

¿FEDERALISMO FISCAL EUROPEO FRENTE A LAS GRANDES CORPORACIONES?

Luxleak como síntoma

1. Introducción

A diferencia de la evasión fiscal, que se sitúa al margen de la ley¹, la elusión fiscal normalmente no sobrepasa los límites de la misma. Las prácticas elusoras de las empresas se apoyan en las incoherencias legislativas y en las interacciones entre las normas nacionales de varios países para, estirando al máximo la interpretación de la letra de ley, reducir sustancialmente la factura fiscal del grupo multinacional en su conjunto.

Varios líderes políticos se han pronunciado claramente sobre este fenómeno. Barak Obama señaló, a propósito de la elusión fiscal, lo siguiente: “mi actitud es que no me importa si es legal o no, simplemente es inaceptable”.

En los últimos G20s, los líderes mundiales han reiterado que la dimensión adquirida por la evasión y elusión fiscal amenazan ya la estabilidad del sistema financiero en su conjunto y detrae de los Estados ingentes sumas de dinero.

También en el contexto comunitario el tema de la evasión y la elusión fiscal no ha dejado de formar parte de la agenda de los líderes políticos. Desde que el ex presidente Van Rompuy decidiera incluirla en el orden del día del Consejo Europeo Extraordinario de 22 de mayo de 2013, la cuestión ha sido tratada en numerosas ocasiones a nivel de jefes de Estado y de Gobierno. Es de destacar también el hecho de que fuera incluida como una parte esencial del discurso de investidura del nuevo presidente de la Comisión Europea, Jean Claude Juncker.

¹ La evasión fiscal, concretamente, implica la no declaración de determinados activos.

Los datos asociados a la lacra de la evasión y la elusión fiscal explican este creciente interés político. A escala global, la coalición de ONGs Tax Justice Network estima que la cantidad de dinero escondido en paraísos fiscales rondaría los 21 billones de dólares, y que podría incluso alcanzar los 31 billones si se incluyen otros activos como los yates, los inmuebles y las obras de arte.

La Comisión Europea estima que el dinero perdido por la UE a causa de la evasión fiscal asciende a un billón de euros al año. Esta suma representa el PIB de España, quinta economía europea, y siete años del presupuesto comunitario.

Según Oxfam, los países en vías de desarrollo pierden cada año más de 100.000 millones de dólares a causa de la evasión fiscal y de los beneficios fiscales concedidos a las grandes empresas. A este respecto, es preciso señalar que el impacto negativo de la elusión fiscal corporativa es especialmente grave en los países en desarrollo, donde los ingresos fiscales ya son de por sí bajos. Además, estos países derivan una mayor proporción de sus ingresos del impuesto de sociedades, si los comparamos con las economías desarrolladas. En éstas últimas, el peso de la recaudación recae más sobre el impuesto de la renta personal del trabajo y sobre los impuestos sobre el consumo¹.

En España, el Instituto de Estudios Fiscales y el Instituto de Economía de Barcelona (IEB Report 3/2014.) cifraron el fraude fiscal, para el período 2012-2013, en nada menos que el 20% de la recaudación total obtenida. Según Oxfam, si se consiguiéramos reducir el fraude fiscal a la mitad y acercarnos con ello al promedio europeo, podrían recaudarse 25.500 millones de euros más.

Los Técnicos del Ministerio de Hacienda (GESTHA), por su parte, alertan que el desplome del impuesto de sociedades durante los años más agudos de la crisis ha sido de unos 59.500 millones de euros, uno de los más altos de los países de la OCDE.

Esta quiebra en la recaudación no encuentra justificación en los malos resultados cosechados por las empresas durante ese mismo período. La caída de los ingresos tributarios es proporcionalmente mucho más pronunciada que la de los beneficios empresariales en los peores años de la crisis².

Una parte importante de esta insuficiencia presupuestaria se debe a la situación de ventaja de las grandes empresas, basada esencialmente en el gran número de

¹ El FMI, al hablar de cómo algunos países están socavando los sistemas fiscales de otros países, señala que “los efectos en cadena son especialmente graves en los países en desarrollo”, FMI (2014). Ver *Spill-overs in international corporate taxation*: <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf>

² Francisco de la Torre, *¿Hacienda somos todos?*, 2014

beneficios fiscales que les son concedidos por los gobiernos y en la existencia de unas lagunas legales de cuya explotación se favorecen muy especialmente.

Los datos que han aparecido en los últimos tiempos sobre escasa tributación de ciertas grandes empresas han creado una importante alarma social en la opinión pública y un debate político intenso. La *Security Exchange Commission* de los EEUU denunció que gigantes tecnológicos como Apple o Google pagaron en 2011 un tipo efectivo³ del 2,5% y el 3%, respectivamente, por los beneficios obtenidos fuera de EEUU. El Senado de los EEUU incluso celebró unas audiencias públicas con directivos de Apple, la empresa más rica del mundo, para que explicasen las razones de su escasa tributación.

El *Financial Times* estimaba en un artículo de noviembre de 2014 que siete de las principales tecnológicas (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft, Ebay y Yahoo) propiciaron, con sus estrategias fiscales, que el Reino Unido dejase de recaudar 400 millones de euros en 2012.

Pero sin duda alguna ha sido el estallido del escándalo LuxLeaks el acontecimiento que más repercusión mediática y política ha tenido. También en noviembre de 2014, El Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ) publicó una investigación que había llevado a cabo durante meses gracias a unos datos filtrados por un empleado de la consultora Pricewaterhouse Coopers. En ella se desvelan y analizan los acuerdos preferenciales y secretos (*tax rulings*) firmados por Luxemburgo con 340 empresas. Estos acuerdos han posibilitado que las corporaciones implicadas pagasen, por los beneficios canalizados a través de Luxemburgo, un tipo efectivo medio del 2%. En algunos casos la contribución fiscal de las mismas se redujo incluso al 1%. Hay que tener en cuenta que la media del tipo nominal de gravamen del impuesto de sociedades en la UE es del 22%.

Entre las empresas afectadas en el escándalo se encuentran IKEA, Pepsi Co., Volkswagen, AIG o Deutsche Bank. Todas las corporaciones inicialmente concernidas son clientes de la auditora-consultora Pricewaterhouse Coopers, que ha jugado un papel clave de intermediación en la firma de al menos 548 tax rulings en el período comprendido entre 2002 y 2010.

En una segunda entrega de documentos (diciembre de 2014), el ICIJ amplió la lista de “beneficiarios” de estos pactos secretos a 33 empresas más (con lo cual ya se llega casi a 400 empresas involucradas), lista que incluye a Walt Disney Co., la empresa vinculada al Partido Republicano de EEUU Koch Industries o el gigante italiano Telecom

³ La AEAT calcula el tipo efectivo de una empresa sobre el resultado contable, es decir, aplicando la cuota líquida sobre los beneficios de la misma, después de los ajustes y exenciones contables

Italia. Por otro lado, esta nueva documentación atestigua que participaron también en las labores de intermediación las otras 3 grandes auditoras: Ernst & Young, Deloitte y KPMG.

2. Consecuencias negativas de la evasión y la elusión fiscal.

Los recursos perdidos por el Estado a causa de la elusión fiscal corporativa impactan directamente en la vida de los ciudadanos. Para empezar producen un menoscabo en la financiación de los servicios básicos (como la educación o la sanidad), así como en las políticas sociales que garantizan la igualdad de oportunidades y que permiten luchar contra la pobreza y la exclusión social. Y todo ello en un contexto de consolidación fiscal y de aumento de la carga fiscal sobre las rentas del trabajo, mucho más fáciles de controlar que los beneficios corporativos.

Esto ha supuesto una disminución de la renta disponible de muchas personas y familias. Son numerosos los datos que evidencian esta “diferencia de trato”. En España, el esfuerzo fiscal⁴ es mucho mayor para las familias de clase media, que para las grandes empresas: mientras que las personas físicas aportaron el 91,58% de la recaudación total del Estado en 2011, las empresas tan sólo contribuyeron al 8,42% de la recaudación. Y de éstas, las grandes empresas aportaron un 1,98% de la recaudación total⁵.

El ciudadano cada vez percibe más acusadamente la falta de justicia en el sistema fiscal. Esto amenaza la confianza y el contrato social entre gobiernos y ciudadanos.

Ciertos gobiernos también han aumentado la presión fiscal sobre las pequeñas y medianas empresas (pymes). Éstas, al operar principalmente en mercados nacionales, no disponen de las mismas posibilidades de ingeniería fiscal de las grandes empresas y son, por tanto, más fáciles de gravar. No hay que olvidar que el impuesto de sociedades constituye un gasto empresarial. De ahí que el el esquivar gran parte de su pago coloque a ciertas grandes empresas en una situación de enorme ventaja respecto a los competidores.

A este respecto, la OCDE, ha señalado que las grandes empresas están pagando un tipo efectivo por impuesto de sociedades que puede llegar a ser tan bajo como el 5%⁶, mientras que las pymes están aportando el 30% en promedio. La Agencia

⁴ El porcentaje de los ingresos que una persona o un hogar destina a pagar impuestos

⁵ Cavero, T., *Tanto tienes, tanto pagas*, Oxfam Intermón (2014)

<http://www.oxfamintermon.org/sites/default/files/documentos/files/TantoTienesTantoPagas.pdf>

⁶ Ver OCDE, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, Paris, Febrero 2013 www.OCDE.org/tax/beps.htm

Tributaria⁷, por su parte, ha señalado que en 2013 los tipos efectivos sobre el resultado contable que los grupos consolidados⁸ pagaron en España no superaron, de media, el 5,3%.

3. Causas de la elusión fiscal corporativa

Gran parte de las normas fiscales internacionales fueron concebidas en los años 30, dentro de un contexto muy diferente al actual. En aquel momento, la principal preocupación de la fiscalidad internacional era no entorpecer la actividad internacional de las empresas, evitando los supuestos de doble imposición, es decir, aquellos casos en que una empresa declara y paga dos veces por el mismo hecho imponible.

La Convención para Prevenir la Doble Imposición de la OCDE ha servido desde entonces de referencia para determinar qué países (y en qué medida) tienen derecho a gravar los beneficios transnacionales que obtienen las multinacionales. Dicha Convención, establece un modelo de convenio donde se reparten los derechos fiscales entre el Estado de la fuente (donde se realiza la actividad y genera el beneficio) y el Estado de residencia (país donde la multinacional tiene su matriz).

Pero tanto el modelo de convenio de la OCDE como los sistemas fiscales nacionales se han visto superados por una economía mucho más global, móvil y digital. Las corporaciones transnacionales se han convertido con la mundialización en actores globales, con presencia y actividad en numerosos países. El volumen de las transacciones que se realizan entre entidades pertenecientes al mismo grupo se ha multiplicado exponencialmente. Según la OCDE, el comercio intragrupo representa ya el 60% del comercio mundial.

Los modelos de negocio de estas empresas también han evolucionado vertiginosamente, especialmente con la irrupción de una economía digital que se caracteriza por el uso intensivo de activos intangibles. Esto ha desafiado los fundamentos de unas normas que aún basan en la presencia física el nexo que justifica el que un país tenga derecho a gravar los beneficios transnacionales. De ahí que numerosas empresas se escapen al Fisco al no tener necesidad de soporte físico (oficinas, instalaciones fijas, trabajadores en nómina) para llevar a cabo sus actividades, ni para captar clientes y generar beneficios en un territorio⁹.

⁷ Informe Anual de Recaudación 2014

⁸ Grupos consolidados (entre los que se encuentran todas las empresas del Ibex y la mayoría de las grandes compañías)

⁹ Piénsese en las empresas que disponen de un servidor situado a miles de kilómetros de sus potenciales clientes y están a la vez realizando transacciones muy lucrativas *online*.

Por otro lado, la estructura de las multinacionales ha sufrido igualmente una gran transformación. Las funciones de una empresa transnacional (como la creación de propiedad intelectual, la logística, la comercialización, etc..) se encuentran hoy habitualmente dispersas en varios países, cada uno con regímenes jurídicos propios (y no siempre coordinados entre sí). A pesar de que los grupos multinacionales actúan con una lógica global y elaboran sus estrategias comerciales y fiscales de forma centralizada, las normas nacionales e internacionales siguen considerando a las filiales del mismo como entidades separadas e independientes (respecto a la matriz y respecto a las otras filiales).

Y lo que es peor, los sistemas fiscales nacionales se construyen con frecuencia aisladamente, de espaldas unos de otros y sin tener en cuenta las interacciones con los regímenes de las demás jurisdicciones. A veces, incluso, ciertos regímenes fiscales se diseñan deliberadamente para atraer el establecimiento de empresas en su territorio, así como la localización de beneficios que han sido generados en otros Estados. Y ello a costa de socavar las bases imponibles de los países a los que les corresponde legítimamente gravar dichos beneficios. Esta competencia fiscal perniciosa se lleva a cabo generalmente mediante incentivos y regímenes fiscales preferenciales dirigidos a favorecer a determinadas empresas o a determinadas actividades¹⁰.

Todo lo anterior crea un entorno favorable para que ciertas empresas multinacionales exploten las discordancias y desajustes entre las normas de los distintos países y reorganicen las transacciones entre las entidades que pertenecen al grupo (ingresos, gastos, dividendos, pago de intereses por los préstamos, pago de *royalties*) de forma artificial¹¹, con el fin principal de reducir la factura fiscal de dicho grupo.

4. Formas más habituales de elusión fiscal.

La manipulación de los precios de transferencia.

La principal forma de elusión fiscal que utilizan las multinacionales es la llamada manipulación de los precios de transferencia. Los siguientes datos son buena prueba de ello.

Según la Comisión Europea, el 70% del traslado artificial de beneficios se lleva a cabo mediante el abuso de precios de transferencia. La prestigiosa ONG norteamericana Global Financial Integrity, por su parte, estima que la manipulación de los precios de

¹⁰ Es el caso los llamados *patent boxes* para patentes y nuevos diseños que han establecido algunos

¹¹ Sin relación alguna con la sustancia económica. Así, los activos, empleados e ingresos de una filial determinada no se corresponden con los beneficios atribuidos contablemente a la misma.

transferencia representa el 77,8% de los flujos ilícitos de capital que salen de los países en desarrollo.

En tercer lugar, la Comisión Europea y Pricewaterhouse Coopers estiman que los países en desarrollo podrían aumentar su recaudación fiscal sobre los beneficios empresariales en un 40% en cinco años si se pusiera fin a las prácticas de manipulación de los precios de transferencia.

Pero ¿cómo ocurre este fenómeno tan extendido? En las transacciones entre dos empresas o entidades del mismo grupo la competencia del mercado no es la que determina el precio de la operación. Es necesario, sin embargo, asignar un valor monetario a la transacción, ya que ello va a repercutir fiscalmente en las empresas involucradas. La empresa pagadora va a incurrir, con dicha transacción, en un gasto fiscalmente deducible y la empresa perceptora va a generar un ingreso, que estará sujeto a tributación.

Para controlar que el valor o precio asignado a la operación entre empresas vinculadas no está artificialmente manipulado (sobrevalorado o infravalorado) por las partes, las autoridades fiscales toman como referencia los precios de una transacción de naturaleza similar entre empresas independientes (principio de libre competencia).

Sin embargo, en ocasiones no existen precios de mercado comparables, dada la naturaleza única del activo objeto de la transacción. Es el caso de operaciones con determinados intangibles, como las marcas, determinados *softwares* o bases de datos personales. Piénsese en el carácter único de las bases de datos de millones de usuarios que proporciona Google cuando vende espacios de publicidad a los anunciantes. Se trata de activos respecto a los cuales no existe elemento de comparación objetiva y para los que el principio de libre competencia antes mencionado carece de efectividad.

En estos casos, las autoridades fiscales pueden difícilmente controlar si hay manipulación de los precios de transferencia, es decir, si una filial sita en una jurisdicción de baja fiscalidad ha sobrevalorado el precio de un servicio que presta a su empresa matriz, que está ubicada en un territorio de fiscalidad media o alta. Las prácticas de manipulación buscan justamente situar las pérdidas en lugares con impuestos altos y los beneficios en lugares de baja fiscalidad, de tal manera que la factura fiscal global del grupo disminuya considerablemente.

La subcapitalización

La misma lógica descrita se utiliza en las estrategias de subcapitalización, otra de las prácticas de elusión fiscal más extendidas entre las multinacionales. Se parte aquí

también de una operación entre empresas del mismo grupo, aunque en este caso se trata de un préstamo de la matriz a una de sus filiales. En particular, con la subcapitalización se busca provocar el sobreendeudamiento de las filiales del grupo ubicadas en países de fiscalidad alta o media (pagadoras de los intereses), con respecto a la matriz o holding que percibe el pago de dichos intereses y está estratégicamente ubicada en países de fiscalidad favorable.

Aquí lo que se sobrevalora intencionadamente no es el precio de la transacción, sino los intereses del préstamo para generar pasivos en el territorio que conviene fiscalmente.

Para que este tipo de prácticas de subcapitalización sean posibles, es necesario que existan legislaciones que permitan la deducibilidad de los intereses de los préstamos intragrupo, como la española. Este tipo de regímenes otorgan un tratamiento fiscal favorable a las fuentes de financiación ajenas (intereses de los préstamos) frente a las fuentes de financiación propias (por medio, por ejemplo, de un aumento de capital). Además, han provocado que numerosas empresas transnacionales recurran a estrategias de generar artificialmente todo tipo pasivos financieros intragrupo, con el fin de deducirlos fiscalmente. Esto ha producido un enorme perjuicio en la capacidad de recaudación de los Estados, especialmente en el caso de los países en desarrollo. Varios países, entre ellos España, se han visto obligados a establecer un límite a la deducibilidad de gastos financieros¹² para frenar la sangría de ingresos desatada por la subcapitalización.

El abuso de convenios o *treaty shopping*

Una tercera vía de elusión fiscal utilizada por las empresas transnacionales consiste en el abuso de los convenios de doble imposición (CDI, en adelante) o *treaty shopping*. Efectivamente, las MNs pueden abusar de estos acuerdos buscando la interacción más propicia de los mismos para llegar a situaciones de “doble no imposición” o de desimposición.

El siguiente ejemplo ilustra bien este fenómeno. Para garantizar que las multinacionales tienen una tributación mínima en los países donde obtienen sus beneficios (e impedir con ello que deslocalicen completamente los mismos), los Estados suelen fijar una retención en la fuente, esto es, un porcentaje de impuestos en el origen de la renta. El porcentaje de esta retención suele ser uno de los aspectos clave de la negociación de los tratados fiscales o CDIs que firman los países. No obstante, ciertos países ofrecen a las multinacionales una red de CDIs tan extensa

¹² Este tema es tratado en la Acción 14 del plan de acción BEPS. El Gobierno español estableció un límite a la deducción por gastos financieros en 2012

que permiten a éstas sortear el pago de la retención en origen en los países en los que operan¹³.

En un principio, la UE entró en este juego y propició entre sus Estados miembros el abandono de la retención en la fuente, bajo ciertas condiciones y para ciertos tipos de ingresos¹⁴. Así, la Directiva 90/435/CEE de sociedades matrices y filiales relajó aún más las condiciones para eximir del pago de la retención con respecto a los dividendos. Sin embargo, durante el 2014 esta tendencia se ha invertido y, siguiendo la filosofía marcada por el G20 y laOCDE, las últimas revisiones de las normas comunitarias parecen más encaminadas a impedir que se den supuestos de doble no imposición¹⁵. Filosofía que no es otra sino la de impedir que se dé un tratamiento favorable a un gasto (deducibilidad) si no hay una imposición de esa misma partida en otro Estado miembro.

5. Los entramados societarios. El asunto LuxLeaks

Ciertos grupos transnacionales crean estructuras en cascada, que pasan por distintas jurisdicciones y por paraísos fiscales, en las que se combinan “convenientemente” varias de estas técnicas de elusión fiscal corporativa con el fin de reducir el tipo efectivo del grupo. Los esquemas responden, en ocasiones, a estrategias bien diseñadas desde la dirección del grupo multinacional y, no pocas veces, cuentan con el asesoramiento de ciertas consultoras y despachos.

El primer paso que hay que dar para comprobar si un entramado societario esconde prácticas elusoras es el análisis de la estructura de propiedad dentro del grupo transnacional.

Es en dicha estructura donde se establece la relación de la empresa matriz con el resto de las filiales. Es posible que entre ambas instancias se interpongan sociedades de cartera o *holdings*, que gestionan y controlan (a través de la titularidad de sus acciones) a las filiales operativas que “cuelgan” de ellas, y que son las que realmente llevan a cabo la actividad. En ocasiones, estos holdings funcionan como subsedes de la matriz y se ubican en paraísos fiscales (por ejemplo la matriz puede encontrarse en EEUU y la subsede para Europa estar ubicada en Luxemburgo). En estos casos, no es raro que el holding no sea más que una empresa pantalla que carece de actividad real y cuyo objeto principal es desviar artificialmente los beneficios hacia

¹³ Mediante técnicas de triangulación con los convenios de otros países

¹⁴ Las llamadas rentas pasivas: dividendos, intereses por préstamos, cánones

¹⁵ Este es el sentido de la revisión de 2104 de la citada Directiva Matriz-Filial, cuyo objetivo es acabar con los desajustes producidos por los llamados préstamos híbridos. Se espera que próximamente se revise, en esta misma línea, la Directiva sobre Intereses y Cánones.

otras jurisdicciones fiscalmente favorables (paraísos fiscales de corte clásico o con tipo de gravamen nulo o muy bajo para los no residentes, como Bermudas). En el ejemplo citado, Luxemburgo funcionaría como una jurisdicción puente a través de la cual se canalizan los beneficios hacia otros paraísos fiscales.

Pero rastrear la estructura de propiedad de un grupo es, en ocasiones, una tarea ardua. De ahí el valor de las filtraciones de los papeles secretos del asunto *LuxLeaks*. Estos papeles contienen resoluciones fiscales o *tax rulings* firmados entre los Estados y algunas empresas y están siendo examinados actualmente por la UE (la Comisión Europea ha abierto expedientes a diversos Estados miembros y el Parlamento Europeo ha creado una Comisión Especial también para analizar los mismos).

Aunque los *tax rulings* son acuerdos fiscales entre empresas y Estados que están permitidos en la UE, las investigaciones citadas pretenden determinar si dichos acuerdos crean ventajas selectivas para algunas empresas, que no están disponibles para el resto de los contribuyentes, en cuyo caso nos encontraríamos ante ayudas de Estado contrarias al Derecho comunitario. Se persiguen los *tax rulings* que proporcionan un tratamiento fiscal privilegiado.

Los *tax rulings* proporcionan de antemano una garantía por escrito de que las estrategias fiscales pretendidas por la multinacional van a ser consideradas favorablemente por las autoridades fiscales de Luxemburgo. El proceso culmina con la firma de una carta de conformidad por el funcionario del Gran Ducado competente. Esta firma confiere al acuerdo un carácter vinculante y abre las puertas a importantes beneficios e incentivos fiscales.

En la primera página del documento de *tax rulings*, los asesores explican paso a paso la estructura de propiedad que quieren establecer y cómo creen que las autoridades luxemburguesas deberían ver los “esquemas” propuestos. De hecho, cada *tax ruling* contiene dos gráficos, uno con la estructura actual y, otro, con la nueva que se pretende implantar. Estos últimos gráficos son muy interesantes porque únicamente muestran las filiales que son relevantes para las autoridades fiscales luxemburguesas. Se trata de las piezas clave de la estrategia de elusión corporativa ideada.

Una vez clarificada la estructura de propiedad, el siguiente paso consiste en determinar si en las operaciones realizadas entre las entidades del grupo se dan prácticas de elusión fiscal o desvío artificial de beneficios. Por ejemplo, en el escándalo LuxLeaks las empresas optaron por utilizar al Gran Ducado porque su régimen fiscal les ofrecía beneficios fiscales selectivos, como el permitir que queden exentos los ingresos que cobra una empresa de un grupo multinacional a otra

empresa del mismo grupo por prestarle dinero (intereses del préstamo). Si, a la vez, el mismo grupo tiene entidades en países donde existe un tratamiento favorable a los gastos financieros derivados de préstamos intragrupo (deducibilidad de los intereses), la combinación de ambas circunstancias puede dar lugar a enormes ahorros en impuestos para la transnacional. La estrategia consiste, entonces, en transformar los beneficios corporativos en intereses de un préstamo que puedan fluir hacia Luxemburgo, donde los mismos quedan exentos.

6. Iniciativas internacionales de lucha contra la elusión fiscal

Frente a estas estrategias y planificaciones ideadas con una lógica global, no basta con soluciones aisladas que ataquen descoordinadamente los problemas. Como se ha visto, en la economía globalizada de hoy en día los sistemas fiscales están muy interrelacionados.

Por otro lado, la actuación de la UE en materia de elusión fiscal corporativa sólo se puede entender en el contexto de las iniciativas globales del G20 y la OCDE.

En 2013 la OCDE, bajo el mandato del G20, presentó el programa BEPS¹⁶ para luchar contra la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios. Este programa nació con la ambición de transformar el sistema fiscal internacional para cerrar sus fisuras y adaptarlo a los desafíos de nuestro tiempo (globalización y digitalización de la economía).

El BEPS pretende agrupar de manera holística y coordinada medidas hasta ahora desperdigadas en distintas normativas internacionales y reformar aquéllas que han quedado obsoletas. Además, los estándares globales que emanen del proceso BEPS deberán ser desarrollados por los países participantes. Idealmente, el programa BEPS habría de conducir a reformas profundas y coordinadas de los impuestos de sociedades nacionales.

La principal virtud de esta iniciativa de la OCDE es su enfoque multilateral, desde el que se proponen soluciones globales para problemas globales. Sin embargo, la necesidad de alcanzar los acuerdos por unanimidad entraña el riesgo de que el proceso BEPS desemboque en un mero consenso de mínimos. No es buen síntoma, a este respecto, que cuestiones clave de la negociación, como la modificación del reparto de los derechos fiscales entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente, hayan sido excluidas del Plan de Acción BEPS y postpuestas para el futuro. Hay que

¹⁶ Siglas que corresponden a *Base Erosion and Profit Shifting*

tener en cuenta también que el programa tiene plazos muy apretados (comenzó en 2013 y está previsto que culmine a finales del 2015), lo cual puede llevar a que ciertas cuestiones complejas que se abordan no puedan ser tratadas con la profundidad necesaria.

En concreto, el Plan de Acción BEPS se compone de 15 Acciones coordinadas y conjuntas dedicadas a algunas de las principales áreas “sometidas a presión”, es decir, aquéllas donde el riesgo de elusión fiscal corporativa es mayor. Entran dentro de estas áreas las problemáticas ya citadas de la manipulación de los precios de transferencia, la deducibilidad de los gastos financieros (subcapitalización) y el abuso de tratados o *treaty shopping*. También se aborda en el Plan de Acción el espinoso tema de la utilización de regímenes fiscales perniciosos (aquellos que suponen un menoscabo para bases imponibles de otros Estados) por algunas jurisdicciones¹⁷.

7. Respuesta de la UE ante las prácticas fiscales perniciosas de los Estados

Uno de los fundamentos de la actuación comunitaria en materia fiscal es el de denunciar y acabar con aquellas medidas o normas fiscales de los Estados que crean distorsiones en el funcionamiento del mercado interior, afectando, por ejemplo, a las decisiones de inversión en un país. Y es preciso señalar aquí que tanto ciertos diseños del impuesto de sociedades, como las prácticas fiscales perniciosas pueden afectar negativamente la buena marcha del mercado único.

En este sentido, los Estados miembros han aprobado hace tiempo un Código de Conducta en materia de Fiscalidad de las Empresas, que establece unos criterios para evaluar si las medidas fiscales nacionales crean competencia fiscal perniciosa. El Grupo del Código de Conducta (el Grupo, en adelante), compuesto por representantes de los Estados miembros, es el encargado de identificar y denunciar las prácticas fiscales perniciosas que aparezca en la UE.

Así, el Informe Primarolo (primer informe del Grupo que fue sometido a la aprobación del ECOFIN de noviembre de 1999) identificó 66 regímenes fiscales perjudiciales, que tuvieron que ser derogados. Posteriormente, tras las sucesivas ampliaciones de la UE, se identificaron 38 regímenes preferenciales más.

Sin embargo, la Comisión Europea y los Estados miembros consideran que ha llegado el momento de reformar tanto el Código de Conducta como el funcionamiento del Grupo. El Código carece de carácter vinculante. Además, los criterios que utiliza en

¹⁷ Esta es la cuestión tratada por la Acción 5 del Plan BEPS, que prevé la implantación de un Foro dedicado a examinar los regímenes preferenciales sospechosos de los Estados.

su evaluación no se han adaptado a la sofisticación de las prácticas de elusión fiscal que últimamente emplean las multinacionales.

Igualmente, es preciso modificar el mandato del Grupo y aumentar la transparencia en sus métodos de trabajo. Tampoco parece adecuado que, en el procedimiento de evaluación de las medidas fiscales sometidas a examen, participen los Estados cuyas actuaciones son objeto de escrutinio. Por último, sería deseable que el Grupo extendiese su escrutinio a más casos de competencia fiscal perniciosa en Estados no miembros de la UE.

La transparencia y el intercambio de información de los *tax rulings* como primer paso para acabar con las prácticas fiscales perniciosas.

La Comisión Europea ha presentado recientemente dos paquetes de medidas que conforman un programa para implantar sistemas fiscales más justos y eficaces en la UE. Eficaces en el sentido de que logren gravar con más éxito los beneficios que generan las multinacionales en su territorio. Se trata con ello de adaptar al entorno comunitario la premisa que inspira el programa BEPS impulsado desde el G20, según la cual las empresas transnacionales deben tributar allí donde desarrollan su actividad y generan valor añadido.

El primer paquete de medidas de la Comisión se centra en conseguir una mayor transparencia en la actuación de las Administraciones fiscales de los Estados miembros (“paquete de transparencia fiscal”). Fenómenos como la proliferación de regímenes fiscales perniciosos y la competencia fiscal desleal se desarrollan mucho más fácilmente en un contexto de opacidad y de falta de cooperación. Este paquete de transparencia fiscal, presentado en marzo de 2015, se espera que sea aprobado en el Consejo Europeo de diciembre de 2015

.

La falta de transparencia en este ámbito ha quedado puesta de manifiesto a la luz de las filtraciones del asunto Lux leak, develadas por el Consorcio de Periodistas de Investigación. Gracias a ellas se ha descubierto la existencia de 548 *tax rulings* firmados secretamente por Luxemburgo con casi 400 empresas.

Actualmente, los Estados miembros (EEMM) deciden discrecionalmente si comunican o no a sus socios las resoluciones fiscales y regímenes fiscales que adoptan. En la práctica, existe mucha opacidad en este campo y una ausencia clamorosa de intercambio de información entre Administraciones fiscales. De esta forma, los Estados miembros cuyos ingresos se ven menoscabados por los *tax rulings* de otras

jurisdicciones no pueden responder con medidas eficaces para proteger sus bases imponibles.

Para paliar esta situación, la Comisión Europea ha optado por utilizar el sistema de intercambio automático de información ya instaurado en la Directiva de Cooperación Administrativa e ir aprovechando así los procedimientos que ya están en marcha. En efecto, esta Directiva lleva camino de convertirse en la norma básica comunitaria en lo que a intercambio de información fiscal se refiere, especialmente después de haber sido revisada a finales del 2014 para ampliar el método de cooperación fiscal automática entre Administraciones a una amplia gama de ingresos. La propuesta de la Comisión pretende ampliar este estándar automático de cooperación a los *tax rulings*.

El intercambio automático de información se ha revelado como el método más efectivo para luchar contra el secreto bancario y la evasión fiscal. Hace posible que las Administraciones puedan controlar eficientemente el cumplimiento de las obligaciones fiscales de los residentes que tienen activos y fondos en otros Estados. Según este sistema, los bancos que acojan cuentas de residentes de otros Estados miembros tienen la obligación de reportar a sus Administraciones fiscales la información relativa a una amplia gama de ingresos. Estas Administraciones fiscales deben, a su vez, periódicamente y sin la necesidad de que medie requerimiento previo, transmitir la información al Estado de residencia del titular de la cuenta.

En este mismo sentido, la propuesta de la Comisión obligaría a las Administraciones fiscales a compartir regularmente un mínimo de información concerniente a los *tax rulings* que firmen con las empresas. En concreto, los EEMM deberán enviar cada tres meses a las autoridades tributarias de los otros países un informe sobre todas las resoluciones fiscales transfronterizas firmadas. Además, en caso de que lo estimen necesario, los EEMM podrán requerir información suplementaria¹⁸ sobre un *tax ruling* determinado.

Pero la propuesta de la Comisión pretende ir más allá de lo previsto actualmente en la Directiva de Cooperación Administrativa y que la información concerniente a los *tax rulings*, además de fluir entre los Estados miembros, se transmita a la Comisión Europea. Se establecería de esta manera un Registro que contenga un sistema entralizado de recogida de información y que permita a la Comisión Europea disponer de todos los microdatos de los Estados miembros necesarios para valorar si

¹⁸ Pueden requerir incluso el texto completo del tax ruling. En el informe trimestral referido aparece la información relativa a la identificación del contribuyente, la descripción de las actividades relevantes y las transacciones contenidas en el acuerdo y los países y compañías afectados por el mismo.

las resoluciones y regímenes fiscales de un Estado están socavando los ingresos de los demás.

Finalmente, la propuesta de la Comisión prevé que el intercambio automático de información abarque tanto los futuros tax rulings¹⁹ como los firmados en el pasado, hasta 10 años antes de la entrada en vigor de la revisión de la Directiva de Cooperación que se pretende introducir.

8. La transparencia fiscal corporativa y el desglose de la información financiera país por país

Las exigencias de transparencia tienen que alcanzar no sólo a los Estados (intercambio de información entre Administraciones), sino también a las propias empresas transnacionales. Éstas deben permitir el acceso a cierta información fiscal propia, necesaria para poder determinar si están aportando al Fisco lo que les corresponde, y si lo hacen en todos los países en los que operan.

Actualmente, muchas grandes empresas, tanto españolas como extranjeras, no están aportando en la información fiscal y contable que publican todos los elementos necesarios para poder determinar su contribución fiscal de forma clara²⁰.

De ahí la importancia de una iniciativa, que está abriéndose paso con fuerza en la actualidad tanto a nivel europeo como global, de establecer una obligación para las empresas transnacionales de desglose de su información fiscal y financiera “país por país” (CBCR²¹, por sus siglas en inglés).

El CBCR impone a las grandes empresas el deber de suministrar en sus cuentas anuales una información contable básica, como la cifra de negocios, los beneficios, las ventas, el número de empleados o los impuestos pagados. El CBCR también exige un formato estandarizado de presentar estos datos, que hace que la información fiscal aportada por las multinacionales sea homogénea y comparable²². Se trata de lo que la OCDE en su Plan de Acción denomina el *template* o plantilla común.

¹⁹ Es decir, los que se firmen a partir de enero de 2016, ya que se prevé que la revisión de la Directiva de Cooperación preconizada por la Comisión se apruebe a finales de 2015.

²⁰ Por ejemplo, en un dato tan clave como tipo efectivo que paga cada empresa en todos los países en los que opera es prácticamente imposible de descubrir. Ni siquiera existe entre las empresas una definición unificada del concepto de tipo efectivo. Ver Oxfam Intermón, *La ilusión fiscal*, marzo 2015

²¹ *Country-by-country reporting*

²² Algo que actualmente no se da, ya que muchas veces las empresa aplican criterios diferentes , y no consistentes entre sí, a la hora de determinar cuál es el tipo efectivo que pagan, por ejemplo

Además, el CBCR supone que dicha información aparezca desglosada en todos los países en los que la transnacional opera. Este punto facilitaría considerablemente la labor de control del cumplimiento de las obligaciones fiscales que llevan a cabo las autoridades tributarias. Y es que actualmente la normativa contable internacional permite que las multinacionales adopten el sistema de cuentas consolidadas, en virtud del cual aquéllas pueden presentar su información financiera agregada por zonas geográficas muy amplias. Ello dificulta el conocer cómo se reparte el beneficio y la tributación del grupo multinacional entre los distintos países en los que éste tiene actividad.

Así pues, el desglose país por país posibilita, por un lado, obtener una visión global del grupo multinacional y, por otro, conocer los resultados económicos en cada país en que opera dicho grupo. Ello permite evaluar mejor la congruencia de los beneficios que declaran las multinacionales con su estructura (activos, número de trabajadores, etc...) y actividad.

Asimismo, es importante que la información que se derive del CBCR sea de acceso al público y no quede restringida a las Haciendas públicas. Tanto el público en general como los inversores tienen derecho a conocer dónde operan las multinacionales, cuánto pagan de impuestos y si han recibido algún trato de favor por los gobiernos que favorezca la elusión fiscal. En particular, es vital para los inversores conocer si las empresas están actuando en zonas inestables, si utilizan paraísos fiscales o si están utilizando unas estrategias de elusión fiscal que comprometen su reputación.

El CBCR público ya fue introducido en la UE en 2013, con la aprobación de la IV Directiva sobre los Requisitos de Capital. Bien es cierto que dicha introducción ha tenido un alcance limitado. Sólo afecta a los bancos europeos. Ahora lo importante es que esta exigencia de CBCR público se extienda a todos los sectores y se creen, con ello, unas condiciones de competencia homogéneas para todas las grandes empresas.

A este respecto, es de lamentar que, en el segundo paquete de medidas fiscales presentado por la Comisión Europea en junio de 2015, no se haya incluido una propuesta concreta de CBCR público para todos los sectores. La Comisión se ha limitado a abrir un proceso de consultas para analizar el coste- beneficio que supondría la introducción de esta iniciativa.

Se trata de una opción sorprendente, sobre todo si tenemos en cuenta que bancos como los franceses llevan ya más de un año aportando la información contable antes mencionada (desglosada por país y accesible al público), sin que ello haya provocado un perjuicio “insalvable” para los mismos ni les haya supuesto “pérdidas

exorbitantes”. Este hecho desmontaría los argumentos de ciertos representantes del sector empresarial, en el sentido de que el CBCR constituye una información comercialmente sensible que no se puede compartir.

En conclusión, el CBCR puede ayudar a que los Estados identifiquen mejor a las grandes empresas que presentan un mayor riesgo de elusión y evasión fiscal. Sin embargo, es adecuado señalar que el CBCR no proporcionará a las autoridades tributarias todos los elementos para saber si la contribución fiscal de una transnacional en su territorio es la que le corresponde en función de los beneficios que obtiene en ese mismo territorio. Para ello es necesario que se adopten medidas adicionales, como las que se van a analizar a continuación.

9. La armonización del impuesto de sociedades en la UE ¿Un embrión hacia la Europa federal?

Una de las propuestas estrella presentadas por la Comisión Europea en el Plan de Acción sobre Fiscalidad Empresarial (segundo paquete de medidas fiscales, junio de 2015) es la armonización de las bases imponibles de los impuestos de sociedades de los países miembros.

La experiencia de algunos Estados federados podría servir de base al proceso de armonización fiscal en la UE. En particular, los EEUU utilizan el llamado “*formulary apportionment system*” para determinar qué porción de los beneficios generados en suelo americano por los grupos transnacionales corresponde a cada Estado de la Federación. Este sistema se aleja del principio de las entidades separadas, que inspira los estándares globales en la materia adoptados por la OCDE. Como se vio anteriormente, este principio concibe a las filiales de un grupo como partes independientes entre sí y respecto a la matriz.

De hecho, en el seno de la UE se lleva debatiendo la idea de una armonización europea de los impuestos de sociedades desde hace largo tiempo. Ya en 1999 el Consejo requirió a la Comisión Europea la realización de un estudio sobre la fiscalidad de las sociedades en la UE y, entre las opciones debatidas, se estudió una posible armonización de las bases imponibles. En 2004 la Comisión creó un grupo de trabajo para analizar este tema y su impacto económico.

Sin embargo, la Comisión no se decidió a presentar una iniciativa concreta en este sentido hasta el 2011, año en que presentó su propuesta sobre una Base Imponible Común Consolidada del Impuesto de Sociedades (BICCCIS, en adelante). Esta propuesta BICCCIS de 2011, que quedó bloqueada en el Consejo, ha sido recientemente

desenterrada por la Comisión y por los Estados miembros a raíz del asunto Lux Leak. Bien es cierto que la Comisión está preparando una propuesta revisada y por fases, en la que los aspectos más conflictivos para los Estados (como la consolidación) han sido postergados para el futuro.

Una base imponible común para toda la UE

La BICCIS comporta, en primer lugar, el establecimiento una base imponible común para toda la UE, esto es, de un conjunto único de normas para calcular la base imponible generada por las empresas transnacionales en todo el territorio comunitario. Actualmente, para calcular dicha base imponible se tiene que recurrir a los códigos fiscales de cada uno de los Estados miembros en los que la empresa transnacional opera. En ciertas ocasiones, los códigos nacionales concernidos son divergentes y cambiantes, y dan lugar a desajustes y a una competencia fiscal desleal entre jurisdicciones. De hecho, ciertos Estados introducen en sus sistemas fiscales incentivos distorsionadores diseñados para atraer las bases imponibles generadas en otros Estados miembros.

Así, elementos constitutivos de la base imponible como las normas relativas a las deducciones, exenciones, regímenes de amortización y el establecimiento de regímenes fiscales preferenciales para ciertos sectores (por ejemplo el tratamiento privilegiado que algunos países confieren a los gastos en I+D) divergen de un Estado a otro, y crean oportunidades de elusión para las empresas. Puede, por ejemplo, darse el caso de que un gasto deducible en un país, no sea tal en otro país.

La instauración de una base común dificultaría que los Estados miembros dispusieran de elementos ocultos y distorsionadores en sus bases imponibles favorecedores del desplazamiento artificial de beneficios y pérdidas.

En el reciente Plan de Acción presentado, la Comisión se va a centrar en llegar a una definición de una base imponible común, en la que aparezcan claramente los elementos que la integrarían. El plazo que se ha dado para ello es enero de 2016.

Una base imponible consolidada

Una vez asegurada la definición comunitaria de base común, propone la Comisión abordar el segundo, y más discutido, elemento de la BICCIS de 2011, el de la consolidación. La consolidación significa que se agregan (compensan) todos los beneficios y las pérdidas que genera el grupo multinacional en los distintos Estados miembros en los que opera. Se llegaría así a un beneficio o pérdida neta correspondiente a la actividad del conjunto del grupo en la UE.

La consolidación atajaría drásticamente la principal práctica que utilizan las multinacionales para rebajar su factura fiscal, la manipulación de los precios de transferencia. Las transacciones intragrupo, base sobre la que se apoya el abuso de precios de transferencia, serían ignoradas en el mismo proceso de consolidación. Este proceso supondría que todas las bases imponibles (correspondientes a los diferentes países) se incluyen en una caja común, que después es asignada y distribuida a cada Estado miembro, en función de su contribución a la creación de valor económico.

Una fórmula de reparto predeterminada

Después de haber calculado la base común y consolidada para toda la UE, la distribución de la misma se realizaría conforme a una fórmula predeterminada, compuesta por los siguientes parámetros: el empleo, los activos y las ventas²³. En la propuesta BICCIS los tres elementos están ponderados un tercio cada uno.

Los parámetros descritos presentan la ventaja de estar fácilmente disponibles y de ser de compleja manipulación. La implantación de este sistema reduciría las posibilidades de las grandes corporaciones de transferir artificialmente sus factores y, por tanto, sus beneficios con objeto de reducir su carga fiscal.

Hay que tener en cuenta que actualmente la base imponible del impuesto de sociedades se calcula en función de la contabilidad, del llamado resultado contable. Ello facilita considerablemente el desplazamiento artificial de beneficios y pérdidas mediante operaciones financieras. No hay que olvidar que éstas son un componente importante en el cálculo de dicho resultado contable. Por el contrario, la BICCIS fundaría el cálculo de la base imponible en el resultado de explotación, magnitud más demostrativa de la capacidad económica de la empresa y menos manipulable.

La cuestión que más divergencias ha suscitado, y la que ha llevado a que las negociaciones en el Consejo hayan encallado repetidamente, es la relativa a la elección de los elementos que componen la fórmula predeterminada. Los grandes Estados de la UE tienden a priorizar el elemento ventas, mientras que los pequeños prefieren atender a otros criterios (como la contribución que cada país ha tenido en la creación de la propiedad intelectual). Cada Estado busca una combinación de factores que le procure una maximización de su propia recaudación. Independientemente de la fórmula que finalmente se elija, hay que decir que, en términos generales, la

²³ En los activos, se incluye el inmovilizado material (edificios, maquinaria), los gastos de I+D y el marketing y publicidad; las ventas se calculan en destino, es decir, en el lugar en que se expidan o destinen las mercancías transportadas o en el que se presten los servicios; el empleo tiene en cuenta tanto el número de trabajadores asalariados como el valor de los salarios.

adopción del sistema de la fórmula de reparto predeterminado conduciría a un ensanchamiento de las bases imponibles.

Principales defectos de la BICCIS

La propuesta BICCIS de 2011 adolece de un defecto importante. Permite a las transnacionales elegir si se acogen al régimen de la base común y consolidada o si siguen sujetas a los regímenes nacionales que corresponden a los lugares en los que operan. El mencionado Plan de Acción de la Comisión (junio 2014) apuesta, sin embargo, de forma acertada por la obligatoriedad de la propuesta. Mantener la voluntariedad limitaría seriamente la efectividad de la BICCIS, ya que las multinacionales fiscalmente más agresivas es muy improbable que se acogiesen a los regímenes nacionales cuando éstos les llevasen a un ahorro fiscal respecto al régimen común. Además, dicha voluntariedad llevaría a una simultaneidad de regímenes en un mismo país, lo cual conduciría a situaciones de enorme complejidad.

El otro gran defecto de la propuesta BICCIS de 2011 es que la armonización alcanza únicamente a las bases imponibles, dejando total libertad a los Estados para decidir sobre el tipo de gravamen aplicable a la base imponible que les sea atribuida en función de la fórmula de reparto. Este defecto no ha sido subsanado por el referido Plan de Acción de la Comisión.

Sería deseable que se estableciese, a nivel comunitario, una horquilla con un tipo mínimo de gravamen (como ocurre con el IVA) para evitar el encrudecimiento de la competencia fiscal entre Estados miembros basada en una carrera a la baja de tipos