



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultade de Economía e Empresa

Traballo de
fin de grao

**Plan BEPS. Acción 3:
Reforzar las normas
sobre transparencia
fiscal internacional**

Regulación en la Directiva (UE)
2016/1164 y configuración del
régimen de TFI en España

Lois Rico Ocampo

Titores:

Ignacio Fernández Fernández;
María Milagros Sieiro Constenla

Simultaneidade de Grao en ADE e Grao en Dereito

Ano 2021

Resumen

En una economía globalizada, la existencia de grupos de sociedades transnacionales es relativamente común. Algunas empresas, prevaliéndose de este tipo de estructuras, trasladan artificialmente sus beneficios a entidades residentes en jurisdicciones de reducida tributación, provocando, en consecuencia, la erosión de las bases imponibles del territorio donde tiene lugar su operativa. Uno de los medios empleados por los Estados para combatir este tipo de prácticas es la transparencia fiscal internacional, una norma antielusiva que consiste en imputar a un contribuyente las rentas obtenidas por una sociedad extranjera sobre la que ostente un control efectivo. En España, esta técnica se encuentra regulada en el ámbito de los regímenes especiales de los impuestos sobre sociedades y sobre la renta de las personas físicas. En este contexto de lucha contra la elusión fiscal, los países de la OCDE y del G-20 adoptaron el denominado Plan de Acción BEPS, cuya Acción 3 «Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces» contiene un elenco de recomendaciones dirigidas a los Estados encaminadas a la mejora de la eficacia de este régimen antiabuso. Por su parte, la Unión Europea se hizo eco de algunas de las iniciativas del Plan de Acción BEPS mediante la promulgación de la Directiva (UE) 2016/1164. El objetivo del presente trabajo será, por tanto, evaluar el estado actual del régimen de transparencia fiscal internacional español mediante un análisis comparativo con la norma europea y las propuestas elaboradas por la OCDE.

Palabras clave: Transparencia fiscal internacional; Plan de Acción BEPS; Acción 3; Sociedad extranjera controlada; ATAD; Fiscalidad internacional; Elusión fiscal.

Abstract

In a globalised economy, the existence of transnational corporate groups is relatively common. Some companies, taking advantage of this type of structure, artificially shift their profits to entities resident in low-tax jurisdictions, thereby eroding the tax bases of the territory where they operate. One of the means used by states to combat this type of practice are the rules on controlled foreign companies, an anti-avoidance provision that consists of imputing to a taxpayer the income obtained by a foreign company over which it has effective control. In Spain, this technique is regulated in the special corporate and personal income tax regimes. In this context of the fight against tax avoidance, the OECD and G-20 countries, including Spain, adopted the so-called BEPS Action Plan, whose Action 3 "Designing Effective Controlled Foreign Company Rules" contains a set of recommendations addressed at states in order to improve the effectiveness of this anti-abuse regime. For its part, the European Union echoed some of the BEPS Action Plan initiatives by enacting Directive (EU) 2016/1164. The aim of this paper will therefore be to assess the current state of the Spanish controlled foreign company rules through a comparative analysis with the European regulation and the OECD proposals.

Keywords: Controlled foreign company rules; BEPS Action Plan; Action 3; CFC; ATAD; International taxation; Tax avoidance.

Índice

LISTA DE ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	6
1.CONCEPTO Y ORÍGENES DE LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL.....	9
2. CONDICIONES QUE DAN LUGAR A LA APLICACIÓN DE LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL	12
2.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD EXTRANJERA CONTROLADA	12
2.2 CONTROL DE LA ENTIDAD NO RESIDENTE	15
2.3 LA REDUCIDA TRIBUTACIÓN DE LA ENTIDAD NO RESIDENTE	18
3. CLASES DE RENTAS AFECTADAS	23
3.1 ENFOQUE POR ENTIDAD O POR SUSTANCIA	23
3.2 ENFOQUE POR CATEGORÍAS DE RENTA	27
4. CLÁUSULAS DE ESCAPE	30
4.1 CLÁUSULA DE MÍNIMOS	30
4.2 REQUISITO ANTIELUSIÓN Y CLÁUSULA DE ACTIVIDAD	33
5. LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL.....	36
5.1 DETERMINACIÓN DE LOS CONTRIBUYENTES QUE SOPORTAN LA IMPUTACIÓN	36
5.2 CUANTIFICACIÓN DE LA RENTA ATRIBUIBLE	38
5.3 PERÍODO IMPOSITIVO DE LA IMPUTACIÓN	40
6. MÉTODOS PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN	41
6.1 SUJECCIÓN A IMPUESTOS DE SOCIEDADES EXTRANJEROS	41
6.2 APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL POR MÁS DE UN ESTADO .	43
6.3 PERCEPCIÓN DE DIVIDENDOS CON CARGO A RENTAS YA IMPUTADAS Y TRANSMISIÓN DE ACCIONES	44
CONCLUSIONES.....	47
BIBLIOGRAFÍA	51
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	55
APÉNDICE LEGISLATIVO.....	56
RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS.....	58

Lista de abreviaturas

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
EEE	Espacio Económico Europeo
EP	Establecimiento Permanente
IS	Impuesto de Sociedades
LIRPF	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio
LIS	Ley del Impuesto de Sociedades Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos
P.	Página
Párr.	Párrafo
SEC	Sociedad Extranjera Controlada
TFI	Transparencia Fiscal Internacional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLIRNR	Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes
UE	Unión Europea

Introducción

El fenómeno de la globalización y el incremento del comercio transnacional van aparejados a un proceso de internacionalización de la economía, en la que cada vez existen mayores interdependencias. Algunas empresas aprovechan este marco de apertura económica para trasladar sus beneficios a jurisdicciones donde se soporta una menor tributación, lo que genera toda una problemática para una gran cantidad de Estados, que ven erosionadas sus bases imponibles como resultado de este tipo de prácticas. Una de las actividades que se encuadra en esta dinámica es el establecimiento de una sociedad extranjera controlada (en adelante, SEC) en una jurisdicción de reducida tributación, a fin de trasladar artificialmente allí los ingresos de un grupo empresarial mediante el desplazamiento de rentas caracterizadas por su alto grado de movilidad. Mientras, las sociedades matrices permanecen como los centros donde se sitúa realmente la actividad económica, con los costes que ello conlleva y una consiguiente reducción de la carga tributaria. En respuesta a estos mecanismos de elusión, diferimiento o minoración de la tributación nace el régimen de transparencia fiscal internacional (en adelante, TFI), o reglas sobre sociedades foráneas controladas, como se conoce internacionalmente a este régimen.

Esta técnica antiabuso tiene sus orígenes en los Estados Unidos. Consiste en una imputación de rentas en el impuesto personal de un contribuyente a cargo de los beneficios obtenidos en sede de una SEC residente en una jurisdicción de reducida o nula tributación. La imputación se produce con independencia de que la SEC haya distribuido los beneficios generados, a fin de impedir el diferimiento de la tributación. El propósito del régimen es eminentemente disuasorio y pretende únicamente combatir prácticas de planificación fiscal agresivas, no suponer un freno a la inversión y a la generación de valor en situaciones en que se lleve a cabo actividad económica. La meta es, por tanto, la no aplicación por falta de necesidad, pero un diseño que logre capturar las rentas con una intencionalidad elusiva, sin afectar a situaciones en que concurren motivos económicos válidos, es extremadamente complejo.

La TFI, introducida en el ordenamiento jurídico español en los años 90, se regula actualmente en el ámbito de los regímenes especiales del impuesto de sociedades (en adelante, IS) y del impuesto sobre la renta de las personas físicas. Recibe su nombre en contraposición a la transparencia fiscal interna, un mecanismo que permitía transparentar determinadas entidades residentes en España imputando la renta a sus socios; su escasa relevancia práctica supuso su derogación a principios del siglo XXI. La TFI no ha sufrido modificaciones de gran calado desde su introducción. La más relevante tuvo lugar en el año 2014, al calor de las iniciativas que se estaban deliberando desde 2013 en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) y del G-20. Dichas iniciativas dieron lugar, en el año 2015, al conocido como Plan *Base Erosion and Profit Shifting* (en adelante, BEPS).

El Plan BEPS es un paquete que recoge los Informes de 15 Acciones, que pretenden llevar a cabo una reforma integral, coherente y coordinada de la normativa tributaria internacional, de cara a combatir prácticas elusivas por parte las empresas. Por esta razón, la OCDE trata de aunar los mejores esfuerzos de los países que la componen para reducir o eliminar este tipo de comportamientos. Se pretende que dicho objetivo no sea óbice para el mantenimiento de un entorno de seguridad jurídica y transparencia, que no merme, por tanto, la competitividad, permitiendo sin obstáculos el normal desempeño de la actividad económica.

A efectos de este trabajo, se tratará con detenimiento la Acción 3 del Plan BEPS. Lleva por título «Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces», y establece un estándar de recomendaciones flexibles dirigidas a los Estados a efectos de mejorar y armonizar la aplicación de esta norma antiabuso. El Informe de la Acción 3 toma en su desarrollo especial consideración el respeto al derecho de la Unión Europea (en adelante, UE), adecuando las propuestas realizadas para garantizar su compatibilidad con las particularidades del ordenamiento jurídico comunitario.

Por su parte, la UE, auspiciada por la publicación del Plan BEPS, ha promulgado en el año 2016 la Directiva (UE) 2016/1164, que implementa una amalgama de medidas inspiradas en los trabajos de la OCDE para combatir la elusión fiscal y el diferimiento

de la tributación. Los artículos 7 y 8 de esta Directiva contienen reglas sobre sociedades extranjeras controladas que surgen a la luz del Informe de la Acción 3.

Teniendo en cuenta este conjunto de regulaciones y propuestas, a lo largo de este trabajo, se tratarán de exponer las diferentes alternativas en lo que se refiere a la configuración del régimen de TFI, en aras de examinar la eficacia de la norma española y encontrar las mejores prácticas aplicables. La metodología que se empleará para evaluar estos aspectos consistirá en un análisis de varias de las notas características del régimen de TFI, como son las condiciones que dan lugar a su aplicación, las rentas que se ven afectadas en caso de cumplirse las anteriores o las cláusulas de escape que el régimen establece con objeto de evitar su aplicación cuando la motivación fiscal no sea predominante. También será objeto de estudio la liquidación del régimen y los métodos que se recomiendan y que se han establecido para evitar la doble imposición internacional, uno de los mayores riesgos que conlleva la implantación de normas de TFI en una creciente cantidad de jurisdicciones.

Creo, por último, que este trabajo resulta interesante desde el punto de vista empresarial, puesto que refleja la evolución del paradigma económico internacional. La globalización y el desarrollo de nuevas tecnologías plantean cambios en los modelos de negocio que a su vez suponen un riesgo en materia de elusión fiscal y reducción de las bases imponibles de los Estados. Estudiar la reacción a estos fenómenos, con la adaptación de medidas antielusivas como la TFI a esta nueva realidad, y entender la evolución del sistema tributario para afrontar la situación es crucial para la comprensión del entorno económico en el que las empresas operarán en un futuro cercano.

1. Concepto y orígenes de la transparencia fiscal internacional

La transparencia fiscal internacional (TFI) es un régimen especial regulado en los arts. 91 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, *del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio* (en adelante, LIRPF) y 100 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, *del Impuesto sobre Sociedades* (en adelante, LIS). Consiste en la inclusión de rentas en la base imponible de un contribuyente con residencia en territorio español a cargo de los beneficios obtenidos, distribuidos o no, por una entidad no residente de forma proporcional a su participación en esta (GONZÁLEZ, 2001, p. 1). Para que exista esta imputación la sociedad extranjera debe estar controlada, de forma directa o indirecta, por el contribuyente individualmente o en concurrencia con otras entidades vinculadas (Arts. 100.1.a LIS, 100.7 LIS, 91.1.a LIRPF y 91.6 LIRPF).

La naturaleza de la TFI es la de una norma antiabuso, cuya pretensión es evitar el diferimiento de la tributación logrado mediante el no reparto de beneficios obtenidos a través de la interposición de una SEC residente en jurisdicciones de baja o nula tributación (ASENSIO GIMÉNEZ & MORALES GIL, 2021, p. 9). Recibe su nombre de la técnica empleada para lograr esta imputación, que supone una perforación de la ficción legal de la persona jurídica, transparentando la entidad controlada en un trasunto fiscal de la doctrina de levantamiento del velo societario (DE JUAN CASADEVALL, 2018, p. 16).

Los orígenes más remotos de esta técnica se sitúan en disposiciones estadounidenses sobre compañías *holding* de 1934 y *holding* extranjeras de 1937 (CRUZ PADIAL, 2018, p. 74), pero la primera legislación amplia sobre SEC fue la adoptada en este mismo país por la administración Kennedy en el año 1962. El desencadenante de la

promulgación de esta normativa fue el incremento de la inversión en jurisdicciones de baja tributación en un período en que los objetivos de exportación de capital privado a Europa estaban agotados, ya finalizada la reconstrucción del continente tras la segunda guerra mundial. Se procuró, por consiguiente, impedir la salida de capitales con una motivación fiscal, tratando de lograr una igual tributación de la renta externa e interna (SANZ GADEA, 2002, p. 42). La TFI presenta, por tanto, una finalidad antielusiva, que se trata de alcanzar siguiendo el principio de la neutralidad fiscal en la exportación de capitales. Este principio busca un tratamiento fiscal equivalente a todas las actividades que un contribuyente residente lleve a cabo, independientemente del territorio en que estas tengan lugar. De esta forma, se intentan eliminar los incentivos perversos a la deslocalización (DE JUAN CASADEVALL, 2018, pp. 15-16).

Estos mismos objetivos impulsaron gradualmente a más países de la OCDE a la adopción de normas de TFI. Generalmente, los países que las incorporaron a su legislación compartían ciertas características, como tipos impositivos elevados y ser exportadores netos de capital privado (BLUM, 2018, p. 298). Por el contrario, de entre los países desarrollados, países pequeños con una economía abierta, caso de las «jurisdicciones *holding* europeas» en palabras de BLUM (2018), usualmente rechazaron adoptarlas.

España se unió al grupo que acogió esta técnica en su legislación con la Ley 42/94, de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y de orden social*. Al año siguiente, el régimen se incorporó al art. 121 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, *del Impuesto sobre Sociedades*, transcribiendo el art. 10 de la Ley 42/94. Con la aprobación de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, *del Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias* se sometió también a las personas físicas a este régimen especial de tributación.

Tras la publicación de la Acción 3: *Reforzar las normas sobre transparencia fiscal internacional*, del proyecto BEPS de la OCDE, cabe esperar una extensión de las normas de TFI a una mayor cantidad de jurisdicciones. Una materialización de este proceso se produjo con la promulgación de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, *por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior* (en adelante, «Directiva» o «ATAD» -por sus siglas en inglés, *Anti Tax Avoidance Directive*-), de

obligada transposición, lo que conllevará un mayor grado de uniformidad entre las normas de los países europeos, que deberán adaptarse al estándar mínimo que la Directiva establece en materia de TFI (art. 3 ATAD).

2. Condiciones que dan lugar a la aplicación de la transparencia fiscal internacional

2.1 Naturaleza jurídica de la sociedad extranjera controlada

El primer aspecto que debe aclararse para estudiar el régimen de TFI es la naturaleza jurídica que una SEC debe poseer para ser considerada como tal. En la propia expresión «sociedad extranjera controlada» parece definirse el concepto. Mientras que esto sería acertado en el carácter extranjero y en la necesidad de control, no es el caso en lo concerniente a «sociedad», pues abarca a un mayor número de entidades, siendo las sociedades una parte del conjunto.

Esta postura es la recomendada en la Acción 3 del plan BEPS. En ella se contempla que entidades sin personalidad jurídica, como un *partnership* o un Establecimiento Permanente (en adelante, EP), sean incluidos entre los sujetos sobre los que se aplique la TFI, en tanto que puedan generar riesgos en materia de traslado de bases imponibles (DE JUAN CASADEVALL, 2018, p. 19). Se entiende que sobre la tenencia de estas entidades puede concurrir una motivación de elusión de la tributación y, por consiguiente, resulta adecuado incluirlas en el elenco de entidades transparentables por aplicación del régimen de TFI.

Los *partnership*, en la legislación española, englobarían a aquellas entidades de tipo personalista que carecen de personalidad jurídica independiente de la de los socios. Se recomienda incluirlas cuando estos sean propiedad de la SEC o en casos en que puedan aprovecharse de una calificación fiscal dispar entre dos Estados (OCDE, 2016, párrs. 27-28).

En este sentido, la regulación europea sigue la línea marcada por la OCDE. En el art. 7.1 ATAD se establece que una «sociedad extranjera controlada» será aquella entidad o EP cuyos beneficios no estén sometidos a tributación o estén exentos en el estado miembro del contribuyente, siempre que se cumpla los requisitos de control, naturaleza de las rentas y otras condiciones que la Directiva dispone.

El término «entidad» empleado en la Directiva, no aparece definido en ella. Presumiblemente, abarca tanto a entidades que según la legislación de su estado de residencia posean personalidad jurídica como que carezcan de este atributo (GROOT & LARKING, 2019, p. 3). No obstante, sería extraño que algunas entidades llegasen a alcanzar los requisitos de control que la ATAD establece, con motivo de que su naturaleza jurídica o el régimen legal al que se encuentran sometidas provoca frecuentemente una desconcentración en la participación en la entidad. Este puede ser el caso de las instituciones de inversión colectiva, las comunidades de bienes o las herencias yacentes (CRUZ PADIAL, 2019, p. 78).

Además, a efectos tributarios, sobre esta tipología de entidades usualmente recae un régimen con un nivel de exigencia mayor que llama a tributar al beneficiario último de la renta generada en sede de la entidad (SANZ GADEA, 2017, p. 14). En España sería el de atribución de rentas, regulado en los arts. 8.3 de la LIRPF y 6 de la LIS, cuyo rango de aplicación abarca a entidades constituidas en el extranjero de carácter análogo a las españolas sobre las que despliega sus efectos. Dicho régimen, junto a otros de inspiración similar, como el de las Agrupaciones Europeas de Interés Económico o el de las Uniones Temporales de Empresa, son de aplicación preferente a la TFI, que queda, por tanto, configurada como cláusula de cierre ante posibles montajes empresariales con finalidad elusiva, no cubiertos por estos regímenes (ALMUDÍ CID, 2017, p. 303).

En un plano español, toda referencia a la naturaleza jurídica de la SEC se encuentra en los arts. 100.1.a LIS y 91.1.a LIRPF, relativos al régimen especial de TFI. En ellos se emplea la locución «entidad no residente» como única definición de la entidad transparentada, es decir la SEC. Para especificar a qué se refiere exactamente la norma española con el concepto «entidad» se debe explorar el ámbito subjetivo del impuesto sobre sociedades, configurado en el art. 7 de la LIS. En su apartado primero,

se enumera a los contribuyentes «cuando tengan su residencia en territorio español» y, posteriormente, se diferencia entre entidades poseedoras de personalidad jurídica y carentes de ella. Cabe, por tanto, suponer que estas últimas, de tener residencia en una jurisdicción extranjera, solo serán sujetos pasivos del impuesto cuando sea previsto expresamente por el legislador (ALMUDÍ CID, 2017, p. 302). A su vez, en el art. 7.3 LIS se designa que, a lo largo de la LIS, los términos «sociedad» o «entidad» servirán como denominación indistinta de los sujetos pasivos del impuesto. Lo aquí expuesto podría llevar a la conclusión de que la TFI solo sería aplicable a SEC con personalidad jurídica independiente de sus socios. Al no incluirse de forma expresa en el precepto regulador de la TFI (art. 100 LIS) el resto de las enumeradas en el art. 7.1 LIS, resultaría indiferente la referencia a «entidad» (ALMUDÍ CID, 2017, p. 302), que sería sinónimo de «sociedad».

No obstante, el concepto de entidad no se encuentra necesariamente agotado. Podrían entenderse incluidos sujetos carentes de personalidad jurídica que según el art. 35.4 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria* sean «patrimonio separado susceptible de imposición». En otras circunstancias en que se ha gravado a entidades no residentes y se ha querido que se tratase de entidades con una naturaleza jurídica similar a entidades con residencia en España se ha establecido expresamente así. Por tanto, al no incluirse esta restricción sería procedente entender «entidad» en su sentido más amplio. SANZ GADEA (2017, p. 10) aboga por esta interpretación y considera, por ello, que la naturaleza jurídica de la SEC es susceptible de abarcar asociaciones, fundaciones, fondos de inversión entre otros patrimonios separados susceptibles de imposición.

Esta interpretación anterior es la más extendida y comúnmente aceptada. Consecuentemente, se considera que España cumple con los requisitos para una transposición correcta de la ATAD en este aspecto (*New Tables to Monitor the Anti-Tax Avoidance Directive Implementation*, 2019, p. 4). La excepción es la inclusión del EP, que todavía no ha sido abordada por el legislador (WENZEL, 2019, p. 54). En principio, cabría esperar un mayor rango de aplicación para el régimen de TFI español en el momento en que las rentas generadas en un EP sean incluidas, pero, debido a que en muchas ocasiones no recaerá la nota de tipicidad preceptiva sobre ellas, a efectos prácticos, no supondrá grandes cambios. Esto se debe a que un EP, por lo común, se trata de un lugar fijo de negocios, en el cual se obtienen mayormente rentas

empresariales (SANZ GADEA, 2017, p. 15). Como se verá en el apartado correspondiente, este tipo de rentas no conllevan la aplicación del régimen de TFI.

2.2 Control de la entidad no residente

La existencia de un determinado nivel de control sobre la SEC es imprescindible para que haya lugar a la aplicación del régimen de TFI. Este hecho se justifica por la capacidad de decisión que dicho nivel de control otorga sobre aspectos como el país de residencia de la SEC, la actividad que realiza o sus criterios de reparto de beneficios (ASENSIO GIMÉNEZ & MORALES GIL, 2021, p 10).

El Plan de Acción BEPS trata en su acción tercera el tipo y el nivel de control requeridos. Sobre la primera cuestión, el tipo de control, se diferencia entre control económico, jurídico y *de facto*. En el Informe se señala que el control debería ser como mínimo económico o jurídico (OCDE, 2016, párr. 25), siendo opcional la inclusión de un test de control *de facto*.

El control jurídico se determina según el porcentaje del capital social poseído. No obstante, resulta frecuente encontrar jurisdicciones que otorguen la posibilidad de existencia de acciones sin voto, que, en algunos supuestos, permitirían evitar el cumplimiento del requisito teniendo la mayoría de los votos sin alcanzar el 50% del capital social. Por su parte, el control económico se fija en los derechos para recibir beneficios tras su distribución y en el rendimiento en caso de enajenación, del capital social de la SEC o de los activos de esta. La elusión en este supuesto también sería posible con la interposición de una sociedad *holding* que diluyese los rendimientos obtenidos (OCDE, 2016, párr. 35). Para evitarlo se podría incluir un control *de facto*, que se fija en la existencia de vínculos contractuales que atribuyan una capacidad de influencia determinante, con el inconveniente de la adición de costes debido a la subjetividad y a la dificultad de probar la existencia de este tipo de relaciones.

En cuanto a la segunda cuestión, el nivel de control, el Informe de la OCDE señala que se deberían considerar al menos situaciones de control económico o jurídico del 50%,

si bien se podrían contemplar límites inferiores. También se indica que este control puede alcanzarse a través de la influencia ejercida por varios accionistas actuando en connivencia. Se proponen 3 métodos de prueba para detectarlo, una norma de actuación concertada que determine si los accionistas están actuando conjuntamente para ejercer influencia; un test de partes vinculadas, en el que se suma el grado de control en caso de cumplir los requisitos de vinculación; y un criterio de concentración de la propiedad, en cuyo caso se agregaría a los accionistas que superasen un determinado umbral de control (OCDE, 2016, párrs. 38-43).

También cabe destacar que el Informe establece como cuestiones relevantes el momento en que dicho nivel de control es alcanzado o la posibilidad de que sea indirecto. Es decir, se controla una sociedad tercera no residente a través de la participación en una sociedad que participe en esa otra tercera en un grado suficiente.

El tipo y nivel de control requeridos en la ATAD son consistentes con lo establecido en la Acción tercera del plan BEPS, al contemplarse en la Directiva las modalidades económica y jurídica de control (GINEVRA, 2017, p. 126). Se señala en el art. 7.1.a ATAD que el contribuyente, «solo o conjuntamente con sus empresas asociadas», debe poseer directa o indirectamente más del 50% de las participaciones, del voto o el derecho a percibir más del 50% de los beneficios. Estas previsiones se establecen con objeto de capturar situaciones de actuación concertada por varios accionistas o de control indirecto de la SEC. No cabría agregación de tipos de control diferentes a la hora de contemplar si el porcentaje señalado es alcanzado, en tanto que, por ejemplo, un 28% de los derechos de voto, sumado a un 27% sobre el derecho a percepción de beneficios, no otorgaría auténtico poder de disposición (SANZ GADEA, 2017, p. 13).

El concepto de «empresa asociada» viene definido en el art. 2.4 de la Directiva. Cabe denotar que a pesar de utilizarse «empresa» el término alcanza también a individuos. Además, no es necesario que concurra una actuación concertada con las empresas asociadas para que el control se entienda alcanzado (GROOT & LARKING, 2019, p. 4). Con esta regulación se opta, por tanto, por el test de partes vinculadas de entre las alternativas recomendadas por la OCDE. La ATAD define la vinculación como:

- Entidades con una participación que implique el 25% de derechos de voto o del porcentaje de percepción de beneficios (art. 2.4 a).

- Personas físicas que ostenten dicho tipo y nivel de participación (art. 2.4 b).
- Empresas asociadas a las que cumplan los requisitos de los dos apartados anteriores.

Existe un rango de aplicación muy amplio en el sentido de la vinculación abarcada, dado el carácter *de minimis* de la Directiva. Este carácter viene dado por el art. 3, donde se configura como un estándar mínimo de protección que los Estados miembros deben asumir, pudiendo ampliarlo. A la hora de calcular si el contribuyente alcanza el nivel de control requerido en conjunción con sus empresas asociadas, no es relevante que las empresas asociadas sean residentes (SANZ GADEA, 2016, p. 1355). Tampoco hay requisitos en cuanto al nivel de tributación en su estado de domicilio para las empresas asociadas que puedan controlar la SEC a efectos de la TFI (MOSER & HENTSCHEL, 2017, p. 609).

Las empresas asociadas conforman con el contribuyente el denominado por la doctrina como grupo de control. Se puede dar el caso de que alguna de las entidades pertenecientes a él sean a su vez contribuyentes por TFI en caso de residir en un Estado miembro (DE JUAN CASADEVALL, 2018, p. 24). Este hecho puede llegar a plantear problemas de doble imposición, que serán tratados en el apartado correspondiente. En cuanto al momento en que ha de ostentarse el control sobre la entidad no residente, la norma europea no especifica nada, y deja, por tanto, libertad de disposición a las legislaciones nacionales (CRUZ PADIAL, 2018, p. 86).

La regulación española, a pesar de ser anterior a la ATAD, es coincidente con la mayor parte de los aspectos de la Directiva en cuanto al nivel y tipo de control de la SEC requeridos para dar lugar a la aplicación del régimen. Lo expuesto en los párrafos anteriores sobre la Directiva es aplicable, por tanto, a la normativa española, si bien cree RUIZ GALLUD (2017, p. 35) que la participación en resultados tiene una representatividad mayor en la LIS, en tanto que, *de facto*, es el criterio decisivo para determinar la renta a imputar, con lo que se le daría una mayor importancia al control económico.

El tipo de control económico y jurídico se establece en el art. 100.1.a LIS y 91.1.a LIRPF, donde a su vez se realiza una remisión al concepto de persona o entidad vinculada del art. 18 LIS para determinar la configuración de qué se considera «grupo de control» de la SEC. Una diferencia notable con la ATAD es la inclusión del

parentesco como nexo de vinculación, puesto que el art. 18 LIS, que funciona como análogo al concepto de empresa asociada propuesto en la Directiva, contempla lazos familiares. En este punto cabe preguntarse si el grupo de control debe componerse de entidades vinculadas entre ellas. Para SANZ GADEA (1996, pp. 22-26) sí deben estar vinculadas, en tanto que la intencionalidad del artículo debe ser hallar unidades económicas de decisión. Estos apartados 100.1.a LIS y 91.1.a LIRPF también regulan el umbral que determina el alcance del nivel de control, establecido en un 50%.

El art. 100.7 LIS trata el control de tipo indirecto «a través de otra u otras entidades no residentes», en cuyo caso «el importe de la renta positiva será el correspondiente a la participación indirecta». No se precisa cómo debe calcularse esa participación indirecta. Se considera que deben ser multiplicados los porcentajes de la cadena de participación, en criterio análogo al utilizado en los grupos de consolidación fiscal (ASENSIO GIMÉNEZ & MORALES GIL, 2021; p. 14).

Sobre el momento en que debe valorarse si se alcanza el requisito de control los arts. 100.1.a LIS y 91.1.a LIRPF han establecido el cierre del ejercicio social de la SEC. No cabría aplicación del régimen, ni en forma de imputación parcial, en caso de que fuese alcanzado el umbral de control en cualquier otro momento del ejercicio.

2.3 La reducida tributación de la entidad no residente

El fin antielusivo de la TFI queda definido por el requisito de que la SEC debe alojarse en una jurisdicción de reducida tributación para que haya lugar a la aplicación del régimen. Sin la existencia de este requisito y de otros encauzados al objetivo de obviar las rentas procedentes de la realización de actividades económicas, la TFI conllevaría la tributación de la entidad dominante sobre una base consolidada (SANZ GADEA, 2017, p. 13). Aplicar como umbral un tipo inferior al de la jurisdicción del contribuyente siempre posibilitará un cierto grado de elusión en aquellos países cuyo tipo impositivo no dé lugar a la aplicación de la TFI (BLUM, 2018, p. 304). Por ello, se deben elegir unos requisitos de reducida tributación que optimicen la disyuntiva entre la afectación a la competitividad de las empresas que supone la existencia del régimen (OCDE, 2016, párr. 14) con la protección de las bases imponibles. Para este fin, el Informe de

la Acción 3 del Plan BEPS considera que ha de ser fijado un método que dote de seguridad jurídica a los contribuyentes, reduzca las cargas administrativas y circunscriba el régimen a jurisdicciones que supongan un mayor riesgo de traslado de beneficios (OCDE, 2016, párr. 61).

La primera posibilidad planteada, en aras de determinar qué jurisdicciones son de baja tributación, sería el establecimiento de listas negras de países que entrarían automáticamente en dicha categoría. También existiría la opción contraria, de unas listas blancas de jurisdicciones en las que se descartase la aplicación del régimen a las empresas allí ubicadas. Las ventajas de un enfoque por listas, en tanto que más mecánico, son la seguridad jurídica que aporta a las empresas, que sabrían a qué atenerse al situarse en dichos países, y los menores costes de aplicación para la Administración. Sin embargo, pocas jurisdicciones se decantan en exclusiva por este método, debido a la complejidad de mantener las listas actualizadas con respecto a las sucesivas modificaciones de la normativa fiscal de los países que las constituyen (ALMUDÍ CID, 2017, p. 312). La OCDE es, por ello, más partidaria de la otra alternativa que ofrece o de una combinación de ambas (WENZEL, 2019, p. 68). Esta otra alternativa consiste en una exención por tipo de gravamen, cuyo umbral de aplicación se determina, o bien a través de un tipo porcentual fijo a partir del que se considere que no existe tributación reducida, o bien a través de un porcentaje del tipo impositivo sobre sociedades aplicado en la jurisdicción de la matriz.

Dentro de esta propuesta de la exención por tipo de gravamen, se puede tener en cuenta el tipo nominal de la jurisdicción de la SEC o el efectivo. El tipo efectivo de gravamen se determina por ratio entre los impuestos pagados por la SEC y el beneficio gravable, calculado este con las normas de la jurisdicción de la matriz o por algún estándar internacional (OCDE, 2016, párrs. 62-66). Por último, también se señala en el Informe de la OCDE que existiría la posibilidad de calcular este gravamen efectivo para cada clase de renta, independientemente del resto. Por ejemplo, calculando el tipo impositivo al que son gravados los cánones obtenidos por la SEC. Esto evitaría la elusión a través de jurisdicciones que otorguen un régimen más ventajoso a algunas de las rentas allí obtenidas, a pesar de que, en conjunto, la tributación soportada no sea reducida (OCDE, 2016, párr. 71).

Con la ATAD el legislador comunitario opta por el enfoque de la exención por tipo de gravamen, desarrollado en el art. 7.1.b con la redacción transcrita a continuación.

El impuesto sobre sociedades efectivamente pagado por sus beneficios por parte de la entidad o del establecimiento permanente de que se trate sea menor que la diferencia entre el impuesto sobre sociedades que se habría aplicado a dicha entidad o establecimiento permanente en virtud del sistema del impuesto sobre sociedades aplicable en el Estado miembro del contribuyente y el impuesto sobre sociedades efectivamente pagado sobre sus beneficios por la entidad o establecimiento permanente de que se trate. (Art.7.1.b ATAD)

La alambicada formulación escogida se debe a que la Comisión Europea sugirió en inicio un umbral de exención a un tipo impositivo efectivo del 40%, posteriormente aumentado al 50%, lo que suscitó el rechazo de algunos gobiernos y fue finalmente sustituido por la forma expuesta. Cabe señalar que, a pesar de esto, el umbral de tipo impositivo efectivo del 50% propuesto y suprimido habría conducido en principio al mismo resultado matemático que la redacción actual (MYRIZAKIS, 2019, p. 11).

En resumen, se opta por un análisis comparativo de la deuda tributaria efectivamente satisfecha, en lugar de la comparación del tipo nominal o efectivo. Surge entonces la pregunta de si deben ser consideradas figuras impositivas complementarias que graven a la SEC para el cálculo de la deuda tributaria que hubiese satisfecho, tales como exacciones o recargos a nivel local. Por la literalidad de la expresión de la ATAD transcrita, cabría considerar el impuesto sobre sociedades en exclusiva, no teniendo en cuenta, consecuentemente, otras figuras impositivas que no sean esta (MOSER & HENTSCHEL, 2017, p. 611). También es cuestionable el significado de la locución «sus beneficios», empleada por la Directiva al referirse a la deuda tributaria satisfecha por la SEC en su jurisdicción. Según DE JUAN CASADEVALL (2018, p. 24), para que siga operando la lógica de la TFI, esto debe ser circunscrito a aquellos beneficios imputables por dicho régimen en el estado miembro del contribuyente, en lugar de a la totalidad de los beneficios obtenidos por la SEC, como cabría apreciar de una interpretación literal.

La ATAD establece también en el art. 7.1.b que, en caso de estar exentas, las rentas obtenidas por un EP perteneciente a una SEC no se tendrán en cuenta a efectos de determinar si el nivel de tributación de la jurisdicción de residencia de esta entra en el

umbral de aplicabilidad. Esta previsión se introduce debido a que combinar los tipos de gravamen efectivos de la casa central y del EP exento podría resultar distorsionador a efectos de excluir o no la aplicación de la TFI (CALDERÓN CARRERO & MARTÍN JIMÉNEZ, 2017, pp. 38, 39).

A la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ASENSIO GIMÉNEZ & MORALES GIL (2021) interpretan que cabría la aplicación de listas «negras», «grises» o «blancas» para terceros países. Las listas blancas también pueden utilizarse en relación con los Estados miembros de la UE, pero, implícitamente, no las listas negras o grises. Esto parece reflejar la resistencia a incluir a países miembros entre las jurisdicciones fiscales no cooperativas de la UE. Las implicaciones son que los activos de una SEC podrían escapar de la imposición si dicha entidad está localizada en una jurisdicción de la «lista blanca». Por ello, cualquier lista deberá basarse en los criterios de la ATAD y debe garantizarse el nivel mínimo de protección contra la evasión fiscal (GROOT & LARKING, 2019, p. 6).

En España, la opción ejercida por el legislador queda plasmada en los arts. 100.1.b LIS y 91.1.b LIRPF. Se establece un umbral de aplicación cuando la SEC tribute por impuesto equivalente al IS menos del 75% de lo que le correspondería en España «según las normas del IS». Se escoge, por tanto, el método del tanto por ciento del tipo del país de control. Este porcentaje debe de ser calculado renta por renta y, se trata, en este caso, del porcentaje de referencia establecido en la Acción 3, yendo más allá del 50% de la ATAD. El tipo a tener en cuenta es el efectivo, no el nominal (RUIZ GALLUD, 2017, pp. 36, 37).

Resulta problemática la referencia al 75% de lo que le correspondería pagar «según las normas del IS». Dicha mención posibilita y hace compatible con la aplicación del régimen de TFI las reglas del art. 18 LIS sobre operaciones vinculadas, aplicables, por tanto, con anterioridad. En algunos casos, los ajustes primario y secundario podrían incluso cambiar lo que correspondería pagar por IS español por las rentas imputadas, pudiendo ser clave para la determinación de si caen en el umbral inferior al 75% de lo que correspondería según la norma española (FERRER VIDAL, 2017, p. 144).

Surgen más dudas sobre el alcance de la aplicación de las normas del IS, como si debería ser usada la normativa contable española para la determinación del beneficio

gravable, el criterio de compensación de bases imponibles negativas o los requisitos formales que la SEC debe cumplir para posibilitar la deducción de gastos o la aplicación de créditos fiscales. Algunas de estas cuestiones tienen una respuesta más simple que otras. Queda claro que han de aplicarse exenciones y deducciones para eliminar la doble imposición de carácter análogo a las establecidas por la LIS y que debe permitirse la compensación de bases imponibles negativas sin un cumplimiento estricto de los requisitos formales contemplados en la LIS para el reconocimiento de pérdidas. Por su parte, la atención a las normas contables españolas para el cálculo del resultado de la SEC no debería ser exigible en tanto que la normativa aplicada sea consistente con los principios básicos contables. Lo contrario exigiría una reelaboración de la contabilidad con la consiguiente carga excesiva para el contribuyente y las posibles incongruencias que generaría la aplicación de una normativa ajena a la realidad jurídica en la que opera la SEC (ASENSIO GIMÉNEZ & MORALES GIL, 2021, p. 21).

Este enfoque es coherente con lo recomendado por en la Acción 3, donde se desalienta el tener en cuenta diferencias no problemáticas como pueden ser las temporarias en la contabilidad a la hora determinar el beneficio gravable y el nivel de tributación por el que se soporta la aplicación de medidas contra el traslado de beneficios (OCDE, 2016, p. 43).

Por último, es remarcable que, pese a que la norma española no establece ningún sistema de listas negras o blancas como tal, sí contiene previsiones que se asemejan. La presunción dispuesta en el art. 100.14.a LIS y 91.13.a LIRPF sobre el cumplimiento del requisito de baja tributación para entidades domiciliadas en territorios considerados como paraísos fiscales¹ se trataría de una suerte de lista negra, pese a admitir prueba en contrario. Por su parte, el art. 100.16 LIS y 91.15 LIRPF también funcionan como una especie de lista blanca para entidades residentes en Estados miembros de la Unión Europea, a las que no les es de aplicación la TFI, en tanto que su constitución y operativa obedezca a motivos económicos válidos y realicen actividades económicas (RUIZ GALLUD, 2017, p. 37).

¹ De conformidad con el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, *por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, y sus posteriores modificaciones.*

3. Clases de rentas afectadas

3.1 Enfoque por entidad o por sustancia

En este apartado se tratará de definir cuáles de los beneficios de las SEC que cumplan los requisitos de control y baja tributación serán imputados al contribuyente. El Informe de la OCDE, debido a la dificultad de consenso sobre este extremo, se dedica a describir diversas alternativas regulatorias que los Estados han adoptado (ALMUDÍ CID, 2017, p. 312). Esta posición conduce a la fragmentación en una cuestión fundamental, que puede tener también implicaciones en posibles casos de doble imposición o doble no imposición. Al prever diferentes normas internas para la determinación de la renta, es posible encontrar componentes gravados en ambas jurisdicciones o componentes no gravados por ninguna jurisdicción (GARBUJO, 2017, p. 94). De las alternativas desarrolladas por el Informe serán descritas las existentes en España. Una de ellas es el análisis por sustancia, incorporado en la reforma de 2014 de forma supletoria al enfoque por categorías de renta, que se estudiará en el siguiente subapartado.

El enfoque por sustancia se fija en si la SEC posee medios materiales y capacidad de generación de los beneficios obtenidos utilizando una serie de indicadores, como personas, locales, activos y riesgos (OCDE, 2016, párr. 81). En caso negativo, cabrá una imputación total o parcial de la renta según la opción regulatoria escogida por el legislador. La imputación parcial consiste en calcular, utilizando los indicadores descritos, qué parte de la renta pudo haber obtenido la SEC por sí misma e imputar la restante. Esta opción es la que la OCDE parece preferir en el Informe de la Acción 3 (WENZEL, 2019, p. 111).

El método del análisis de sustancia podría conducir a una identificación más precisa de la renta desplazada, aunque también podría aumentar la carga administrativa y de

cumplimiento, porque requiere un análisis caso por caso (OCDE, 2016, p. 83). No obstante, se afirma que dicha carga adicional podría atenuarse poniendo en relación el enfoque sustantivo con las normas sobre precios de transferencia ya establecidas por los Estados (GINEVRA, 2017, p. 127).

La OCDE sugiere más vías a efectos de paliar los costes de este método. Una de ellas sería no analizar rentas que, por su movilidad, por la relación de las partes involucradas o por su fuente queden automáticamente imputadas. También podría aplicarse este análisis atendiendo a un umbral específico, en lugar de hacerlo proporcionalmente. Por último, se aconseja atender a criterios objetivos, tales como el gasto incurrido por la SEC, más que a factores cuya evaluación pueda resultar más compleja (CONCHA CARBALLIDO & SÁNCHEZ MERCADER, 2017, p. 76)

Por otra parte, en cuanto a la configuración del enfoque por sustancia la OCDE propone las siguientes opciones (OCDE, 2016, párr. 85).

- Analizar si los empleados de la SEC hicieron una contribución sustancial a sus ingresos.
- Determinar, a la luz de las funciones significativas asumidas por las entidades del grupo, si la SEC poseería o asumiría determinados activos o riesgos si las entidades no estuvieran relacionadas.
- Analizar si la SEC contaba con la presencia y locales necesarios en la jurisdicción de residencia para obtener realmente sus ingresos
- Excluir de la renta de la SEC los ingresos que cumplan los requisitos establecidos por el llamado enfoque del nexo, desarrollado en la Acción 5 del plan BEPS, mientras que se considerarían como renta otros ingresos procedentes de activos de propiedad intelectual.

La norma europea opta por la segunda de estas opciones en el art. 7.2.b ATAD, donde se regula el enfoque por sustancia, que será aplicado a «mecanismos falseados que se han establecido con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal». Se define este concepto como que los activos o riesgos de las operaciones que otorgan los beneficios de la SEC le han sido atribuidos falsamente por la entidad que la controla - en cuya sede radican realmente dichos activos- tratándose, por tanto, de una situación cercana a la simulación (CRUZ PADIAL, 2018, pp. 89, 90).

Estos criterios, por su imprecisión, permitirán un amplio abanico de interpretaciones, que, en palabras de CALDERÓN CARRERO & MARTÍN JIMÉNEZ (2017, p. 42), pueden «generar un buen número de controversias entre las autoridades fiscales y los contribuyentes, tanto sobre sus presupuestos de aplicación como sobre la cuantificación de la renta a integrar». La alusión a la renta a integrar se debe a lo dispuesto en el art. 8.2 ATAD, donde se especifica que solamente será integrada en la base del contribuyente aquella renta artificialmente transferida a la SEC, en lugar de configurarse el test de sustancia como un umbral que diese lugar a una imputación total (MOSER & HENTSCHEL, 2017, p. 617). Como ya se ha dicho, el Informe de la Acción 3 contempla estas dos alternativas, umbral o imputación proporcional (OCDE, 2016, párr. 85).

El enfoque por sustancia introducido en la legislación española en el año 2014 se configura en los arts. 100.2 LIS y 91.2 LIRPF como la primera de las dos posibilidades -umbral que da lugar a imputación total-, yendo, por tanto, más allá de lo dispuesto en la norma europea. La elección es perfectamente posible, dado el carácter *de minimis* de la Directiva. Este carácter también permite la adopción del enfoque por sustancia y por categorías de renta simultáneamente, a pesar de que el texto de la ATAD especifique que los Estados miembros podrán adoptar el enfoque por categorías de renta del 7.2.a ATAD «o»² el de sustancia del 7.2.b ATAD (GINEVRA, 2017, p. 127). SCHÖNFELD (2017, p. 147) es de la opinión contraria, pero no parece razonable esta interpretación al especificarse en el art. 3 que la Directiva no será obstáculo para disposiciones nacionales que establezcan un nivel de protección de las bases imponibles más elevado.

No obstante, que la opción regulatoria española se ajuste al derecho europeo no implica que no sea criticable, al dar lugar a situaciones sobreinclusivas. Los arts. 100.2 LIS y 91.2 LIRPF disponen que se imputará la totalidad de las rentas de la SEC con independencia de que esta desarrolle actividad económica o de la clase de rentas que obtenga. Se establece una excepción en el caso de los dividendos, las participaciones en beneficios o las rentas derivadas de la transmisión de participaciones, para los que el enfoque por categorías de renta es el único aplicable. Esta situación es de especial relevancia para sociedades *holding* (SANZ GADEA, 2016, p. 1363).

² Que se emplease una conjunción disyuntiva ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinales del sentido de su uso.

La imputación de la totalidad de la renta de la SEC da lugar a que sean sometidas a gravamen rentas generadas con medios materiales y humanos en la jurisdicción de residencia de esta (WENZEL, 2019, p. 157). Ello supone una ruptura del principio de proporcionalidad para una norma antielusiva como la TFI, que no debiera ir más allá de la prevención del abuso de derecho (ALMUDÍ CID, 2015, pp. 1308, 1309).

Para evitar la aplicación del enfoque por sustancia la SEC deberá contar con medios materiales y personales para la realización de las operaciones que efectúe o acreditar que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos. Los medios materiales y personales no solo han de existir, sino que han de ser suficientes, aunque cabrá el uso de medios materiales y personales de otra entidad perteneciente al grupo siempre que esta no resida en territorio español (GÓMEZ SANZ, 2016, pp. 195, 196). Parece que la exclusión de entidades residentes en territorio español pretende evitar cualquier posible reducción de las bases imponibles españolas mediante la deducción de gastos por el aprovisionamiento de estos medios.

Esto podría ser logrado alternativamente con una adecuada aplicación de las reglas de precios de transferencia, que llevarían a la entidad residente que cede los medios a registrar un ingreso imponible por la prestación de servicios (ASENSIO GIMÉNEZ & MORALES GIL, 2021, p. 28). Cabe pensar que el legislador español ha querido evitar las complicaciones derivadas de la acreditación de valor de mercado en estas reglas, lo que puede conllevar problemas en la aplicación de los Convenios de Doble Imposición suscritos por España. Además, destaca la inseguridad a la que se enfrentan los contribuyentes, sobre los que recae la carga de la prueba a la hora de demostrar el empleo de medios materiales y personales suficientes (ALMUDÍ CID, 2017, p. 318), concepto jurídico indeterminado que no aparece definido en la normativa española.

La acreditación de que la constitución y operativa responde a motivos económicos válidos incurre en una similar problemática. Esta previsión tiene una compleja concreción (RUIZ GALLUD, 2017, p. 38). Los supuestos de acreditación más sencilla serán aquellos en que para el desempeño de la actividad de la SEC resulte preceptiva su presencia en el país en el que la desarrolla. Es el caso contemplado en la Consulta V0471-08, de 29 de febrero (JUR 2008\105548), de la Dirección General de Tributos (DGT), donde se estima que no cabe aplicación de la TFI a una sociedad que se

encontraba en territorio argelino promoviendo la construcción de un gaseoducto entre Argelia y España. La decisión se basa en que la presencia de la SEC en Argelia es imprescindible para la adecuada prestación del servicio, dado que el gaseoducto es un elemento fijo cuya ubicación no es discrecional.

En supuestos más complejos, siguiendo una interpretación acorde con la naturaleza antiabuso de la norma, también debería descartarse su aplicación cuando la SEC lleve a cabo una actividad económica real en la jurisdicción de residencia y la intención primaria en la operativa de la entidad no sea fiscal (FERRER & IRAZUSTA, 2018, pp. 4, 5). Así lo ha entendido la DGT en la Consulta V4475-16, de 18 de noviembre (JUR 2017\10732), donde se descarta la aplicación de la TFI, a pesar de cumplirse *a priori* los requisitos para la imputación, en la medida en que la SEC realizaba una actividad fundamental para el desarrollo del negocio, por la cercanía y el conocimiento profundo de la zona y de los clientes.

A la hora de clarificar el concepto de actividad económica, resulta relevante la Sentencia del TJUE, de 12 de septiembre de 2006, asunto *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd. v. HMR*, C-196/04 (ECLI:EU:C:2006:544) (en adelante Sentencia *Cadbury*), piedra angular de la jurisprudencia europea en la construcción de las normas antiabuso (REQUENA, 2018, p. 219). En ella, el TJUE ha establecido que la determinación de la existencia de dicha actividad debe llevarse a cabo con base en «elementos objetivos y verificables por terceros relativos, en particular, al nivel de existencia física de la SEC por lo que a locales, personal y equipos se refiere» (Sentencia *Cadbury*, párr. 67).

3.2 Enfoque por categorías de renta

Antes de comenzar la explicación de este subapartado, cabe señalar que la disponibilidad de medios materiales y personales para la realización de las actividades de la entidad también excluye la aplicación del enfoque por categorías de renta. Por ello lo expuesto *ut supra* en lo que se refiere a la problemática acreditación de la disponibilidad de dichos medios es aplicable también a este enfoque.

El análisis transaccional o enfoque por tipos de renta consiste en una categorización de rentas en diversas clases, de las que se identificarán las que presenten una especial facilidad de traslado. Estas serán aquellas que se imputen a quien ostente el control de la sociedad (DONATO 2019, p. 54). En el Informe de la OCDE establece (OCDE, 2016, párr. 77) que los ingresos geográficamente móviles comprenden:

- Dividendos.
- Intereses.
- Rentas de seguros.
- Cánones e ingresos por propiedad intelectual.
- Rentas derivadas de ventas, sociedades de refacturación o servicios de propiedad intelectual en los que la SEC no aporte valor añadido.

En el Informe se explica y se analizan los motivos de la inclusión de cada tipo de renta. Sobre los dividendos se recomienda la no inclusión cuando provengan de la realización de una actividad económica por la SEC. De los intereses se destaca que el riesgo de elusión va asociado a la vinculación de las partes y a la sobrecapitalización de la SEC, descartándose la inclusión de intereses provenientes de negocios financieros activos. El problema con entidades sobrecapitalizadas y operaciones entre partes vinculadas también se da en las rentas provenientes de operaciones de seguros; la localización del beneficiario o que los riesgos no recaigan en la SEC puede dar lugar a gastos deducibles que permitan deducir la tributación de la persona asegurada. Por su parte, las rentas derivadas de la propiedad intelectual, al poderse valorar, manipular o separar de forma sencilla, son susceptibles de manipulación en lo referente al importe de los rendimientos declarados (ALMUDÍ CID, 2017, pp. 313, 314).

Sustancialmente, la lista de rentas recogida en la ATAD coincide con la de la Acción 3 del plan BEPS (CALDERÓN CARRERO & MARTÍN JIMÉNEZ, 2017, p. 39). SCHÖNFELD BONN (2017, p. 149) ve problemática la introducción de los dividendos en la lista de rentas de la Directiva. Argumenta que pueden corresponder a ingresos ya sujetos al régimen de TFI, a rentas sujetas a un nivel de tributación elevado o provenientes de actividad económica ejercida en la propia jurisdicción de residencia de la SEC. El sometimiento a imputación de estas rentas sería, en palabras del autor, totalmente contrario a los propósitos que debe tener la TFI.

En España, este enfoque se encuentra desarrollado en los arts. 100.3 LIS y 91.3 LIRPF, sin cambios sustanciales con respecto a lo propuesto por la OCDE o a lo recogido en la Directiva. Se recoge alguna categoría a mayores, como pueden ser las rentas provenientes de la titularidad de inmuebles o derechos reales sobre estos. Estos inmuebles pueden estar ubicados en el país de residencia de la SEC o en un tercer Estado (ALMUDÍ CID, 2009, p. 1). Se excluye la imputación cuando estén afectos a actividades económicas o cedidos en uso a otra entidad del grupo. También se incluyen las rentas provenientes de instrumentos financieros derivados, de nueva introducción en la reforma de 2014. De ellos, se excluyen los utilizados para la cobertura de un riesgo específicamente identificado en el marco de la realización de actividades económicas (CONCHA CARBALLIDO & SÁNCHEZ MERCADER, 2017, p. 83).

En cuanto a las categorías coincidentes hay varias cuyo desarrollo varía. Es el caso del «espectro de intereses y dividendos» en palabras de SANZ GADEA (2017, p. 19), recogidos en la Directiva de forma más amplia al excluir la norma española los provenientes de la financiación interna de actividades empresariales por entidades cuya residencia no se encuentre en España.

Las rentas de actividades como seguros, bancarias u otras actividades financieras, recogidas en el art. 7.2.a (v) ATAD, se pueden clasificar como las únicas provenientes de actividades empresariales de la Directiva. Es reseñable que la norma española las incluye solo en caso de que conlleven una generación de gastos en sede de entidades vinculadas que tengan su residencia en España (CRUZ PADIAL, 2019, p. 81).

Por último, es destacable que el apartado (vi) del art. 7.2.a de la Directiva no se encuentra por el momento recogido en la LIS o en la LIRPF. Regula operaciones con entidades vinculadas procedentes de la compraventa de bienes y servicios añadiendo un valor escaso o nulo. Las entidades cuya actividad consiste en lo descrito son también conocidas como refacturadoras.

El principal problema del apartado supone la definición del concepto «valor económico escaso o nulo», expresado en la ATAD. Para determinar este valor se analizarán elementos como los sueldos y salarios que la entidad pague o las funciones y riesgos en que la SEC incurra (SANZ GADEA, 2017, p. 21).

4. Cláusulas de escape

4.1 Cláusula de mínimos

Las cláusulas de escape son una forma de acotar la aplicación de TFI a aquellas situaciones que presentan un mayor riesgo de traslado de beneficios. Se establecen exclusiones específicas en supuestos de un riesgo de traslado de beneficios reducido, que de otra forma darían lugar a la aplicación de la TFI, a fin de reducir las cargas administrativas y de cumplimiento que este régimen provoca. La OCDE trata tres posibilidades en el Informe de la Acción 3, una de ellas se trata de la exención por tipo de gravamen. Por la configuración del régimen de TFI en la normativa española, donde se establece la exención por tipo de gravamen como un requisito de aplicación del régimen en lugar de una cláusula de escape, este tema se ha tratado en el apartado 1.3 de este trabajo, incluyendo las recomendaciones de la OCDE al respecto.

Otra de las posibilidades tratadas en el Informe de la Acción 3 es la cláusula de mínimos, que constituye un umbral cuantitativo por debajo del cual una renta que cumple las características para ser imputada por TFI no se incluye en la base imponible. Es decir, hasta no superar una cierta cantidad, establecida en forma de porcentaje del total de la renta obtenida por la SEC -como cuantía fija o como umbral independiente para cada renta gravable- las rentas imputables estarían exentas (OCDE, 2016, párr. 53).

Algunos contribuyentes eluden la aplicación de la TFI prevaliéndose de las cláusulas de mínimos, por ejemplo, estableciendo varias filiales que no superen individualmente la cuantía establecida en el umbral. Por ello, se deberían añadir cláusulas de salvaguarda para evitar este supuesto. El mayor reto es que estas cláusulas de salvaguarda no incrementen los costes administrativos hasta tal punto que desvirtúen la razón de ser de las cláusulas de escape. Como ejemplo se describen las

regulaciones estadounidense y alemana. En la primera, se trata como renta proveniente de una única entidad cuando se detecte un propósito elusivo, estableciendo una presunción *iuris tantum* de que existe este cuando se trate de entidades vinculadas actuando de forma concertada. En la segunda, el umbral se establece al nivel de la SEC y del accionista, de forma que la superación de una cuantía a imputar al accionista, aunque provenga de varias SEC que no la superasen, también da lugar a la aplicación del régimen de TFI (OCDE, 2016, párr. 54).

La ATAD prevé en su art. 7 cuatro cláusulas de mínimos. Dos de ellas con respecto a las rentas del enfoque por categorías, reguladas en el art. 7.3 y dos de ellas sobre el enfoque sustantivo reguladas en el art. 7.4. Destaca su carácter optativo, por el cual los Estados miembros no tendrán la obligación de transponer estas cláusulas a su derecho interno. No obstante, por la configuración *de minimis* de la ATAD no se admite innovación en la materia. Las normas de TFI nacionales solo podrían incorporar aquellas cláusulas recogidas en la Directiva, en cuanto las cláusulas suponen una merma en el rango de aplicación del régimen (DE JUAN ASADEVALL, 2018, p. 28).

La primera de las reguladas en el 7.3 ATAD es una cláusula general que permite la inaplicación a aquellas entidades en que la suma de las rentas recogidas del enfoque por categorías -art.7.2.a ATAD- no supere un tercio del beneficio de la entidad. Este límite parece apropiado por cuanto refleja que la mayoría de las rentas obtenidas por la entidad proceden de la realización de actividades económicas (MOSER & HENTSCHEL, 2017, p. 620). Por ello, esta cláusula se solapará en numerosas ocasiones con la de actividad (SANZ GADEA, 2017, p. 28). En España existe una cláusula análoga a esta en los arts. 100.5 LIS y 91.5 LIRPF. Se trata de una cláusula general que excluye la aplicación de la TFI cuando las rentas recogidas en el enfoque por categorías español del art. 100.3 LIS y 91.3 LIRPF no superen el 15% de las obtenidas por la SEC. La principal diferencia es que las «Actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios» del art. 100.3.g LIS y 91.3.g LIRPF se integrarán en todo caso independientemente del porcentaje que supongan. Esta salvedad resulta criticable por los costes de comprobación que puede llegar a generar en supuestos que supongan un porcentaje exiguo de la renta de la SEC. Habría sido preferible la inclusión de una norma antifragementación de las recomendadas en la Acción 3, que evitase específicamente montajes elusivos (ALMUDÍ CID, 2017, p. 310).

La segunda cláusula del artículo 7.3 ATAD es una cláusula específica para las entidades financieras. Opera cuando de cada una de las rentas recogidas en el enfoque por categorías del art. 7.2.a ATAD obtenidas por la entidad, no rebasen un tercio las procedentes de operaciones con entidades vinculadas. Es llamativa la omisión a los EP, a los que no les es aplicable esta segunda parte del art. 7.3 ATAD. La exclusión parece intencionada, ya que se mencionan expresamente en la cláusula general del precepto (GROOT & LARKING, 2019, p. 15). En conjunto, el artículo cumple los estándares fijados por el plan BEPS, no obstante, sería aconsejable que los Estados que optasen por transponerlo incluyesen una norma antifragmentación como las descritas en el Informe (GINEVRA, 2017, p. 130). También se puede encontrar una previsión similar en la normativa española en los arts. 100.3.g LIS y 91.3.g LIRPF. En este caso el umbral es más laxo, más del 50% de las operaciones deben ser realizadas con entidades no vinculadas en el sentido del art. 18 LIS. Se aplica únicamente a la renta positiva procedente de «actividades crediticias, financieras, aseguradoras o de prestación de servicios realizadas por la entidad no residente» (art. 100.3.g LIS). Un umbral tan elevado otorga un amplio margen de planificación fiscal a contribuyentes residentes (ALMUDÍ CID, 2017, p. 309).

En cuanto a las cláusulas reguladas en el art. 7.4 ATAD, existen también una general y una específica en los apartados (a) y (b) respectivamente. Por la cláusula general se excluye la aplicación del enfoque sustancial del art. 7.2.b ATAD a entidades «con beneficios contables no superiores a 750 000 EUR e ingresos no comerciales no superiores a 75 000 EUR» (art. 7.4.b ATAD). Por la cláusula específica se excluyen las entidades cuando el resultado contable no suponga más del 10% de los gastos de explotación.

El establecimiento la cláusula general referida no resulta muy comprensible, al permitir que rentas provenientes de mecanismos falseados puedan escapar de la aplicación de una regla antiabuso. La comisión de fraude no debería ser permitida aun siendo una cuantía modesta la resultante. Además, en cuanto a la cláusula específica, al establecerse como un porcentaje podría suponer un importe absoluto elevado (CRUZ PADIAL, 2018, p. 93). Tampoco queda muy claro, debido a la ambigüedad de la conjunción disyuntiva empleada en la redacción de la Directiva, si sería posible transponer simultáneamente de las letras (a) y (b) de este apartado, al expresarse que podrá excluirse a las SEC del ámbito de aplicación cuando se encuentren en un

supuesto «o» en el otro de los previstos en los subapartados (GROOT & LARKING, 2019, p. 16). En la normativa española no existe ninguna cláusula análoga a las descritas en este párrafo.

4.2 Requisito antielusión y cláusula de actividad

El Informe de la Acción 3 dedica apenas un párrafo al requisito antielusión, quizá por la inexistencia de consenso sobre la configuración de la medida por parte de los Estados miembros de la OCDE (ALMUDÍ CID, 2017, p. 311). Al respecto, la OCDE (2016, párr. 60) señala que este requisito provocaría que «sólo las operaciones y estructuras elusivas quedaran sujetas a las normas de TFI». Como aspectos positivos de su establecimiento, el Informe señala la reducción del efecto disuasorio que las normas de TFI tienen con respecto a la realización de actividades económicas, pero tendría la desventaja de aumentar las cargas administrativas y de cumplimiento.

Si bien las normativas europea o española no cuentan con un requisito como el planteado, sí existen cláusulas de actividad que descartan la aplicación de la norma en supuestos en que se realice una actividad económica por parte de la SEC. Puede entenderse que si existe actividad económica la finalidad no es al menos puramente elusiva, por ello, entendiendo la cláusula de actividad *a sensu contrario*, se trata de una especie de requisito antielusivo y procede una explicación en este apartado.

El art. 7.2.a ATAD, que regula el enfoque por categorías, señala en un párrafo final que este precepto no será de aplicación cuando la SEC realice «una actividad económica de importancia basada en una plantilla, un equipamiento, bienes e instalaciones, de lo que darán fe los hechos y circunstancias pertinentes». Pese a no aclararse parece lógico entender que se aplica respecto a las rentas tipificadas en el art. 7.2.a ATAD y no a la totalidad de las obtenidas por la SEC (SANZ GADEA, 2017, p. 24). La salvedad contenida en el párrafo es obligatoria con respecto a Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo (en adelante, EEE) y de inclusión opcional frente a Estados terceros, como se especifica posteriormente en el artículo.

Según se expone en el considerando (12) de la Directiva, la circunscripción de la TFI en el EEE a supuestos en que no se realice una actividad económica de importancia obedece a la necesidad de respetar las libertades fundamentales de la UE. Esta delimitación del rango de aplicación del régimen supone la «codificación de un expediente de armonización negativa» (DE JUAN CASADEVALL, 2018, p. 28) en aplicación de la doctrina de la Sentencia *Cadbury*. En esta Sentencia se analiza la compatibilidad del régimen de TFI con las libertades europeas, validando la limitación que supone a la libertad de establecimiento únicamente en supuestos de «comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado» (Sentencia *Cadbury*, párr. 55).

Resultan controvertidas tanto la compatibilidad del concepto «actividad económica de importancia» del art. 7.2.a ATAD con la Sentencia *Cadbury* como su definición. Sobre lo primero, resulta notoria la deficiente traducción realizada entre las distintas versiones de la Directiva. Las versiones inglesa, francesa e italiana emplean, en una traducción literal, el concepto «actividad económica substancial», que apuntaría a un requisito de menor envergadura para entender aplicable la cláusula (SANZ GADEA, 2017, p. 24). Pero ni siquiera la versión inglesa coincide con la utilizada en la Sentencia *Cadbury*, que se expresa en términos de, traducido literalmente, «actividad económica genuina» (SCHÖNFELD BONN, 2018, p. 150). Además, señala NYSTRÖM (2021, p. 230) que el término «substancial» no es unívoco y que podría entenderse como ir más allá del requisito de mera existencia de actividad exigido en la Sentencia *Cadbury*, por lo que realizar una interpretación conforme entre «substancial» y «genuina», como la propuesta por SCHÖNFELD BONN (2018), no bastaría para salvar este precepto de la ATAD. No obstante, pronunciamientos recientes como la STJUE, de 26 de febrero de 2019, asuntos *Skatteministeriet v. T Danmark*, C-116/16; *Skatteministeriet v. Denmark Aps*, C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135) matizan las exigencias de la Sentencia *Cadbury* al desestimar el recurso a las libertades fundamentales cuando las operaciones carezcan de justificación comercial, lo que implicaría previsiblemente la validez de la redacción actual (NYSTRÖM, 2021, pp. 231, 232).

En cuanto a la definición de «actividad económica de importancia» no existe ninguna estandarización a nivel europeo. Habría que acudir a «la normativa armonizada sobre

IVA o en la Directiva sectorial de reestructuraciones empresariales» (DE JUAN CASADEVALL, 2018, p. 29) o a definiciones jurisprudenciales del TJUE. A nivel español, este problema no resulta muy relevante por cuanto la definición contenida en el art. 5 LIS es perfectamente válida a estos efectos (CRUZ PADIAL, 2019, p. 84). Cuando concorra actividad económica se excluye la imputación de alguna de las rentas de las recogidas en enfoque por categorías de renta español de los arts. 100.3 LIS y 91.3 LIRPF. En concreto, de los apartados (b), relativo a la participación en fondos propios de entidades y (d), en relación con rendimientos derivados de la propiedad industrial o intelectual. Este último subapartado no establece expresamente la cláusula de actividad, pero determina que se imputarán dichos rendimientos en los términos establecidos en el art. 25 LIRPF, regulador de las rentas del capital mobiliario, por lo que, de concurrir la realización de una actividad económica, la renta obtenida no se encuadraría en el supuesto regulado, exceptuando que determinasen un gasto deducible en una entidad vinculada residente, en cuyo caso entraría en el ámbito de aplicación el art.100.3.g LIS.

Además, los art. 100.16 LIS y 91.15 LIRPF tratan de aplicar la cláusula de actividad prevista en la ATAD a entidades residentes en la UE, señalan que se encuentran excluidas de la norma cuándo el contribuyente «acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas». La exigencia conjunta de estos dos requisitos resulta incompatible con la doctrina del TJUE expuesta anteriormente, puesto que la prueba autónoma de cualquiera de ellos debería excluir la aplicación del régimen para conforme al derecho europeo (ASENSIO GIMÉNEZ & MORALES GIL, 2021, p. 32). Además, debería extenderse a países pertenecientes al EEE no miembros de la UE para cumplir con lo establecido en la ATAD (SANZ GADEA, 2017, p. 27).

5. Liquidación del régimen de transparencia fiscal internacional

5.1 Determinación de los contribuyentes que soportan la imputación

El Informe de la Acción 3 señala al respecto que la atribución de la renta a un contribuyente concreto debería estar determinada por el alcance del umbral de control sobre la SEC. No obstante, las jurisdicciones también podrían optar por otros criterios, preferentemente más laxos. Por ejemplo, en caso de querer capturar rentas de aquellos contribuyentes con una capacidad de influencia más significativa, el umbral de control que da lugar a la atribución podría ser mayor (OCDE, 2016, párrs. 111.1, 113, 114).

A este respecto, la Directiva solamente establece en el art. 8.3 que las rentas serán incluidas «en función de la proporción de la participación del contribuyente en la entidad, tal como se define en el artículo 7, apartado 1, letra (a)». Este apartado, previamente explicado, determina la condición de pertenencia al grupo de control de la SEC, por tanto, serán contribuyentes todos aquellos pertenecientes a este, siempre que tengan su residencia en un Estado miembro (DE JUAN CASADEVALL, 2018, p. 33). No está muy claro sin embargo qué criterio entre derecho a percepción de beneficios, participación en el capital social o mayoría de derechos de voto es el predominante a estos efectos. El uso de la expresión «participación» en el art. 8.3 parece indicar que se hace referencia a los derechos de voto como criterio preponderante, en tanto que el art. 7.1.a ATAD solo emplea esta palabra cuándo se refiere a estos de entre los tres criterios de determinación del control posibles (GROOT & LARKING, 2019, p. 11).

También cabe destacar que al tenerse en cuenta en el art. 7.1.a ATAD la participación indirecta en la entidad, podrían existir supuestos en que una misma renta pudiese ser imputada a más de un contribuyente, tanto residentes en el mismo Estado miembro como en distintos (CRUZ PADIAL, 2018, p. 95). Asimismo, también podría darse el caso de que, ante unos hechos idénticos, un contribuyente fuese imputable en un Estado miembro y en otro no, dependiendo del abanico de rentas tipificadas o de las cláusulas de escape establecidas en la legislación interna (SANZ GADEA, 2017, p. 33).

En España son los arts. 100.7 LIS y 91.6 LIRPF los que determinan que contribuyentes soportarán la imputación. La regulación es bastante similar a la europea, poniendo el artículo en relación con el 100.1.a LIS, que determina el grupo de control. La principal diferencia es que este último artículo sí establece una jerarquía expresa entre criterios, expresando que se imputará prioritariamente en función a la participación en resultados y en su defecto de la participación en el capital, los fondos propios o los derechos de voto. A este respecto, comenta ALMUDÍ CID (2017, p. 321), que el uso de criterios diferentes al de la participación en resultados podría suponer una violación del principio constitucional de capacidad contributiva, lo que determinaría la invalidez del régimen antielusivo. Por ejemplo, un supuesto en que se gravase a un contribuyente residente por su participación en el capital social habiendo constituido un derecho de usufructo en favor de un no residente sería una imputación de una renta ficticia.

Es destacable que los EP, al no estar incluidos por el momento como sujetos pasivos en la LIRPF o la LIS, pueden plantear riesgo de erosión de las bases imponibles españolas. En virtud del art. 16 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes* (en adelante, TRLIRNR), entre los elementos afectos a la actividad de un EP pueden constar participaciones en el capital social de entidades. Podrían así eludir el régimen de TFI al no serles imputable la renta de SEC establecidas en jurisdicciones de baja tributación, puesto que, aunque los EP son gravados por rentas obtenidas tanto en España como en el extranjero, el art. 18 del TRLIRNR no contempla la TFI entre las rentas obtenidas por los EP que son objeto de imputación (ALMUDÍ CID, 2017, p. 321).

5.2 Cuantificación de la renta atribuible

La generalidad de normas de TFI atribuyen la renta proporcionalmente según el porcentaje de capital social ostentado por el contribuyente, el Informe de la Acción 3 considera esta como la mejor opción (OCDE, 2016, párr. 115). El supuesto en que el porcentaje de participación del contribuyente varía a lo largo del año plantea una mayor controversia. Una posibilidad sería atribuir la renta en proporción al tiempo de tenencia de la participación, lo que coincidiría con el derecho a percepción de beneficios. La otra opción consistiría en imputar según el porcentaje poseído el último día del año, lo que sería válido siempre que los derechos de voto dependan del porcentaje mantenido a esa fecha, o que existiese una norma antiabuso para evitar la planificación fiscal. En todo caso, debería evitarse que, por la combinación de diversos criterios de control, se produjese una imputación superior a la totalidad de la renta generada por la SEC (OCDE, 2016, párrs. 115, 116).

En la ATAD, el art. 8.3 es el que determina la atribución proporcional en función del porcentaje de participación, como se explicó en el anterior subepígrafe. Por su parte, los arts. 8.1 y 8.2 determinan la forma de cálculo de la renta según se siga el enfoque por rentas o el enfoque sustantivo, respectivamente.

En cuanto al enfoque por rentas, el art. 8.1 ATAD establece que estas se calcularán con arreglo a la legislación del Estado de residencia del contribuyente al que se le imputen. En ninguna circunstancia se podría seguir la de la jurisdicción en que la SEC esté ubicada (SCHÖNFELD BONN, 2017, p. 150). Esto provoca supuestos en que ante una misma renta la cantidad a imputar varía dependiendo del Estado de residencia del contribuyente. El caso paradigmático son las rentas provenientes del cobro de dividendos y plusvalías de cartera, donde debido a la heterogeneidad de regulaciones sobre la exención ante su cobro y los requisitos exigidos para esta las diferencias son mayores (DE JUAN CASADEVALL, 2018, p. 31).

Pese a no especificarse, el art. 8.1 ATAD no se refiere a la imputación de la totalidad del resultado contable de la SEC, sino de cada una de las rentas tipificadas en el art.

7.1.a ATAD (CRUZ PADIAL, 2018, p. 94). La Directiva tampoco aporta una regla clara en referencia al carácter bruto o neto de las rentas, pero la mención posterior a la compensación de pérdidas en el art. 8.1 ATAD parece indicar que estas deberán ser tenidas en cuenta para la determinación del importe, siendo, por tanto, neto (GROOT & LARKING, 2019, pág 9). En conclusión, la renta tipificada ha de ser positiva para ser imputable, en caso de ser negativa no puede ser atribuida al contribuyente, pero puede compensarse en ejercicios subsiguientes con otras rentas tipificadas positivas. El caso que plantea mayores dudas es la convergencia de rentas tipificadas positivas con rentas no tipificadas negativas, siendo negativo el saldo resultante. No queda claro que en este supuesto procediese la imputación (SANZ GADEA, 2017, p. 32).

La determinación de la renta del enfoque sustantivo regulado en el art. 7.2.b ATAD se configura de una forma ligeramente diferente. El art. 8.2 ATAD no se remite a la legislación de residencia del contribuyente, sino que se establece la regla de imputación de aquella renta que provenga de «los importes generados a través de los activos y los riesgos vinculados a las funciones de las personas influyentes ejercidas por la sociedad que realiza el control» (art. 8.2 ATAD). Se refiere con esto a «mecanismos falseados» en palabras de CRUZ PADIAL (2018, p. 95), acotando por tanto la renta que será imputada a la proveniente de ellos. Para su determinación, el art. 8.2 ATAD exige el «cálculo de conformidad con el principio de plena competencia». Este principio es el que rige las operaciones entre partes vinculadas, por lo que se interpreta que el cálculo deberá realizarse conforme a las reglas que las rigen, establecidas en el art. 18 LIS (SANZ GADEA, 2017, p. 32).

Esta es de las pocas conclusiones a las que se puede llegar sobre cómo calcular la renta a integrar en la base imponible según la normativa española, dada la indefinición en la materia. La única disposición existente en la LIS al respecto se encuentra en el art. 100.9, análoga a la del art. 91.8 de la LIRPF. Se establece que «el importe de las rentas positivas a imputar se calculará de acuerdo con los principios y criterios establecidos en esta Ley y en las restantes disposiciones relativas a este Impuesto para la determinación de la base imponible» (art. 100.8 LIS). Cabe pensar que los principios y criterios serían diferentes del conjunto de ajustes que establece la LIS, en tanto que se sustituyó la palabra «normas» del Proyecto de Ley que introdujo el régimen de TFI en España por esta locución, aunque no hay ninguna definición

normativa o administrativa satisfactoria por el momento (ASENSIO GIMÉNEZ & MORALES GIL, 2021, p. 39).

5.3 Período impositivo de la imputación

Exceptuando algunos casos puntuales, la mayoría de las normas TFI incorporan la renta imputada en el ejercicio en curso durante el momento de cierre del ejercicio contable de la SEC. En lo referente al período impositivo en el que se debe efectuar la imputación, el Informe no se inclina por ninguna recomendación concreta, debido a que cualquier metodología estaría dotada de una eficacia similar con respecto al propósito antielusivo de la TFI (OCDE, 2016, párr. 117). En la regulación europea se opta, en el art. 8.4 ATAD, por la incorporación en el ejercicio fiscal en que se encuentre el contribuyente el día en que finalice el período impositivo de la SEC. Por su parte, en España se escoge el período impositivo en que la SEC concluya su ejercicio social, con el matiz de que este no podrá ser superior a 12 meses (art. 100.8 LIS). Con ello se pretenden evitar posibles complicaciones derivadas de una remisión a las leyes de la jurisdicción de residencia de la SEC en el supuesto de que estableciesen una duración superior a la vigente en España (ALMUDÍ CID, 2017, p. 322).

6. Métodos para eliminar la doble imposición

6.1 Sujeción a impuestos de sociedades extranjeros

La doble imposición se produce cuando se solapan las pretensiones fiscales de varios Estados sobre una misma renta, activo o acto. Crea distorsiones por dos razones (DONATO, 2019, p. 26):

- Disuade a los operadores del mercado de realizar actividades económicas en las que interviene más de un Estado, lo que perjudica al desarrollo del comercio transnacional.
- Provoca una carga global mayor a quienes operan en más de un Estado que a las personas que obtienen los mismos ingresos dentro de las fronteras nacionales.

La doble imposición puede ser de carácter jurídico o económico, además, se conoce como interna la doble imposición que tiene lugar dentro de un solo Estado, mientras que la internacional afecta a las competencias fiscales de diferentes Estados. La OCDE (2014, párr. 1) define la doble imposición jurídica internacional como «la imposición de impuestos equivalentes en dos o más Estados al mismo contribuyente con respecto a la misma materia y por períodos idénticos». La económica, en cambio, se produce cuando la misma renta es gravada en sede de diferentes personas (DONATO, 2019, p. 27). Algunos Estados no aceptan la validez de este concepto y otros, más numerosos, no consideran necesario evitar la doble imposición económica a nivel nacional, caso de la distribución de dividendos de compañías residentes a personas físicas (KUZNIACKI, 2015, p. 762). En el caso del régimen de TFI español, la

corrección de la doble imposición económica solo está contemplada en la LIS y en su modalidad internacional (ALMUDÍ CID, 2017, p. 325).

En este subepígrafe se tratará la doble imposición provocada cuando la SEC está sujeta tanto al impuesto de sociedades de la jurisdicción en que resida como a la imputación de rentas a la que da lugar la aplicación del régimen de TFI. El Informe de la Acción 3 del plan BEPS propone la vía del crédito fiscal por el impuesto efectivamente satisfecho, en lugar del establecimiento de una deducción. Esta recomendación se basa en que el crédito «compensa directamente el impuesto extranjero contra el impuesto local en lugar de reducir la base imponible sobre la que el impuesto local aplica» (OCDE, 2016, párr. 125). Dicho crédito quedaría limitado por el impuesto local que correspondería a la SEC de residir en la jurisdicción que aplica la TFI. Por último, cabe destacar la referencia al impuesto «efectivamente pagado». En dicho concepto puede incluirse el impuesto equivalente satisfecho como retenciones soportadas en el extranjero (CONCHA CARBALLIDO & SÁNCHEZ MERCADER, 2017, p. 81).

En la ATAD se opta sin embargo por el establecimiento de una deducción, dejando libertad al legislador nacional para su cálculo (art. 8.7 ATAD). Por lo demás, el planteamiento es similar al de BEPS, permitiendo deducir «el impuesto pagado por la entidad o establecimiento permanente». Se entiende con esto que el tipo tenido en cuenta es el efectivo, calculado este únicamente sobre la base de la SEC. Esto podría provocar doble imposición en caso de que la SEC perciba dividendos exentos de una filial, gravados en la jurisdicción en que esta resida, incluso pudiendo estar sometida a tipos elevados (SOOM, 2020, pp. 276, 277).

Otro potencial desencadenante de doble imposición en el ámbito del cálculo del impuesto efectivo se da con el aplazamiento de la compensación de bases imponibles. En caso de pérdidas de la SEC, la ATAD no permite que se incluyan en la base imponible del contribuyente por TFI, sino que se aplazan para «tener en cuenta en períodos fiscales subsiguientes» (art.8.1 ATAD). No se especifica cómo afecta esto al cálculo del impuesto efectivo soportado en posteriores períodos, que podría en consecuencia verse reducido y determinar la aplicación de la TFI (SOOM, 2020, p. 277).

La LIS prevé estos dos supuestos, pues permite la deducción de los impuestos satisfechos por la SEC y sus entidades participadas en un 5% «en la parte que corresponda a la renta positiva imputada en la base imponible» (art. 100.11 a LIS). Este artículo opta por el método de la deducción en la cuota íntegra, lo que a efectos prácticos equivale a la propuesta del crédito, realizada en el Informe de la Acción 3. Dicha deducción podría efectuarse en períodos impositivos diferentes al que se hayan satisfecho los impuestos por la SEC y se encuentra limitada por la cuota que habría correspondido en España por la misma renta (ASENSIO GIMÉNEZ & MORALES GIL, 2021, p. 45). La principal diferencia de la norma española con la ATAD y con la Acción 3 en este aspecto es el impedimento de la deducción de los impuestos satisfechos en paraísos fiscales, sin que quepa prueba de su pago. Esto no obedece a criterio técnico alguno y difiere de los mecanismos establecidos para la corrección de la doble imposición en otros supuestos previstos en la LIS (ALMUDÍ CID, 2017, pp. 325, 326). Esta previsión debería ser eventualmente eliminada tras una adecuada transposición de la ATAD.

6.2. Aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional por más de un Estado

Este supuesto se da cuando más de un Estado aplique el régimen de TFI con respecto a una misma SEC, generando así una doble imposición económica internacional en las rentas imputadas a los contribuyentes residentes en los dos Estados. Esta modalidad cobrará una mayor importancia de cara al futuro, en tanto que, a raíz de las recomendaciones derivadas del Informe BEPS y de la transposición de la ATAD por los Estados europeos, cada vez más países posean normas de TFI. El Informe de la Acción 3 contempla este problema y recomienda abordarlo con el establecimiento de un crédito fiscal sobre el impuesto pagado (OCDE, 2016, párr. 126). Para ello, propone efectuar una jerarquización que determine que los países en que residan los accionistas más cercanos en la cadena de propiedad tengan prioridad a la hora de aplicar la TFI. Los demás países que aplicasen el régimen de TFI irían concediendo créditos por el impuesto ya satisfecho en esas jurisdicciones intermedias entre la suya y la de residencia de la SEC (DONATO, pp. 64, 65).

La ATAD no previene la doble imposición en este supuesto. El único precepto que establece algo similar es el art. 8.7 ATAD, que permite la deducción de impuestos satisfechos «por la entidad o establecimiento permanente». Literalmente interpretada, esta referencia no cubriría la imputación por aplicación del régimen de TFI a otro contribuyente, en tanto que estos impuestos son pagados por otro contribuyente y no por la entidad misma (GINEVRA, 2017, p. 130). Además, parece probable que este tipo de doble imposición se dé en la práctica. En tanto que el art. 7.1.a ATAD cubre el control indirecto, podrían imputársele a un contribuyente residente en, por ejemplo, Reino Unido rentas de una entidad residente en Países Bajos, donde a su vez dicha entidad se encontrase sometida al régimen de TFI neerlandés por la posesión de una filial en un tercer territorio de reducida tributación (Confédération Fiscale Européenne, 2016, p. 12). También podría darse esta situación por el uso de criterios alternativos de los previstos en el art. 7.1.a ATAD para determinar el control, basándose un Estado en la participación en el capital social y otro en el derecho a la percepción de beneficios o posesión de la mayoría de derechos de voto (SOOM, 2020, p. 276).

En España tampoco existe ningún método de corrección de este tipo de doble imposición (ALMUDÍ CID, 2017, p. 325). Esta problemática colisiona claramente con los objetivos de la Directiva, que establece en el considerando (5) que «los contribuyentes deben poder beneficiarse de una deducción del impuesto pagado en otro Estado miembro o en un tercer país, según el caso». España debería, por tanto, seguir los pasos de Irlanda o Austria, que han implementado medidas para prevenir esta situación (GROOT & LARKING, 2019, p. 17).

6.3 Percepción de dividendos con cargo a rentas ya imputadas y transmisión de acciones

Esta modalidad de doble imposición se produce cuando al distribuirse dividendos con cargo a beneficios previamente imputados al contribuyente en régimen de TFI, se grava dicha ganancia del capital, provocando una doble tributación sobre la misma renta. También puede darse doble imposición en la transmisión de acciones de compañías que no hayan efectuado un reparto total de los beneficios imputados por

TFI, pues la ganancia patrimonial gravada en la transacción no contempla estos tributos ya satisfechos (DE JUAN CASADEVALL, 2018, p. 33).

Sobre la distribución de dividendos, el Informe de la OCDE (2016, párr. 131) señala que la mayoría de las jurisdicciones ya establecen un régimen de exención de los dividendos extranjeros al margen del régimen de TFI. En caso de que esta exención no exista, se recomienda establecer una orientada específicamente a la corrección de esta modalidad de doble imposición. Se reconoce la existencia de algunas dificultades en la determinación de la cantidad imputable en caso de participación indirecta de la SEC o cuando solo una parte de su renta resulte atribuible (OCDE, 2016, párr. 132). La solución propuesta es acotar la exención proporcionalmente a los períodos en que la TFI fuese aplicable. Se recomienda también eximir las retenciones satisfechas por la SEC en su jurisdicción de residencia, en tanto que representen imposición sobre la renta (OCDE, 2016, párr. 133).

En cuanto al segundo caso, la transmisión de participaciones, el Informe de la Acción 3 de la OCDE (2016, párr. 134) exhorta a los países a aplicar una exención a las ganancias producidas con la enajenación de haber tributado previamente en aplicación del régimen de TFI. No obstante, de no existir una exención similar en supuestos análogos en los que no interfiera el régimen de TFI, no sería necesario reformular la lógica del sistema tributario. Simplemente se aconseja un trato equivalente.

La ATAD regula estas situaciones en los arts. 8.5 y 8.6. El art. 8.5 ATAD establece una deducción para las rentas «incluidas con anterioridad en la base imponible» en supuestos de reparto de dividendos o distribución de beneficios. En caso de enajenación de la participación o de los elementos patrimoniales del EP, el art. 8.6 ATAD dispone que el producto de la venta incluido en la base imponible deberá ser minorado en la cantidad previamente imputada, siempre que no haya sido deducida en virtud del art. 8.5 ATAD. Estos artículos operarán, por ser regla especial de aplicación preferente, aunque los dividendos u operaciones se encuentren exentos en otras circunstancias, sin perjuicio de que tenga lugar la exención que proceda en un momento posterior. Por este motivo, se logra una corrección y armonización plena de la doble imposición en este sentido (SANZ GADEA, 2017, p. 34)

En España, las dos modalidades de corrección de la doble imposición referidas se encuentran reguladas en los arts. 100.10 y 100.12 de la LIS. La solución adoptada era

prácticamente idéntica a la de la ATAD hasta la aprobación de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, *de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021*. En virtud de esta Ley, se modifican los arts. 100.10 LIS y 100.12 LIS para establecer una reducción en un 5% del importe de los dividendos o beneficios no distribuidos en caso de reparto de dividendos o enajenación de acciones, por concepto de gastos de gestión.

Antes de esta modificación existían pocas diferencias. En vez de establecerse una deducción en el momento de la enajenación de la participación, se incrementaba el valor de adquisición en la cuantía previamente imputada (art. 100.12 LIS). Asimismo, en lugar de una deducción se determinaba la no inclusión en la base imponible para los supuestos de reparto de beneficios (art. 100.10 LIS). Los efectos prácticos de estas divergencias eran mínimos, siendo el art. 100.10 LIS era similar al 8.5 ATAD y en el 100.12 LIS se recogía lo dispuesto en el art. 8.6 ATAD (SANZ GADEA, 2017, pp. 33, 34).

Conclusiones

Con base en el análisis realizado, se puede dictaminar que, a grandes trazos, la transparencia fiscal internacional española, cuya configuración actual es un año anterior a la Acción 3 del Plan BEPS, ya había incluido entre las disposiciones normativas del régimen de TFI muchos de los elementos que posteriormente formarían parte de las recomendaciones realizadas por la OCDE a fin de mejorar esta técnica.

En aras de ejemplificar esta afirmación, se pueden citar algunas de las provisiones coincidentes en relación con la estructura de la TFI. La similitud es sustancial en lo que se refiere a los requisitos para aplicar el régimen. Entre ellos, la tipología de entidades susceptibles de ser transparentadas, el umbral de control -económico o jurídico- situado en el 50% o la exención por tipo de gravamen a partir del 75% del tipo existente en la jurisdicción de la matriz. También se pueden encontrar coincidencias en el elenco de rentas que el régimen de TFI captura, la mayoría de las reguladas en el enfoque por categorías se encuentran también en el Plan BEPS. Lo mismo se puede determinar con respecto a las cláusulas de escape; las de mínimos o de actividad son consistentes con las propuestas de la OCDE. Por su parte, la liquidación del régimen adolece de una falta de concreción, tanto en el Informe de la Acción 3 como en la configuración del régimen de TFI español, pero ambos estipulan que la imputación debe ser proporcional en función de la participación del contribuyente en la SEC o realizan remisiones a la normativa de la sociedad matriz a la hora de efectuar el cálculo de la renta imputable. Por último, de los tres supuestos que contempla el Informe de la Acción 3 como causantes de doble imposición, solamente uno, el de la aplicación del régimen de TFI por más de un Estado, no se encuentra corregido en la normativa española.

Pese a ello, existen todavía algunos déficits en la configuración del régimen de TFI en España que se han señalado a lo largo de los bloques temáticos tratados. A modo de recapitulación se pueden clasificar en tres áreas. La primera son aquellos aspectos de

la TFI que, o bien no han sido transpuestos, o bien se configuran de una forma incompatible con el tenor de la Directiva (UE) 2016/1164 (ATAD). El límite de plazo para realizar la transposición, situado a 31 de diciembre de 2018, ya ha concluido, por lo que España debería legislar con celeridad sobre la materia para cumplir con la legalidad europea. La segunda área sería relativa a una necesaria clarificación del procedimiento de aplicación del régimen, cuya falta de concreción es palmaria en algunos aspectos. Este hecho supone que la Administración se enfrenta a una tarea interpretativa compleja, lo que en muchos casos conllevará unos mayores costes de cumplimiento y de vigilancia. La última área trata sobre déficits en la regulación actual que ocasionan una pérdida de eficiencia a la hora de poner en práctica la TFI, como problemas de doble imposición, situaciones que resultan sobreinclusivas e incluso otras en las que no se capturarán estructuras en que sí concorra una finalidad elusiva.

Sobre las correcciones que se deberían efectuar en la norma española para transponer correctamente la ATAD, cabe destacar la doble exigencia de realización de actividades económicas y de la acreditación de que la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos para descartar la aplicación del régimen de TFI a entidades residentes en la UE. El segundo requisito debería suprimirse, pues no solo supone una transposición incorrecta de la ATAD, sino que también incurre en un notable riesgo de contravenir el criterio del TJUE plasmado en la Sentencia *Cadbury*. Además, la salvedad debería ampliarse para abarcar también a los países miembros del EEE, a los cuales es extensible la libertad de establecimiento europea. La inclusión de los EP entre los sujetos a los que es aplicable la TFI también deviene obligada por la Directiva, lo que parece una medida oportuna por las posibilidades de planificación fiscal que ofrecen actualmente. Por último, para un adecuado cumplimiento de la legalidad europea, debería procederse a la compleción de la lista de rentas del enfoque por categorías, tal y como la Directiva lo regula. Se debería, por tanto, efectuar una inclusión plena de rentas procedentes de actividades bancarias, de seguros y otras actividades financieras; incorporar aquellas rentas provenientes de operaciones vinculadas con entidades rectoras; añadir las rentas derivadas del arrendamiento financiero y aplicar la TFI sobre todo tipo de dividendos e intereses.

En cuanto a la clarificación del método de aplicación del régimen se puede citar la interacción de este con las normas sobre operaciones vinculadas. La superposición de

ambas normativas puede dar lugar a supuestos de gran complejidad para los que no existe previsión alguna. También se debería concretar en qué consisten los motivos económicos válidos a los que la operativa de la entidad debe responder para descartar el enfoque sustantivo de imputación total de la renta obtenida, así como en qué consiste la presencia de medios materiales y personales suficientes. Una disposición reglamentaria que orientase hacia qué estructuras debe dirigirse o que el contribuyente pudiese contar con una guía interpretativa dotarían de seguridad jurídica y certeza a los grupos empresariales afectados.

En último lugar, en lo que se refiere a las posibilidades de mejora de la eficacia del régimen, cabe apuntar diversas medidas que resultarían oportunas. Una es la corrección de la doble imposición cuando más de un país aplique una norma de TFI. La inexistencia de un mecanismo de este tipo colisiona directamente con los objetivos de la ATAD. Se debería, tal y como se propone en el Informe de la Acción 3 del Plan BEPS, establecer un crédito fiscal para suprimir esta modalidad de doble imposición, que primase la aplicación de la TFI en los países de residencia de las entidades más cercanas a la SEC en la cadena de propiedad. Adicionalmente, debería descartarse la aplicación del enfoque sustantivo en aquella parte de la renta obtenida con medios materiales. Este hecho resulta excesivamente gravoso y captura rentas que están fuera de la finalidad del régimen de TFI. También podría estudiarse la adopción de una norma antifragmentación para evitar la elusión de la TFI prevaliéndose de las cláusulas de mínimos que la norma establece para evitar su aplicación en situaciones de escasa relevancia cuantitativa en el aspecto económico. En este sentido, las regulaciones estadounidense o alemana -señaladas como ejemplo en el Informe de la Acción 3- serían una posibilidad interesante.

A modo de corolario, se puede designar el conjunto de la problemática referida como causante de un entorno de inseguridad jurídica para las empresas. En consecuencia, puede ocurrir que entidades españolas se replanteen participar en sociedades no residentes, por desconocer si el régimen de TFI les sería aplicable y qué cuantías les correspondería imputar en caso afirmativo. Ello supone un freno a la inversión, además de lastrar la competitividad de empresas cuya operativa responde a motivos económicos válidos. Mientras, continúa siendo posible el establecimiento de montajes que no desempeñen una actividad económica efectiva y orientados a la elusión fiscal, que siguen poseyendo vías que les permiten evitar la aplicación del régimen.

En definitiva, si bien el régimen de TFI español se encuentra en la línea marcada por el Plan BEPS y cumple a su vez con gran parte de las exigencias de la UE en la materia, resulta manifiestamente mejorable en algunos aspectos, cuya corrección y concreción conllevaría la mejora de la eficacia del régimen de TFI en la lucha contra la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios.

Bibliografía

- Almudí Cid, J. M. (2017). El establecimiento de normas de transparencia fiscal internacional más eficaces frente a la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios (Acción 3). En *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea* (298-329). Aranzadi S.A.U.
- Asensio Giménez, S., & Morales Gil, M. (2021). Una visión práctica de las normas de transparencia fiscal internacional españolas y propuestas de futuro. *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, 456, 5-52.
- Blum, D. W. (2018). Controlled Foreign Companies: Selected Policy Issues - or the Missing Elements of BEPS Action 3 and the AntiTax Avoidance Directive. *Intertax*, 46(4), 296-312.
- Calderón Carrero, J. M., & Martín Jiménez, A. (2017). La Directiva UE 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el mercado interior: ¿El principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS? *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, 407, 5-56.
- Concha Carballido, C., & Sánchez Mercader, M. del M. (2017). Acción 3: Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces. En *Plan de Acción BEPS: Una reflexión obligada* (65-93). Fundación Impuestos y Competitividad.

- Confédération Fiscale Européenne [CFE] (2016). Fiscal Committee Opinion Statement. Opinion Statement FC 3-2016 on the Anti Tax Avoidance Directive, 3–4. <http://www.cfe-eutax.org/sites/default/files/CFE>
- Cruz Padiál, I. (2018). Transparencia fiscal internacional: Una realidad inacabada. *Crónica tributaria*, 166, 71-106.
- Cruz Padiál, I. (2019). Transparencia fiscal internacional en la directiva UE 2016/1164. En *Cuestiones actuales de planificación fiscal internacional* (73-92). Atelier.
- De Juan Casadevall, J. (2018). La transparencia fiscal internacional en la Unión Europea. *Quincena fiscal*, 15, 15-40.
- Donato, A. (2019). *La disciplina delle Controlled Foreign Companies alla luce del recepimento della Direttiva ATAD 2016/1164* [Tesi di Laurea, Università Ca'Foscari Venezia].
- Ferrer, C., & Irazusta, P. (2018). The Application of Spanish CFC Rules to Investments in EU Alternative Funds: Current Overview and the Impact of the ATAD Directive. *Finance and Capital Markets*, 20(2), 1-11.
- Ferrer Vidal, D. (2017). Operaciones vinculadas y transparencia fiscal internacional (TFI): Análisis de su compatibilidad. Efectos de los ajustes (primario, bilateral y secundario) en escenarios de TFI. *Civitas. Revista española de derecho financiero*, 174, 139-177.
- Garbujo, G. (2017). *La disciplina delle Controlled Foreign Company e le raccomandazioni del progetto BEPS*. [Tesi di Laurea, Università Ca'Foscari Venezia].
- Ginevra, G. (2017). The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level. *Intertax*, 45(2), 120-137.

- Gómez Requena, J. Á. (2018). El análisis de comparabilidad post-BEPS en precios de transferencia: Definición precisa y recaracterización de operaciones vinculadas con activos intangibles [Tesis Doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha].
- Gómez Sanz, R. J. (2016). Transparencia fiscal internacional. En *Los regímenes especiales del impuesto sobre sociedades y del IVA* (193-211). Tecnos.
- Groot, I. y Larking, B. (2019). Implementation of Controlled Foreign Company Rules under the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164). *European Taxation*, 59(6)
- Kuzniacki, B. (2015). The Need to Avoid Double Economic Taxation Triggered by CFC Rules under Tax Treaties, and the Way to Achieve It. *Intertax*, 45(12), 758-772.
- Moser, T., & Hentschel, S. (2017). The Provisions of the EU Anti-Tax Avoidance Directive Regarding Controlled Foreign Company Rules: A Critical Review Based on the Experience with the German CFC Legislation. *Intertax*, 45(10), 606-623.
- Myrizakis, V. (2019). *The Post-ATAD era in the EU: The impact of the new CFC rules* [Master Thesis, Tilburg University].
- IBDF (2019). *New Tables to Monitor the Anti-Tax Avoidance Directive Implementation*. <https://www.ibfd.org/IBFD-Tax-Portal/News/New-Tables-Monitor-Anti-Tax-Avoidance-Directive-implementation>
- Nyström, W. (2021). Saving the ATAD CFC Regime Through Abuse of Law or the Rule of Reason. *Intertax*, 49, 223-236.
- OCDE (2016). *Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces, Acción 3 - Informe final 2015*. Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, OECD Publishing, Paris. <https://doi.org/10.1787/9789264267091-es>

- Ruiz Gallud, S. (2017). Normativa española sobre sociedades extranjeras controladas y los criterios de la OCDE. En *Temas de actualidad en materia de tributación internacional* (31-45). Instituto de Estudios Fiscales.
- Sanz Gadea, E. (1996). *Transparencia fiscal internacional*. Centro de Estudios Financieros.
- Sanz Gadea, E. (2016). *Transparencia fiscal internacional*. En Corral Guadaño, I. (Ed.). *Manual de Fiscalidad Internacional* (1345-1403). Instituto de Estudios Fiscales.
- Sanz Gadea, E. (2017). La directiva antiabuso (II). La transparencia fiscal internacional. *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, 406, 5-46.
- Sanz Gadea, E. (2002). *Transparencia Fiscal Internacional. Documento de trabajo nº 18*. Instituto de Estudios Fiscales.
- Schönfeld Bonn, J. (2017). CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive. *EC Tax Review*, 26(3), 145-152.
- Soom, A. (2020). Double Taxation Resulting from the ATAD: Is There Relief? *Intertax*, 48(3), 273-285.
- Wenzel, P. (2019). *Making germany's cfc rules effective again: A comparative analysis to spain's and uk's cfc rules to find the best atad compliant approaches provided in the oecd/g20's report on designing effective cfc rules* [Tesis Doctoral, Universidad Católica San Antonio de Murcia].

Apéndice jurisprudencial

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de septiembre de 2006, asunto *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd. v. HMR*, C-196/04 (ECLI:EU:C:2006:544)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2019, asuntos *Skatteministeriet v. T Danmark*, C-116/16; *Skatteministeriet v. Denmark Aps*, C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135)

Apéndice legislativo

Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, *por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991*. Boletín Oficial del Estado, de 13 de julio de 1991, nº 167, p. 23371

Ley 42/1994, de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y de orden social*. Boletín Oficial del Estado, de 31 de diciembre de 1994, nº 313, p. 39457.

Ley 43/1995, de 27 de diciembre, *del Impuesto sobre Sociedades*. Boletín Oficial del Estado, de 28 de diciembre de 1995, nº 310, p. 37072

Ley 40/1998, de 9 de diciembre, *del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias*. Boletín Oficial del Estado, de 10 de diciembre de 1998, nº 295, p. 40730

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria*. Boletín Oficial del Estado, de 18 de diciembre de 2003, nº 302, p. 44987

Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes*. Boletín Oficial del Estado, de 12 de marzo de 2004, nº 62, p. 11176

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, *del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*. Boletín Oficial del Estado, de 29 de noviembre de 2006, nº 285, p. 41734

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, *del Impuesto sobre Sociedades*. Boletín Oficial del Estado, de 28 de noviembre de 2014, nº 288, p. 96939

Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, *por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior*. Diario Oficial de la Unión Europea, L 193, de 19 de julio de 2016, nº 59, p. 1

Ley 11/2020, de 30 de diciembre, *de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021*. Boletín Oficial del Estado, de 31 de diciembre de 2020, nº 288, p. 125958

Resoluciones administrativas

Dirección General de Tributos

Consulta V0471-08, de 29 de febrero de 2008 (JUR 2008\105548)

Consulta V4475-16, de 18 de noviembre de 2016 (JUR 2017\10732)