

TAX AVOIDANCE AND TAX AGGRESSIVE PLANNING IN THE *POST-BEPS ERA*

AEDF – IFA SPANISH BRANCH

Elizabeth Gil

Domingo Jiménez-Valladolid

El pasado jueves 4 de febrero ha tenido lugar, en la Fundación Telefónica, el seminario “*Tax Avoidance and Tax Aggressive Planning in the post-BEPS era*” organizado por la Asociación Española de Derecho Financieros (AEDF). La jornada ha sido inaugurada por D. Ricardo Gómez, miembro del *Permanent Scientific Committee* (PSC) de la International Fiscal Association (IFA), el cual ha destacado el papel de la Administración española a la hora de implantar los resultados del Plan de Acción contra la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios (BEPS).

Las primeras palabras han venido de la mano de D. Luis María Sánchez (Agencia Estatal de la Administración Tributaria, AEAT), quien ha destacado la posición proactiva de España. Pues, cuando el Plan BEPS estaba aún en progreso, ya se había introducido varias de las ideas de este Plan en el ordenamiento tributario nacional. El Plan de Acción BEPS es visto como un punto de inflexión en la evolución de la fiscalidad internacional, cuyo principal valor añadido ha sido el de destacar los problemas del diseño actual de la fiscalidad internacional y las consecuencias de la planificación realizada por las multinacionales. Antes de BEPS se pensaba que el problema era la doble imposición internacional y se trataba de evitarla a través de Convenios de Doble Imposición (CDIs). En la actualidad se ha considerado la doble no imposición como el principal problema de la fiscalidad internacional que debe ser analizado por la comunidad internacional. Los CDIs han permitido el acceso a la planificación fiscal internacional y han sido empleados para evitar que las rentas sean gravadas en la jurisdicción en que se originan.

Se puede concluir que el mensaje de BEPS ha sido un éxito, al mismo tiempo que ha creado unas elevadas expectativas acerca de su resultado. Sobre este extremo debe destacarse que se han obtenido unos progresos significativos. España ha sido muy activa en los trabajos BEPS, en la medida en que cree en las ideas sobre las que descansa el Plan de Acción. Una de las ideas centrales es que BEPS sea comprehensiva e inclusiva para evitar que determinados países obtengan ventajas competitivas a través de la cooperación o que se creen asimetrías como consecuencia de la no implantación del Plan. A modo de ejemplo, en el caso español se plantearon problemas en relación con la financiación intragrupo. Determinadas estructuras eran atacadas por la Administración a través de la cláusula general antiabuso, pero no existía una respuesta general a nivel transfronterizo.

Las multinacionales, por su parte, deben internalizar los objetivos de BEPS a través de una reflexión interna y adaptar sus estructuras para evitar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios en los países en que operan y en los que están establecidas. Esta necesidad para las empresas surge a través del refuerzo de la transparencia que deben tener las empresas a resultas del Plan de Acción, tanto en sus relaciones con la Administración tributaria como con otros *stakeholders*. La tendencia a incrementar la

transparencia con que operan las empresas va a continuar en el futuro. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la reciente publicación de las acciones definitivas del Plan de Acción no supone el fin del trabajo.

En el caso español, la AEAT ha creado la oficina de fiscalidad internacional. Esta oficina aporta un importante valor añadido al coordinar la implantación de BEPS en España y en el diseño del plan de inspección en relación con los aspectos internacionales. Junto a ello, algunas de las medidas del Plan de Acción BEPS ya fueron incluidas en 2014 o incluso antes. España ha sido el primer país en adoptar la información país por país y las modificaciones en materia de precios de transferencia a través de las referencias a las directrices como elementos interpretativos. En relación con las modificaciones del Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE, se está trabajando en el instrumento multilateral. Aunque está en proceso hasta 2017, ya se tienen algunas pistas acerca de su desarrollo, que va a implicar una mayor transparencia e información para la Administración Tributaria, incluyendo información adicional a la que surge del BEPS, como son las cuentas anuales. A través de estas modificaciones las Administraciones Tributarias van a poder estimar si se produce una erosión de bases imponibles en distintas jurisdicciones. Esto va a determinar que los procedimientos amistosos sean más eficientes y que las Administraciones se adapten a la nueva información y nuevos conceptos.

En este sentido, ha de destacarse que la transparencia es la clave y va a verse reforzada. También va a ser muy relevante la responsabilidad social corporativa tributaria, es decir, la reputación tributaria. Las estructuras empleadas por las multinacionales van a ser conocidas por las Administraciones Tributarias y, eventualmente, por la sociedad. Por ello, va a ser fundamental la colaboración entre empresas y Administraciones Tributarias.

A continuación, ha sido el turno del Prof. Stef van Weeghel (Universidad de Amsterdam y PSC-IFA) con una ponencia magistral sobre el tema del seminario, concretamente sobre el marco conceptual de la elusión fiscal y la planificación fiscal “agresiva”. El Prof. van Weeghel ha destacado que el Plan de Acción BEPS ha sido completado, pero que ahora es el turno para su implantación a través de la participación directa de la OCDE y las redes regionales de apoyo a las Administraciones Tributarias. El estado de implantación de BEPS en los distintos países es heterogéneo. En el caso de EEUU, por ejemplo, se han planteado problemas de coordinación entre el Senado y el Tesoro. En la Unión Europea, el Parlamento Europeo, que no tenía iniciativa en materia tributaria, parece haber adquirido una mayor relevancia. En este sentido, se plantea el problema de BEPS desde la perspectiva de la competencia. Las multinacionales son conscientes de la relevancia que tiene BEPS y el coste reputacional que se deriva de las estructuras empleadas para erosionar bases imponibles en los Estados en que operan. Por ejemplo, *Google* ha llegado a un acuerdo para pagar cerca de 300 millones de euros en Italia. Debe tenerse en cuenta que el volumen de erosión de bases imponibles por las multinacionales es muy significativo y supone una distribución de la carga tributaria hacia los contribuyentes pequeños. Con todo, existen dudas acerca de si BEPS puede ser implementada de modo homogéneo por todos los países o si será implementada de modo descoordinado.

El resultado inmediato del Plan de Acción BEPS ha sido el de poner coto a la planificación fiscal tradicional. Se eliminan las reglas de arbitraje fiscal, *treaty shopping*, reubicación artificial de riesgos en el contexto de precios de transferencia, etc. Al final el Plan de Acción BEPS supone acabar con las jurisdicciones intermedias y afectaría a los países empleados para desarrollar estructuras de *treaty shopping*. En este sentido, cabría considerar que los ganadores de BEPS serán los países que sean más competitivos desde el punto de vista económico. El resultado de BEPS será el incremento del tipo de gravamen efectivo de las multinacionales.

Por otro lado, para los gobiernos los aspectos tributarios ahora se convierten en elementos centrales de sus políticas. En este sentido, se ha producido un aumento del interés de la opinión pública respecto de los elementos tributarios y para las multinacionales se convierte la reputación fiscal en un elemento de importancia a efectos de comunicación. Por último en relación con los profesionales, deben comenzar a adaptarse a tiempos de cambios derivados de la implantación de BEPS. Sin embargo, si BEPS no es implementada de modo coherente por todas las jurisdicciones, la perspectiva será muy distinta.

Seguidamente, ha tenido lugar una mesa redonda con brillantes aportaciones de D. Porus Kaka (Presidente IFA), Prof. Philip Baker (*Field Court Tax Chambers*), D. Jacques Sasseville (OCDE) y D. Scott Wilkie (*Blake, Cassels & Graydon LLP*). Todos ellos han destacado que la implementación de las medidas plasmadas en los Informes Finales del Plan de Acción va a ser uno de los retos más importantes de la era *post-BEPS*. Asimismo, se ha hecho referencia a la no atención de la economía sumergida (o *black economy*), cuando es una clara forma de evasión fiscal o al papel de los países en vías de desarrollo, los cuales, probablemente, sean los grandes perdedores del Plan BEPS.

En su intervención, D. Porus Kaka destacó que el Plan de Acción BEPS se percibe como un movimiento con implicaciones en la sociedad. Desde la sociedad lo relevante es el nivel de tributación efectiva a que se ven sometidas las multinacionales a nivel global. Sin embargo, en el debate de BEPS no se ha incluido nada acerca de la economía sumergida, sino que el Plan de Acción únicamente se ha centrado en alinear la tributación con la generación de las rentas. Para las multinacionales el resultado inmediato del Plan de Acción BEPS va a ser un incremento del tipo de gravamen efectivo. El problema de BEPS es la participación de todas las jurisdicciones y la supervisión de la OCDE. Desde la perspectiva profesional, los asesores fiscales van a adquirir una mayor importancia en el futuro.

D. Scott Wilkie, por su parte, ha destacado que el resultado principal de BEPS es la separación de la calificación fiscal del soporte legal. Así, BEPS supone la superación de las limitaciones de los sistemas fiscales. Desde una perspectiva conjunta, BEPS supone que se defina un concepto sobre la generación de la renta, de modo que la sustancia económica de las operaciones tome relevancia sobre la sustancia jurídica. Esto es fundamental para las operaciones intragrupo que dejan de calificarse jurídicamente, sino que se basan en la sustancia material de las operaciones. Con todo, la calificación de distintos conceptos que impone BEPS, como son las definiciones de intangibles o del

establecimiento permanente, implica que se mantenga la relevancia de la calificación jurídica en algunos sectores.

D. Jacques Sasseville se refirió en su intervención a las ganancias institucionales de BEPS. En este sentido, ha señalado que era necesaria más colaboración entre Estados. Además BEPS supone un incremento del uso de los mecanismos para la resolución de controversias convencionales y de la transparencia. Por otro lado, un elevado número de Estados se han adherido al arbitraje. Con todo, esta colaboración puede encontrar todavía obstáculos. En este sentido, es destacable que en la propuesta de la Comisión de un paquete normativo contra la erosión de bases imponibles y la evasión fiscal se ha adoptado un enfoque opuesto al seguido en el plan de acción BEPS, remitiéndose a la calificación del Estado de la fuente. Esta circunstancia puede derivar en descoordinaciones y dificultades para la colaboración transfronteriza.

El Prof. Philip Baker ha resaltado que la Unión Europea ha tratado de superar el plan de acción BEPS con su propuesta de Directiva anti-BEPS. Las consecuencias de BEPS pueden suponer que los países en vías de desarrollo queden fuera de juego. Desde una perspectiva global, podría plantearse que la ONU fuera el principal actor en la medida en que es la organización que representa a los distintos Estados en la esfera internacional. En el caso de que BEPS fracase una de las causas puede ser que la iniciativa la haya llevado un organismo como la OCDE.

Tras la mesa redonda se abrió un turno de preguntas por parte de los asistentes, tras el cual D. Porus Kaka clausuró el seminario, recordando que Madrid será el escenario del congreso anual de la IFA en septiembre de 2016.