (RDL 12/2012 de 30 de marzo).

Esta limitación⁶⁶² tiene un alcance distinto en función de que nos encontremos ante gastos financieros intragrupo, reinvertidos en acciones de sociedades del grupo, o ante

661 En febrero de 2015, el Comité de Asuntos Fiscales (CAF) de la OCDE aprobó la decisión, avalada a su vez por los Ministros de Finanzas y Gobernadores de Bancos Centrales del G-20, de constituir un grupo especial (en lo sucesivo, «el Grupo») para desarrollar un instrumento multilateral sobre medidas fiscales antielusivas, como consta a continuación. El Grupo está abierto a la participación en igualdad de condiciones de todos los países interesados y cuenta con la asistencia de la Secretaría de la OCDE. El Grupo comenzó su trabajo en mayo de 2015 con el firme propósito de llevar a término la tarea que le fue encomendada y abrir el instrumento multilateral a la firma no más tarde del 31 de diciembre de 2016. La participación en la elaboración de dicho instrumento tiene carácter voluntario y no entraña compromiso u obligación alguna de firmarlo una vez finalizado.

los restantes gastos financieros. Respecto de los primeros se establece un supuesto específico de no deducibilidad mediante la creación del nuevo apartado h) del artículo 14.1 del texto refundido de la ley del impuesto, que establece cuáles son los gastos no deducibles.⁶⁶³

No todos los gastos financieros incurridos con empresas del grupo caen dentro de la nueva redacción, sólo aquellos derivados de la financiación destinada a la adquisición de participaciones en el capital a otras entidades del grupo o a la inversión en fondos propios de otras empresas del grupo. Para interpretar adecuadamente este precepto hay que acudir a la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 12/2012, que señala expresamente que:

“En concreto, se establece el carácter no deducible para aquellos gastos financieros generados en el seno de un grupo mercantil, y destinados a la realización de determinadas operaciones entre entidades que pertenecen al mismo grupo.

Cuando no existía motivo económico válido la Administración no consideraba estos gastos como fiscalmente deducibles. La exposición de motivos señala, en primer término, el carácter básicamente interpretativo y no innovador del nuevo art. 14.1h)

662 La primera medida se introdujo en el RDL 12/2012 de 30 de marzo sobre medidas tributarias y administrativas para reducir el déficit.

663 “h) Los gastos financieros devengados en el período impositivo, derivados de deudas con entidades del grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el sujeto pasivo acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones”.

TRLIS, es decir que nada ha cambiado. Lo que anteriormente era una “reacción de la Administración Tributaria” ahora pasa a estar consagrado en la ley.

Este tipo de operaciones se consideraban abusivas, y se procedía a aplicar el conflicto en la aplicación de las normas (artículo 15 de la ley general tributaria), ya que son notoriamente impropios y artificiosos para el resultado obtenido y en segundo término no existen efectos económicos relevantes distintos del ahorro fiscal obtenido en España.⁶⁶⁴

La exposición de motivos del Real Decreto Ley 12-2012 interpreta que el art. 14.1 h) resultará inaplicable por concurrir motivos económico válidos: “en la medida en que las operaciones sean razonables desde la perspectiva económica, como pueden ser supuestos de reestructuración dentro del grupo, consecuencia directa de una adquisición a terceros, o bien aquellos supuestos en que se produce una auténtica gestión de las entidades participadas adquiridas desde el territorio español.”

Nos encontramos ante una cláusula anti-abuso específica que no contiene una exoneración de sanciones. Con anterioridad, la utilización de la cláusula anti-abuso del conflicto en la aplicación de la norma (y anteriormente del fraude de ley), excluía la aplicación de sanciones. En esta situación y teniendo en cuenta que nos encontramos ante

664 Las regularizaciones realizadas por la Administración Tributaria fueron confirmadas por distintas resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central. No obstante, en un supuesto, el de la Resolución de 1-6-2010 sí acogió los argumentos del contribuyente y consideró que la actuación del contribuyente no fue abusiva porque consideró que sí había realidad económica que justificase las operaciones: la centralización de la gestión en el mercado español y la consecución de la eficacia en la organización.

una norma relativamente clara y encuadrada en supuesto de no-deducibilidad, la realización de estas operaciones y la posterior deducción de los gastos pueden ser sancionadas por la Administración Tributaria.

El resto de gastos financieros (intra-grupo o no) son deducibles en la base imponible del impuesto, si bien se establece una limitación temporal en su deducibilidad en sustitución de la norma anti-subcapitalización que se deroga. La regla general es la limitación de los gastos financieros netos, es decir gastos financieros menos ingresos financieros, al 30% del beneficio operativo del ejercicio. Los gastos financieros que excedan del límite del 30% son deducibles en los 18 años sucesivos, conjuntamente con el gasto financiero del ejercicio, asimilando su tratamiento a una base imponible negativa. En este sentido, cabe también el aprovechamiento del margen derivado de que los gastos financieros netos sean inferiores al 30% del beneficio operativo. Este margen es trasladable a los 5 siguientes ejercicios, permitiendo un mayor gasto financiero deducible en el futuro. Por otra parte, se establece un forfait de un millón de euros por sujeto pasivo que será deducible en todo caso.

En esencia, nos encontramos ante un límite del 30% en la deducibilidad de la carga financiera considerando como beneficio operativo el beneficio, ordinario, antes de intereses, impuestos, amortizaciones y deterioro; es decir lo que se conoce como EBITDA. A este concepto habría que añadirle el importe de los dividendos en los que el porcentaje de participación sea superior al 5% o su valor de adquisición sea superior a 6 millones de euros. Este concepto se parece al de los dividendos exteriores que gozan de exención en el caso de ETVE. No obstante, no se exigen otros requisitos como que el dividendo sea interno o externo, que proceda o no de un paraíso fiscal o que proceda de actividades económicas.⁶⁶⁵

⁶⁶⁵ De la Torre Díaz Francisco; *Síntesis de las novedades del RD 12/2012*.

En el caso de las inversiones exteriores, mediante esta norma se incentiva el reparto de dividendos hacia las matrices españolas puestos que la percepción de los mismos está exenta (al menos en España, con los requisitos del artículo 21 TRLIS), mientras que un mayor reparto implicará una deducción superior de la carga financiera. Por otra parte, el “castigo” a determinadas operaciones de reestructuración intra-grupo, se extiende no sólo a la no deducibilidad de los gastos financieros directamente imputables a las mismas, sino también a que los dividendos percibidos no dan derecho a la ampliación del límite del 30% para deducir otros gastos financieros.

Queda derogada la subcapitalización con entidades de fuera de la Unión Europea que venía establecida en dicho artículo. Se ha sustituido la norma anti subcapitalización por una norma limitadora de gastos financieros. Esta sustitución tiene varias consecuencias. La primera es que se trata de igual forma el endeudamiento vinculado que el no vinculado, con la excepción vista anteriormente de la no deducibilidad de determinadas operaciones sin sentido económico (nuevo art. 14.1.h) TRLIS). En segundo lugar, también se trata de la misma forma al endeudamiento interno que al externo. Esto evita cualquier tipo de problemas con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por cuestiones de discriminación de no residentes o de libertad de circulación de capitales o libertad de establecimiento. Otra consecuencia es que un determinado gasto financiero será deducible o no, o en otros supuestos será deducible en el futuro, pero no ahora; sin embargo, en ningún caso se convertirá por mandato de la ley en un dividendo.

Estas medidas de limitación de la carga financiera podrán determinar ciertas estrategias:

Dentro de los grupos económicos que no sean grupos fiscales en consolidación, algunas empresas reorganizarán la carga financiera con la finalidad de un reparto más

equilibrado de los gastos financieros que permita el aprovechamiento de los límites del 30% del beneficio bruto y del millón de euros por empresa. Es posible que algunos grupos fiscales dejen de optar por consolidar fiscalmente para poder aprovecharla ventaja de poder deducirse libremente un millón de euros por empresa.

También cabe esperar operaciones de fusión de todas las empresas de un grupo económico en una sola con la finalidad de evitar la restricción al ser una sola empresa. El principal problema de este tipo de estrategias es que la opción por una fusión “protegida”, es decir acogida al régimen especial del capítulo VIII del título VII exige la existencia de motivos económicos válidos “tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de obtener una ventaja fiscal” (art. 96.2 TRLIS). En un supuesto de este tipo, existe una clara ventaja fiscal respecto de la situación comparable de varias empresas formando grupo mercantil, la deducción sin límites de los gastos financieros. Sin embargo, podrían existir otros motivos económicos de racionalización de la actividad que llevasen a considerar procedente la aplicación del régimen especial de fusiones, escisiones, adquisiciones de activos y canjes de valores. Con independencia de lo anterior, aunque no se disponga de las ventajas asociadas al régimen, la operación de fusión seguiría siendo válida, y por lo tanto la nueva empresa resultante de la fusión, de no pertenecer a ningún grupo en el sentido del artículo 42 del código de comercio, ni tener financiación vinculada (en los términos del nuevo artículo 20.5 a) TRLIS vistos anteriormente), no le serán de aplicación normas de limitación de gastos financieros.

Por último, cabe la posibilidad de que determinadas grandes empresas de grupos económicos se escindan en varias empresas, cada una de las cuales soporte una carga financiera inferior a 1 millón de euros. Nuevamente, estos supuestos de escisión parcial o total deberán cumplir el requisito de los motivos económicos válidos para beneficiarse del régimen de diferimiento y de las demás ventajas del régimen especial regulado en el capítulo VIII del título VII de la ley del impuesto. Con todo, como en el caso

anterior, la existencia de plusvalías en los activos que se traspasan en estas operaciones es mucho menor que hace unos años. Por esta razón, la carga fiscal de una operación de este tipo, incluso no protegida, puede ser asumible. Independientemente de los beneficios fiscales y de la tributación de la operación en sí, la escisión sigue siendo válida, al menos en principio, aunque sólo busque una mejor tributación derivada del reparto de la carga financiera entre distintas compañías.

Por otra parte en las sucesivas modificaciones del art 20LIS sobre la subcapitalización y la deducibilidad de gastos financieros, se han eliminado las referencias iniciales a los paraísos fiscales, con lo que podríamos plantearnos, si nos encontramos con un gasto no deducible de los previstos en el art 14 LIS.

6.3.2. Medidas sobre la depreciación de activos financieros (Ley 16/2013 de 29 de octubre).

Se eliminan los efectos fiscales de la provisión por depreciación de cartera y la correlativa limitación a la deducibilidad de las pérdidas en sede de la casa central (desmantelamiento del sistema de recaptura) generadas por un Establecimiento Permanente y también cuando estas se hubiesen generado en una Unión Temporal de empresas que opere en el extranjero

Ambas medidas tratan de evitar la doble deducibilidad de pérdidas en un primer momento en sede de la entidad o del establecimiento permanente que los genera, y, en un segundo en sede del inversor o casa central. Con esta medida la normativa fiscal del

Impuesto sobre sociedades se aproxima a los países de nuestro entorno, permitiendo una mayor comparativa y competitividad fiscal respecto de estos.⁶⁶⁶

Del mismo modo se establece la correlativa eliminación de la deducibilidad de las minusvalías derivadas de la transmisión de acciones o participaciones a entidades del grupo (tanto de residentes como de no residentes) hasta el momento en que dicha participación se transmita a un tercero o la entidad matriz o filial dejen de pertenecer al grupo.

Así mismo se incluyen dentro de las reglas de imputación temporal una regla similar a la anterior que afecta a la transmisión del establecimiento Permanente a empresas del grupo.

También se condicionan los efectos de la norma de corrección de la doble imposición internacional limitándose la eficacia de las pérdidas derivadas de la transmisión de la participación en una entidad no residente cuando se hubiesen recibido dividendos exentos a partir del periodo impositivo iniciado en 2009.

Se establece una nueva limitación de la regla de exención prevista en los artículos 21 y 22 TRLIS, condicionándose a la tributación efectiva de la renta en sede de la entidad o sucursal no residente. Se puede plantear un problema de compatibilidad con el dere-

⁶⁶⁶ Se recogen en la ley 16/2013 de 29 de octubre de medidas en materia de fiscalidad medioambiental y otras medidas tributarias.

cho originario y derivado de la Unión Europea, así como con los Convenios de doble imposición firmados.⁶⁶⁷

Se incorporan reglas que condicionan la deducibilidad de los gastos financieros y de otra naturaleza a la existencia de una tributación efectiva en el estado de residencia del perceptor.⁶⁶⁸

6.3.3. Acuerdos para implantar el Impuesto sobre Transacciones Financieras

El Gobierno español ha firmado un acuerdo con otros 10 países⁶⁶⁹ de la Unión Europea para implantar el Impuesto sobre transacciones financieras en 2015.⁶⁷⁰

Inicialmente solo gravaría las transacciones de acciones y bonos con un 0,1%. El objetivo es de una parte reducir el riesgo sistémico, y de otra conseguir ingresos, para los estados amen de luchar contra la especulación.

Más conocido por su creador Tasa Tobin, se convirtió en bandera del movimiento anti-globalización, al considerarla como una fuente para luchar contra las desigualdades entre estados.

667 Efectos del BEPS en el ordenamiento interno; Jose Almudí Cid ; ponencia presentada en jornadas celebradas el 13 y 14 de marzo en la Universidad Carlos III en 2014.

668 Almudí Cid Jose Manuel; El informe de la OCDE sobre BEPS y sus efectos en el ordenamiento interno; Universidad Carlos III 2014

669 España, Belgica, Alemania, Estonia, Grecia, Austria, Portugal, Eslovenia, Eslovaquia, Francia e Italia

670 Fuente Cinco Días 4 de abril de 2014

La idea de gravar las operaciones financieras tomo fuerza después de la crisis financiera de 2008, pero los avances han sido escasos, sólo Reino Unido, Francia e Italia han legislado unilateralmente para establecer un tributo que grave algunas operaciones financieras. El gran obstáculo es definir qué se entiende por “operaciones financieras”.

El Reino Unido ha mostrado abiertamente su rechazo, ya que supondría un auténtico hachazo al paraíso fiscal que es la City londinense.

Francia ha realizado un intento para desbloquear la tasa Tobin ofreciendo un pacto para gravar las acciones en la reunión del Ecofin.⁶⁷¹

6.3.4 Acuerdo para implementar el cambio automático de informaciones a partir de 2017.

España ha firmado un acuerdo⁶⁷², junto a 51 jurisdicciones más, para poner en funcionamiento en 2017 “la norma sobre el intercambio automático de información” elaborada por la OCDE a instancias del G20.

No han firmado el acuerdo ni Suiza ni Andorra.

671 Cinco Dias ;5 de noviembre de 2014

672 Se firma el 29/10/2014 en Berlín.

El Foro mundial sobre la Transparencia y el intercambio de informaciones velara por la calidad y el funcionamiento de las informaciones ofrecidas.

6.3.5. Modificaciones introducidas en la reforma fiscal de 2015 siguiendo las recomendaciones BEPS de la OCDE

La OCDE al elaborar las BEPS crea una estrategia internacional, pero también de alguna manera sus recomendaciones inciden en las legislaciones nacionales, por ello se ha aprovechado la reforma tributaria de 2015⁶⁷³ para incorporar recomendaciones.

Las recomendaciones BEPS lo que tratan esencialmente es de establecer un nuevo juego de competitividad fiscal.

Lo que trata de evitar BEPS es evitar la doble NO imposición. Vamos a ver a continuación cuales han sido las modificaciones introducidas en la reforma del Impuesto de sociedades⁶⁷⁴, por el legislador español, consecuencia de la aplicación de las recomendaciones de los BEPS por la OCDE. La exposición de motivos se refiere a ello indicando que anticipa la reforma de 2015 las medidas y recomendaciones BEPS especialmente en materia de híbridos, transparencia fiscal y operaciones vinculadas.

6.3.5.1 .En materia de Híbridos.-

673 Ley 27/2014 de 27 de noviembre del I de Sociedades y RD 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del I. de Sociedades

674 Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades

Fundamentalmente se establece un doble mecanismo que se recoge en las modificaciones de la Ley del Impuesto de Sociedades para 2015.

Se establece un mecanismo primario en el art 15 de la ley 27/2014, de 27 de noviembre del I.de Sociedades, por el que no se permite la deducibilidad de los gastos financieros en algunos casos; como en la retribución de fondos propios (art 15 de la LIS), en los intereses de los préstamos participativos (a partir 20-6-2014), en el caso de gastos financieros de intereses de participaciones preferentes, así como en el caso de gastos financieros entre sociedades vinculadas si es mayor del 10% (art 15,j LIS). No afectan estas reglas a entidades no vinculadas

También se establece una regla defensiva, si fuese inexistente la primaria (Art 21.1 in fine) No serán deducibles los intereses cuando no generen gastos en la prestadora por ser dividendos y por lo tanto estar exentos.⁶⁷⁵

García Prats critica que no se recogen por la OCDE en BEPS ni está previsto en la reforma aspectos como las diferencias en valoraciones, en re caracterizaciones de rentas o en imputación temporal para evitar la doble imposición.

6.3.5.2. Se elimina la doble imposición con el método de exención.-

Uno de los aspectos más novedosos de la Ley es el tratamiento de la doble imposición. Tras el Dictamen motivado de la Comisión Europea nº 2010/4111, relativo al trata-

⁶⁷⁵ Esto puede crear una disfunción en el Convenio firmado con Brasil; también con las acciones preferentes australianas

miento fiscal de los dividendos, se modifica el sistema vigente con un doble objetivo: equiparar por un lado el tratamiento de las rentas derivadas de participaciones en entidades residentes y no residentes, tanto en materia de dividendos como de transmisión de las mismas, y de otra parte establecer un régimen de exención general en el ámbito de las participaciones significativas en entidades residentes. La doble imposición interna e internacional se refunden.

Incorpora un régimen de exención general para participaciones significativas, aplicable tanto en el ámbito interno como internacional, eliminando en este segundo ámbito el requisito de la actividad económica, si bien se incorpora un requisito de tributación mínima del 10% de tipo nominal, entendiéndose cumplido este requisito en los países con convenio. Se complementa con la importante reforma de la transparencia fiscal internacional.⁶⁷⁶

6.3.5.3. Con los Establecimientos permanentes.-

En el caso de los establecimientos permanentes, se aplica el régimen de exención para las rentas positivas, para las negativas sólo en caso de transmisión del Establecimiento Permanente. (Art 22 LIS).

Se permite la inclusión de ventas estimadas por operaciones interiores (derivado del cambio de redacción del Art 7 del MCOCDE. (Art 18,8 LIS)

Se quita la vinculación entre el EP y la casa central en el extranjero (art 16.3K LIS)

⁶⁷⁶ Art. 21 de la ley 27/2014, de 27 de noviembre del Impuesto de Sociedades

6.3.5.4 .En relación con los gastos financieros

Siguiendo la ACCION 4 BEPS, si bien ya se hicieron modificaciones importantes en el Real Decreto ley de 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen determinadas medidas tributarias para la reducción del déficit público, en la que introducían dos tipos de limitaciones,, la primera referida a la no deducibilidad de aquellos gastos financieros generados en el seno de un grupo mercantil, destinadas a la realización de determinadas operaciones dentro del grupo, excepto las que tuvieran contenido económico real, y una segunda limitación que en la práctica se convirtió en una regla de imputación temporal específica. En esta segunda medida se incide más siguiendo las recomendaciones BEPS de la OCDE

Se prevé una limitación adicional en relación con los gastos financieros asociados a la adquisición de participaciones en entidades cuando, posteriormente la entidad adquirida, se incorpora al grupo de consolidación fiscal al que pertenece la adquirente o bien es objeto de una operación de reestructuración.

Se recoge una medida específica sobre gastos financieros. Art15 LIS (sustituye al art 14, 1, h LIS anterior) y por otra parte recoge una regla objetiva más otra específica. Art16 LIS (sustituya a la existente en el art 20 LIS); la norma específica se refiere a actividades apalancadas

En la misma línea EEUU. Ha introducido un proyecto de reforma en el Senado, para limitar la deducibilidad fe los gastos financieros atendiendo al grupo mundial para el cálculo de gastos financieros, para hacerlo proporcionalmente.

6.3.5.5. En cuanto a la Transparencia fiscal internacional.-

De acuerdo con las recomendaciones de la ACCION 3 BEPS, se modifica las normas de imputación. (Art 100LIS):

- Estableciendo un catálogo adicional de rentas pasivas
- Definiendo el concepto de entidad pasiva.
- Se restringe la regla de mínimos

Cuando la entidad participada resida en un país o territorio calificado de paraíso fiscal o territorio de nula tributación se presume que la renta obtenida de la entidades del 15% del valor de la participación. Se cambia el límite de aplicación al 15% de los ingresos. (Art 100,14 LIS).

6.3.5.6. En los “Precios de transferencia”.

El régimen de las operaciones vinculadas fue objeto de una profunda remodelación con ocasión de la ley 36/2006, de 29 de noviembre de medidas para la prevención del fraude fiscal, y que tuvo como elemento esencia la introducción de unas obligaciones de documentación específicas.

En cuanto a las dos acciones recomendadas por la OCDE en los BEPS relativa a los intangibles y la documentación de las operaciones, podemos decir lo siguiente:

En relación con la ACCION 8 BEPS referida a Intangibles. No es una recomendación obligatoria, y no está terminada pues existe una interrelación con el resto de medidas BEPS que aún no han sido terminadas. Se define el concepto de intangibles. Pero aún no se ha incorporado esta recomendación en la reforma del Impuesto de sociedades

En relación con la ACCION 13 BEPS referida a la Documentación; una de las principales innovaciones propuestas por las BEPS en cuanto a documentación se refiere, es la documentación “país por país”; responde a una continua reclamación de las asociaciones no gubernamentales, que exigían para terminar con el imperio de las multinacionales que especificaran país por país donde obtenían sus beneficios y sus interrelaciones entre empresas del grupo a fin de evitar trasladar las bases a los territorios que ofrecieran una fiscalidad más favorable.

Sin embargo esta recomendación es provisional, y no tiene tampoco carácter obligatorio, la documentación “country by country”. No se ha incorporado esta modificación al Art 18 LIS sobre operaciones vinculadas

La Unión Europea ha elaborado un “Código de Conducta” que se ha incorporado en el art 17,18 y 20 del RIS

En las operaciones vinculadas, se modifica el perímetro de vinculación se restringe la vinculación socio sociedad al 25% de la participación.

Se simplifica las obligaciones formales; se incorpora como novedad la posibilidad de emitir un informe de país por país como obligación; por lo que nos encontraríamos con un tercer documento “máster file”, documento país, e informe de país por país con variada información.

Se elimina la jerarquía en los métodos de valoración se recogen los cinco métodos y se añade uno más de acuerdo con las técnicas de valoración aceptable en economías independientes (pensando en el descuento de flujos).

Se establece una nueva categoría en la documentación, simplificada, específica y de intangibles, que siempre ha de ser general.

Se admite la simulación (disregarding) en el ajuste en caso de vinculadas. El art 18 LIS da cobertura al art 9 del Modelo de Convenio de la OCDE para considerar que una reestructuración empresarial no tiene motivo, anulando sus efectos. Anteriormente se aplicaba el conflicto en la aplicación de las normas de la ley General Tributaria. Ahora con este precepto del LIS se le da cobertura en el Impuesto.

El Reglamento del I de Sociedades recoge como principal novedad en la modificación llevada a cabo en 2015, la recomendación BEPS (acción 13) relativa a la información y documentación de las entidades y operaciones vinculadas. Se introduce la obligación de información país por país aunque en ningún caso puede servir esta información para que la Administración realice ajustes de precios. Esta información será exigible a partir de 2016 en los términos y condiciones fijados por la OCDE.

6.3.5.7. En relación con los Acuerdo de Precios de Transferencia “APAS”-

Se conceden a las APAS un cierto efecto retroactivo con una duración de 9/10 años para dar garantías al contribuyente. Se posibilita el acuerdo para los cuatro años siguientes, y para los anteriores a la firma del acuerdo que no estuvieran prescritos.

El Reglamento del I. de Sociedades regula los procedimientos de obtención de acuerdos previos, ya sean de valoración de operaciones vinculadas, de valoración de gastos correspondientes a proyectos de investigación científica e innovación tecnológica o de calificación y valoración de rentas procedentes de determinados activos intangibles.⁶⁷⁷

6.3.5.8. En cuanto a las medidas por "Prácticas perjudiciales"

De acuerdo con las recomendaciones de la ACCION 5 BEPS /forma y sustancia

Se procede a una reducción de rentas procedentes de determinados activos intangibles (patent Box) rentas de activos no reconocidos en Balance. (Art 23 LIS).

Otras cuestiones recogidas en la reforma fiscal de 2015 en relación con las recomendaciones BEPS de la OCDE serían las siguientes:

- Se siguen considerando los dividendos percibidos por las ETVES procedentes del exterior, exentos.
- No se exige actividad económica para aplicar el régimen de exención.
- Se aborda el problema de las plusvalías negativas en el caso de transmisiones de activos en el extranjero, mateando las activas con las pasivas.
- En relación con los llamados impuestos de salida a los que ya hemos hecho referencia, se ven afectados por la reciente sentencia del TJCE de enero de 2014. Traslado de Sociedades Art 19,1 LIS; traslados de Establecimientos Permanentes al extranjero Art.18, 5 LIRNR ; traslado de las Personas Físicas a la Unión Europea. Art.95, bis, 6 IRPF.

⁶⁷⁷ RD 634/2015 de 10 de julio, capítulos VII, XIX y X

6.4. Aciertos de las medidas adoptadas por otras jurisdicciones, en la implantación de las medidas BEPS.-

Es evidente que como consecuencia de las recomendaciones de la OCDE, se van a producir una serie de modificaciones legislativas, para evitar las erosiones en las bases imponibles tributarias, como consecuencia de las transferencias de beneficios a otras jurisdicciones.

Si analizamos las medidas adoptadas por otros países que hemos tenido ocasión de analizar en el capítulo 5 de la tesis podemos llegar a la conclusión que en relación con las medidas generales “el abuso de derecho “es una práctica habitual en casi todas las legislaciones, Palao menciona la figura del “abuso” de las posibilidades de configuración jurídica del párrafo 42 de la ordenanza tributaria alemana; el *frau legis* figura a la que se recurre en Holanda ; el *abus de droit* francés, en el que se incluyen tanto la simulación como por obra del Consejo de Estado, una figura próxima al fraude a la ley (*abus de droit-fraude d'intention*). A las anteriores debe sumarse la jurisprudencia británica y el principio *substance over form* de la jurisprudencia norteamericana. Todas estas figuras, como ha señalado Palao tienen unos rasgos fundamentales comunes y encajan en líneas generales en la figura del fraude de ley conocida en la doctrina española. Sin embargo la última modificación legislativa, relativa al Fraude de Ley su desdoblamiento en dos figuras, el Conflicto de Aplicación de Normas y la Simulación, le restan fuerza y operatividad.

Por otra parte, la OCDE permite la utilización por los estados de cláusulas internas generales anti abuso en el marco de los CDI, pero recomienda suma cautela en su utilización para evitar asimetrías. No puede afirmarse como hacen los comentarios al Art. 1 del MCOCDE, que estas normas son siempre compatibles con dichos convenios, dado que su compatibilidad habrá de hacerse comparando cláusula por cláusula

Podemos decir que en casi todas las legislaciones de países de nuestro entorno se pueden encontrar medidas en cuanto a la Transparencia Fiscal Internacional, la subcapitalización o la aplicación de los precios de transferencia como medidas anti elusión, amén de otras específicas, cual pueden ser la elaboración de listas etc..-

Ultimas medidas adoptadas por diferentes legislaciones relativas a evitar la elusión del impuesto y las transferencias de beneficios.

Méjico.

En la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta (2014), se adoptan determinadas medidas en relación con pagos para cubrir gastos girados desde países que tengan un régimen de fiscalidad preferente.⁶⁷⁸

⁶⁷⁸ *No resultaran deducibles: "Los pagos hechos a personas, entidades, fideicomisos, asociaciones en participación, fondos de inversión, así como cualquier otra figura jurídica cuyos ingresos estén sujetos a regímenes fiscales preferentes, salvo que se demuestre que el precio o el monto de la contraprestación es igual al que hubieren pactado partes no relacionadas en operaciones comparables excepto por lo previsto en la fracción XXXI de este artículo.*

Los pagos que efectúe el contribuyente cuando los mismos también sean deducibles para una parte relacionada residente en Méjico o en el extranjero. Lo dispuesto en esta fracción no será aplicable cuando la parte relacionada, que deduce el pago efectuado por el contribuyente, acumule los ingresos generado por este último ya sea en el mismo ejercicio fiscal o en el siguiente.

XXXI Cualquier pago que cumpla con el inciso a), que además se efectúe por alguno de los conceptos señalados en el inciso b) y que se encuentre en cualquiera de los supuestos del inciso c):

Dinamarca.-

Desde 2008 en caso de vinculación el gasto financiero sólo es deducible si dicho rendimiento resulta gravado en sede del receptor.

Países bajos.-

Que el pago se realice a una entidad extranjera que controle o sea controlada por el contribuyente. se entenderá por control cuando una de las partes tenga sobre la otra el control efectivo o el de su administración, a grado tal, que pueda decidir el momento de reparto o distribución de ingresos, ya sea directamente o por interpósita persona.

Que el pago se efectúe por alguno de los siguientes conceptos¹. Intereses definido conforme al artículo 166 de esta ley.² regalías o asistencia técnica. También se consideran regalías cuando se enajenen los bienes o derechos a que se refiere el art 15B del código fiscal de la federación, siempre que dicha enajenación se encuentre condicionada al uso, disposición o productividad de los mismos bienes o derechos.

Que se encuentre en alguno de los siguientes supuestos:

Que la entidad extranjera que percibe el pago se considere transparente en los términos del art 176 de esta ley. no se aplica este numeral, en la medida y proporción que los accionistas o asociados de la entidad extranjera transparente estén sujetos a un impuesto sobre la renta por los ingresos percibidos a través de dicha entidad extranjera, y que el pago del contribuyente sea igual al que hubieran pactado las partes independientes en operaciones comparables.

-Que el pago se considere inexistente a efectos fiscales en el país o territorio donde se ubique la entidad extranjera."

-Que dicha entidad no considere el pago como ingreso gravable conforme a las disposiciones fiscales que le sean aplicables. Para los efectos del apartado c) un pago incluye el devengo de una cantidad a favor de cualquier persona y cuando el contexto....

Entre 2001 y 2007. El interés es deducible, incluso si ambas partes son vinculadas, si el préstamo y el negocio jurídico responden a una finalidad empresarial o el rendimiento se grava en manos del accionista de forma razonable atendiendo al standard holandés.

Francia.-

Ha introducido un impuesto sobre operaciones financieras,⁶⁷⁹ en las que se gravaran, a un tipo del 0,1% sobre el valor de adquisición las acciones de compañías cotizadas cuya matriz esté localizada en Francia, y al tipo del 0,01% en las denominadas operaciones frecuentes, y determinadas transacciones (Swap) sobre la deuda estatal.

Reino Unido

Existen normas especiales en materia de híbridos financieros:

- En el caso de instrumentos cuya tributación pueda ser alterada a elección de una de las partes (bono convertible por decisión del accionista)
- En el caso de participaciones convertibles en bonos o viceversa, cuando se condiciona a un hecho cierto por la sociedad emisora.
- En el caso de la deuda es tratada como capital a efectos contables.

Sin embargo la norma preventiva no se aplica cuando el principal propósito del negocio jurídico o de la estructura no es obtener un beneficio fiscal para la compañía británica o el importe de dicho beneficio fiscal es inferior a las 50.000 libras.

⁶⁷⁹ Desde el 1 de agosto de 2012

En cuanto a la regulación de las sociedades CFC se ha actualizado la legislación vigente, ya que no se va a aplicar las reglas de transparencia a las CFC en razón de sus actividades, la capacidad o el propósito fiscal;⁶⁸⁰

En el caso que la dirección de la CFC no se lleve desde el R.U. no se le aplicará las normas de transparencia; si en el caso de que las actividades desarrolladas en el R.U. se paralizaran y la CFC tuviera capacidad para seguir funcionando, tampoco se aplicarían las normas de las CFC, y en cuanto a la exigencia de él “Propósito Fiscal”, este requisito se cumpliría en el caso de que los acuerdos llevados a cabo con “CFC” no tuvieran como propósito último minorar la tributación en el R.U.

Por último señalar que el R.U. ha introducido una nueva medida anti elusión para perseguir el traspaso de deuda entre sociedades vinculadas. Cuando el prestamista vende su derecho de crédito a una sociedad vinculada con el prestatario a un valor inferior al de mercado o con la deuda deteriorada, y cuando dos sociedades obligadas con una deuda se convierten en vinculadas, una vez que se produce el deterioro.⁶⁸¹

⁶⁸⁰ *El 29 de febrero de 2012 el gobierno británico revisa la legislación de las “CFC” Controlled Foreign Companies*

⁶⁸¹ *En vigor desde el 27 de febrero de 2012*

7. CONCLUSIONES.

El objetivo pretendido en la presente tesis "**Análisis jurídico de los paraísos fiscales y medidas para evitar sus efectos**" es profundizar en el fenómeno de los paraísos fiscales y proponer soluciones en el marco jurídico, tanto nacional como internacional.

El tema de la tesis se ubica en el Área de Derecho Financiero pues trata de analizar el problema y recoger las medidas que se han adoptado en otros países y las recomendaciones de los Organismos Internacionales y trasladarlas a nuestra legislación.

Por eso podemos distinguir dos partes de la tesis; la primera trataría de sumergirnos en los orígenes y evolución del fenómeno, analizando el concepto y las funciones desempeñadas por los paraísos fiscales, así como los efectos nocivos que producen. Para ello acudimos a la historia, los instrumentos jurídicos empleados, la naturaleza jurídica de las entidades que allí operan, y los vehículos mercantiles y financieros utilizados para la entrada y salida de estos territorios, así como la estructura política y administrativa de los países y territorios considerados como paraísos fiscales.

La segunda parte trata de analizar a nivel de derecho comparado las medidas adoptadas, por las diversas jurisdicciones para evitar su uso, así como las recomendaciones de los Organismos Internacionales, y como se van trasladando estas, a las diferentes legislaciones, para por último en base al análisis realizado, proponer algunas medidas que ayuden a impedir la utilización de los paraísos fiscales.

La denominación de paraíso fiscal responde a un fenómeno complejo que engloba múltiples aspectos. Por las connotaciones peyorativas que tiene el término "paraíso fiscal" se ha ido denominando con una diferente terminología una misma realidad. Se utiliza el término de territorios de baja o nula tributación, centros financieros offshore,

jurisdicciones no cooperativas y otros muchos. Si bien todos estos términos matizan determinados aspectos y situaciones del territorio en cuestión.

Se emplean diversos sistemas para otorgar el calificativo de “paraíso fiscal”, fundamentalmente se emplea un sistema de listas donde se incluyen determinados territorios, y que depende su redacción de los estados u organismos internacionales, o bien la comparación con la tributación interna.

Cuando hablamos de paraíso fiscal nos referimos fundamentalmente a un territorio, donde la tributación es baja o nula, y la confidencialidad elevada.

El paraíso fiscal es una realidad cambiante por su propia naturaleza y por la lucha que mantienen por su supervivencia frente a la persecución de los Estados y Organismos Internacionales, y que responde a una demanda creciente de usuarios.

Los paraísos fiscales nacen ante la necesidad de los usuarios de ubicar sus patrimonios y sus actividades en lugares de baja tributación, y de encontrar territorios que ofrezcan confidencialidad a sus operaciones, así como que tengan una legislación flexible para adaptarse a la realidad circundante, crear y disolver sociedades mercantiles, así como el ofrecer facilidades de comunicación, antes geográficas, y ahora electrónicas y financieras.

Los paraísos fiscales si bien tienen sus antecedentes en los territorios adyacentes, de Nueva York, (New Jersey y Delaware), donde se empezaron a ubicar las empresas que comerciaban con el nuevo mundo, porque estos territorios ofrecían una legislación fiscal más atractiva con menos impuestos y facilidad para cerrar ,modificar y liquidar compañías, podemos decir que el origen de los paraísos actuales están en las colonias

surgidas de la disolución del imperio británico, y por otra parte en los países centrales del continente europeo, Holanda, Luxemburgo Suiza y Liechtenstein; estos han sido el núcleo a través de los que se ha desarrollado en otros países el modelo de paraíso fiscal. Hoy debido a las filtraciones sobre todo de la prensa y de los testimonios de *“arrepentidos”*, los usuarios, se han desplazado al lejano oriente Singapur y Hong Kong.

Los paraísos fiscales han experimentado un cambio importante, pasando de ser simplemente un refugio donde ubicar un patrimonio, obtenido a veces de forma inconfesable, a una posición activa facilitando la gestión de patrimonios y favoreciendo el establecimiento de empresas con actividades en el exterior. Esto ha sido posible mediante la conversión de los paraísos en centros Offshore, que posibilitan las inversiones, fundamentalmente ahora en la City Londinense, después de los obstáculos que han surgido en Wall Street con la ley FATCA que obliga a identificar a los inversores eliminando la confidencialidad ofrecida desde los paraísos fiscales.

Los efectos producidos por la utilización de los paraísos fiscales son absolutamente nocivos, en primer lugar porque evitan que los usuarios paguen impuestos en su país de residencia o en el país de la fuente de la renta, y por lo tanto trasladan las cargas públicas al resto de ciudadanos que no quieren o no pueden utilizar estas estructuras para evitar el pago de impuestos. Esto es todavía más sangrante en los países en vías de desarrollo porque les condenan a una pobreza permanente. En segundo lugar origina una desigualdad entre los ciudadanos al tener que soportar los impuestos para cubrir las cargas públicas, produciendo todavía un mayor alejamiento entre los pobres y los ricos, que son los que suelen utilizar los paraísos, aumentando la desigualdad mundial. En tercer lugar las empresas que utilizan las facilidades de los paraísos fiscales, quiebran la libre competencia, porque al reducir la factura fiscal que en definitiva es un coste de producto acuden al mercado en mejores condiciones que las empresas que no utilizan esta posibilidad, por lo que, a la larga se quedan con el mercado, al ser más competitivas en precio ,eliminando así la libre competencia.

El usuario de los paraísos fiscales, suele utilizarlos bien para trasladarse a vivir al mismo cosa ahora poco frecuente e innecesaria, o bien para crear una sociedad con personalidad propia en esa jurisdicción. El objetivo será trasladar el beneficio desde el país de residencia al paraíso fiscal y remansar los dividendos y rentas percibidas en el extranjero para que no sean gravados en el país de residencia. También se suelen frecuentemente utilizar los mencionados territorios por los grupos empresariales para establecer las cabeceras de mando y fijar estrategias de desarrollo en los países de la zona.

Es evidente que estas operaciones ahora debido a las medidas anti paraíso adoptadas por la mayoría de los países no se hacen directamente, sino que se utilizan sociedades “conductoras” (conduit companies) en países con Convenio para evitar la doble imposición, que en general ofrecen beneficios respecto a la tributación ordinaria.

La forma en que los usuarios trasladan los beneficios, a los territorios de baja o nula tributación, erosionando las bases en los países de la fuente de renta, suelen hacerse mediante alguno de estos procedimientos

- Mediante la compra de materias primas o la venta del producto a una sociedad vinculada fuera del territorio, a un precio bajo en la venta o alto en la compra por lo que se traslada en cualquier caso el beneficio al país de destino o de origen.
- Otro sistema es el ubicar la patente o la marca del producto, en un territorio diferente del lugar donde se genera el beneficio a fin de licenciar cánones y así trasladar el beneficio a otros países, normalmente amparándose en los que den

un tratamiento fiscal favorable a este tipo de empresas y posean convenios para evitar la doble imposición con otros países.

- Otro sistema será la reestructuración en el caso de multinacionales del accionariado mediante adquisiciones de participaciones de empresas vinculadas con cargo a préstamos de empresas del grupo, que originan gastos financieros cuantiosos, y que tienen por destino países que establecen una legislación para estos rendimientos favorable, amparándose o bien en los convenios o como en el caso de la Unión Europea de la exención en la fuente de la tributación de los rendimientos financieros generados por una entidad residente en otra o país de la Unión Europea. También se suelen utilizar instrumentos financieros, como los derivados, para ubicar las ganancias o pérdidas en otro país erosionando las bases en el de la fuente. También es frecuente ver a la combinación de gastos financieros que se originan dentro de la Unión Europea pero que terminan como ingresos en un paraíso fiscal amparado por algún convenio para evitar la doble imposición internacional.
- Por último es frecuente la utilización de sociedades que facturan servicios, no realizados o a precios superiores a los de mercado, con lo que se produciría la erosión de las bases imponibles en el país de la fuente, podrían ser en este caso contratos de comisión, prestaciones de servicio, contratos de distribución, de exclusividad, asistencia técnica etc....

Se solían utilizar y aún se utilizan paraísos fiscales para establecer navieras con pabellones de conveniencia, no solo por motivos fiscales, sino también mercantiles y laborales. En la actualidad con el auge del comercio por internet, se ha acentuado la utilización de los paraísos fiscales, para los servicios on -line, juegos de azar, descargas de programas videos o canciones en soporte digital.

Para llevar a cabo estas operaciones los paraísos ofrecen la posibilidad de constituir rápidamente sociedades, por ejemplo las IBC (International Business Company) o las LLC (Limited Liability Company) que son fáciles de crear, alquilar, modificar y liquidar, no teniendo los controles de auditoría obligatorios en la mayor parte de los países, siendo dirigidas por fiduciarios, con una legislación proclive a la defensa de esta situación que garantice la confidencialidad de las operaciones.

La actitud de las jurisdicciones y los organismos internacionales frente a los paraísos fiscales, ha cambiado notablemente pasando desde una situación en la que se ignoraba su existencia, quizás por el desconocimiento de su realidad y la dimensión del problema, a una situación de preocupación por el uso que hacen las empresas y ciudadanos de los mencionados paraísos fiscales, que están originando una evidente erosión de la bases imponibles en los estados.

Ha ido cambiando la postura de los países y de los Organismos Internacionales respecto de los paraísos fiscales, en un principio se establecieron listas de países considerados paraísos fiscales, y una serie de medidas contra las operaciones provenientes de ellos , siguiendo como criterio que se gravaban poco o nada las operaciones en detrimento de la libre competencia.

Sin embargo esto cambio, ya que se consideró que estas jurisdicciones tenían competencia para establecer los tipos de gravamen que considerasen oportunos en su territorio, ya que eran soberanos y se intento combatir su utilización mediante el uso de la información, creando la OCDE un Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de la Información para luchar contra la confidencialidad. La filosofía cambia; ya no se lucha para que los países de baja tributación graven los patrimonios y beneficios, sino que lo que se pretende es saber el origen de los fondos obtenidos, y quienes son sus titulares.

Últimamente han sido dos, los hechos que han influido en la preocupación creciente de los estados y organismos internacionales en relación con este fenómeno, y en particular en EEUU, y han sido el atentado terrorista de las torres gemelas de Nueva York en 2001 y la gran crisis económica de 2008, en ambos casos los paraísos tuvieron un papel importante en el primero con la financiación de toda la operación terrorista, y en el segundo en originar un riesgo sistémico al operar con nuevos productos financieros desde sociedades ubicadas en paraísos fiscales.

El G20 ha encargado a la OCDE que realice un estudio en 2014 sobre la Transferencia de beneficios y la erosión de las bases imponibles (BEPS) y de unas recomendaciones para solucionar este importante problema. En octubre de 2015 ha elaborado la OCDE un informe final que recoge una serie de medidas y recomendaciones para evitar la elusión fiscal y el traslado de beneficios a paraísos fiscales.

El legislador español toma conciencia del problema en 1991 estableciendo una lista de paraísos fiscales y recogiendo en los diversos textos legales medidas anti paraíso. Si bien esta lista ha tenido sus vicisitudes quedando en la actualidad de los 48 paraísos fiscales iniciales, sólo 33 al comienzo de 2015. Por lo demás sigue las recomendaciones de los Organismos internacionales⁶⁸² incorporando a su legislación las modificaciones propuestas.

⁶⁸² OCDE y UE

Doce medidas para acabar con las zonas de baja tributación y evitar las transferencias de beneficios.-

La situación actual es muy proclive a la lucha contra los paraísos fiscales, y existe una conciencia en las naciones y organizaciones internacionales más importantes como nunca antes la ha habido. El G20 está implicado especialmente en esta singular conciencia.

Nosotros proponemos a continuación como conclusión de esta tesis doctoral, doce medidas para evitar el uso de los paraísos fiscales. No hay que olvidar que algunas de las medidas aquí expuestas son de contenido político y es ilusorio pensar que sin el acuerdo de los interesados, países que ocupan puestos prominentes en las instituciones internacionales, se pueda implementar ciertas medidas que eliminen los paraísos fiscales. La lucha contra el uso abusivo de los paraísos fiscales, tiene dos componentes el político y el técnico. Sin ellos es imposible solucionar el problema a nivel global.

A grandes rasgos podemos destacar que en la batalla propuesta contra los paraísos fiscales y la transferencia de beneficios a los mismos, distinguimos dos frentes aunque con el mismo objetivo

El primero para evitar las transferencias de beneficios hacia las zonas de baja tributación. Y para ello contaremos con las medidas más contundentes cuales son el fraude de ley o en su versión española, el conflicto en la aplicación de las normas y la simulación, y las cláusulas a incorporar en los convenios de doble imposición. Negando eficacia a estructuras artificiosas y evitando que se aprovechen de la bondad de los convenios contribuyentes que lo que pretenden es trasladar su beneficio a paraísos fiscales.

Como medidas específicas al margen de una serie de medidas concretas para evitar el uso de los paraísos fiscales, y que hemos podido ver en el capítulo 4, podemos destacar, una serie de medidas para evitar que los grupos multinacionales trasladen sus beneficios utilizando precios de transferencia, con la valoración de las materias primas, servicios y propiedad industrial; con la transparencia fiscal internacional evitando que las CFC remansen rentas en paraísos, y eviten la tributación de los dividendos; en las operaciones de híbridos evitando la no imposición de entidades ;dando soluciones al tema del drenaje de la base imponible, a través de gastos financieros; abordando la problemática de la elusión de los establecimientos permanentes.

El otro frente sería la lucha directa contra los propios paraísos fiscales, para evitar que realicen actividades perjudiciales; en esta línea destacaríamos, la elaboración internacional de una lista de países no cooperativos o paraísos fiscales; la lucha contra la planificación agresiva; el hostigamiento de los centros offshore; el aprovechamiento y uso de la información; la creación de una tasa financiera con funciones de control; así como el enfrentamiento a los problemas fiscales que plantea el mundo de la economía digital.

1. Lucha contra la planificación fiscal agresiva

La globalización ha influido notablemente en la reorganización empresarial de las multinacionales, fundamentalmente por la movilidad de capitales y por la tecnología. Se han adaptado a las circunstancias tanto global, como regionalmente, olvidándose de operativas nacionales.

Las filiales y sucursales que forman las multinacionales llevan a cabo sus actividades de manera coordinada con políticas y estrategias globales de grupo. La tecnología digital ha permitido a estas multinacionales, que el suministro de bienes y servicios para luga-

res distantes físicamente de sus clientes se pueda realizar eficazmente. Esto ha tenido como consecuencia que aquéllas puedan decidir con antelación el lugar en el que surjan y graven los beneficios empresariales, a través de distintas técnicas que han sido identificadas por la OCDE y por la UE como fiscalmente agresivas, entre las que se incluyen:

- Las operaciones de precios de transferencia en las que, mediante sociedades filiales de un grupo, se elige la jurisdicción fiscal donde se somete a gravamen el beneficio, incluso teniendo en cuenta el principio de Arm's Leght. Las multinacionales pueden manipular el precio, separando artificialmente sus activos, funciones, riesgos, alterando la cadena de valor y localizando la tributación en un país de baja tributación.
- El uso de estructuras o nuevas tecnologías para minimizar la necesidad de presencia física en una jurisdicción fiscal, llevando a cabo determinadas funciones desde otro lugar. Así, algunas actividades pueden realizarse asegurándose que no dan lugar a la creación de un establecimiento permanente.
- La utilización de transacciones artificiales o creación de sociedades instrumentales que explotan los Convenios de doble imposición internacional (en adelante, CDI), permitiendo a la multinacional un "Treaty Shopping", disfrutando de los beneficios de un tipo inferior de retención en dividendos, intereses o cánones.
- La creación de estructuras societarias o instrumentos financieros de carácter híbrido para explotar asimetrías en las normas tributarias de diferentes países.
- La constitución de entidades vehículo con propósito específico sin trabajadores, actividades o presencia física, localizadas en una jurisdicción distinta a la de su matriz.

El Plan de Acción BEPS elaborado por la OCDE, se refiere en particular a las estrategias de planificación fiscal dirigidas a explotar las lagunas grises de la legislación en lugares donde no hay o es mínima su tributación.⁶⁸³

Como antecedentes del BEPS de la OCDE tenemos en la UE, el plan para reforzar la lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacionales (COM(2012) 722/2 y C(2012) 8806 final) de fecha 6 de diciembre de 2012, cuando la Comisión Europea publicó, entre otro tipo de medidas, una recomendación a los Estados miembros para que limitasen la planificación agresiva a través de cláusulas que, tanto en la legislación interna como en los CDIs, condicionaban el tratamiento tributario de una renta o gasto a su impacto en otros Estados (de modo que se asegurase que existía tributación en alguna jurisdicción). Igualmente, se recomendaba la adopción de una norma anti abuso de carácter general que permitiese perseguir operaciones artificiales con motivación fiscal y sin sustancia económica.⁶⁸⁴

683 La OCDE para llevar a cabo sus trabajos sobre planificación fiscal agresiva cuenta con el Grupo de Trabajo núm. 11, del Comité de Asuntos Fiscales, dedicándose a las siguientes cuatro acciones: *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Action 2)*; *Strengthening CFC rules (Action 3)*; *Limiting Base Erosion via Interest Deductions and Other Financial Payments (Action 4)*; y, *Requiring Taxpayers to Disclose their Aggressive Tax Planning Arrangements (Action 12)*.

684 Algunas de estas medidas tendentes a eliminar lagunas legales han sido llevadas a cabo a través de la modificación de la Directiva Matriz-Filial aprobada por el Consejo de la UE el día 27 de enero de 2015, en la que se introduce una norma anti abuso de carácter general. La acción se sitúa en un acuerdo político alcanzado el día 9 de diciembre de 2014 y en la previa modificación de la Directiva por la que se introdujeron limitaciones específicas en el caso de instrumentos financieros híbridos (Directiva 2014/86).

La Comisión Europea anunció en 2015 la presentación de un conjunto de medidas en materia de transparencia fiscal y cooperación entre las Administraciones tributarias como elementos necesarios para eliminar las prácticas fiscales abusivas y los regímenes fiscales perniciosos. Este Transparency Tax Package ha aprobado normas dirigidas a mejorar el intercambio automático de información en materia de Tax Rulings, que parece ser que es lo que subyace en el conocido caso Luxleaks. A este conjunto de medidas le seguirá una segunda tanda de iniciativas, dedicadas a una fiscalidad justa y eficiente en la imposición de sociedades.

El R.U. trata de implantar el “*Diverted Profits Tax*” o Impuesto sobre los beneficios eludidos que gravaría la operativa de compañías extranjeras que a través de mecanismos artificiosos eluden la existencia de un establecimiento permanente en el Reino Unido (que implica la tributación de los beneficios locales en ese país), o bien que a través de una remuneración excesiva de la compañía extranjera, y no proporcional a su sustancia económica, erosione los beneficios de las compañías británicas del grupo.

La planificación fiscal, ha ido en aumento, sofisticándose, por ello ha sido objeto de estudio por parte de la OCDE en diversas ocasiones; 685. En el otro lado del Atlántico, el IRS americano planteó una estrategia completa para la lucha contra la asesoría fiscal abusiva basada en la detección precoz de los esquemas de elusión, la difusión pública de la posición oficial respecto a los mismos y el desarrollo de métodos de regularización alternativos. Tuvo que crear órganos especializados dentro de la Agencia, estable-

685 “Luchar contra la planificación fiscal agresiva a través de la mejora y la transparencia de la comunicación de informaciones” OCDE.2011 “Luchar contra la erosión de la base de imposición y la transferencia de beneficios”.(BEPS) OCDE,2013

cer obligaciones de información para disponer de información cruzada y capacitar equipos de inspectores.⁶⁸⁶

El “International Revenue Service” de EEUU (IRS), ha puesto en pie una estrategia basándose en los siguientes principios:

- Identificar y combatir a los promotores.
- Obligar a los inversores a declarar operaciones que puedan ser sospechosas.
- Informar al público de sus conocimientos sobre los productos.
- Desarrollo de métodos alternativos de regularización.

Se han codificado las siguientes infracciones tributarias en relación con la planificación fiscal agresiva:

- La falta de presentación de declaración de operaciones sujetas a tal deber.
- Dejar de ingresar si se debe a una operación que debe declararse (reportable transaction).
- Promover tax shelter, si no presenta una lista de clientes.
- No comunicar públicamente la sanción impuesta

Están previstas sanciones a los asesores (tax preparer penalties) que están involucrados en las planificaciones fiscales agresivas.⁶⁸⁷

⁶⁸⁶ “Tax Shelter y fraude: detección y control de la planificación fiscal abusiva”. Análisis de la experiencia Estadounidense, José Manuel García Rodríguez. *Crónica Tributaria* 140/2011 pág. 115 a 166

⁶⁸⁷ LA EXPANSIÓN Y CONTROL DEL FENÓMENO DE LOS TAX SHELTERS EN ESTADOS UNIDOS, Ubaldo González de Frutos, IEF, DOC. Nº 19/06.

Contrasta las iniciativas adoptadas por el IRS con las penalizaciones previstas en el estado español, que en caso de conflicto en la aplicación de las normas, después de todo un largo procedimiento al final tan solo son exigibles intereses de demora, para el contribuyente y sólo posibilidad de sanción a partir de la reforma de la LGT (art 15LGT) de 2015, no existiendo sanción alguna para el inductor asesor.

La OCDE ha encargado un informe sobre cómo luchar contra la planificación fiscal agresiva, para la mejorar la transparencia y la comunicación de las informaciones.⁶⁸⁸

Concluye el informe que las iniciativas de puesta en común de informaciones, pueden disminuir sensiblemente el “decalage” que se produce entre la planificación fiscal agresiva y su identificación por las administraciones, permitiendo inmediatamente poder evaluar y resolver el problema.

Propondríamos revisar la posibilidad de sancionar tanto al ejecutor como al inductor de conductas elusivas, tipificando el ilícito tributario, y exigir información previa de las operaciones, obligando a los inversores a declarar operaciones sospechosas. Lo que disminuiría el tiempo de respuesta de las administraciones ante nuevos retos.

2. Lucha contra los regímenes preferenciales

⁶⁸⁸ “Tackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure”. February 2011 OCDE “Luchar contra la planificación fiscal agresiva a través de la mejora y la transparencia de la comunicación de informaciones”. OCDE 2011

Aquí es donde juegan un papel esencial los denominados paraísos fiscales, ya hemos tenido ocasión de analizar en la tesis el concepto amplio de paraíso fiscal, que en definitiva es aquel territorio que ofrece ventajas, en perjuicio de otros.

La OCDE en su informe final BEPS aborda el tema destacando dos características esenciales que definen al régimen preferencial, y es la creación de entidades en estos territorios sin actividad real, y en segundo lugar aborda en el caso de la Propiedad Industrial el nexo existente entre el lugar de ubicación de la patente y el del gasto fiscal. Si bien no aborda otros problemas de momento.

Si bien es cierto que han transcurrido más de 15 años desde que la OCDE publicase, en 1998, el informe titulado “Competencia fiscal perniciosa: Un problema mundial emergente”, los motivos de preocupación e inquietud subyacentes en torno a cuestiones de política fiscal plasmados en dicha publicación siguen siendo tan relevantes a día de hoy como lo fueran por aquel entonces. Las preocupaciones actuales son el riesgo que supone la utilización de regímenes fiscales preferenciales para transferir artificialmente los beneficios y por la falta de transparencia en lo que respecta a ciertos tax ruling (decisiones administrativas en relación a contribuyentes específicos). La importancia del trabajo sobre prácticas tributarias perniciosas se puso de manifiesto al incluirlo como parte del Plan BEPS que en su acción 5 encomendaba al Foro sobre Prácticas Fiscales Perniciosas a: *“Poner al día el trabajo sobre prácticas tributarias perniciosas con la mejora de la transparencia como prioridad, incluido el intercambio espontáneo obligatorio en las resoluciones individuales relativas a regímenes preferenciales, y con la existencia de una actividad económica sustancial como requisito básico para aplicar cualquier régimen preferencial.”*

En 2014, el Foro presentó un primer informe de progreso que queda incorporado y sustituido por el informe final. La labor del Foro se ha centrado principalmente en con-

sensuar y aplicar una metodología que defina el criterio de actividad sustancial utilizado en la evaluación de regímenes preferenciales, comenzando en primer lugar por los regímenes de propiedad intelectual (PI), y siguiendo por otro tipo de regímenes preferenciales. Dicho informe se centra, asimismo, en la mejora de la transparencia mediante un sistema obligatorio de intercambio espontáneo de ciertos tax rulings (decisiones administrativas en relación a contribuyentes específicos) que presenten riesgos de BEPS ante la falta de dicho intercambio.

Habrà que seguir actuando contra aquellas sociedades que no tienen sustancia económica y que son meros vehículos, que en definitiva son las que canalizan inversiones y retornan beneficios. Este tipo de sociedades son las que se ubican especialmente en paraísos o zonas de baja tributación. La medida propuesta podría ser, exigir auditorias de compañías internacionalmente reconocidas, para que certificaran la autenticidad y veracidad de las cuentas, que dieran un certificado de garantía a estas sociedades y sirviera para suministrar la información necesaria y fiable de las operaciones realizadas por las compañías ubicadas en estas zonas offshore.

En relación con los “Ruling”, los acuerdos entre estados y empresas normalmente multinacionales, son la puerta falsa por donde se erosionan legalmente las bases imponibles, de los estados en donde obtienen sus beneficios las empresas.

Holanda y Luxemburgo son los países que tienen una mayor tradición en la firma de estos acuerdos, fundamentalmente consiste en atraer las cabeceras de las compañías, y conseguir que establezcan su domicilio fiscal en estos territorios, a cambio de ofrecer por un tiempo unas mejores condiciones fiscales.

Es evidente que supone una actuación perjudicial para el resto de los países que ven como se trasladan los beneficios a Luxemburgo o a Holanda. Este mecanismo ha saltado al conocimiento de la opinión pública en el caso del “Luxembourg Leaks”;⁶⁸⁹ por el que el estado de Luxemburgo habría realizado “Tax ruling” con unas 350 compañías multinacionales, durante los ejercicios 2002 a 2010, fueron negociados por Price waterhouseCoopers, aunque se supone que las restantes consultoras internacionales habrían utilizado este sistema.

En nuestro ámbito más próximo sería conveniente que una institución como la Unión Europea estableciera un control de los “ruling” firmados en sus territorios, que tuvieran conocimiento de los mismos sus firmantes y su contenido, así como pudiera anularlos si considera que son lesivos para los restantes miembros.

En otro orden de ideas, existen lagunas legales, respecto a la aplicación de las directivas matriz-filial en el caso de Gibraltar y el Reino Unido. Por ello habría que revisar los acuerdos Matriz Filial cuando el destinatario final es una entidad sita en Gibraltar o en otro paraíso fiscal, que aproveche los convenios con el Reino Unido, para transferir a Gibraltar los beneficios obtenidos en un país de la Unión Europea.

3. Aprovechar el suministro de información

Está claro que la política iniciada por la OCDE en el año 2000, mediante la creación del “*Foro Mundial sobre la Transparencia y el Intercambio de Informaciones*” estableció una herramienta esencial en la lucha contra la transferencia de beneficios y la lucha

⁶⁸⁹. www.icij.org/project/luxembourg-leaks

contra los paraísos fiscales. Si no podemos exigir a las jurisdicciones que eviten regímenes preferenciales, al menos sepamos quienes son los usuarios de los mismos.

También hay que reconocer los esfuerzos realizados por la OCDE en la elaboración de la norma mundial de cambio automático de informaciones en materia fiscal.

El G5 integrado por Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido ha trabajado intensamente de la mano de la Comisión Europea, para lograr un acuerdo similar al modelo FATCA de los EEUU, por el que los países que participan en dicho acuerdo 690 se obligan a intercambiar información fiscal.

No se puede luchar fácilmente contra las jurisdicciones que aparecen y desaparecen así como las ventajas que ofrecen a quienes acceden a su territorio. Pero si es posible requerir información de sujetos y operaciones que utilizan dichos territorios, información que se ponga a disposición de los estados solicitantes.

El incumplimiento de esta solicitud de información podría dar lugar a una lista de países no cooperantes, que en definitiva sería una nueva lista internacional de paraísos fiscales a los que se les podría oponer las medidas anti paraíso correspondientes.

690 Acuerdo firmado en Berlín por 50 países que se comprometen a intercambiar información 48 a partir de 2017 y dos a partir de 2018. Además hay otros seis países comprometidos aunque no han firmado acuerdo, para intercambiar información a partir de 2017.

Por lo tanto es muy importante seguir avanzando en la labor del intercambio automático de información, que es efectiva por su rapidez, y no como existe actualmente, que es a instancia de parte, lo cual ralentiza las actuaciones considerablemente.

También es fundamental para el control de las transacciones con medios de pago electrónicos y en general con las operaciones de comercio electrónico.-

El cambio automático de informaciones comprende la comunicación automática a intercambios regulares, de diversas categorías de renta (dividendos, intereses, cánones, salarios, pensiones etc...) tanto por el país de fuente de la renta como del domicilio del contribuyente. Esto permitirá conocer la información en tiempo real.

La OCDE estaba elaborando un modelo estandarizado, para evitar costes para todos los actores. Un modelo de cambio automático multilateral requiere una base jurídica para el cambio de informaciones, hay diferentes bases jurídicas en las que fundamentar el cambio de informaciones bien como un acuerdo bilateral en el marco del Art. 26 del MCOCDE;⁶⁹¹ o de acuerdo multilateral en base al convenio de asistencia mutua en materia fiscal. Todos los convenios e instrumentos de cambio de información tienen una cláusula de confidencialidad.⁶⁹²

Una nueva norma para el cambio automático de la información, elaborada por la OCDE y el G20 ha sido adoptada por todos los países de la OCDE y del G20 así como por los Centros Financieros que participaban en la reunión anual del Foro Mundial sobre la

691. Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE

692. La OCDE ha publicado una norma común de declaración sobre el cambio automático de informaciones el día 13 de febrero de 2014.

transparencia y el cambio de informaciones celebrada en Berlín. Está preparando la OCDE una lista de países comprometidos con el intercambio de información y los no comprometidos, que podría dar origen a una futura lista de paraísos fiscales con el plácet de la OCDE, de aquellos países que no quieran proporcionar información de datos fiscales.⁶⁹³

Se han comprometido 51 jurisdicciones firmando un “acuerdo multilateral entre autoridades competentes” que activará el cambio automático de información inspirándose en el “Convenio multilateral concerniente a la asistencia administrativa mutua en materia fiscal”. En esa línea se encuentra la Directiva de Cooperación Administrativa en el ámbito de la Fiscalidad la UE. La nueva directiva supone un salto cualitativo, en la medida en que fija, por primera vez, la obligación de informar automáticamente sobre ciertos tipos de renta y erradica la excusa del secreto bancario para no aportar datos requeridos por otro Estado. Estas son las claves de la futura herramienta que utilizará Europa para cerrar filas contra el fraude y en favor del control tributario.

Ante la globalización y en la era de los avances tecnológicos, surge la necesidad de que los países miembros colaboren activamente en materia de control fiscal. No obstante siempre ha habido reticencias entre algunos países miembros.

A cambio de aceptar las nuevas reglas, Austria y Luxemburgo, plazas financieras que ya han trabado avances anteriores, logran un aplazamiento. Las disposiciones sobre intercambio automático de información surtirán efectos en 2015, dos años después que la aplicación inicial de la directiva. Además, a partir de la experiencia práctica y de la estadística, cada cinco años los países podrán revisarla.

693. La lista se presentó en la cumbre de Brisbane Australia ;Fuente OCDE 29/10/2014, Oficina de prensa

Una de las grandes novedades de la Directiva es que afectará a casi todo tipo de impuestos, con la excepción principal del IVA, que cuenta con sus propias reglas y era el único sobre el que se venía intercambiando información habitualmente y sobre el que existía una base de datos común para atacar las tramas de elusión transfronteriza.

Tampoco habrá limitaciones regionales o locales. Una oficina de enlace creada a tal efecto en cada Estado podrá solicitar a otro país miembro información fiscal sobre tributos estatales, autonómicos e incluso locales. Esa información se reclamará y facilitará mediante formularios específicos que, según prevé la norma, podrán generarse en formatos electrónicos para agilizar aún más todo el proceso.

Sobre todos estos impuestos los países podrán solicitar información. Si el país que recibe la solicitud necesita abrir investigaciones, actuará como si se tratase de una iniciativa propia. En todo caso, el principal cambio en este terreno son los plazos perentorios que se deberán aplicar. El país receptor de la petición tendrá siete días para dar acuse de recibo y, salvo que reclame aclaraciones al demandante, en un máximo de seis meses tendrá que comunicar la información reclamada (dos meses, si ya cuenta con esos datos).

Los países deberán también ofrecer información de oficio, por iniciativa propia y en el plazo de un mes, cuando entiendan que puede estar en juego un beneficio fiscal anómalo, o simplemente que esos datos resultan útiles para el otro Estado. Pero la norma pone especial interés en el intercambio espontáneo para atacar operaciones transfronterizas y transferencias ficticias de beneficios que erosionen la base imponible de uno u otro Estado. Será, por tanto, una herramienta primordial en el control de las políticas de precios de transferencia de las multinacionales.

Pero si una buena parte de la Directiva está enfocada hacia la pura lucha contra el fraude, posiblemente el mayor avance alcanza al escalón inferior, el control integral del contribuyente mediante una amplia base de datos. Para ello, y desde 2015, los Estados deberán estar en disposición de remitir, como muy tarde seis meses después del cierre de cada ejercicio, la información fiscal que tengan sobre contribuyentes de otros países miembros en cuanto a cinco categorías de rentas concretas: rendimientos del trabajo, retribuciones de directivos, seguros de vida no cubiertos por la Directiva del ahorro, pensiones y tanto propiedad de inmuebles como rentas inmobiliarias.

A partir de 2017 ya no habrá excusa alguna, dado que tendrán que escoger al menos tres categorías. Además, a partir de ese año, y si el Consejo lo aprueba como está previsto, el menú se ampliará a ocho categorías, incluyendo ya dividendos, ganancias de capital y cánones.

La directiva consagra también los controles simultáneos en dos o más Estados y la presencia de inspectores de un país en las pesquisas que se desarrollen en otro. Además, los Estados podrán aplicar el principio de nación más favorecida, de manera que, si por ejemplo Luxemburgo o Austria se viesan forzadas por EEUU a cerrar un acuerdo de intercambio más estricto que el marcado por la directiva, ese pacto lo podrán aplicar todos los países miembros. La información obtenida bajo el amparo de esta norma será aprovechable en procesos judiciales nacionales que puedan dar lugar a sanciones.

Los países podrán negarse a trasladar información sobre periodos anteriores a 1 de enero de 2011 y, en todo caso, los países podrán oponerse también a informar apelando a barreras de su propia legislación, al secreto profesional, industrial y comercial, o al interés público. Sin embargo, se consagra un importante límite a estos límites, ya

que el secreto bancario no entra en el capítulo de excusas, y tampoco servirá apelar a que los datos requeridos estén en manos de intermediarios o afecten a terceros.

Por otra parte nos podemos encontrar con otras fuentes de información importantes en la lucha contra la elusión fiscal de una parte la documentación que tienen obligación de suministrar la grandes compañías en el supuesto de precios de transferencias entre entidades vinculadas y de otra la información solicitada por las personas físicas residentes de los bienes que poseen en el extranjero. A ello podríamos añadir la importante información que ofrecen los movimientos financieros de pago por tarjeta de crédito así como las operaciones con medio de pago electrónicos, bien sea on-line o bien mediante el pago con “Smartphone”

En relación con la documentación el informe BEPS contiene una revisión de los estándares aplicables a la documentación sobre precios de transferencia, así como un modelo estandarizado de informes país por país sobre ingresos, impuestos satisfechos y ciertos indicadores de actividad económica.

La Acción 13 del Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (Plan de Acción BEPS, OECD, 2013) exhorta al desarrollo de «normas relativas a la documentación sobre precios de transferencia para aumentar la transparencia hacia la administración tributaria, teniendo en cuenta los costes de cumplimiento para las empresas. Las normas a desarrollar incluirán el requisito de que las empresas multinacionales suministren a todos los gobiernos pertinentes la información necesaria sobre la asignación y el reparto mundial de sus ingresos, la actividad económica y los impuestos pagados en los distintos países, aplicando un modelo común».

En respuesta a la esta obligación, se ha desarrollado un enfoque estandarizado en tres niveles en relación con la documentación sobre precios de transferencia.

- En primer lugar, las directrices relativas a la documentación sobre precios de transferencia establecen la obligación, por parte de las empresas multinacionales, de facilitar a las administraciones tributarias competentes información completa y exhaustiva acerca de sus actividades económicas a escala mundial y de sus políticas generales en materia de precios de transferencia en un «archivo maestro» al que tendrán acceso todas las administraciones tributarias pertinentes.
- En segundo lugar, el «archivo local», específico para cada país, contiene información más detallada sobre operaciones específicas, identificando pertinentemente la información sobre operaciones entre entidades vinculadas, los importes de dichas operaciones y el análisis efectuado por la empresa en la determinación de los precios de transferencia de esas operaciones.
- En tercer lugar, las grandes empresas multinacionales están obligadas a presentar un informe país por país indicando el nivel de ingresos, beneficios antes de impuestos y cuantía del impuesto sobre sociedades satisfecho y devengado con carácter anual en cada una de las jurisdicciones en que desarrollan sus actividades. Asimismo, debe constar el número total de empleados, el capital declarado, beneficios no distribuidos y activos tangibles con los que cuenta en cada jurisdicción fiscal. Por último, las empresas multinacionales han de identificar clara y debidamente cada una de las entidades pertenecientes al grupo que desarrollen su actividad en una determinada jurisdicción fiscal, especificando el tipo concreto de actividad económica que desarrolla cada entidad.

En su conjunto, estos tres documentos (archivo maestro, archivo local e informes país por país) instan a los contribuyentes a articular de manera coherente sus posiciones en materia de precios de transferencia y proporcionan a las administraciones tributarias información útil a efectos de evaluar el riesgo en materia de precios de transferencia,

optimizar la utilización de los recursos de inspección y, en caso de tener que llevarlas a cabo, aportar información para iniciar y orientar el procedimiento inspector. Esta información debería contribuir a que las administraciones tributarias puedan determinar si las empresas han incurrido en prácticas de precios de transferencia u otras que tengan por objeto trasladar artificialmente cantidades sustanciales de beneficios a países en los que reciben un tratamiento fiscal favorable. Los países participantes en el Proyecto BEPS están de acuerdo en que estas nuevas normas en materia de declaración, junto con la transparencia que fomentan, contribuirán a alcanzar el objetivo de comprender, controlar y combatir las conductas resultantes en BEPS.

En España, la reforma del I. de Sociedades, recoge el mandato de la OCDE y se refuerza la obligación de presentación de documentación; un máster file, documentación país por país y con paraísos fiscales

También es importante recordar el paso dado con La Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude introduce a través de la nueva disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, una nueva obligación específica de información en materia de bienes y derechos situados en el extranjero.

Como conclusión podemos decir que una medida importante es completar las reformas emprendidas por los organismos internacionales en orden a disponer de mayor información, tanto en el ámbito del intercambio masivo de información, de documentación en el caso de operaciones con entidades vinculadas, de la información

país por país para determinar el lugar del beneficio de las multinacionales o la declaración de bienes en el extranjero.

También sería útil avanzar en el control de los nuevos medios de pago, bien por tarjeta de crédito, pagos on-line o pago por Smartphone, que impone la economía digital, por la gran información que pueden ofrecer.

4. Implantar una tasa financiera para controlar el flujo de capitales

Sería muy útil en la lucha contra los paraísos fiscales, establecer un control de los movimientos de capitales a través de una tasa financiera, identificando los titulares de las cuentas y sus movimientos.

Once países de la UE⁶⁹⁴, se han unido para poner en marcha la llamada “*tasa Tobin*” para implantar el Impuesto sobre transacciones financieras en 2015; ⁶⁹⁵. La mencionada Tasa, es un impuesto sobre transacciones financieras. El 9 de octubre de 2012 durante la reunión del ECOFIN celebrada en Luxemburgo se logró que España diera el visto bueno y otros tres países para sumar el mínimo de once.

Se trata de un impuesto que gravará levemente la compra de bonos, acciones y derivados. Por un lado acaba con la anomalía de no gravar las operaciones financieras, dado que el IVA grava cualquier entrega de mercancías o de prestación de servicios, y

⁶⁹⁴ .España, Bélgica, Alemania, Estonia, Grecia, Austria, Portugal, Eslovenia, Eslovaquia, Francia e Italia

⁶⁹⁵.Fuente Cinco Días 4 de abril de 2014

de otra parte obligará a contribuir a la salida de la crisis al sector financiero, principal causante de la misma.

Evidentemente a nadie se le oculta la dificultad que entraña una tasa sobre la circulación de capitales, como la tasa Tobin, pero si la idea se plasmara, sería un momento oportuno para establecer una serie de obligaciones fiscales respecto al seguimiento del flujo de capitales, indicando importe, origen y destino, países, y perceptores con sus correspondientes cuentas bancarias.

Francia intentó desbloquear la implantación de la tasa Tobin, presentando al Ecofin, una propuesta de compromiso, para lograr un acuerdo que permitiera gravar eficazmente las transacciones financieras, sin que haya una huida de la actividad financiera, gravando en una primera etapa las acciones cotizadas, esta tasa ya existe en diversos países, pudiendo extenderse posteriormente por parte de los países que lo deseen a las acciones no cotizadas, en cuanto a los derivados se propone gravar en una primera fase los seguros de crédito frente a los impagos que no pasen por las cámaras de compensación, ya que se consideran especulativas y peligrosas;⁶⁹⁶.

Esto es de momento utópico, pero sería un paso de gigante en la lucha contra el uso abusivo de los paraísos fiscales y la detección de los usuarios.

5. Fomentar la colaboración entre los estados y las compañías multinacionales.

⁶⁹⁶.Fuente *Cinco Días*, 5/11/2014

Hay que trabajar en mejorar la eficacia de los procedimientos amistosos. Evitando los largos contenciosos. Pero hay que tener en cuenta que la implantación de nuevas normas que eviten la elusión fiscal, también originarán un incremento de la litigiosidad; por lo tanto se pueden introducir nuevos supuestos que creen incertidumbre que deben ser minimizados dentro de lo posible. Entonces la OCDE recomienda completar las disposiciones existentes sobre procedimientos amistosos con una cláusula de arbitraje obligatorio y vinculante.

Con miras a erigir un sistema tributario internacional que impulse el crecimiento económico y una economía global, es absolutamente prioritario suprimir la elusión y evasión fiscal transfronteriza, así como también erradicar de manera eficiente y eficaz la doble imposición. Los países afirman que la adopción de las medidas desarrolladas para enfrentarse a la erosión de la base imponible y al traslado de beneficios atendiendo a las estrategias y recomendaciones del Plan de Acción BEPS no deben generar una innecesaria inseguridad a los contribuyentes que cumplen sus obligaciones ni conducir a situaciones de doble imposición involuntaria. En definitiva, la mejora de los mecanismos de resolución de controversias es por consiguiente una parte fundamental del trabajo sobre BEPS.

El artículo 25 del Modelo de Convenio de la OCDE prevé un mecanismo, con independencia de las acciones y recursos legales previstos por el Derecho interno, mediante el que las autoridades competentes de los Estados contratantes pueden resolver las diferencias o superar obstáculos en lo concerniente a la interpretación o aplicación del convenio a partir de un enfoque consensuado. Este mecanismo –el procedimiento amistoso– desempeña un papel fundamental en la correcta aplicación e interpretación de los convenios fiscales, principalmente para garantizar que ninguno de los Estados contratantes someta a gravamen a los contribuyentes a quienes resultan aplicables las ventajas del convenio celebrado, circunstancia que contraviene las condiciones del mismo.

Las medidas desarrolladas en el marco de la Acción 14 del Plan de Acción BEPS están encaminadas a reforzar la eficacia y eficiencia del procedimiento amistoso. Dichas medidas apuntan a minimizar los riesgos de incertidumbre y doble imposición involuntaria velando por la aplicación coherente y adecuada de los convenios fiscales, así como también por la oportuna y efectiva resolución de controversias por lo que respecta a su interpretación o aplicación a través del procedimiento amistoso. Estas medidas se apoyan en un sólido compromiso político en lo concerniente a la resolución eficaz y tempestiva de controversias por remisión al procedimiento amistoso y a los ulteriores avances para responder con rapidez a los conflictos que se planteen.

Mediante la adopción del informe de la OCDE sobre BEPS, los distintos países han dado luz verde a cambios importantes en sus respectivas actitudes frente a la solución de controversias, hecho que se plasma fundamentalmente en el desarrollo de un estándar básico en lo referente a la resolución de conflictos de interpretación o aplicación de los convenios, habiéndose comprometido a su rápida aplicación y habiendo acordado garantizar su efectiva implementación mediante la puesta en marcha de un sólido mecanismo de supervisión inter pares, cuyos resultados remitirá periódicamente el CAF al G-20. He aquí los objetivos del referido estándar:

- Asegurarse de que las obligaciones contraídas en virtud de los convenios sobre procedimientos amistosos se aplican plenamente y de buena fe, resolviendo tempestivamente aquellos casos objeto de procedimientos amistosos;
- garantizar la implementación de procedimientos administrativos que fomenten la supresión y resolución tempestiva de todo conflicto de interpretación o aplicación de los convenios, y

- asegurarse de que los contribuyentes tengan acceso a los procedimientos amistosos cuando reúnan las condiciones para ello.

También es necesario fomentar los acuerdos de colaboración tributaria de carácter voluntario, entre la Administración y los contribuyentes, como muestra de buena voluntad basándose en el criterio de que “la gran mayoría de los obligados tributarios cumple sus obligaciones fiscales” y de las buenas prácticas empresariales y como medida de prevención en la lucha contra el fraude.⁶⁹⁷

Por lo tanto proponemos seguir favoreciendo en pro de la disminución de litigios, la colaboración voluntaria y los procedimientos amistosos y el arbitraje para solucionar los conflictos que surjan de la aplicación de las normas para agilizar las relaciones administracion-contribuyentes.

6. Elaborar una lista internacional de paraísos fiscales.

Como hemos podido ver, el tema de las listas de los paraísos fiscales se inicia en la OCDE, con una lista que publico en el año 2000 identificó treinta y cinco países o jurisdicciones que se caracterizaban; por su baja imposición, por la inexistencia del intercambio de información, no practicaban la transparencia, y permitían la localización de empresas que no desarrollaran una actividad real.

697 En diciembre de 2006 la AEAT y la Asociación de Centros de Negocios firmaron un acuerdo de colaboración para la prevención del fraude fiscal

En 2002, esta lista de países se redujo a siete paraísos fiscales identificados como no cooperativos. A raíz de la crisis financiera y bancaria de 2008/2009, la atención internacional se ha centrado en el criterio de identificación en el intercambio de información en la banca. El 2 de abril de 2009, la OCDE publicó un informe sobre la marcha de la eliminación de los paraísos fiscales, por la vía del intercambio de información, que se componía de tres listas. Una primera lista (llamada "lista blanca"), que recoge países que aplican efectivamente los acuerdos de intercambio de información. Una segunda lista (llamada "lista gris") se hizo cargo de los países simplemente que han aceptado los compromisos. Por último, la tercera lista (llamada "lista negra") se destinaba a países que no habían aceptado compromisos. Para pasar de la lista "gris" a la "lista blanca, el criterio fue que existieran las firmas de al menos doce acuerdos de intercambio de información. El impulso se dio en menos de un año, y se firmaron más de trescientos acuerdos (incluidos los cincuenta entre los paraísos fiscales entre sí mismos).

Es evidente que casi todos los países se pusieron manos a la obra para cumplir los estándares de información y evitar ser tachados de paraísos fiscales o centros offshore. Por lo que podemos decir que en lo referente a la OCDE han desaparecido las listas de paraísos fiscales.

Es el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con fines fiscales quien ha heredado la tarea de controlar la estandarización de los convenios de intercambio de información así como de la calidad de la información suministrada

Francia se ha apartado del enfoque de la OCDE en su lucha contra los paraísos fiscales mediante la definición de una estrategia fiscal en tres puntos.⁶⁹⁸ Uno ellos consiste en la redacción de una lista propia de países no cooperativos, definiendo en el derecho francés la noción de falta de cooperación del Estado o territorio (NCST). Esto es una novedad porque hasta ahora sólo una referencia a "regímenes fiscales preferenciales" existía en el Código General de Impuestos (CGI). ⁶⁹⁹

A nivel internacional la redacción de una lista única, sería una medida útil, dado que el calificativo de paraíso fiscal otorgado a un territorio en primer lugar dotaría de seguridad al resto de transacciones entre países pues sería una garantía o de certificación que en los países no calificados, no se realizan prácticas nocivas contra el resto de países y se podrían establecer específicamente a nivel internacional una serie de normas anti paraíso en las operaciones con los países previamente calificados.

No obstante la presencia de países;⁷⁰⁰ tradicionalmente considerados como paraísos en el seno de la OCDE hace poco probable la elaboración de una lista efectiva, en base a determinados estándares fijados, por lo que esta medida sería muy efectiva, y eliminaría muchas medidas internas y externas que pueden alterar el tráfico internacional, pero hay un trasfondo de intereses políticos que lo impide.

698. La nueva política de Francia contra los paraísos fiscales; Fecha: 13/04/2010; Julien Saiac.

699. La lista de NCST se publicó por orden del 17 de febrero e incluye dieciocho jurisdicciones: Anguila, Belice, Brunei, Costa Rica, Dominica, Granada, Guatemala, Islas Cook, Islas Marshall, Liberia, Montserrat, Nauru, Niue, Panamá, Perú, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas

700. SUIZA Y LUXEMBURGO.

En España estaba previsto en la normativa la posibilidad de incluir en la lista a determinados países de acuerdo con los criterios establecidos en la ley. Tienen la consideración de paraíso fiscal los países y territorios que se determinen reglamentariamente, y, mientras tanto, los previstos en el [RD 1080/1991 art.1](#) redacción RD 116/2003, es decir los 48 países que se enumeraban inicialmente, es decir que seguía el criterio de listas cerradas, si bien la ley 36/2006701 introduce novedades.

Mantenía el sistema de lista por determinación reglamentaria, pero establecía la posibilidad de salir de la lista reglada en caso de firma de un Convenio de doble Imposición o un Acuerdo de Intercambio de Información con cláusula expresa. Por lo tanto se convertía en una lista abierta.

La Ley 26/2014 ha modificado el criterio para considerar una jurisdicción como paraíso fiscal, donde se vuelve al criterio inicial de considerar sólo paraíso fiscal a los países incluidos en la lista, pero que ya no tiene carácter abierto sino que expresamente tiene que indicarse la entrada o salida de la misma.

La lista podrá actualizarse de acuerdo con los criterios siguientes:

701 La L 36/2006 disp.trans.2ª señala que “en tanto no se determinen reglamentariamente los países o territorios que tienen la consideración de paraíso fiscal, tendrán dicha consideración los países o territorios previstos en el art.1 del RD 1080/1991. Dejarán de tener la consideración de paraíso fiscal aquellos países o territorios que firmen con España un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria en el que expresamente se establezca que dejan de tener dicha consideración, desde el momento en que estos convenios o acuerdos se apliquen”. Se afirma también, a modo de cláusula de «recaptura», que los países o territorios a los que se refiere el párrafo anterior volverán a tener la consideración de paraíso fiscal a partir del momento en que tales convenios o acuerdos dejen de aplicarse.

- La existencia con dicho país o territorio de un convenio para evitar la doble imposición internacional con clausula de intercambio de información, un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en materia Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa enmendado por el Protocolo 2010, que resulta de aplicación.
- Que no exista un efectivo intercambio de información tributaria en los términos previstos por el apartado 4 de esta disposición adicional.
- Los resultados de las evaluaciones inter pares realizadas por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales.

Por lo tanto la lista no se puede actualizar automáticamente sino que se requiere la expresa exclusión de la lista, en base a los tres criterios antes mencionados, pero la Dirección General de Tributos señala que el contenido del RD 1080/1091 actualizado conforme a los criterios introducidos por el RD 116/2003, se mantiene vigente incluso tras la modificación de la ley 26/2014 tras el 1 de enero de 2015

La Comisión Europea ha publicado en junio de 2015 una 'lista negra' paneuropea de paraísos fiscales, en la que figuran 30 países o territorios considerados como no cooperativos en materia de lucha contra el fraude y la evasión fiscal. Cuatro de los paraísos fiscales se encuentran en Europa: Andorra, Mónaco, Liechtenstein y la isla de Guernsey, en el canal de la Mancha, territorio dependiente de Reino Unido. También figura en la lista Panamá. La lista negra de paraísos fiscales es la principal novedad del plan de acción para combatir la evasión fiscal presentado por el Ejecutivo comunitario.

En nuestra opinión sería conveniente que un organismo de reconocida solvencia internacional por ejemplo la OCDE, elaborara una lista de países que se consideraran, paraísos fiscales, a los que se les pudiera aplicar las normas anti paraíso. Ello dotaría de seguridad jurídica a las operaciones, y serviría de aviso ante tentaciones de las jurisdicciones de establecer regímenes preferenciales y así atacar la libre competencia. Sin embargo habida cuenta de la experiencia, es difícil llegar a una lista de consenso por las implicaciones políticas que ello conlleva.

7. Establecer una serie de medidas legales anti paraíso.

El legislador español en su lucha contra los paraísos fiscales dispone de una serie de medidas de carácter general junto con otras específicas. Vamos a tratar de agrupar las principales y de hacer algún comentario a las mismas.

Medidas en relación con el conflicto en la aplicación de las normas y la simulación.-

La primera medida general, que nos encontramos en el derecho español, es la institución jurídica del conflicto de aplicación de normas, que se distingue de la simulación, desdoblándose el antiguo “Fraude de Ley” con el objeto de poder establecer el carácter sancionable para la simulación. Posteriormente a partir de la Reforma del art 15 de la LGT se introduce la posibilidad de sancionar el conflicto en determinados casos.⁷⁰²

Es una medida de carácter general que han implantado casi todas las legislaciones y que como hemos podido ver es una figura jurídica no exenta de problemas en su aplicación.

⁷⁰² Ley 34/2015, de 21 de septiembre de modificación parcial de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre.

En la actualidad para que exista conflicto en la aplicación de la norma deben de concurrir dos circunstancias:

- Que el montaje negocial sea notoriamente artificioso.
- Que solo tenga efectos de ahorro fiscal.

Solo en estos casos estaremos ante un supuesto de clausula anti elusión como es el Conflicto de aplicación de las normas. Después de la última reforma de la Ley General Tributaria, Ley 34/2015 de 21 de septiembre, se posibilita la sanción pero siempre y cuando se haya dictaminado anteriormente el conflicto de aplicación y se le haya dado publicidad.

Esta reforma ha sido criticada y el Consejo de Estado si bien admitió la posibilidad de sanción al igual que sucede en Alemania, Francia, RU, y EEUU, exigía de una parte cautela en su aplicación, y de otra la tipificación del conflicto.

Del análisis de la evolución de la jurisprudencia y doctrina, en relación con el conflicto en la aplicación de las normas, se extraen, a nuestro juicio, las siguientes consideraciones:

-Existe una necesidad de contemplar el complejo negocial o el conjunto de operaciones realizadas como un todo, sin que sea admisible lo que el propio TS tacha de “disecación contractual” (pues entonces, razona el Alto Tribunal, cada una de las alteraciones patrimoniales o de equilibrio patrimonial que se produzcan, tendrían un tratamiento tributario específico) sino desde la perspectiva del “hecho imponible” buscado a través de los sucesivos contratos u operaciones realizadas. Cuando el complejo negocial acordado, examinado conjuntamente, hace evidente que lo que se ha querido entre

las partes ha sido una finalidad tal, que llega a alterar significativamente la calificación formal de los contratos suscritos a tal fin. Es por tanto el “presupuesto de naturaleza jurídica” que constituye el “hecho imponible” lo que lleva al tratamiento tributario unitario del entramado negocial, en el que, las diversas operaciones individuales realizadas únicamente tienen sentido apreciadas en su conjunto, aunque jurídicamente aparezcan con sustantividad fiscal autónoma.

-Partiendo de lo anterior, en los negocios anómalos es necesario distinguir dos planos claramente diferenciados: las consecuencias jurídico-civiles buscadas y queridas por las partes, inicialmente, fruto de la libre y espontánea concurrencia de voluntades, y los efectos jurídicos-tributarios en los que, dado el carácter de derecho necesario que tienen estas normas, no podrán producirse consecuencias desfavorables para los intereses públicos derivados de la aplicación “cuando menos oportunista” del principio de autonomía de la voluntad.” Y para conocer la dimensión real de la causa de los contratos, la doctrina más autorizada aconseja atender a la intención de los contratantes, exteriorizada muchas veces en los motivos, y al por qué o para qué más inmediato de la celebración de un negocio jurídico. No se trata de desconocer los efectos jurídico-civiles pensados y queridos por las partes, mientras no perjudiquen a terceros, sino más bien de evitar, con un sentido práctico, que esa absoluta libertad de configuración, al menos formal y aparente, del contenido de los negocios jurídicos, pueda, de hecho, desvirtuar la correcta y natural aplicación de las normas tributarias.

-Plena suficiencia del principio de calificación⁷⁰³, sin necesidad de que vaya acompañada siempre y en todo caso de la utilización de otra técnica anti elusión. De hecho, el

703 En cuanto a los límites de la calificación, el catedrático Gabriel Casado señala que “son las exigencias de la legalidad en la imposición y de la capacidad económica que la legitima, las que establecen las posibilidades y los límites de la función calificadora de la Administración en la aplicación de la norma y la comprobación y control de su cumplimiento por los obligados tributarios” y, citando al profesor César Albiñana, añade

738

propio TEAC tiene sentado el criterio de la excepcionalidad del recurso al expediente de fraude de ley. No es preciso acudir al mismo cuando para evitar la supuesta elusión fiscal basta con la adecuada calificación de las operaciones, contempladas como un todo y atendiendo a su verdadera naturaleza jurídica.

-Considerar y estimar la validez o suficiencia de la prueba indiciaria y por presunciones para acreditar la existencia del negocio anómalo.

-En conexión con lo anterior, admisibilidad de la interpretación teleológica de las normas reguladoras de los tributos, al margen de interpretaciones literales o casi literalistas. En este sentido, debe recordarse, advierte el TS confirmando a la AN, que *“las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la finalidad que les es propia (interpretación teleológica) y deben evitarse todo tipo de abuso de las mismas. Y se abusa cuando éstas son utilizadas por el contribuyente, para realizar negocios artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido, de tal forma que con el uso indebido se consiga exclusivamente un ahorro fiscal que finalmente resulta contrario a lo querido por el legislador”*.

-La llamada economía de opción sólo puede concurrir en aquellos casos en los que el orden jurídico abre al sujeto distintas posibilidades de actuación, a las que acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas. Se trata, así, de un supuesto, en el que resulta indiferente, desde la perspectiva del ordenamiento, que el particular se decante por una u otra las alternativas posibles, todas igualmente legítimas. Por su parte, el TC (sentencia 46/2000) ha rechazado las que califica de *“economías de opción indeseadas”* considerando como tales *“la posibilidad de elegir entre va-*

“Toda la realidad social ha de ser enfocada y abstraída desde el prisma de la capacidad económica o contributiva, si de la exacción de los tributos se trata”.

rias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras” y que tiene como límite el “efectivo cumplimiento del deber de contribuir que impone el art. 31.1 CE y de una más plena realización de la justicia tributaria (pues “lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar” como se dijo en la STC 110/1984, de 26 de noviembre”)

El contribuyente debe ser consciente de que la Administración tributaria, conforme a los artículos 16 (la simulación) y 13(principio de calificación) de la LGT, puede discutir las calificaciones dadas a negocios o conjunto de negocios, determinando cuál es su verdadera naturaleza y cual el régimen fiscal que, por ello, les es aplicable. Para ello, la Administración puede servirse de pruebas indiciarias y el contribuyente deberá hacer frente a las correspondientes consecuencias sancionadoras cuando su postura no es razonable, en cuanto a las calificaciones dadas a los negocios o a la interpretación hecha de las normas, tributarias o no, aplicables. No obstante, la Administración debería ser también muy prudente al recorrer este terreno.

Por lo tanto el Conflicto de aplicación de la norma y la simulación, constituyen la herramienta fundamental para evitar la existencia de planificaciones fiscales agresivas, y la transferencia de beneficios a regímenes preferenciales. Como hemos dicho es una figura no exenta de polémica pues camina entre la eficacia, la justicia y la seguridad jurídica.

Quizás fuera más potente una figura única como el antiguo fraude de ley, sancionable, fijado con un carácter general muy amplio y que fueran los tribunales quienes perfilaran su contenido.

La última reforma de la LGT establece la posibilidad de sancionar el conflicto, siempre y cuando hubiese sido dictaminado y suficientemente publicitado. Pero se ha criticado por el Consejo de Estado la carencia de tipificación, pues la consideración en base a una estructura artificiosa y con la única finalidad del ahorro fiscal, puede quedar inconcreta y en un concepto jurídico indeterminado en contra de la seguridad jurídica.

Pensamos que cabría incorporar el motivo económico válido así como el contemplar el complejo negocial en su totalidad, en una futura reforma del precepto legal que ayudara a delimitar el conflicto.

Medidas en cuanto a la inclusión de cláusulas de salvaguardia en los convenios de doble imposición.

La competitividad internacional entre las diferentes administraciones fiscales, ha potenciado la planificación fiscal internacional. Por ello casi todas las legislaciones establecen una serie de cláusulas anti abuso en los convenios de doble imposición que firman.

En el ámbito de la fiscalidad internacional, el concepto fundamental es el del abuso de Convenio (Treaty Shopping) o el abuso de una norma del convenio (Rule ping)⁷⁰⁴. En el primer caso se pretende salvaguardar la aplicación del convenio a personas que no tendrían derecho a utilizarlo, mientras que en el segundo caso se trataría de aprovechar la norma más favorable de un convenio recalificando si es necesario las rentas.

⁷⁰⁴ Soler Roch María Teresa; *La elusión fiscal internacional*; sep 13, 2010, <http://BLOGCRISTALROTO.WORDPRESS.COM>

En el informe final de la OCDE sobre BEPS de octubre de 2015, se recomienda para impedir la utilización abusiva de los convenios fiscales en su acción 6 las siguientes medidas:

- Introducir en los CDI una declaración explícita para evitar el riesgo de doble imposición o reducida por el abuso de derecho.
- Introducir la cláusula específica de limitación de beneficios.
- Inclusión en el MC OCDE una cláusula anti abuso más genérica basada en los propósitos principales de las operaciones

Siguiendo pues esta recomendación de la OCDE recogida en el BEPS, y la recomendación de la Comisión Europea sobre la planificación agresiva de 6 /12/12, sería conveniente introducir e incorporar al ordenamiento interno y a los CDI de una cláusula en la que se condicione la aplicación de una exención a que se produzca una tributación efectiva en el otro estado.”*En el caso de que el presente convenio establezca que un elemento de la renta es imponible únicamente en uno de los estados contratantes, el otro Estado contratante deberá abstenerse de gravar dicho elemento únicamente si el elemento en cuestión está sujeto a imposición en el primer Estado contratante*”

Además se deberían establecer una serie de cláusulas de salvaguardia en todos los convenios de doble imposición que firme España con otros países, y en especial aquellos que salgan de la lista de paraísos fiscales. En concreto nos inclinamos por las dos siguientes, debido a su trascendencia en la lucha contra las sociedades conductoras que trasladan las rentas a los paraísos fiscales. Propondríamos:

La cláusula de limitación de beneficios.

España ha incorporado en muchos de los convenios firmados esta cláusula, para evitar que utilicen los beneficios de un convenio los no residentes en el otro estado contratante.

Los CDI suponen la distribución de la potestad tributaria entre dos estados, dando lugar a un trato favorable a los residentes en los estados contratantes. Por lo tanto un CDI no es un tratado con todo el mundo. Por ello las cláusulas LOB, implican que determinadas personas jurídicas o entidades, pese a tener la condición de residentes, no podrán beneficiarse del tratado.

Por lo tanto las cláusulas LOB forzosamente recogen los supuestos en los que el contribuyente podrá beneficiarse del convenio, atendiendo en primer lugar a situaciones personales del contribuyente (residencia, forma social..) y en segundo lugar en función de la naturaleza de las rentas obtenidas, si el particular se encuentra en alguna de estas circunstancias, puede invocar la aplicación del convenio de forma inmediata, pero al margen de ello incluso en el supuesto de que no cumpliera las condiciones de las cláusulas LOB, se faculta a veces a los estados para que admitan su aplicación si consideran que la residencia de esta persona no tiene como único objeto el disfrutar de los tratados, por ello combinan un elemento subjetivo con otro objetivo.

Esta norma va más allá de lo usual en las normas anti elusión, porque inciden en la delimitación del perímetro subjetivo del tratado, referido a entidades, exigiendo demostración de vínculos económicos estables, motivos económicos sólidos o válidos añadidos a los previstos en el art. 4 del CDI.

Podemos ver la aplicación práctica de este principio de limitación de beneficios, en la firma de CDI con países que salen de la lista de los paraísos fiscales como en el caso de

Jamaica, Trinidad. etc., en donde se incluyen cláusulas de calado en función de la naturaleza del nuevo convenio.

La cláusula del beneficiario efectivo.-

La llamada cláusula de beneficiario efectivo ha constituido siempre una medida anti elusión presente en los CDI y, en particular, en la mayoría de los convenios firmados por España. No obstante, los límites de esta norma distan de estar claros y la experiencia de su aplicación en España es realmente escasa.⁷⁰⁵

Antes de nada, hemos de tener en cuenta que la cláusula de beneficiario efectivo tiene una perspectiva distinta en el Derecho anglosajón y en aquellos ordenamientos como el español que desconocen la distinción entre propiedad plena y “beneficial ownership”. Por esta razón, la propia redacción de la cláusula varía. Así, el Modelo de CDI, que responde a la tradición anglosajona, habla hoy de dividendos, intereses y cánones percibidos por quien es “beneficial owner” de tales rentas. En los convenios españoles, conforme a otra tradición, no se alude a una forma de propiedad sobre esas rentas sino al hecho de que su preceptor sea su beneficiario efectivo, no el último beneficiario.

A partir de aquí, la gran discusión teórica ha versado acerca del alcance de esa expresión y concretamente si la misma atendería a una noción económica pura que permitiría incluso una especie de levantamiento del velo de ciertas entidades para determinar quién es el beneficiario económico último de las rentas obtenidas por aquéllas. A la

⁷⁰⁵ *Las medidas antielusion en la doble imposición y en la fiscalidad internacional*; Abelardo Delgado Pacheco. IEF doc 15/02

vista de los comentarios de la OCDE y de la propia expresión utilizada, no parece que sea ese el alcance de la cláusula que atendería más a las características de las relaciones contractuales entre las partes que a la realidad económica subyacente, sin ninguna pretensión de levantamiento del velo. Ello es más cierto porque, aunque las cláusulas generales anti “conduit companies” y la de beneficiario efectivo se sitúan en el mismo terreno, responden a pretensiones diferentes, siendo aquellas las que delimitan los supuestos de esa especie de levantamiento del velo y la de beneficiario efectivo la que atiende al título jurídico en virtud del cual el perceptor de la renta la obtiene.

En esta línea, los comentarios de la OCDE ceñían la aplicación de la cláusula a aquellos supuestos en los cuales el perceptor de la renta actuase como un puro agente o “nominee” del “beneficial owner”, lo que aproxima la cláusula al terreno de los “trusts” y figuras similares del Derecho anglosajón.

Los comentarios tratan de ampliar el ámbito de esta norma, ligándola a la idea de las “conduit companies” de forma que una entidad no podría invocar un CDI cuando actuase como una pura intermediaria entre el Estado de la fuente y un tercero que fuese quien obtuviese realmente esa renta. En particular, esa entidad intermedia o interpuesta no podría ser considerada como beneficiaria efectiva si, a pesar de su titularidad formal, tuviese una limitada o estrecha capacidad o poder de actuación lo cual la convirtiera en un mero administrador o fiduciario actuando por cuenta de un tercero. No obstante, a pesar de la ampliación del ámbito de la norma que esta redacción supone, no parece que la misma permita atender al beneficiario económico último de rentas obtenidas por sociedades con autonomía y sustancia. La ampliación del ámbito de la norma lleva está más allá del campo de los agentes o nominees pero situándola siempre sobre las condiciones en las que la renta se percibe y no sobre los intereses económicos subyacentes a la propiedad de la entidad perceptora.

Existen actualmente alrededor de 20 convenios firmados con España como el de Bélgica, Irlanda y Portugal, que contienen dicha cláusula, ya que las empresas beneficiarias tienen más del 50% de partícipes no residentes, en este caso no se aplicaría el Convenio, salvo que se demostrara que la empresa ubicada en el otro estado contratante tenía una actividad real y que no era su objetivo la elusión de impuestos.

Recientemente se ha planteado una discusión, relacionada con la “Discussion Draft” de la OCDE de 29 de abril de 2011 respecto a la aplicación de los beneficios de un tratado a una sociedad del otro estado contratante que no cumple con los requisitos establecidos en el propio tratado mediante la aplicación de una cláusula de limitación de beneficios.

El Modelo de Convenio de la OCDE de 2010 vuelve a recoger en su articulado y en los comentarios, el tema del beneficiario efectivo en los convenios.

En definitiva lo deseable sería negar los beneficios del convenio, a un residente en el otro estado contratante, que es un mero conductor de rentas hacia paraísos fiscales, al no tener el control en el caso de sociedades que están en manos de propietarios no residentes, luchando así claramente contra el “treaty shopping” o contra el “Rule shopping”.

En relación con los Convenios de Doble imposición y la posible existencia del Fraude de Ley, la STS de 12/02/2015 recurso de casación 184/2014; establece un criterio a seguir en cuanto a la interpretación de la figura del fraude de ley en materia tributaria. Conflicto con la aplicación de los Convenios de Doble Imposición (CDI) y Tratados, al establecer que la aplicación de un CDI no puede constituir un instrumento para legitimar comportamientos que tratan de eludir el deber de contribuir de acuerdo con la capaci-

dad económica o para anular las facultades que el ordenamiento reconoce a la Administración tributaria en pos de la consecución de ese objetivo, como ocurre con las posibilidades de recalificación o la institución del fraude de ley.

Consecuentemente, también en los supuestos en que resulte de aplicación un CDI, la Administración tributaria debe poder contar con los medios jurídicos de reacción frente a comportamientos elusivos que habilita el Derecho interno.

Así pues el TS considera que el hecho de que la Administración acudiera a la declaración de fraude de ley, conforme al Art. 24 de la Ley General Tributaria de 1963, desplazando el CDI concernido (entre España y Reino Unido e Irlanda del Norte⁷⁰⁶), no resulta per se contrario a Derecho.⁷⁰⁷

Al margen de estas medidas generales de defensa se pueden adoptar otras medidas específicas contra la utilización de paraísos fiscales, si bien hoy ya no es fácil encontrarse operaciones realizadas directamente con paraísos sino a través de sociedades conductoras, pero al menos este tipo de normas, contra las que están parte de la doctrina, que abogan por una herramienta más amplia y general cual es el abuso de derecho, ayudan a configurar y cerrar el marco de medidas anti elusión. Estas medidas hay que entenderlas dentro de las recomendaciones del informe BEPS como de hecho se van incorporando poco a poco a nuestra legislación.

⁷⁰⁶ *Convenio de Doble Imposición entre España y Reino Unido e Irlanda del Norte, aprobado mediante Instrumento de Ratificación hecho en Londres el 21 de octubre de 1975.*

⁷⁰⁷ *En el mismo sentido la STS de 9/2/2015, Rec. casac. 188/2014; y STS de 18/07/2012, Rec. Casac. 3779/2009, en el que se habla de la aplicabilidad directa del artículo del CDI entre España y Reino Unido, sin necesidad de acudir a las figuras de simulación y fraude de ley.*

Propondríamos la adopción de las cláusulas del beneficiario efectivo y de la limitación de beneficios en los CDI junto con una cláusula general antifraude que recogiera el motivo económico o sustancia de la operación, para la no aplicación del convenio.

8. Implementar las recomendaciones BEPS 2015.

En cuanto a los precios de transferencia.-

El informe final BEPS de octubre de 2015 tiende a asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación del valor. El trabajo se centra en tres áreas;

- La acción 8 analiza las operaciones con intangibles
- La acción 9 la asignación contractual de riesgos económicos y la consiguiente atribución de ingresos a las entidades que asumen dichos riesgos.
- La acción 10 se refiere a las operaciones irracionales y a la necesidad de neutralizar el uso de ciertos tipos de pagos entre empresas pertenecientes al grupo (Acuerdo de reparto de costes “ACR”)

Para ello las directrices de la OCDE tienen muy en cuenta la transacción real y el contenido del contrato entre las partes, así mismo somete a examen la conducta de las mismas, por lo que las directrices optan en caso de irracionalidad comercial, ignorar los acuerdos a efecto de los precios de transferencia.

Hace una serie de precisiones:

- Define el riesgo como el efecto de la incertidumbre en la consecución de objetivos del negocio; por lo que si no existe control del riesgo ni capacidad financiera no debe haber beneficio atribuido.
- La titularidad jurídica de los intangibles no genera necesariamente, por sí sola, el derecho a percibir la totalidad ni parte de los beneficios
- Posibilita ignorar una operación cuando una empresa del grupo altamente capitalizada proporciona financiación pero tiene escasa actividad.

El trabajo que deja por delante el informe final es el método de división de beneficios para alinear los resultados en línea con la creación de valor. Recoge la necesidad de un enfoque integral con otras medidas adoptadas como por ejemplo las operaciones con entidades que no realizan actividades económicas relevantes (cash boxes), la recalificación de los rendimientos como intereses, y su deducibilidad. Las cláusulas para evitar en los CDI las retenciones de intereses en la fuente, o el tratamiento de las CFC.

El enfoque integral está respaldado por las obligaciones en materia de transparencia que se enmarcan en la acción 13. Tendrá una importancia fundamental para ello el aumento de la documentación que se exige y el informe país por país.

A esto se acompaña una profundización en las operaciones relativas a materias primas y servicios intragrupo especialmente en países en vías de desarrollo y por último se recomienda acudir á los procesos amistosos del art 25 del MC OCDE con arbitraje vinculante (BEPS acción 14)

EL camino seguido por el legislador español⁷⁰⁸ en cuanto a la implementación de las recomendaciones BEPS ha sido el siguiente:

En relación con la ACCION 8 BEPS referida a Intangibles. No es una recomendación obligatoria, y no está terminada pues existe una interrelación con el resto de medidas BEPS que aún no han sido terminadas. Se define el concepto de intangibles. Pero aún no se ha incorporado esta recomendación en la reforma del Impuesto de sociedades

En relación con la ACCION 13 BEPS referida a la Documentación; una de las principales innovaciones propuestas por las BEPS en cuanto a documentación se refiere, es la documentación “país por país”; responde a una continua reclamación de las asociaciones no gubernamentales, que exigían para terminar con el imperio de las multinacionales que especificaran país por país donde obtenían sus beneficios y sus interrelaciones entre empresas del grupo a fin de evitar trasladar las bases a los territorios que ofrecieran una fiscalidad más favorable.

Sin embargo esta recomendación es provisional, y no tiene tampoco carácter obligatorio, la documentación “country by country”. No se ha incorporado esta modificación al Art 18 LIS sobre operaciones vinculadas

La Unión Europea ha elaborado un “Código de Conducta” que se ha incorporado en el art 17,18 y 20 del RIS

708 El régimen de las operaciones vinculadas fue objeto de una profunda remodelación con ocasión de la ley 36/2006, de 29 de noviembre de medidas para la prevención del fraude fiscal, y que tuvo como elemento esencia la introducción de unas obligaciones de documentación específicas.

En las operaciones vinculadas, se modifica el perímetro de vinculación se restringe la vinculación socio sociedad al 25% de la participación.

Se simplifica las obligaciones formales; se incorpora como novedad la posibilidad de emitir un informe de país por país como obligación; por lo que nos encontraríamos con un tercer documento “máster file”, documento país, e informe de país por país con variada información.

Se elimina la jerarquía en los métodos de valoración se recogen los cinco métodos y se añade uno más de acuerdo con las técnicas de valoración aceptable en economías independientes (pensando en el descuento de flujos).

Se establece una nueva categoría en la documentación, simplificada, específica y de intangibles, que siempre ha de ser general.

Se admite la simulación (disregarding) en el ajuste en caso de vinculadas. El art 18 LIS da cobertura al art 9 del Modelo de Convenio de la OCDE para considerar que una re-estructuración empresarial no tiene motivo, anulando sus efectos. Anteriormente se aplicaba el conflicto en la aplicación de las normas de la ley General Tributaria. Ahora con este precepto del LIS se le da cobertura en el Impuesto.

El Reglamento del I de Sociedades recoge como principal novedad en la modificación llevada a cabo en 2015, la recomendación BEPS (acción 13) relativa a la información y documentación de las entidades y operaciones vinculadas. Se introduce la obligación de información país por país aunque en ningún caso puede servir esta información

para que la Administración realice ajustes de precios. Esta información será exigible a partir de 2016 en los términos y condiciones fijados por la OCDE.

En el tema de precios de transferencia el camino a seguir para evitar la elusión impositiva en nuestra opinión sería seguir la senda emprendida por los organismos internacionales, y que ya iniciado por nuestro legislador.

En cuanto a los gastos financieros.-

El informe final de la OCDE en cuanto a los gastos financieros deducibles se fundamenta en una norma de ratio fijo sobre el EBITDA como límite (entre el 10 y el 30%) que puede complementarse con una norma de ratio global del grupo.

Por lo tanto se establece la posibilidad de deducirse intereses en función del EBITDA del grupo a nivel mundial. Se puede aplicar hasta un 10% de incremento de pago de intereses a independientes para evitar la doble imposición. Las normas de ratio global pueden ser reemplazadas por otras como en el caso de la norma de salida de fondos (norma de equity escape).

Establece prudencia en torno a las compañías de bancos y seguros que por su naturaleza pueden quedar al margen.

Son varios los Estados miembros de la Unión Europea que han modificado en la última década sus normas anti subcapitalización e incorporado elementos del sistema de comparación con la estructura financiera del grupo mercantil o grupo de empresas, aunque sin descansar por entero en el mismo. Responden normalmente a los siguien-

tes criterios.⁷⁰⁹: Una limitación objetiva a la deducción de intereses y una facultad para superar dicha limitación en función de la comparación.

La limitación objetiva reviste formas distintas.

En Francia es bicéfala: la relación entre los préstamos recibidos de entidades vinculadas y los fondos propios e si excede de 1,5; o los intereses vinculados exceden del 25 por 100 del EBITDA.

En Holanda los intereses de los préstamos que excedan 3 veces los fondos propios no son deducibles con el límite de los intereses de carácter vinculado.

En Alemania no son deducibles los intereses netos que excedan del 30 por 100 del EBITDA.

La norma francesa (indicador segundo) no construye el límite en función de relaciones financieras vinculadas, y en esto consiste su novedad, aun cuando dicho límite finalmente solo se proyecta sobre intereses vinculados.

La norma alemana tampoco construye el límite sobre relaciones financieras, y se proyecta sobre la totalidad de los intereses.

709 La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales ; Eduardo Sanz Gadea Crónica tributaria núm. 136/2010 (169-182)

La norma holandesa sí construye el límite en función de relaciones financieras, vinculadas o no, pero se proyecta exclusivamente respecto de los intereses vinculados.

La reciente modificación británica concerniente al denominado “debt cap”, sobre el trasfondo básico de la doctrina del “independent banker”, configura un límite objetivo mediante la comparación entre los costes netos de endeudamiento de las empresas británicas del grupo de empresas mundial y los costes brutos de endeudamiento del referido grupo mundial⁷¹⁰.

El legislador español, en cuanto a la limitación de los gastos financieros por endeudamiento, realizó una reforma⁷¹¹ En principio, se presenta una doble limitación:

a) Con carácter general, se establece una limitación temporal a la deducción de los gastos financieros. En particular, serán deducibles los “gastos financieros netos” con un límite máximo del 30% del “beneficio operativo del ejercicio”.

Esto viene a coincidir con el beneficio ordinario antes de amortizaciones, intereses e impuestos (EBITDA en inglés), adicionando los dividendos y participaciones en beneficios si se posee más del 5% o la inversión fue superior a 6 millones de euros (que son los requisitos de exención de dividendos de fuente externa de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros).

⁷¹⁰CFM90160- *Debt cap: overview: summary of debt cap rules.*

⁷¹¹ RDL 12/2012

A estos efectos, la norma entiende por “gastos financieros netos” el exceso de gastos financieros respecto de los ingresos derivados de la cesión a terceros de capitales propios devengados en el período impositivo.

En todo caso, serán deducibles, sin límite alguno, gastos financieros netos del periodo impositivo por importe de hasta 1 millón de euros. Este límite se aplica por sujeto pasivo, es decir por empresa o grupo en consolidación fiscal.

Por otra parte, esta limitación de la deducibilidad de gastos financieros no se aplica a entidades que no formen parte de un grupo (en los términos del artículo 42 del código de comercio), salvo que la financiación vinculada exceda del 10% de los gastos financieros netos.

b) Asimismo, en todo caso, serán no deducibles los gastos financieros devengados en el período impositivo, derivados de deudas con entidades del Grupo (con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas), para adquirir acciones o participaciones en fondos propios de otras entidades del grupo y salvo que se acredite que existen motivos económicos válidos.

El legislador español se suma a la reducción de los gastos financieros por endeudamiento, estableciendo como novedad el motivo económico válido y recogiendo la exposición de motivos “...aquellas operaciones que sean razonables desde la perspectiva económica, como pueden ser supuestos de reestructuración dentro del grupo, consecuencia directa de una adquisición a terceros, o bien aquellos supuestos en que se produce una auténtica gestión de las entidades participadas adquiridas desde el territorio español.”

La Ley 27/2014, de 27 de noviembre del Impuesto de Sociedades, que entra en vigor a partir de 2015, se hace eco de las recomendaciones de la OCDE, incidiendo en la limitación de la deducibilidad fiscal de los gastos financieros. Estableciendo una limitación adicional a las existentes respecto a la limitación de gastos financieros asociados a la adquisición de participaciones en entidades cuando posteriormente se incorporen al grupo de consolidación fiscal o realicen una reestructuración con la entidad adquirente.

Se tendría que seguir avanzando en cuanto a la deducibilidad de gastos financieros (subcapitalización). Habría que seguir los criterios de la OCDE en cuanto al reparto de la carga financiera estableciendo un criterio equivalente al que existe en el grupo mundial, a fin de determinar los gastos financieros deducibles, en vez de establecer refugios seguros. Quedaría también, en un futuro pues, abierta la posibilidad de limitar la carga financiera, por comparación con la estructura del grupo como se hace en algunas legislaciones de nuestro entorno y como recomienda la OCDE en el informe final del BEPS.

En cuanto a la mejora de la normativa de aplicación de la Transparencia fiscal internacional

La OCDE ha planteado como una acción concreta en su lucha contra la transferencia de beneficios y la erosión de las bases imponibles, la revisión de las normativas en relación con las CFC⁷¹² para impedir que se creen filiales no residentes que canalicen ingresos de una empresa residente. Aunque las normas CFC suponen la inclusión del país de residencia de la empresa matriz, representa un beneficio para el país fuente porque eliminan alicientes para trasladar los beneficios a una tercera jurisdicción.

712 Empresas extranjeras controlada (CFC)

El informe Final de la OCDE en torno a BEPS sobre recomendaciones en la elaboración de las normas nacionales para fortalecer empresas extranjeras controladas (CFC) no representa normas o estándares básicos, sino que han sido concebidas para garantizar a las jurisdicciones que opten por implementarlas su efectividad.

La Ley 27/2014, de 27 de noviembre del Impuesto de Sociedades, que entra en vigor a partir de 2015, introduce algunas modificaciones en la Transparencia Fiscal Internacional siguiendo las recomendaciones de la OCDE, como son el modificar las normas de imputación al establecer un catálogo adicional de rentas pasivas, definiendo el concepto de entidad pasiva y restringiendo la regla de mínimos.

Propondríamos el ensachamiento del grupo de control, que debería construirse en base al criterio de residencia, sin perjuicio de la inclusión de participaciones indirectas y fiduciarias, siguiendo la ley alemana.⁷¹³

Evidentemente habría también que modificar el régimen de las instituciones de inversión colectiva, pues sino de poco valdrán las normas de la transparencia fiscal internacional en cuanto a la imputación de rentas, siendo actualmente un cauce de la elusión fiscal del régimen de la transparencia fiscal internacional.

También habría que ensanchar las rentas susceptibles de inclusión incluyendo las rentas de las sociedades pantalla y a las de las sociedades tenedoras de los derechos de la propiedad industrial o intelectual.

713 Art 7.1 de la Ley Fiscal de Transacciones Internacionales, de 8 de noviembre

Sería también muy conveniente, para no considerar la aplicación de la transparencia fiscal internacional, disminuir los porcentajes aplicables.⁷¹⁴

En definitiva mejorar en la práctica las complicadas normas de transparencia fiscal internacional, que dada su dificultad las hacen poco operativas, por la falta de información de los verdaderos propietarios de las sociedades.

En la lucha contra los montajes híbridos.

El informe final de la OCDE sobre *“Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos”* considera que los mecanismos híbridos se nutren de las asimetrías o divergencias existentes en cuanto a una entidad o a un instrumento financiero, lo que puede generar una doble no imposición o un diferimiento a largo plazo.

En las recomendaciones distingue las relativas al diseño de las normas internas de las que pueden desarrollarse en el MC OCDE. También incorpora trabajos sobre operaciones de transferencia de activos (como en el caso de préstamo de valores y operaciones de compraventa con pacto de recompra) mecanismos híbridos importados y el tratamiento fiscal de cualquier pago calificado como ingreso o rendimiento con arreglo al régimen de transparencia fiscal internacional aplicable.

714Transparencia fiscal internacional; Eduardo Sanz Gadea; Manual de fiscalidad Internacional IEF 2004.

En las propuestas para desarrollo de normas internas se prevé que los países denieguen a los contribuyentes la posibilidad de deducirse un pago en la medida que no se halle incluido en la base imponible o rentas sujetas a gravamen del beneficiario en la otra jurisdicción o cuando resulten deducibles en esta última. Se exige reflejar el pago deducible dentro de los ingresos o se impide la doble deducción por la naturaleza de la asimetría.

La segunda parte aborda las acciones destinada a impedir la utilización de entidades y estructuras híbridas, o también entidades con doble residencia, se beneficien de los CDI indebidamente. Se analiza el problema de las entidades con residencia fiscal en dos estados diferentes, para las que exige modificar la normativa interna, y por otra parte trata de las entidades híbridas a las que ningún de los estados firmantes le confiere la condición de contribuyentes como en el caso o de las sociedad personalistas (partnership); en este caso propone el informe una modificación del MC OCDE incluyendo un nuevo artículo que regule estas situaciones.

Un determinado número de países han establecido reglas que rechazan expresamente el beneficio que ofrecen los dispositivos híbridos. La idea esencial es dotar de un instrumento a los países que permitan afectar al régimen fiscal aplicable en un país extranjero.

Hay una serie de países que han adoptado una serie de disposiciones para evitar que se duplique como deducible el mismo gasto.⁷¹⁵

715 Alemania, Dinamarca, EEUU en determinadas circunstancias, Nueva Zelanda, Reino Unido; fuente Dispositivos Híbridos “Cuestiones de política y de disciplina fiscal “ OCDE 2012.

Existe otro grupo de países que han establecido medidas para evitar que sean deducibles pagos que a su vez no son ingresos imponibles en el país donde se encuentra el beneficiario.⁷¹⁶

Otros países evitan que no se incluyan rentas que son deducibles en el pagador.⁷¹⁷

Por último hay una serie de países que establecen disposiciones para evitar la utilización de créditos de impuesto abusivos.⁷¹⁸ La experiencia de estos países es positiva, no sólo por los efectos recaudatorios, sino como efecto disuasorio

El Comité de Asuntos fiscales recomienda en relación con la planificación fiscal agresiva y el uso de los híbridos:

- Considerar establecer disposiciones específicas y objetivos que rechacen las ventajas fiscales que ofrece uso de híbridos.
- Continuar compartiendo informaciones y experiencias sobre los dispositivos, sobre las estrategias de disuasión y de detección así como de las respuestas utilizadas comprobando su eficacia en el resultado.

716 Dinamarca y el Reino Unido; fuente Dispositivos Híbridos “Cuestiones de política y de disciplina fiscal” OCDE 2012.

717 Alemania, Austria, Dinamarca, Italia, Nueva Zelanda y Reino Unido; fuente Dispositivos Híbridos “Cuestiones de política y de disciplina fiscal” OCDE 2012.

718 Italia, Reino Unido y EEUU.; fuente Dispositivos Híbridos “Cuestiones de política y de disciplina fiscal” OCDE 2012.

- Considerar la implantación o la revisión de iniciativas de comunicación de informaciones fijando los objetivos sobre determinados dispositivos de explotación de las asimetrías de los dispositivos híbridos.

En España, la Ley 27/2014, de 27 de noviembre del Impuesto de Sociedades, que entró en vigor en 2015, ha introducido un doble mecanismo para no permitir la deducibilidad de gastos financieros en algunos casos, y una regla defensiva general que no permite la deducibilidad de gastos cuando los intereses consecuencia de prestamos intercompañías vinculadas, sean considerados en base de la prestadora dividendos y por tanto exentos

Dentro del capítulo de operaciones híbridas nos encontramos con la doble deducción de pérdidas. En esta línea el legislador español ya ha introducido medidas respecto a la no deducibilidad de las rentas negativas generadas por establecimientos permanentes situados en el extranjero y de las Uniones Temporales de Empresas y similares que operen en el extranjero.⁷¹⁹

En cuanto a su finalidad, además de la recaudatoria, señala el Preámbulo del Proyecto que tratan de evitar una doble deducibilidad de las pérdidas, primero en la filial o el establecimiento permanente, y después en el inversor o casa central. En relación a su justificación, indica el Preámbulo que con estas medidas se consigue una aproximación a la regulación de los países de nuestro entorno.

⁷¹⁹ Ley 16/2013 de fiscalidad medioambiental y otras medidas tributarias.

En cuanto a la neutralización de los efectos de los mecanismos híbridos proponemos seguir el camino de los informes y recomendaciones de la OCDE “BEPS”, como ha hecho hasta ahora el legislador español.

En cuanto a elaborar un nuevo concepto de EP

Los Convenios fiscales establecen que los beneficios empresariales de las empresas no residentes son susceptibles de someterse a tributación siempre que posean un establecimiento permanente, de ahí el interés permanente de la EMN por lograr la elusión del establecimiento permanente, y del pago de los beneficios.

Esto ha preocupado a la OCDE que lo recoge en su informe final BEPS (acción 7) que fija como objetivo *“Impedir la elusión artificiosa del estatuto del Establecimiento permanente EP”*

El sistema utilizado es el sustituir las filiales por comisionistas y tratar de acogerse a alguna de las excepciones que establece el MC de la OCDE en cuanto al EP ,logrando una exclusión fraudulenta del estatus de EP mediante la articulación de contratos de comisión y estrategias análogas. Las estrategias normalmente utilizadas son:

- La primera estrategia consiste en actuar a través de un comisionista. Se acogen a la exclusión del concepto de EP que recoge el art 5 del MCOCDE cuando los contratos negociados no se concluyen en el estado sino en el extranjero y cuando la persona que ejerce habitualmente los poderes que le facultan para celebrar los contratos actúa como *“agente independiente”*. Frente a ello se mantiene que la celebración habitual de contratos que generan obligaciones

que habrá que cumplir una empresa extranjera, supone presencia fiscalmente imponible de la empresa extranjera

- La segunda estrategia es la fragmentación de actividades, previstas en el ap. 4 del art 5 del MC OCDE que consideraba entonces la no existencia de EP por realizar actividades preparatorias o auxiliares.

Para ello está previsto incorporar la norma “PTT” o “test de propósito principal” al MC OCDE así como la consideración de la empresa extranjera como EP cuando concluye contratos a través del comisionista.

Como hemos visto la globalización y la economía digital ha originado ha originado profundos cambios en conceptos tradicionales como el de establecimiento Permanente recogido en el MCOCDE.

La planificación fiscal agresiva hace introducir modificaciones en la cadena de valor de las empresas y en la determinación del lugar de obtención del beneficio, impidiendo artificiosamente el estatuto del EP.

En 2008 se produjo un cambio del enfoque del MCDI en cuanto a la forma de determinar los beneficios del EP, a través de la aprobación de nuevos comentarios al art 7. Del MCOCDE, que siguen el principio de la empresa funcionalmente separada.⁷²⁰

Otro tema importante a determinar será que se entiende como establecimiento permanente en el caso del comercio electrónico⁷²¹, donde la OCDE ha elaborado diversos

⁷²⁰Atribución de beneficios a los EP, Ignacio Huidobro; *Manual de precios de transferencia 2009*

cometarios, teniendo en cuenta la opinión no sólo del comité de expertos, sino también la opinión de otras instituciones.⁷²²

Como podemos ver la realidad se mueve a tal velocidad que hay que estar replanteándose constantemente el contenido de conceptos y definiciones como el de EP. En la última reforma del I. de Sociedades se introdujeron algunas medidas anti elusión:

- En el caso de los establecimientos permanentes, se aplica el régimen de exención para las rentas positivas, para las negativas sólo en caso de transmisión del Establecimiento Permanente. (Art 22 LIS).
- Se permite la inclusión de ventas estimadas por operaciones interiores (derivado del cambio de redacción del Art 7 del MCOCDE. (Art 18,8 LIS)
- Se quita la vinculación entre el EP y la casa central en el extranjero (art 16.3K LIS)

La propuesta en torno a los EP es seguir el criterio fijado por los Organismos Internacionales.

9. Afrontar los retos de la economía digital

721 Carbajo Vasco, Domingo *“Reflexiones sobre comercio electrónico y fiscalidad”*, IV Congreso de Economía de Navarra, Navarra y la sociedad del conocimiento, Ed. Gobierno de Navarra y Caja Navarra, 2000, págs, 201 a 215.

722 “TAG”, “ Technical Advisory Groups”,

La economía numérica es un concepto menos amplio que el de economía informática, y no se remite tan sólo al comercio electrónico. Habría que identificar las principales dificultades que plantea la economía digital estableciendo normas internacionales de atribución de valor, en base a la generación de datos comercializables de ubicación relevante, mediante el uso de productos y servicios digitales.

Cada vez más la economía es la economía digital; surge con fuerza en el mundo actual caracterizándose por la movilidad, el suministro de datos, los modelos de negocio multilaterales y la tendencia de las empresas al monopolio y a la volatilidad.

Las actividades que desarrollan las empresas de esta economía son diversas, comercio electrónico, tiendas virtuales de aplicaciones, casinos on line, nubes de almacenamiento, redes sociales, negociación de frecuencias de espacios, transmisión de información por fibra óptica o el pago en línea.

Estas empresas tienen un gran riesgo de deslocalización puesto que su movilidad les permite trasladarse fácilmente a cualquier paraíso fiscal, aunque sea virtualmente al colocar los servidores en los paraísos aunque el resto de la empresa y el negocio este fuera de ellos, siempre y cuando tengan una buena cobertura para salir de sus paraísos. Ante este riesgo la OCDE en su informe final ha recomendado:

Modificar las excepciones que sobre EP existen

- Evitando que se consideren actividades auxiliares o de carácter preparatorio
- Evitando la fragmentación de actividades; por ejemplo contratando aparte toda la logística.
- Evitar que artificialmente sea la matriz quien contrate sin realizar modificación materia alguna.

Por ello se ha recomendado en el informe final:

- Que la titularidad de los intangibles no da derecho a percibir la totalidad de los beneficios, salvo que estemos ante empresas, que desarrollen realmente funciones, aporten activos o tengan la capacidad de control de riesgo.
- Que el análisis de los precios de transferencia no se vea afectado por asimetrías de información entre la administración tributaria y el contribuyente en intangibles de difícil valoración o por remisión a acuerdo especiales de reparto de costes ARC.
- Que se diseñen normas eficaces para las CFC de transparencia fiscal

Proponemos para la economía digital evitar el treaty shopping, tan usual en este tipo de economía y aplicar a los activos intangibles el criterio del nexo de la actividad sustancial para poder evitar el fenómeno de las rentas apátridas.

10. Establecer un control mediante inspecciones simultáneas.

Como consecuencia de la Globalización, y que las empresas se internacionalizan, sería conveniente, inspecciones simultaneas en dos o más países, especialmente en el caso de los precios de transferencia.

La OCDE ha elaborado un proyecto de Inspectores sin fronteras (IFSF) que tiene como objetivo facilitar la implementación de programas específicos de asistencia en materia de auditoría fiscal en los países en desarrollo de todo el mundo.

En el marco de este proyecto, los expertos en auditoría fiscal trabajaran directamente con funcionarios de las administraciones tributarias locales de los países en desarrollo

en auditorías en curso y en otras cuestiones relacionadas inherentes a la fiscalidad internacional, al tiempo que comparten prácticas generales en el ámbito de la auditoría aplicada a casos específicos.

La asistencia ofrecida en el marco del IFSF puede abarcar tanto la imposición directa como indirecta, pudiendo incluir evaluación de riesgos previa a la auditoría relativos a precios de transferencia, normas anti elusivas o cuestiones relativas a cuestiones relativas a sectores de actividad específicos, como puede ser el comercio electrónico, los recursos naturales, los servicios financieros las telecomunicaciones.

Promovemos fomentar las inspecciones entre países especialmente en los temas de precios de transferencia, establecimientos permanentes, transparencia fiscal internacional, híbridos y conflicto en la aplicación de las normas.

11. Revisar las sanciones de conductas defraudadoras relacionadas con el uso de paraísos fiscales y planificaciones agresivas.

Dentro del régimen de policía contra las entidades defraudadoras, sería conveniente establecer un régimen sancionador claro y contundente en relación con las conductas evasoras, en cuanto a la utilización de los precios de transferencia, el fraude de ley, los inductores de planificaciones agresivas, a los no declarantes de bienes en el extranjero.

En el sistema español, uno de los temas más delicados era la sancionabilidad de la regularización de las operaciones en caso de precios de transferencia. La Ley 36/2006 introdujo en la regulación de las operaciones vinculadas un régimen sancionador nuevo vinculado a la misma. La Ley 27/2014, de 27 de noviembre del Impuesto de Sociedades, ha dulcificado este régimen sancionador (art 18)

En la normativa anterior no existía un régimen sancionador específico, por lo que era aplicable el régimen sancionador general. No obstante no era fácil que se cumplieran los elementos configuradores de los tipos sancionadores cuando había operaciones vinculadas declaradas por un valor diferente al de mercado.

La ley 36/2006 define dos infracciones⁷²³: El no aportar o aportar de forma incompleta, inexacta o con datos falsos la documentación obligatoria sobre operaciones vinculadas. Y que el valor declarado en el Impuesto de Sociedades, en el IRPF o en el IRNR, no sea el valor normal de mercado que se deriva del régimen de documentación obligatoria justificativa de las operaciones vinculadas.

También será deseable establecer un régimen sancionador tanto en la utilización como en la inducción a la planificación fiscal agresiva, siempre y cuando se hubiera regulado convenientemente, de acuerdo con los criterios expuestos anteriormente.

En lo referente al régimen sancionador por no declarar en España los bienes en el extranjero está recogido en la Disposición Adicional 18ª de la Ley 58/2003 General Tributaria y los art 42bis, 42ter y 54bis del el RD 1065/07 del reglamento de las actuaciones tributarias.

⁷²³ Art 16.10 del TRLIS.

Se redactó de nuevo el artículo 39 de la LIRPF y 134 del Impuesto de Sociedades⁷²⁴ sobre ganancias patrimoniales no justificadas que afectan a la existencia de bienes en el extranjero.

Otro tema delicado ha sido la posibilidad de sancionar el conflicto de aplicación de las normas. Inicialmente no se sancionaba; y sólo a partir de 2015⁷²⁵ y siempre y cuando se cumplan las condiciones legales podrá ser sancionado.

Proponemos la revisión de un régimen sancionador efectivo que desincentive las planificaciones agresivas y el uso de paraísos que erosionen las bases en los países de la fuente transfiriendo los beneficios a territorios de baja tributación. Para ello habría que revisar el régimen sancionador en los casos de conflicto en la aplicación de las normas, precios de transferencia, obligaciones del suministro de información y la inducción a la planificación agresiva.

12. Creación de un Convenio Multilateral que agilice la implementación de medidas.

La preocupación por la situación planteada con la transferencia de beneficios, ha supuesto un apoyo político sin precedentes para lograr una solución, y adaptar el sistema internacional lo más rápidamente posible.

⁷²⁴ Ley 27/2014 de 27 de nov del I de Sociedades

⁷²⁵ Ley 34/2015 de 21 de septiembre de modificación parcial L 8/2003 de 17 de diciembre General Tributaria.

El instrumento idóneo para implementar los cambios en las relaciones internacionales son los Convenios para evitar la doble imposición (CDI) iniciados por la Organización de Naciones Unidas (ONU) hace más de 20 años y seguidos por la OCDE.

Pero el problema es que hay 3.400 CDI firmados entre los países lo cual complicaría la implementación en el tiempo de cualquier medida adoptada. Por ello la Acción 15 del BEPS prevé la adopción de un instrumento Multilateral.⁷²⁶

Nosotros propondríamos la creación de un Convenio Multilateral, que incorporara las modificaciones ya comentadas en relación con los Establecimientos Permanentes, Arbitraje y Clausula de limitación de beneficios, entre otras medidas.

Esperamos haber contribuido, con un mayor conocimiento del fenómeno de los paraísos fiscales, y con las medidas propuestas, a evitar el uso de los mencionados territorios, luchando, contra la desigualdad e impidiendo el aumento imparable de la distancia entre ricos y pobres ;por el igualitario reparto de las cargas sociales al evitar la elusión fiscal, haciendo que todos paguen en el lugar donde se obtiene el beneficio, e intentando que triunfe la libre competencia de las empresas al eliminar las ventajas que proporcionan los paraísos fiscales.

⁷²⁶ En febrero de 2015, el Comité de Asuntos fiscales (CAF) de la OCDE aprobó , con el beneplácito de los Ministros y Gobernadores de los Bancos Centrales del G-20, la creación de un grupo para el desarrollo de un instrumento multilateral.

7. JURISPRUDENCIA.-

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.-

En la Armonización del TJCE podemos destacar las siguientes sentencias relevantes.-

STJCE de 13 de diciembre de 2005 (asunto Marks & Spencer, C-446/03): referente a la denegación en general de la consolidación fiscal internacional para una sociedad residente en UK salvo si no supone un montaje artificioso y no existe la posibilidad de que dichas pérdidas puedan ser utilizadas en el estado de Residencia de la filial en ejercicios futuros.

STJCE de 12 de septiembre de 2006 (Asunto Cadbury Schweppes, C-196/04) sobre la constitución y capitalización de sociedades en otros estados miembros, exclusivamente con la finalidad de acogerse a un régimen fiscal más favorable que el existente en el estado miembro de residencia. Aplicación de la transparencia fiscal internacional en el Reino Unido; El efecto en las estructuras internacionales basadas en razones fiscales.; Alcance de una realidad de implantación y de la realización de actividades económicas efectivas.

STJCE de 14 de diciembre de 2006 (Asunto Denavit, C 170/05): Una normativa que somete a retención a cuenta los dividendos distribuidos a accionistas no residentes pero que no aplica la retención es residente; supone una restricción contraria a la libertad de establecimiento a la libre circulación de capitales. La Comisión denunció a España ante el TJCE en enero de 2007

STJCE de 8 de Mayo (Asunto Ecotrade SpA, C-95/07 y 96/07). Esta sentencia tiene importancia en cuanto supone la recuperación del IVA soportado en caso de defecto de auto repercusión.

STJCE de 27 de noviembre de 2008 (Asunto Papillon). Es contrario al derecho comunitario, que una normativa que impida la consolidación fiscal en el caso de una cadena interrumpida de participaciones.

EL TJCE y la aplicación de las normas anti elusión en el Derecho Tributario

STJCE de 21 de febrero de 2006 (caso Halifax) analiza un esquema de deducciones en el IVA indebidas; Se aborda la noción de abuso de derecho, se recoge la necesidad de restablecer la situación originaria y la improcedencia las sanciones

STJCE de 7-6-2007 y 8-11-2007 (Caso comisión contra R. Helénica e ING).

STJCE de 12 de septiembre de 2006 (caso Cadbury-Schweppes) Se aborda las normas de abuso de derecho comunitario trata del significado de la libertad de establecimiento, se trata del abuso de derecho comunitario y el significado económico del ejercicio de la libertad de establecimiento.

STJCE de 13-3-2007 (caso test Claimants in the thin Cap Group Litigation); hay una conexión con el caso Lankhorst-Hohorst (STJCE 12-12-2002); hay una referencia a la noción de abuso de derecho y al MCOCDE art 9º sobre correcciones de valores operaciones entre empresas. Se trata la aplicación del ordenamiento comunitario a residentes

en terceros Estados. Aplicación de la libertad de establecimiento a nacionales de Estados miembros. Auto del TJCE de 10 de mayo de 2007 (Caso Lasertec).

STJCE de 17-1-2008 (caso N.V. Lammers & Van Cleeff) Se trata de la discriminación en la recalificación de los intereses pagados a una sociedad residente en otro Estado miembro.

STJCE de 20-5-2010 (caso Zwijnenburg) y conclusiones del Abogado General de 26-10-2010 en el (Caso Weald Leasing) se trata el tema de vinculación entre las partes, el reconocimiento de la economía de la opción fiscal y el test de artificiosidad e intrascendencia del fin fiscal perseguido

El TJUE y la fiscalidad directa.-

STJUE de 28 de enero de 1992 (asunto C-204/90, Bachman).La legislación de Bélgica no permitía la deducción a efectos del IRPF de las primas pagadas a entidades aseguradoras fuera del país.

STJUE de 13 de mayo de 1995 , (Caso C-279-03 Schumacker).Trabajador transfronterizo por cuenta ajena que trabajaba en Alemania donde obtenía la mayoría de sus rentas pero que era nacional y residente en Bélgica;era tratado en Alemania como no residente lo que originaba una discriminación.

STJUE de 12 de mayo de 1998 (Caso 336/96 Gilly).Se planteaba si el art 48 del Tratado (54 actual) no se opone a la aplicación de disposiciones como las del Convenio de doble imposición (CDI) entre Francia y Alemania relativa a trabajadores transfronterizos.

STJUE de 6 de junio de 2000, (Asunto C-35/98, Verkooijen) la disposición holandesa que se discutía tenía por efecto disuadir a los nacionales de los EE.MM que residieran en los Países Bajos a invertir sus capitales en otros países EE.MM.

STJUE de 12 de junio de 2003 (asunto C-234/01, Gerritse); La normativa alemana impedía la deducción en la fuente de los gastos necesarios para obtener ingresos en una actividad profesional.

STJUE de 19 de marzo de 2004 (Asunto c-9/02, Lasteyrie du Saillant) La libertad de establecimiento prevista en el art 52 del TCE (Actual 59) se opone a que un EE.MM establezca a fin de prevenir el riesgo de evasión fiscal un régimen de imposición de plusvalías latentes.

STJUE de 7 de septiembre de 2004, (Asunto C-319/02 Manninen) sobre crédito fiscal por dividendos.

STJUE de 19 de enero de 2006 (asunto C-26/04 Bouniach) sobre el CDI entre Francia y Suecia.

STJUE de 15 de febrero de 2006 (asunto C152/03, Ritter-Coulais) sobre la normativa alemana que por obligación personal no permitía la consideración de los rendimientos negativos derivados de la utilización para uso propio de vivienda en Francia.

STJCE de 23 de febrero de 2006, (asunto C253/03,CLT-UFA.) la normativa alemana permitía para la sucursales EP de sociedades domiciliadas en EE.MM. un tipo impositivo superior a la aplicable a las residentes.

STJUE de 23 de febrero de 2006(asunto C-471/04, KellerHolding) sobre deducibilidad de gastos financieros para la adquisición de filiales residentes.

STJUE de 7 de septiembre de 2006 (asunto C-474/04, N:) sobre un régimen de tributación de plusvalías en caso del traslado de domicilio. (Exit tax)

STJCE de 3 de octubre de 2006 (asunto C-290/04 Scorpio) sobre el mecanismo de retención a un no residente.

STJUE de 14 de noviembre de 2006, (asunto C513-04, Kerckhaert-Morres) sobre gravamen de dividendos.

STJUE de 14 de diciembre de 2006, (asunto c-170/5 Denkavit) sobre dividendos distribuidos por una sociedad residente en un EE.MM. a una sociedad beneficiaria situada en otro EE.MM.

STJUE de 15-2-2007(asunto C-345/04, Centro Equestre da Leziziría Grande) sobre gastos deducibles a una sociedad en la normativa alemana.

STJUE de 11 de septiembre de 2007(asunto C76/05, Gootjes-Schwarz) sobre deducciones en el IRPF alemán.

STJUE de 11 de octubre de 2007 (caso C-451/05 Elisa) sobre el principio de no discriminación en Francia en relación con el Impuesto sobre el valor de los inmuebles.

STJUE de 17 de enero de 2008, (asunto C-105/07 Lammers) sobre recalificación que la normativa belga hacía sobre los dividendos.

STJUE de 15 de mayo de 2008, (asunto C-414/06, Lidl Belgium) el CDI germano-luxemburgués, establecía la exención de las rentas obtenidas por un EP en el estado de residencia de la sociedad principal. Alemania lo consideraba como exención total.

STJUE de 16 de octubre de 2008 (asunto C-527/06 Renneberg) principio de no discriminación en cuanto a la deducibilidad de determinadas rentas en los residentes holandeses.

STJUE de 12 de febrero de 2009 (asunto C-67/08 Block) sobre la normativa alemana y el impuesto de sucesiones.

STJUE de 25 de febrero de 2010 (asunto C-337/08 X Holding BV) sobre el principio de no discriminación en el caso del derecho holandés que permitía la consolidación con una filial residente y no con una no residente.

STJUE de 3 de junio de 2010 (asunto C-487/08) Comisión VS. España) sobre la exención del IRNR de los dividendos obtenidos por sociedades matrices en la UE, que requería un porcentaje de participación más elevado a las matrices europeas.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo.-

EL TS y la aplicación de las normas anti elusión.-

Habría que destacar la tendencia a considerarla apreciación de la validez de los negocios a través de la justificación económica de las operaciones y una cierta indiferencia en función de que el negocio jurídico no tuviera causa. Podemos considerar las siguientes sentencias:

STS 18-3-2008(Caso Chocolates Hueso) se trata el fundamento jurídico reiterado sobre el alcance de la autonomía de la voluntad y del sentido de la simulación.

STS 11-12-2008 (caso FINSA) sobre el Fraude de ley en operaciones de reducción y aumento de capital.

SSTS de 25-2-2010 y 25-3-2010 (Caso Dasa-CVCP) y otras recoge una definición amplia de fraude de ley.

STS 9-10-2008 y otras donde se tratan diversos temas, el negocio fiduciario del complejo negocio, el alcance de la revisión en casación y la STS de 259-2009 en relación con el vendedor no residente de “la Cruz del Campo”

STS de 16-11-2009 (caso Sevilla CF.)

STS de 29-03-2010 Sobre un tema de simulación en el IVA, sobre un edificio con destino a una Universidad.

STS de 21-10-2010 sobre Bienes vendidos tras el cese de la actividad. Entra en la calificación de un complejo negocial.

El TS y los negocios anómalos.-

STS 30/05/2011 RECURSO DE CASACIÓN 1061/2007 delimitación simulación-fraude de ley

STS 30/05/2011 RECURSO DE CASACIÓN 1061/2007; negocios anómalos; calificación atendiendo a la realidad económica subyacente en los negocios jurídicos.

STS 30/05/2011 RECURSO DE CASACIÓN 1061/2007; negocios anómalos y economía de opción.

STS 30/06/2011 RECURSO DE CASACIÓN 6068/2007; negocios anómalos y finalidad elusiva

Los tribunales españoles y el abuso de derecho,

(Sobre distinción entre simulación, recalificación y conflicto/fraude de ley)

STS 2ª 15-07-2002

STC 120/2005 de 10-05-2005

STC 57/2010 de 4-10-2010

(Sobre el concepto de simulación)

STS 29/3/2010 (Edificio destinado a una universidad)

RTEAC 7-04-2010 (00-1981-2009).Deducción por reinversión materializado en una sociedad de tenencia de activos financieros

RTEAC 23-06-2009IVA.Edificio afecto a uso como Hospital. Contraste con la doctrina del TJCE.

(Sobre negocios anómalos.-)

Sentencia del TS de 28 de mayo de 2009; HARTSTONE ESPAÑA SL solicita ante la DG de Transacciones Exteriores verificación de la inversión de dicha sociedad y su matriz (Hartstone Group PLC) en la sociedad TRES A SA, mediante la adquisición del 100% de su capital por importe de 4.500 millones de ptas

Sentencia del TS de 21 de mayo de 2009; La interesada recurre en casación, entendiendo que la SAN es incongruente, puesto que ha resuelto sobre la base de existir un negocio simulado, cuando ni el acto de liquidación impugnado ni las resoluciones de los TEAS se fundaban en la existencia de tal simulación. Por otra parte, se reitera la alegación sobre la inexistencia de negocio indirecto, entendiendo que nos encontramos ante un problema de aplicación de la norma que tiene perfecta cabida en la economía de opción.

Sentencia de la AN de 23 de abril de 2009; El grupo de empresas DAMEL, propiedad del grupo familiar ; formaliza un contrato privado de venta de dicho grupo de empresas DAMEL a un inversor extranjero, LANOS INVESTMENTS, BV.; La venta fue precedida de la reestructuración; el TS considera hay simulación.

Sentencia del TS de 16 de abril de 2009

Sentencia de la AN de 12 de marzo de 2009

TEAC: RG 2031-03 de 27 de julio de 2006

Sentencia de la AN de 11 de diciembre de 2008

TEAC: RG 4027-05 de 3 de abril de 2008

TEAC: RG 4159-05 de 3 de abril de 2008

TEAC: RG 1633-06 de 12 de julio de 2007

8. ABREVIATURAS.-

AEAT. Agencia Estatal de Administración Tributaria.

AEDAF. Asociación Española de Asesores Fiscales

AEIE. Agrupación Europea de interés económico

AIE. Agrupaciones de interés económico.

ALI. American Law Institute.

AN. Audiencia Nacional

APA .Acuerdo Previo de Valoración

ARC. Acuerdo de Reparto de Costes

BALRM. Basic Arm's Length Return Method.

BOE. Boletín Oficial del Estado.

CA. Convenio de Arbitraje.

CDI. Convenio para evitar la doble imposición internacional.

CE. Comunidad Económica Europea

CFC. Controlled Foreign Company Legislation o Normas sobre transparencia fiscal internacional.

CMC. Comentarios al Modelo de la OCDE.

CM OCDE. Convenio modelo para evitar la doble imposición de la OCDE.

CUP. Comparable Uncontrolled Price o Método de Precio comparable.

CVDT. Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

DGCI. Dirección General de Comercio e Inversiones.

DGT. Dirección General de Tributos.

DIAN. Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales.

DISCs. Domestic International Sales Corporations.

EAR. Entidad en Régimen de Atribución de Rentas

ECOFIN. Economic and Financial Affairs Council o Consejo de Asuntos económicos y Financieros.

EEE. Espacio Económico Europeo.

EMN. Empresas Multinacionales.

EP. Establecimiento permanente.

ETVE. Entidades de Tenencia de valores extranjeros.

EUTPD. European Union Transfer Pricing Documentation o Documentación de Precios de Transferencia para los estados miembros de la UE.

FCPT. Foro Conjunto de la Unión Europea en materia de precios de transferencia.

FMI. Fondo Monetario Internacional.

FPHC. Foreign Personal Holding Company Provisions.

GATT. General Agreement on Tariffs and Trade o Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio.

IBFD. International Bureau of Fiscal Documentation.

IEF. Instituto de Estudios Fiscales.

IFA. International Fiscal Association o Asociación Fiscal Internacional.

IIC. Institución de inversión colectiva.

IIEE. Impuestos especiales.

IP. Impuestos sobre el patrimonio.

IRNR. Impuesto sobre las rentas de los no residentes.

IRPF. Impuesto sobre la renta de las personas físicas.

IRS. International Revenue Service.

IS. Impuesto de Sociedades.

ISD. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

ISP. Internet Service Provider o Proveedor de servicios de internet.

ITPAJD. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados.

IVA .Impuesto sobre el Valor Añadido.

LDGC. Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente.

LGT. Ley General Tributaria.

LIRNR. Ley del Impuesto sobre al renta de los no residentes.

LIRPF. Ley sobre el Impuesto de las personas físicas.

LIS. Ley del Impuesto de Sociedades.

LITPAJD. Ley sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

LIVA. Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido.

LJCA. Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa.

LLC. Limited Liability Vompany.

LMPFF. Ley de medidas de prevención del fraude fiscal.

LOPD. Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal.

LSA. Ley de sociedades anónimas.

LSRL. Ley de sociedades de responsabilidad limitada

MAP. Mutual Agreement Procedure o Procedimiento Amistoso de Mutuo Acuerdo.

MCUSA/MCEEUU. Modelo de Convenio para evitar la doble imposición con Estados Unidos.

MCOCDE. Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la OCDE.

MCONU. Modelo de Convenio de la Organización de las Naciones Unidas.

MEMAP. Manual on Effective Mutual Agreement Procedures.

NAFTA. North American Free Trade Agreement o Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

OCDE. (OECD).Organización, para la Cooperación y Desarrollo Económico.

OECE. Organización Europea para la Cooperación Económica.

OMEH. Orden del ministerio de Economía y Hacienda.

ONU. Organización de Naciones Unidas.

OS. Operaciones societarias.

R. Resolución.

RDEF. Revista española de derecho fiscal.

RDFHP. Revista de derecho financiero y hacienda Pública..

REF. Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

REIT. Real Estate Investment Trusts.

RIC. Reserva de Inversiones de Canarias.

RIRNR. Reglamento del Impuesto de la Renta de no residentes.

RIRPF. Reglamento sobre el Impuesto de las Personas Físicas.

RIS Reglamento del Impuesto de Sociedades.

RPA. Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa.

RPEA. Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas.

RR. Resoluciones.

RG. Resoluciones TEAC.

Rs. Resoluciones.

S.Sentencia.

SEC.Sociedad Extranjera Controlada.

SEPBLANC.Servicio Ejecutivo de la Comisión de prevención del Blanqueo de Capitales

SOCIMI.Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario.

SRL. Sociedad de Responsabilidad Limitada.

SS.Sentencias.

STS.Sentencia del Tribunal Supremo

TEAC.TribunalEconomico Administrativo Central.

TEAR Tribunal Económico Administrativo Regional.

TFI.Transparencia Fiscal Internacional.

TFUE. Tratado de Funcionamiento de la Comunidad Europea.

TIEA. Tax Information Exchange Agreements o Acuerdos de Intercambio de Información tributaria.

TJCE. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

TJUE. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TNMM. Transactional Meginmethod.

TRLIRNR. Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la renta de los no residentes.

TRLIRPF. Texto Refundido de la ley sobre el Impuesto de las personas Físicas.

TRLIS. Texto Refundido de la ley sobre el Impuesto de Sociedades.

TRLITPAJD. Texto Refundido de la Ley sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

TRPI. Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

TRLSA. Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

TS. Tribunal Supremo.

TSJ. Tribunal Superior de Justicia.

TUE. Tratado de la Unión Europea.

UTE. Unión Temporal de Empresas.

VIES. VAT Information Exchange System o Sistema de intercambio de información automático del IVA.

ZEC. Zona Especial Canaria.

9.DIRECCIONES DE PÁGINAS DE INTERNET

Las siguientes páginas web han sido consultadas en la elaboración de la tesis:

<http://www.investorsgibraltar.com/gibraltar.html>

Inversiones en Gibraltar

<http://www.gics.gi/home.htm>

Welcome to the web-site of the Gibraltar Investor Compensation Scheme

<http://www.investorseurope.com/>

Inversiones en Gibraltar

<http://www.formacompany.es/index.html>

Creación sociedades offshore en Gibraltar.

<http://www.formacompany.com/es/portada>

Constitución de sociedades en todo el mundo.

<http://www.bnamericas.com/>

Business América.

<http://www.improsa.com/>

Grupo financiero improsa costarica.

<http://www.actualidad-e.com/>

Revista

<http://www.offshore-professional.com/>

Codwell1998-2010 BY COLDWELL COMP. REG. UNITED STATES OF AMERICA & REPUBLIC OF SEYCHELLES

<http://www.offshoresimple.com/delaware.htm>

Servicios disponibles en Delaware

<http://www.offshoresimple.com/>

Servicios offshore

<http://www.myoffshorecompanies.com/>

Destaques

<http://www.atrium-incorporators.com/>

Atrium

<http://www.atrium-incorporators.com/Gibraltar%20-%20Tax%20Exempt%20vs.%20Non-Resident%20Companies.htm>
Servicios en Gibraltar (Atrium)
<http://www.ocra.com/>
Ocra worldwide
<http://www.netincorporation.ch/webapps/netinc/frame/index.jsp>
Suiza offshore company
<http://www.cmshk.com/index.shtml>
Corporate managementservices asia
<http://www.lowtax.net/>
Offshore bussines
<http://www.walters-karrer.com/>
Andorra taxshelter
http://www.internaxx.lu/staticcontent/home-public.html?navform_menuid=home
a waterhouse company
http://www.oecd.org/topic/0,3373,en_2649_33745_1_1_1_1_37427,00.html
practicass perjudiciales.
<http://www.g20.org/index.aspx>
G20home
http://www.oecd.org/document/31/0,3343,es_36288966_36288607_42800799_1_1_1_1,00.html
OCDE Mejico
http://www.oecd.org/topic/0,3373,fr_2649_37427_1_1_1_1_37427,00.html
OCDE fiscalite
<http://seychellesoffshore.com/fidelity-corporate-services.php>
Fidelity corporate services Seychelles
<http://www.paraisos-fiscales.info/index.html>
Guia de paraiss fiscales
<https://www.fondosfidelity.es/inversor/default.page>
Fidelity españa

<http://www.degerencia.com/noticia/29548/g-20-aplicara-sanciones-a-paraisos-fiscales-a-partir-de-marzo-2010>

Gerencia de negocios en hispanoamerica.

<http://www.paraisos-fiscales.info/blog/index.php>

Panama

http://www.oecd.org/site/0,3407,en_21571361_43854757_1_1_1_1_1,00.html

Foro de transparencia global.

<http://www.cobus.net/spanish/index.htm>

Fiduciaria offshore

<http://www.uae-eu.com/?gclid=CNXG0vLAtawCFQUhtAod8xJmIA>

Dubai offshore

http://www.ibc-madeira.com/tradings?gclid=CLqb5r_BtawCFakhtAodBh1oFw

Madeira companys

<http://translate.google.com/translate?hl=en&ie=UTF8&langpair=en%7Cpt&oe=UTF8&u=http://offshoresimple.com/ppa.htm%3Fsource%3Dgoogle>

Banca offshore

<http://paradisfiscaux.com/>

Magazine de informacion de paises con fiscalidad reducida.

<http://www.paradis-fiscaux.com/>

Compañía anónima meridional ltd

<http://www.paradisfiscaux.com/faq.htm>

Cuestiones frecuentemente planteadas en relación con paraísos fiscales.-

<http://taxjustice.blogspot.com/2011/10/paradis-fiscaux-g20-de-la-derniere.html>

Cuestiones planteadas por CCFD France

http://www.escapeartist.com/Offshore/Tax_Havens/

Servicios offshore

<http://tax-havens.net/>

Servicios de dominios (Rotterdam)

<http://www.paraisosfiscales.org/>

Servicios en paraísos fiscales.-

<http://www.lakewayinternational.com/taxhavens.html>

Lakaway international equities

<http://www.tax-havens.co.uk/index.html>

El Reino Unido Paraíso fiscal.

<http://www.fletcherkennedy.com/offshore-company/gibraltar/gibraltar.html>Gibraltar

<http://www.lowtax.net/lowtax/html/gibraltar/jgiecon.html>Gibraltar

http://www.economywatch.com/world_economy/gibraltar/Gibraltar

<http://www.primetrust.gi/why-gibraltar/economy>Gibraltar

<http://es.wikipedia.org/wiki/Offshore>

(04-04-2012)Definición de offshore u offshoring

http://es.wikipedia.org/wiki/Para%C3%ADso_fiscal

(04-04-2012)Sobre paraísos fiscales

<http://www.privacy-solutions.com/company-formation-agents-gibraltar.html>

(04-04-2012) Pagina de información sobre Gibraltar y las operaciones offshore

<http://www.incnnow.com/>

(04-04-2012) para crear una LLC en Delaware en 5 minutos.

<http://www.strategie.gouv.fr/>

(2012-04-05) Centro de análisis estratégico en París

<http://www.strategie.gouv.fr/content/note-d%E2%80%99analyse-222-centres-financiers-offshore-et-systeme-bancaire-fantome>

(2012-04-05) Centro de análisis estratégico en París, nota 222

http://www.oecd.org/site/0,3407,en_21571361_43854757_1_1_1_1_1,00.html

(2012-04-05) OECD

<http://www.oecd.org/dataoecd/50/0/43606256.pdf>

(2012-04-05)OECD

<http://www.irs.gov/businesses/small/article/0,,id=106568,00.html>

(2012-04-16)Servicio del IRS de EEUU.

[http://www.oecd.org/document/23/0,3343,en_2649_33745_30575447_1_1_1_1,00.h](http://www.oecd.org/document/23/0,3343,en_2649_33745_30575447_1_1_1_1,00.html)
tml (2012-04-16)OCDE

<http://www.paraisos-fiscales.info/banca-offshore.html>

banca offshore/paraísos fiscales

<http://www.mundoexpat.com/gibraltar/dinero/requisitos-para-abrir-una-cuenta-corriente-gibraltar.html>

(2012-04-16) abrir c/c en Gibraltar

<http://www.barclayswealth.com/index.htm>

(2012-04-16) bancos en Gibraltar pagina de acceso

http://es.wikipedia.org/wiki/Ley_USA_PATRIOT

(2012-04-16) Ley Patriot USA

http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32236836_1_1_1_1_1,00.html

(2012-04-16) GAFI

http://es.wikipedia.org/wiki/Mercado_de_divisas

(2012-04-16).Mercado de divisas

http://es.wikipedia.org/wiki/Mercado_interbancario

(19-04-2012) mercado interbancario

<http://www.offshorebankshop.com/18-tarjeta-anonima-offshore>

(2012-04-16) tarjetas de bancos offshore

<http://www.sociedadesextranjerias.net/tarjetas-de-pago-prepagadas.html>

(2012-04-05) tarjetas bancarias

http://www.oecd.org/document/19/0,3746,en_2649_33745_1903251_1_1_1_1,00.html Jurisdictions Committed to Improving Transparency and Establishing Effective Exchange of Information in Tax Matters.

http://www.oecd.org/document/7/0,3746,en_2649_33745_38312839_1_1_1_1,00.html Tax Information Exchange Agreements (TIEAs).

http://es.wikipedia.org/wiki/Riesgo_sist%C3%A9mico Concepto de riesgo sistémico.

http://es.10bet.com/Information/deposit_methods/

<http://es.888.com/blockes.htm> casino online Gibraltar

<http://www.casinotropez.com/es/>

Casino

<http://www.playtech.com/html/>

Empresas que proporcionan servicios a los casinos on line

<http://www.gamblingplanet.eu/es>

Guía de casinos on line

<http://www.casinotropez.com/es/banking/payment-methods>

Sistemas de pago en casino on line

<http://online.worldcasinodirectory.com/>

Directorio de casino on line

10. BIBLIOGRAFIA.

Índice de autores.-

Albi Ibáñez, Emilio (1990): “Elusión y evasión fiscales: la investigación económica”, Hacienda Pública Española, nº 115.

Almudí Cid, José (2002): “La normativa contra la elusión fiscal internacional en los Estados Unidos”, cap. 7, en Soler, Roch, M^a. T. y Serrano Antón, F. (directores): Las medidas anti abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

Almudí Cid Jose Manuel; El informe de la OCDE sobre BEPS y sus efectos en el ordenamiento interno; Universidad Carlos III 2014

Almudí Cid José; Planificación fiscal internacional a través de sociedades holding; Documentos IEF 24/06

Bachelier Louis “Theorie de la Speculation” Annales Scientifiques, 17 Ecole Normal Supérieure, pp21-86.

Beauchamp André (1989) “Guide Mondial des Paradis Fiscaux “editado por Bernard Grasset ed. 1989

Bertoni, P. (1994): "La lutte contre l'évasion fiscale dans le cadre du marché unique européen. La coopération administrative", La Revue du Trésor, nº 12.

Bettinguer Barrios Herbert (2005) "Los paraísos Fiscales". Ediciones Fiscales SEF.

Briones Fernández, Luis (1987c): "Criterios para diseñar un régimen fiscal que evite el uso de sociedades domiciliadas en paraísos fiscales para reducir los impuestos españoles", Instituto de Estudio Fiscales, Monografía, nº 49.

Briones Fernández, Luis (1992): "Libre circulación de capitales y tributación de no residentes", ponencia presentada en la Fundación para la promoción de los Estudios Financieros (BBV), Madrid.

Briones Fernández, Luis (1996): "Tributación de las rentas obtenidas en el extranjero en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades", Actualidad Financiera, número monográfico segundo trimestre, pp. 87-102.

Briones Fernández, Luis y Rodes, Gonzalo (1995 y 1996): "Planificación fiscal internacional en el contexto de la empresa familiar española", The Family Business Network, 6th Annual Conference, El Escorial, Septiembre 1995. Mundo Fiscal nº 14 (1995) y 15 (1996).

Burgio, M. (1985): "La comunidad Europea y la evasión fiscal internacional", Hacienda Pública Española, nº 96. Cavestany Manzanedo, María Antonia (1993): "El treaty shopping en el modelo de convenio de la OCDE de 1992", Impuestos, vol. II.

Calderón Carrero José Manuel y Ruiz García José Ramón (2004); Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España. Fundación Pedro Barrio de la Maza Instituto de Estudios Económicos de Galicia

Calderón Carrero José Manuel; fiscalidad de las operaciones vinculadas, CISS 2009

Calvo Gonzalez-Vallinas Javier y, Perez Ramírez Jorge. Instrumentos financieros. 2006. Piramide

Carbajo Vasco, Domingo "Reflexiones sobre comercio electrónico y fiscalidad", IV Congreso de Economía de Navarra, Navarra y la sociedad del conocimiento, Ed. Gobierno de Navarra y Caja Navarra, 2000, págs, 201 a 215

Carmona Fernández Néstor y otros (2009) "Fiscalidad de las operaciones vinculadas" CISS.

Carmona Fernández Néstor (2001); Fiscalidad de las transferencias de tecnología y jurisprudencia. Crónica Tributaria nº 98 (2001) pp49-67.

Carrasco Reija, Leticia y Carrasco Reija, Joaquín (1993): "Planificación Fiscal Internacional (IV): medidas anti elusión", Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, nº 121, pp. 27-50.

Casero Barrón, Ramón (1996): “El Treaty Shopping visto desde la óptica del Derecho comunitario”, Revista Técnica Tributaria, nº 32. Collins, M.H. (1988): “Evasion and avoidance of tax at the international level”, International Bureau of Fiscal Documentation, European Taxation, September.

Castagnède Bernard y Toledano Salomón (1987.); Fiscalité, Internationale del, entreprise ediciones PUF ;(Presse Universitaire de France)

Cordón Ezquerro Teodoro (2004) Manual de Fiscalidad Internacional; 2ª edición; Instituto de Estudios Fiscales.

Cosín Ochaita Rafael (2007) Fiscalidad de los Precios de Transferencia editorial CISS

Chambost Edouard (1982) Los Paraísos Fiscales editado por Pirámide

Chavegneux Cristian y Palan Ronen (2007) Les Paradix Fiscaux...Edition La decouverte París 2007.

Chambost Edouard “Guide des Paradis Fiscaux face a 1992” editado por Sanded 1990/1991

DARVY Joseph B. y KELSE y LEMASTER, Double Irish more than doubles the tax saving: hybrid structure reduces Irish, US and world wide taxation, Practical US/International Tax Strategies, vol. 11, núm. 9, 15 mayo 2007

Delgado Pacheco Abelardo; Las medidas antielusion en la doble imposición y en la fiscalidad internacional; IEF doc 15/02

Delgado Pacheco Abelardo; Nuevas tendencias en economía y fiscalidad internacional (sep-oct 2005) nº 825 ICE.

De la Mota, Ignacio H. (1996): "Los paraísos fiscales, las mejores tintorerías". Banca Española, nº 278, octubre-noviembre 1996.

De la Torre Díaz Francisco; Síntesis de las novedades del RD 12/2012; 2012

Douvier Pierer Jean y otros (2008) "Prix de transfert" Editions Francis Lefebvre.

Esteban Marina, Ángel (1986): "Impuesto sobre Sociedades: la elusión fiscal mediante los precios de transferencia", Crónica Tributaria, nº 57.

Esteban Marina, Ángel (1990): "Elusión mediante precios de transferencia". El Impuesto sobre Sociedades en la reciente jurisprudencia

Falcón y Tella Ramón. (2010); Las estructuras de “doble irlandesa” (Double Irish) Publicación: Quincena Fiscal Aranzadi núm. 22/2010 (Editorial).Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010.

Fernández Briones, Luis (1987): “Criterios para diseñar un régimen fiscal que evite el uso de sociedades domiciliadas en paraísos fiscales para reducir los impuestos españoles”, Monografía 49. Instituto de Estudios Fiscales. 17

Fernández Briones, Luis (1991):"Las sociedades instrumentales", trabajo presentado en el Seminario sobre elusión fiscal internacional organizado por la Escuela de la Hacienda Pública.

Fernández González Fernando Javier (2010)"Operaciones Vinculadas "Ediciones Francis Lefebvre.

Fernández Pérez, José Ramón (1991): “Medidas y disposiciones contra la elusión fiscal Internacional a través de sociedades base y de sociedades instrumentales”, Cuadernos de Formación. Inspección de Tributos, nº 14.

Fernández Viguera, Juan Jose 1-06-2011 ; pagina de Attac España.

Fonseca Capdevilla Enrique (2001) Los negocios anómalos ante el derecho tributario perspectiva de futuro, Crónica tributaria nº 100(2001), pp. 97-117.

Foro Global para la transparencia y el intercambio de información (2011); "The Global Forum on Transparency and exchange of information for tax purposes" OECD.

García Calvente Yolanda; Aspectos tributarios del turismo residencial; Ed Bosch SA

García Calvente Yolanda; Leyes Generales de derecho Financiero y Tributario; Aranzadi

García Calvente Yolanda; Régimen tributario de las sociedades patrimoniales; Consultor inmobiliario nº 50 2004

García Calvente Yolanda; Aspectos tributarios de los derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles; Consultor inmobiliario nº 33 ;2003

García Prats, Francisco Alfredo (1999b): "Prevention of Use and Abuse of Tax Havens. Exchange of Information", RDIT, nº 2. Giovanni, A. (1987): International Capital Mobility and Tax Evasion. NBER, Working Paper, 2460.

García Rodríguez José Manuel (2011) Tax Shelters y Fraude: Detección y control abusivo de la Planificación fiscal. Análisis de la experiencia Estadounidense; Crónica tributaria núm. 140/2011 (115-166).

Gómez-Reino Cachafeiro, Manuel (1994): "La transparencia de sociedades residentes en paraísos fiscales controladas por residentes en España", Derecho de los Negocios, nº 50.

González de Frutos Ubaldo (2007); La expansión y control de los tax shelters en EEUU.; crónica tributaria núm. 122/2007 (89-119).

Gordon Richard "Tax Avenís and their use by EEUU Tax Payers an Overview" (1981)

García Ramoney Asunción; Cuadernos formación IEF 11/2010

García Rodríguez Manuel García; Tax Shelther y fraude; detección y control de la planificación fiscal abusiva. Análisis de la experiencia estadounidense. Crónica Tributaria 2011.

García Villanova Ruiz Ignacio "Competencia fiscal perniciosa. Estado actual de la normativa española y el caso Holandés".IEF 2008

Gutiérrez de Pablo, Gonzalo :Bancos offshore:diversos aspectos sobre su utilización a través de instrumentos financieros;Cuadernos de formación EHP

Gutiérrez de Pablo, Gonzalo (1992): "Los paraísos fiscales", Cuadernos de Formación. Inspección de Tributos, nº 19.

Gutierrez de Pablo, Gonzalo; Diversos aspectos de la planificación fiscal internacional y el uso de los paraísos fiscales. Análisis de algunas medidas de prevención; Impuestos nº 10 Mayo 1995, pag, 3 a 31.

Gouthiere Bruno (1989/1990); Les Inputs dans les affaires Internacionales. Editado por Francis Lefebvre...

Gutierrez Bengoechea Miguel Angel; La banca ética y su fiscalidad Quincena fiscal nº 20; 2014 pags 91 a 110.

Gutierrez Bengoechea Miguel Angel; Las presunciones en derecho tributario; Estudios de derecho financiero pags 193 a 208

Gutierrez Bengoechea Miguel Angel; Las presunciones y ficciones en el ámbito tributario y su aplicación a las rentas societarias 2012 Comares

Gutiérrez de Pablo, Gonzalo; Bancos offshore “diversos aspectos sobre su utilización a través de instrumentos financieros; Cuadernos de formación EHP vol 16 (2013)

Gutiérrez de Pablo, Gonzalo; “Diversos aspectos de la planificación fiscal internacional y el uso de los paraísos fiscales”, Impuestos, Vol. I. (1995):

Gutiérrez de Pablo Gonzalo; Manual de precios de transferencia “editado por UHY. (2009);”

Gutiérrez Sánchez, Juana; Regife Longedo, Asunción y Tomas Hernández, Pascual (1993): "Aspectos internacionales de la evasión y el fraude fiscal", Impuestos nº 22, pp. 3-23.

Hernández Viguera (2005) "Los paraísos fiscales" ediciones AKAI.

Hernández Viguera Juan;"Relaciones eco sociales y cambio global" Papeles; 2011.

Hernandez Viguera Juan;La Europa Opaca de las Finanzas ,Icaria Editorial,2005

Hines, James R. Jr. y Rice, Eric M. (1994): "Fiscal paradise: Foreign tax havens and American business", Quaterly Journal of Economics, February 1994, 109(1). Huiskamp, J.C.L.; Bracewell-Milnes, B.; Wisselink, M.A. en VV.AA."International Tax Avoidance", vol. A: "General and Conceptual Material", International Series of the Rotterdam Institute for Fiscal Studies, Erasmus University, Rotterdam, Nº 1. Kluwer, Deventer, The Netherlands, 1979.

Hinojosa Torralvo Juan Jose; Simulacion tributaria y delito fiscal: un análisis jurisprudencial Pag 228-2300.

Hinojosa Torralvo Juan Jose, Regularizaciones tributarias y exenciones de responsabilidad penal y sancionadora pag 711 a 732.

Hinojosa Torralvo Juan Jose; Recientes tendencias de responsabilidad tributaria; pags 611 a 652.

Hinojosa Torralvo Juan Jose; Medidas y procedimientos contra el fraude fiscal, Atelier 2013

Honohan, "The Irish Banking Crisis Regulatory and Financial Stability Policy" 2010

Hull, J.C. (2006) Options, Futures and other Derivatives 6ª ed ed Prentice –hall

Huidobro Arreba Ignacio; Atribución de beneficios a los EP; Manual de precios de transferencia 2009

Lamadrid de Pablo Alfonso (2005) "El código de conducta en materia de fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de ayudas de estado. ; nº 3 2005 Instituto de estudios europeos.

Jones Rodriguez Luis; fiscalidad de las operaciones vinculadas, CISS 2009

Lefebvre Francis (2002) "Paradis fiscaux et operations internationales" Editions Francis Lefebvre (2ª edition).

Lefebvre Francis; prix de transfert, 2008; Dossiers pratiques

Le Moign Caroline, département Économie-Finances du Centre d'analyse stratégique.

Longarte Cifrian, Ignacio; fiscalidad de las operaciones vinculadas, CISS 2009

López Feito, Fernando (1990): “La experiencia internacional en la lucha contra la evasión y elusión fiscal internacional: Actividades desarrolladas por la OCDE”. Cuadernos de Formación. Inspección de Tributos. nº 12.

López de Haro Ramón (2005) “El caso irlandés: la utilización de Irlanda en las inversiones productivas o financieras internacionales. Otros Centros Financieros Internacionales

López Murcia Julián Daniel y Schomberger Tibocha Johann ;(2007); La problemática actual de los paraísos fiscales; Int.Law Rev. Colomb.Int.Bogotá. (Colombia) nº 10:311-338, nov. 2007.

López Carlos (2008) Estudio de los Paraísos Fiscales visión fundamentada en la LIRPF y LIS 2008 4º Hacienda Pública Española ADE.

Maldonado García-Verdugo Ascensión (2001); Ejercicios sobre competencia fiscal perjudicial en el seno de la unión Europea y de la OCDE: semejanzas y diferencias.Doc 4/2001 de la DGT.

Maldonado García-Verdugo Ascensión (2002); nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales.Doc ½ del Instituto de Estudios fiscales.

Martín Consuegra T. (1983); La evasión de capitales en España: por ediciones OKapi

Martin Delgado, Jose María; “Derecho tributario y sistema democrático”; Málaga Universidad D.L. 1983 .

Martin Delgado, Jose María; “La vía económico administrativa”; nueva organización y competencias; Derechos y Garantías del contribuyente 1983.

Martin Queralt, Juan Bautista; Ley General Tributaria y Leyes complementarias (Reglamento Sancionador tributario, delito fiscal y contrabando) Madrid Tecnos 2009

Martin Queralt, Juan Bautista; Derecho Tributario ; Aranzadi;

Martin Queralt, Juan Bautista; Mas sobre el tiro único. De la retroacción de actuaciones vía incidente de ejecución de sentencias ; Carta tributaria Revista opinión 2015.

Martin Queralt, Juan Bautista; la idoneidad del delito de defraudación tributaria como presupuesto del delito de blanqueo de capitales. Una cuestión inquietante ; Tribuna Fiscal; Revista tributaria y financiera nº266 2013.

Martin Queralt, Juan Bautista; El costoso fin de unas largas vacaciones fiscales; Tribuna fiscal; Revista Tributaria y financiera; nº 20-251 ; 2011

Martin Jimenez Adolfo; fiscalidad de las operaciones vinculadas, CISS 2009

Mathews, Russell (1984): “Anatomía de la elusión y evasión fiscales”, Hacienda Pública Española, nº 91.

Miguel Pérez, L. de (1993): Objetivo: sin fronteras fiscales. Los paraísos fiscales y la inversión extranjera en España. Ed. Lex Nova. Valladolid.

Moerman, Sebastien (1999): "The Main Characteristics of Tax Havens", Intertax, vol.27, nº 10.

Mota, Ignacio H.de la (1996): “Los paraísos fiscales, las mejores tintorerías”. Banca Española, nº 278, octubre-noviembre 1996.18

OCDE ;La evasión y el fraude fiscal internacional 1987 Paris.

OCDE (2010); Offshore Voluntary disclosure (comparative análisis, guidance and policy advice.

OCDE; (2006) Proyecto de la OCDE sobre las prácticas fiscales perniciosas: actualización 2006; Instituto de Estudios Fiscales.

OCDE ;(2011) Tackling aggressive tax planning trough improved transparency and disclosure.

Ogea Martínez-Orozco, Modesto (1978): “Elusión fiscal mediante sociedades”, Crónica Tributaria, nº 24.

Pablo Escobar, Laura de y Valiño, Aurelia (1989): “Evasión y elusión fiscal internacional a través del uso de sociedades conductoras”, Actualidad Financiera, nº 22 y 23.

Palacios Pérez José y López de Haro Ramón (2005) “El caso irlandés: la utilización de Irlanda en las inversiones productivas o financieras internacionales. Otros Centros Financieros Internacionales.”

Palan Ronen; Tax Havens How Globalization Really Works; Cornell University Press.

Parrondo, Alfredo J. (1998): “La utilización de los paraísos fiscales en el marco de la planificación fiscal internacional”, ponencia presentada en el VI Congreso Tributario celebrado en San Miguel de Tucumán-Argentina

Parsche, R. (1988): “EG-Steuerharmonisierung im Labyrinth des Minotaurus”, en Ifo-Schnelldienst, vol. 41, nº 33.

Pérez de Ayala Becerril, Miguel (1998): “La obligación personal en el cambio de residencia a un paraíso fiscal: una proposición mal construida en la lucha contra el fraude”, Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, nº 185.

Perez Ramírez Jorge y Javier Calvo Gonzalez-Vallinas, *Instrumentos financieros*. 2006. Piramide

Pérez Rodilla, Gerardo (1990): "La elusión fiscal internacional: la subcapitalización", Cuadernos de Formación. Inspección de Tributos nº 12.

Pérez Rodilla Gerardo, fiscalidad de las operaciones vinculadas, CISS 2009

Petterson, L. (1978): "Council of Europe: Cooperation between Member States against International Tax Avoidance and Evasion II", Intertax, nº 8.

Piatier, A. (1938): L'évasion fiscale et l'assistance administrative entre Etats, Librairie du Recueil Sirey, París.

Powell Benjamín, "El caso Irlandés" Cato Journal vol 22 nº3.

Prieto Jano, M^a José (1995): "La planificación fiscal internacional y en el ámbito de la Unión Europea: la elusión fiscal", Revista de Estudios Europeos, nº 11.

Riveiro, Ricardo E. (1998): "La planificación impositiva internacional. Paraísos fiscales". Ponencia presentada en el VI Congreso Tributario celebrado en San Miguel de Tucumán Argentina

Rivero Crespo Juan y Yañiz Alvarez de Eulate Fernando (2006) Nuevas cláusulas anti-elusión; Jurisprudencia tributaria Aranzadi nº 6/2006.

Rodríguez Ondarza José Antonio y Rubio Guerrero Juan José (2000); La transparencia fiscal internacional: protocolos para su aplicación. Crónica Tributaria nº 96 (2000) pp. 123-147

Ruiz García José Ramón y Calderón Carrero José Manuel (2004); Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España. Fundación Pedro Barrio de la Maza Instituto de Estudios Económicos de Galicia.

Ruiz Zapatero, Guillermo (1998): “La valoración de las operaciones realizadas con o por residentes en paraísos fiscales: cuestiones sustantivas y procedimentales”, Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, nº 184.

Rubio Guerrero Juan y José Rodríguez Ondarza José Antonio (2000); La transparencia fiscal internacional: protocolos para su aplicación. Crónica Tributaria nº 96 (2000) pp. 123-147

San frutos Gambin Eduardo. (1999)La transparencia fiscal internacional (TFI) en la ley del IRPF; Crónica tributaria nº 89 (1999), pp111-143.

Salto Van Der Laat, Diego (2000): “Los paraísos fiscales como escenario de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española”. Crónica tributaria, nº 93/2000, p. 49-88.

Santacana, José (1991): El mundo de los paraísos fiscales, Ediciones Eurosystem. Barcelona.
808

Santamaría Carreras Gabriel; Cuadernos formación IEF 11/2010

Sanz Gadea Eduardo (2009) Medidas Anti elusión fiscal “Curso de Alta Especialización de Fiscalidad Internacional, 2009. Documentos; Instituto de Estudios Fiscales.

Sanz Gadea Eduardo; Transparencia fiscal internacional; Manual de fiscalidad Internacional IEF 2004

Sanz Gadea Eduardo; La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales; Cronica tributaria núm. 136/2010 (169-182)

Saïac Julien; La nueva política de Francia contra los paraísos fiscales; Fecha: 13/04/2010;

Selling, H-J. (1990): “Medidas del fisco alemán contra la elusión a través de paraísos fiscales”, Cuadernos de Formación. Inspección de Tributos, nº 12.

Serrano Antón, Fernando (1997): "La transparencia fiscal internacional en los Ordenamientos americanos y español" en Presente y Futuro de la Imposición Directa en España, Lex Nova, Tema XXI, Parte 3ª.

Serrano Antón, Fernando (1998): "Estrategia y desarrollo de los sistemas tributarios en la Unión Europea", Quincena Fiscal, núm. 10. Serrano Antón, Fernando (1999): “Expe-

riencia y perspectivas en los procesos de armonización tributaria. (Especial referencia a América Latina y a la Unión Europea)", Revista de Contabilidad y Tributación del Centro de Estudios Financieros, nº 194.

Serrano Antón, Fernando (coordinador) (2001): Fiscalidad Internacional, Centro de Estudios Financieros, Madrid.

Serrano Antón, Fernando (2001): "Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación", en Serrano Antón, F. (coordinador), Fiscalidad Internacional, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2001.

Serrano Antón, Fernando (2002): "Las medidas anti-abuso en los Convenios para evitar la doble imposición internacional", cap. 3, en Soler, Roch, M^a. T. y Serrano Antón, F. (directores): Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

Serrano Antón, Fernando (2003): "La modificación del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal. Interpretación y novedades de la versión del año 2000: la eliminación del artículo 14 sobre la tributación de los servicios profesionales independientes y el remozado trato fiscal a las partnerships", Crónica Tributaria, nº 106.

Serrano Antón, Fernando (2005): "La cláusula de procedimiento amistoso de los Convenios para evitar la doble imposición internacional. La experiencia española y el Derecho comparado", Crónica Tributaria, nº 114.

Serrano Antón Fernando (2010) "Fiscalidad Internacional" .Ediciones CEF Madrid 2010.

Soler Roch María Teresa; La elusión fiscal internacional; sep 13,2010,<http://BLOGCRISTALROTO.WORDPRESS.COM>

Serrano Palacio Carlos "Competencia fiscal perniciosa. Estado actual de la normativa española y el caso Holandés".IEF 2008

Smith Adam; Teoría de los sentimientos morales 1759.

Schomberger Tibocha Johann y Lopez Murcia Julián Daniel;(2007); La problemática actual de los paraísos fiscales; Int.Law Rev. Colomb.Int.Bogotá. (Colombia) nº 10:311-338, nov. 2007.

Tanzi, Vito; Shome, Parthasarathi (1994): "A primer on tax evasion". Diritto e Pratica Tributaria. Padova. Vol. 45. No. 2. Marzo - aprile 1994. 25 p. 19

Tejerizo López Jose Manuel; Manual de derecho Tributario; Ed Aranzadi

Tejerizo López Jose Manuel; La Unión fiscal en la UE (una visión general)Revista de derecho de la Union Europea;nº27-28,2014-2015.

Tejerizo López Jose Manuel; "La discriminación entre la tributación de las rentas de residentes y no residentes; OL, Revista tributaria y Financiera nº 261, 2012 pags 8-20.

Tejerizo López Jose Manuel; Algunas reflexiones sobre el proceso contencioso administrativo en materia tributaria, Civitas Revista española de derecho financiero nº 141, 2009, pags 5-42

Tejerizo López Jose Manuel; Comentarios a la Ley de lucha contra el fraude fiscal; introducción, 2013 pags 21-66.

Tejerizo López Jose Manuel; La tributación de no residentes con establecimiento permanente; Responsa iusperitorum digesta Vol 4 pasg 299-322

Tejerizo López Jose Manuel; La base imponible en el IS; gastos deducibles y no deducibles, Estudios sobre el impuesto de sociedades 1988

Tejerizo López Jose Manuel; Comentarios a la Ley y Reglamento del IVA; Prólogo Vol 1 pags 39-75

Trapé Viladomat Montserrat; fiscalidad de las operaciones vinculadas, CISS 2009

Wilkie, J. Scott (et. al.) (1998): "International trend in tax avoidance", Canadian Tax Foundation Conference Report 1997.

Yañiz Alvarez de Eulate Fernando y Rivero Crespo Juan (2006) Nuevas clausulas anti-elusión; Jurisprudencia tributaria Aranzadi nº 6/2006.